Les conflits de travail en procédure civile suisse

Thèse présentée à la Faculté de droit

de l'Université de Neuchâtel

Pour l'obtention du grade de docteur en droit

Par

Patricia DIETSCHY

Acceptée sur proposition du jury :

Prof. François Bohnet, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, directeur de thèse

Prof. Jean-Philippe Dunand, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, rapporteur interne

Prof. Rémy Wyler, Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne, rapporteur externe

Soutenue le 14 décembre 2010

Université de Neuchâtel

2010

UNIVERSITÉ DE
NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT
Av. du 1er Mars 26
2000 Neuchâtel
+41 (0)32 718 12 00
secretariat.droit@unine.ch

IMPRIMATUR POUR LA THESE

Les conflits de travail en procédure civile suisse

Patricia DIETSCHY

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

Mme Florence Guillaume (présidente)
M. François Bohnet (directeur de thèse)
M. Jean-Philippe Dunand (rapporteur interne)
M. Rémy Wyler (professeur à l'Université de Lausanne, rapporteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 14 décembre 2010

Jean-Philippe Dunand, doyen

Mots clés en français : procédure civile suisse – procédure civile – Code de procédure civile suisse – conflits de travail – litiges de droit du travail – droit du travail – contrat de travail – conflits individuels de travail – conflits collectifs de travail – maxime inquisitoire sociale

Mots clés en anglais : Swiss Civil Procedure – Civil Procedure – Swiss Code of Civil Procedure – Labor Law Disputes – Labor Law Litigation – Labor Law – Labor Contract – Individual Labor Disputes – Collective Labor Disputes – Social Inquisitorial Principle

Résumé

La procédure civile permet à tout justiciable d'obtenir la consécration de ses droits en matière civile, lorsque l'existence ou l'étendue de ceux-ci est contestée. Elle offre également à la partie qui se voit attraite en justice les moyens nécessaires pour se défendre. Le rôle que tient la procédure civile dans les conflits de travail est important, en raison de la composante sociale de ces litiges. Ce domaine comporte en effet un certain nombre de règles spéciales, instituées par le législateur afin de protéger le travailleur en tant que partie faible au contrat : fors partiellement impératifs, procédure simplifiée, dispense de frais judiciaires, maxime inquisitoire sociale ou encore, dans certains cantons, compétence de tribunaux spécialisés. Outre les questions liées à ces dispositions spéciales, d'autre problèmes procéduraux sont susceptibles de se poser lors de conflits individuels ou collectifs de travail, qui touchent notamment à la valeur litigieuse, aux conditions de recevabilité de la demande, à la représentation des parties en justice, à la participation de tiers au procès, aux différents types d'actions, au degré et au fardeau de la preuve, à la qualité pour agir des associations professionnelles ou encore aux divers types de procédure applicables. Ainsi, les problèmes soulevés par les dispositions de procédure civile et les enjeux que celles-ci impliquent vis-à-vis des conflits de travail sont nombreux et importants. Une analyse complète et approfondie de ces problèmes permet non seulement de déterminer quels domaines nécessitent l'instauration de règles particulières, garantissant la protection du travailleur, partie dite faible au contrat, mais encore de juger de la compatibilité de ces règles avec certaines dispositions générales du CPC. Le but est également de proposer des solutions claires et pragmatiques, sans pour autant négliger une réflexion théorique.

La première partie définit les notions de contrat et de conflit individuel et collectif de travail ainsi que de litige relevant du droit du travail. La deuxième s'intéresse à l'organisation judiciaire, en particulier à l'institution de tribunaux spécialisés. La troisième porte sur l'examen des règles générales de procédure applicables à l'occasion de litiges individuels ou collectifs de travail. Elle concerne notamment la compétence des tribunaux, les conditions de recevabilité, les maximes, les parties au procès, les différentes actions, les frais, la suspension de la cause, le défaut ou encore la preuve. La quatrième partie se penche sur le déroulement du procès, depuis le dépôt des écritures des parties jusqu'à la notification de la décision du tribunal. Quant à la dernière partie, elle expose les différentes voies de recours, cantonales et fédérales.

A ma mère, ma sœur & Vincent

REMERCIEMENTS

Mes remerciements et ma reconnaissance vont en premier lieu à M. François Bohnet, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, directeur de thèse, pour ses précieux conseils, ses remarques pertinentes et sa disponibilité tout au long de l'élaboration de mon travail. Mes quatre années d'assistanat à ses côtés ont été une expérience très enrichissante. Je le remercie en particulier pour la confiance qu'il m'a accordée et les nombreuses opportunités de publication qu'il m'a offertes.

Je remercie aussi vivement MM. Jean-Philippe Dunand, Professeur à la Faculté de droit l'Université de Neuchâtel, rapporteur interne, et Rémy Wyler, Professeur à la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne, rapporteur externe, pour l'attention et l'intérêt qu'ils ont portés à ma recherche.

Ma gratitude va en outre au Professeur Pierre Wessner, dont j'ai été l'assistante dans le cadre du Séminaire sur le droit du bail de l'Université de Neuchâtel pendant près de trois ans, pour la confiance et la reconnaissance qu'il m'a sans cesse témoignées.

J'adresse également mes remerciements aux vice-présidents du Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois, auprès desquels j'ai fonctionné en tant que greffière ad hoc en parallèle à la rédaction de cette thèse. Je remercie tout particulièrement M. Patrick Stoudmann, pour l'intérêt qu'il a porté à ma recherche mais aussi pour m'avoir fait partager son expérience du barreau et de l'ordre judiciaire vaudois.

Mes pensées amicales vont encore à mes collègues de la Faculté de droit, en particulier à Estelle et à Anne-Sophie, ainsi qu'à Samuel, Bastien, Valentin, Julien, Nicolas, Manon, Monique, Marino et Philippe, pour les souvenirs inoubliables qu'ils laisseront de mon passage à l'Université de Neuchâtel.

Je dédie enfin cette thèse à mes proches. A ma mère, pour m'avoir donné le goût des études et permis de les mener à bien, mais aussi pour ses encouragements. A ma sœur, pour m'avoir toujours guidée et soutenue, ainsi que pour avoir porté de l'intérêt à mon travail et à son avancement, dans un domaine pourtant bien éloigné du sien. A Vincent, pour sa présence, son soutien, en particulier dans les moments de plus grands doutes, et ses précieux conseils.

Neuchâtel et Lausanne, décembre 2010 Patricia Dietschy

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS V

TABLE DES MATIERES VII

ABREVIATIONS XXV

INTRODUCTION 1

PREMIERE PARTIE
LA NOTION DE LITIGE RELEVANT DU DROIT DU TRAVAIL 5

Chapitre I : Le contrat et le conflit individuel et collectif de travail 5
§ 1 La définition du contrat individuel et collectif de travail 5
1. Le contrat individuel de travail 5
2. Le droit collectif du travail 6
§ 2 La définition du conflit individuel et collectif de travail 7
1. Le conflit individuel de travail 7
2. Le conflit collectif de travail 7

Chapitre II : Le litige relevant du droit du travail 9
§ 3 La définition du litige relevant du droit du travail 9
1. Droit fédéral ou cantonal ? 9
2. La source du litige, le fondement de la prétention et la qualité des parties 9
a. La source du litige 9
b. Le fondement de la prétention 11
c. La qualité des parties au procès 13
3. La pluralité de fondements 13
4. Le problème de la qualification du contrat 14
a. Le principe 14
b. La compétence ratione loci et materiae : la théorie des faits de double pertinence 15
c. Les autres règles spéciales de procédure (frais et maxime au procès) 18
d. Synthèse 18
5. Le contrat mixte 18
6. La prévoyance professionnelle 19

7. L'état de collocation 20
8. L'impôt à la source et les cotisations sociales 20
9. Les allocations familiales 21
10. Les prétentions découlant de la LFus 21
11. La cession de créance 22
12. La question préjudicielle 22

DEUXIEME PARTIE
L'ORGANISATION JUDICIAIRE 23

Chapitre III : Les tribunaux ordinaires ou spécialisés 23
§ 4 La répartition des compétences 23
§ 5 Les tribunaux spécialisés 24
1. Le développement des tribunaux de prud'hommes 24
2. La composition du tribunal 25
a. Le magistrat professionnel 25
b. Les juges 25
c. L'autorité de conciliation 28
ca. De l'Avant-Projet au Code 28
cb. En matière de LEg 29

Chapitre IV : Les tribunaux spécialisés dans les cantons romands 31
§ 6 Le canton de Fribourg 31
1. L'autorité de conciliation 31
2. Les tribunaux des prud'hommes 31
§ 7 Le canton de Vaud 31
1. L'autorité de conciliation 32
2. Les tribunaux de prud'hommes 32
§ 8 Le canton du Valais 32
1. L'autorité de conciliation 32
2. Le tribunal du travail 33
§ 9 Le canton de Neuchâtel 33
1. La situation avant l'entrée en vigueur du CPC 33
2. La renonciation aux tribunaux de prud'hommes 33
§ 10 Le canton de Genève 34
1. L'autorité de conciliation 35
2. Le Tribunal des prud'hommes et la Chambre des prud'hommes 35
a. Le Tribunal des prud'hommes 35
b. La Chambre des prud'hommes 36

§ 11 Le canton du Jura 36
1. L'autorité de conciliation 36
2. Le Conseil de prud'hommes 36

TROISIEME PARTIE
LES REGLES GENERALES DE PROCEDURE 37

A. DANS LES CONFLITS INDIVIDUELS DE TRAVAIL 37

Chapitre V : Les règles de compétence 37
§ 12 La compétence à raison du lieu 37
1. Les fors légaux 37
a. Les fors de l'art. 34 al. 1 CPC 37
aa. Le domicile et le siège 38
ab. Le lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle 40
b. Le cas particulier de l'art. 34 al. 2 CPC 44
c. Le cas particulier des prétentions découlant de la LFus 44
2. La prorogation de for 45
a. Le caractère semi-impératif de l'art. 34 CPC 45
b. La licéité d'une clause de prorogation de for vis-à-vis du travailleur 47
3. Le for en cas de pluralité de fondements de la prétention 49
4. Le for de la demande reconventionnelle 50
5. Le for de la prétention invoquée en compensation 52
6. Le for du cumul (objectif ou subjectif) d'actions 53
a. Le for du cumul subjectif ou de la consorité 53
aa. Généralités 53
ab. En cas de clause d'élection de for exclusive 54
ac. La consorité active 55
ad. Le respect du caractère semi-impératif de l'art. 34 CPC 55
b. Le for du cumul objectif d'actions 56
7. Le for de l'appel en cause 57
8. Le for des mesures provisionnelles et du mémoire préventif 57
a. Les mesures provisionnelles ou superprovisionnelles 57
b. Le mémoire préventif 59

9. Le for de la procédure gracieuse 59
§ 13 La compétence à raison de la matière 59
1. Généralités 59
2. La nature du litige 60
3. La valeur litigieuse 60
4. La compensation 60
a. Créance principale relevant du contrat de travail et créance compensante relevant d'un autre domaine du droit 61
b. Créance principale relevant d'un autre domaine du droit et créance compensante relevant du contrat de travail 62

Chapitre VI : La récusation 65
§ 14 Principe, cas d'application et procédure 65
1. Le principe 65
2. Cas d'application 66
a. La formation du tribunal 66
b. Le président et les juges 68
c. L'expert 69
d. La tentative de conciliation 69
e. La conduite du procès 70
3. La procédure de récusation 70

Chapitre VII : La valeur litigieuse 73
§ 15 Le calcul de la valeur litigieuse 73
1. Le principe 73
2. Le montant de la demande 73
3. L'obligation de chiffrer ses prétentions 76
4. Valeur brute ou nette des prétentions salariales ? 77
5. Le cumul objectif ou subjectif d'actions 78
6. Les conclusions reconventionnelles 78
§ 16 Les conclusions ne visant pas au versement d'une somme d'argent 80
1. Le principe 80
2. Cas d'application 81
a. La prétention en délivrance d'un certificat de travail 81
aa. En jurisprudence 81
ab. En doctrine 84
ac. Synthèse 84

ad. La prétention en rectification du certificat de travail 85
b. La prétention en exécution d'une clause de prohibition de concurrence 86
c. Les prétentions en restitution 88
d. La prétention en remise d'un décompte 89
da. Le décompte de salaire 89
db. Le décompte relatif à la participation au résultat ou à la provision 90
dc. Le certificat de salaire 90
e. La prétention visant à l'exécution du devoir d'information de l'employeur 90
f. La prétention visant à faire interdire la communication de renseignements inexacts 91
g. La prétention en annulation du congé au sens de l'art. 10 LEg 91
h. La prétention en constatation de la poursuite des rapports de travail 92
i. La prétention en constatation de la nullité du congé 93
j. La prétention en constatation du caractère abusif ou immédiat injustifié du congé 93
k. La prétention visant à la publication d'un avis relatif à la résiliation du contrat 93

Chapitre VIII : Les conditions de recevabilité 95
§ 17 Les différentes catégories 95
1. Généralités 95
2. L'intérêt digne de protection 95
3. La compétence à raison du lieu et de la matière 96
4. La capacité d'être partie et la capacité d'ester en justice 97
a. La capacité d'être partie 97
b. La capacité d'ester en justice 98
5. La qualité pour agir et pour défendre 101
6. L'absence de litispendance préexistante 101
7. L'absence de décision entrée en force 103
a. La définition 103
b. Casuistique 105
8. Le versement des avances et des sûretés 106
9. L'autorisation de procéder 106
10. Le respect de la procédure applicable 108
11. Le respect des délais de déchéance 109

12. Le respect de la procédure préalable à la saisine du tribunal 110
13. Le respect du contenu de la demande 112
14. L'absence d'immunité de juridiction 114
15. L'exclusion d'une convention d'arbitrage 116
§ 18 L'examen des conditions de recevabilité 121
1. Par l'autorité de conciliation 121
2. Par le tribunal 123
3. Les conséquences en cas de non-réalisation d'une condition de recevabilité 125

Chapitre IX : Les maximes au procès 127
§ 19 La maîtrise de l'objet du litige 127
1. Le principe 127
2. La maxime de disposition et la prétention en délivrance d'un certificat de travail 127
3. La tentative d'introduction de la maxime d'office 128
§ 20 L'établissement des faits 129
1. La maxime des débats 129
a. Généralités 129
b. Le contenu de la motivation en fait 130
2. La maxime inquisitoire 131
a. Maxime inquisitoire pure ou sociale ? 131
aa. La situation sous l'empire de l'art. 343 CO 131
ab. La situation sous l'empire du CPC 132
ac. Le devoir d'interpellation accru du tribunal (art. 247 al. 1 CPC) 135
b. La maxime inquisitoire sociale 137
ba. Les principes applicables 137
baa. L'obligation pour les parties de collaborer 138
bab. Les allégations de fait et les conclusions 139
bac. L'offre et l'administration de preuves 140
bb. Exception : en cas de représentation par un mandataire professionnel 141
bc. Maxime inquisitoire et assistance judiciaire gratuite 142
c. Casuistique 143
ca. Violation de la maxime inquisitoire sociale 143
cb. Respect de la maxime inquisitoire sociale 144
3. La pluralité de maximes applicables au procès 144

Chapitre X : Les parties au procès 147
§ 21 Les parties principales 147
1. La qualité pour agir et la qualité pour défendre 147
a. Principe 147
b. Le cas particulier de la représentation des travailleurs 148
2. La différence entre qualité pour agir/défendre et légitimation active/passive 149
3. La consorité 150
a. La consorité nécessaire 150
b. La consorité simple 151
ba. Généralités 151
bb. La consorité simple active : cas d'application 154
bc. La consorité simple passive : cas d'application 155
§ 22 L'assistance et la représentation conventionnelles des parties 157
1. La situation avant l'entrée en vigueur du CPC 157
2. La situation sous l'empire du CPC 158
a. La représentation et l'assistance 158
b. A l'audience de conciliation 158
c. Dans la procédure au fond 160
3. La qualité pour représenter 160
a. La représentation à titre professionnel 160
b. La « personne de confiance » 163
c. La procuration 164
§ 23 La participation de tiers au procès 164
1. L'intervention 164
a. L'intervention principale 164
b. L'intervention accessoire 165
2. La dénonciation 166
3. L'appel en cause 166
a. Généralités 166
b. La compétence ratione loci 167
c. La compétence ratione materiae 167
ca. En fonction de la nature de la prétention 167
cb. En fonction de la valeur litigieuse 169
d. Cas d'application 169
4. La substitution 170
5. Le cas particulier de la caisse de chômage 171
a. Les principes 171

b. La participation de la caisse au procès opposant l'employé et l'employeur 173
ba. Prestations versées en cours d'instance 173
bb. Prestations versées avant l'introduction de l'instance ... 176
bc. Prestations versées tant avant que pendant la procédure 177
bd. Prestations versées après la fin de la procédure 177
c. L'instance introduite par la caisse seule 178
d. Le droit de transiger de la caisse 179

Chapitre XI : La division et la jonction de causes 181
§ 24 La division de cause 181
§ 25 La jonction de causes 182
1. Généralités 182
2. La valeur litigieuse 183
a. Le principe 183
b. L'exception 184

Chapitre XII : Les différentes actions 185
§ 26 Le gracieux 185
1. Le principe 185
2. Cas d'application 185
§ 27 L'action condamnatoire 186
1. La notion 186
2. Cas d'application 186
a. L'action en exécution d'une prestation positive 186
b. L'action en cessation ou en interdiction du trouble 187
c. L'action visant à faire tolérer quelque chose 188
§ 28 L'action en paiement non chiffrée 189
1. Le principe et les conditions 189
2. La sanction en cas de non-réalisation des conditions 190
3. Les conclusions reconventionnelles non chiffrées 190
4. L'abus de droit à invoquer l'action en paiement non chiffrée 190
5. Cas d'application 191
6. Exemples de conclusions 192
§ 29 L'action échelonnée 193
1. Le principe 193
2. Le cas particulier du droit à la provision ou à la participation au résultat 195

§ 30 L'action partielle 195
1. L'action partielle proprement dite 195
2. L'action partielle improprement dite 199
a. Le principe 199
b. L'abus de droit 199
c. L'absence d'abus de droit 200
d. Cas d'application 201
3. L'action reconventionnelle en constatation de droit négative 202
4. L'autorité de chose jugée 203
§ 31 L'action formatrice 203
§ 32 L'action en constatation de droit 204
1. La notion 204
2. Les conditions de recevabilité 204
3. Cas d'application 206
a. L'action en constatation de droit positive 206
aa. En matière de hausse de salaire 206
ab. En matière de clause de prohibition de faire concurrence 206
ac. En matière de résiliation du contrat en temps inopportun 207
ad. En matière de congé abusif ou immédiat injustifié 208
ae. En matière d'atteinte à la personnalité ou de protection des données 209
af. En matière de discrimination fondée sur la LEg 209
ag. En matière d'action en restitution 210
b. L'action en constatation de droit négative 210
ba. En matière d'action partielle 210
bb. En matière de transaction pour solde de tout compte ... 211
bc. En matière de clause de prohibition de faire concurrence 211
§ 33 Le cumul objectif d'actions 211
§ 34 La demande reconventionnelle 214
1. Le principe 214
2. L'identité de procédure applicable 214
a. Le principe 214
b. L'exception en cas de renonciation ou d'acceptation ... 216
3. La connexité 217
4. La compétence matérielle du tribunal 217

5. Le renvoi à une procédure séparée 218
§ 35 L'objection de compensation 218
§ 36 La requête de mesures provisionnelles ou superprovisionnelles 218
1. Les mesures provisionnelles 218
a. Le principe 218
b. Cas d'application 219
ba. Les mesures provisionnelles en matière de prohibition de concurrence 219
bb. Les mesures provisionnelles visant à obtenir certaines informations 223
bc. Les mesures provisionnelles en cas d'action en restitution 223
bd. Les mesures provisionnelles tendant au paiement du salaire 224
be. Les mesures provisionnelles en matière de congé annulable (art. 10 LEg) 224
bf. Les mesures provisionnelles tendant à l'interdiction de l'inscription au RC d'une fusion, d'une scission ou d'un transfert de patrimoine 225
c. La fourniture de sûretés 225
2. Les mesures superprovisionnelles 226
§ 37 La protection dans les cas clairs 227
1. Le principe 227
2. Cas d'application 228
3. L'opposition de la partie adverse 229
4. La non-opposition ou l'opposition manifestement contraire à la bonne foi 230
5. Les conséquences de l'absence de « cas clair » 230

Chapitre XIII : Les frais et l'assistance judiciaire 233
§ 38 Les frais judiciaires et les dépens 233
1. Généralités 233
a. La notion de frais et le devoir d'information du tribunal 233
b. Les sûretés en garantie des dépens 234
c. Les prétentions reconventionnelles 234
2. La dispense de frais 235
a. En procédure de conciliation 235
aa. La dispense de frais judiciaires 235
ab. La dispense de dépens 235

b. Dans la procédure au fond 235
ba. La dispense de frais judiciaires 235
baa. Le principe 235
bab. En cas de pluralité de prétentions portant sur des fondements distincts 236
bac. En cas de diminution des conclusions 238
bad. En cas d'augmentation des conclusions 238
bae. Le système retenu devant le Tribunal fédéral 238
bb. La dispense de dépens 239
c. La témérité ou la mauvaise foi 240
ca. Le défaut 241
cb. La mise en garde par le tribunal 241
cc. Le comportement contraire à la bonne foi en cours de procédure 242
cd. Le comportement contraire à la bonne foi en instance de recours 243
ce. Les prétentions dénuées de fondement 243
3. La répartition des frais 244
a. Le principe 244
b. Les exceptions 245
§ 39 L'assistance judiciaire 246

Chapitre XIV : L'acquiescement, le désistement et la transaction 249
§ 40 L'acquiescement 249
§ 41 Le désistement 250
1. Le désistement d'action 250
2. Le désistement d'instance 251
§ 42 La transaction 252
1. La transaction judiciaire 252
2. La transaction extrajudiciaire 252

Chapitre XV : La suspension de la procédure 255
§ 43 La suspension du procès 255
1. Généralités 255
2. La litispendance préexistante 256
3. La requête d'intervention 256
4. La faillite d'une partie 257
5. Le procès pénal pendant 257
6. Les négociations ou la médiation pendante(s) 259
a. Les négociations 259

b. La médiation 259
7. Le procès pendant dirigé par une organisation 259
8. Autres 260

Chapitre XVI : Le défaut 261
§ 44 La notion et les conséquences du défaut 261
1. Le principe 261
a. La définition et les conséquences 261
b. La consorité 262
2. Le défaut de comparution à une audience 263
a. En procédure de conciliation 264
b. Dans le procès au fond 267
ba. A une audience d'instruction 267
bb. Aux débats principaux 267
bc. A une audience combinant plusieurs fonctions 268

Chapitre XVII : La preuve 269
§ 45 Le droit à la preuve et l'administration des preuves 269
1. Le droit à la preuve 269
a. Le principe 269
b. La preuve illicite 269
c. La protection des intérêts des parties ou de tiers 271
2. L'administration des preuves 272
§ 46 Le degré et le fardeau de la preuve 273
1. Le degré de la preuve 273
a. La preuve stricte 273
b. La vraisemblance prépondérante 273
c. La simple vraisemblance 273
2. Le fardeau de la preuve 274
a. Le principe 274
aa. La définition, la portée et les exceptions 274
ab. Cas d'application 275
b. La contre-preuve et la preuve du contraire 277
c. Le renversement du fardeau de la preuve 278
ca. En matière d'heures supplémentaires (art. 321c CO) ... 278
cb. En matière d'incapacité de travail (art. 324a/336c CO) 279
cc. En cas de congé donné au représentant élu des travailleurs (art. 336 al. 2 lit. b CO) 280
cd. En matière de congé annulable (art. 10 LEg) 281

ce. En matière d'abandon d'emploi (art. 337d al. 2 CO) ... 281
cf. En matière de devoir d'information de l'employeur (art. 330b CO) ... 281
cg. Comportement contraire à la bonne foi (art. 2 CC) ... 282
d. L'allègement du fardeau de la preuve ... 283
da. L'art. 42 al. 2 CO ... 283
db. La preuve par indices ... 284
dba. Le licenciement abusif (art. 336 CO) ... 285
dbb. Le harcèlement psychologique (art. 328 CO) ... 285
dc. L'art. 6 LEg ... 285
dd. Le harcèlement sexuel (art. 4 et 5 LEg) ... 288
de. En matière de devoir d'information de l'employeur (art. 330b CO) ... 288
§ 47 La libre appréciation des preuves par le tribunal ... 288
§ 48 Les différents moyens de preuve et leur valeur probante ... 289
1. Le témoignage ... 289
a. Généralités ... 289
b. Valeur probante ... 292
c. Le témoignage par ouï-dire (« hearsay ») ... 293
2. Le titre ... 294
a. Généralités ... 294
b. Valeur probante ... 295
c. Le cas particulier des comptes et bilans de la société ... 296
3. L'inspection ... 297
4. L'expertise ... 297
a. La mise en œuvre d'une expertise comme moyen de preuve ... 297
b. La libre appréciation de l'expertise par le juge ... 300
5. Les renseignements écrits ... 301
6. L'interrogatoire et la déposition des parties ... 302
§ 49 Cas d'application ... 303
1. Le certificat médical en tant que moyen de preuve ... 303
a. Généralités ... 303
b. Valeur probante ... 304
ba. Le principe ... 304
bb. L'effet rétroactif du certificat médical ... 308
bc. Le certificat médical dont l'employé se prévaut par la suite uniquement ... 310
bd. Le certificat médical relatif à une maladie psychique ... 311

be. Le certificat médical étranger 311
2. La preuve des heures supplémentaires 312
3. La preuve des vacances non prises 316
4. La preuve du licenciement abusif 317
5. La preuve du mobbing 322
6. La preuve du harcèlement sexuel 324
7. La preuve de la discrimination salariale 325
§ 50 La preuve à futur 327

B. DANS LES CONFLITS COLLECTIFS DE TRAVAIL 329

Chapitre XVIII : Les règles de compétence 329
§ 51 La compétence à raison du lieu 329
§ 52 La compétence à raison de la matière 330
§ 53 Arbitrage et Office fédéral ou cantonal de conciliation 330
1. L'arbitrage 330
2. L'Office fédéral ou cantonal de conciliation 332
a. La loi fédérale 332
b. Les lois cantonales 333

Chapitre XIX : La récusation 335

Chapitre XX : Les différentes actions 337
§ 54 Les prétentions et leur caractère pécuniaire 337
1. Le principe 337
2. Cas d'application 337
a. La prétention en paiement d'une peine conventionnelle 337
b. La prétention en paiement de dommages-intérêts 337
c. La prétention visant à la mise en place d'un contrôle des salaires 338
d. La prétention en constatation de l'assujettissement à une CCT 338
e. La prétention en constatation du caractère illicite d'une clause de la CCT 338
f. La prétention en constatation du respect ou du non-respect du contrat-type de travail 339

Chapitre XXI : Les parties au procès 341
§ 55 L'organisation professionnelle en tant que partie au procès 341

1. La capacité d'être partie et d'ester des organisations professionnelles 341
2. La qualité pour agir des organisations professionnelles 342
a. Les prétentions propres 342
b. Les prétentions visant un intérêt collectif 343
ba. Le droit d'action déduit de l'art. 89 CPC 343
bb. Le droit d'action prévu dans des dispositions spéciales 345
bba. Le Code des obligations 346
bbb. La Loi sur la participation 347
bbc. La Loi sur l'égalité 348
bbd. La Loi contre la concurrence déloyale 350
bbe. La Loi sur le travail au noir 351
bbf. La Loi sur les travailleurs détachés 352
bbg. La Loi sur le travail (pour mémoire) 352
3. Le cas particulier des commissions paritaires professionnelles 353
4. La consorité 354

QUATRIEME PARTIE
LE DEROULEMENT DU PROCES 355

Chapitre XXII : La conciliation préalable 355
§ 56 La procédure de conciliation 355
1. Le préalable de conciliation obligatoire, l'exclusion ou la renonciation à la procédure de conciliation 355
2. Les écritures des parties 357
a. La requête de conciliation 357
b. La réponse 357
3. L'audience de conciliation 358
4. La transaction portant sur des droits non disponibles 359

Chapitre XXIII : Les différents types de procédure 361
§ 57 La procédure ordinaire 361
1. Les écritures en procédure ordinaire 362
a. La demande 362
b. La réponse 364
c. La réplique et la duplique 365
2. Les différents types d'audience 366
§ 58 La procédure simplifiée 368

1. Le champ d'application 368
a. Le CPC 368
b. Les solutions prévues dans l'Avant-Projet et dans le Projet du Code 369
2. Les écritures des parties 370
a. La demande 370
b. La réponse 372
c. Le second échange d'écritures 374
3. Les différents types d'audience 375
§ 59 La procédure sommaire 376
1. Les écritures des parties 376
a. La requête 376
b. La réponse 377
c. L'échange supplémentaire d'écritures 377
2. L'audience et sa renonciation éventuelle 378

Chapitre XXIV : La modification des prétentions et les nova 379
§ 60 La modification des prétentions 379
1. L'augmentation des conclusions ou l'introduction de prétentions nouvelles 379
a. En cours de procédure au fond 379
aa. Le principe 379
ab. La connexité 379
ac. L'identité du type de procédure applicable 379
ad. La compétence matérielle et locale du tribunal 381
b. Entre la procédure de conciliation et celle au fond 382
c. Cas d'application 382
2. La diminution des conclusions 383
§ 61 Les faits et moyens de preuve nouveaux (« nova ») 384
1. En principe 384
2. En cas d'application de la maxime inquisitoire sociale 385

Chapitre XXV : La décision du tribunal 387
§ 62 Les délibérations, le dispositif et la motivation 387
1. Les délibérations et la décision 387
2. Le dispositif et la motivation 387
3. Le cas particulier de la décision portant sur des prétentions salariales 389

CINQUIEME PARTIE
LES VOIES DE RECOURS 391

Chapitre XXVI : Les voies de recours cantonales 391
§ 63 L'appel 391
1. Les décisions attaquables 391
2. Les motifs invocables 392
3. La motivation de l'appel 393
4. L'appel joint 393
5. L'interdiction de la *reformatio in pejus* 394
6. L'effet suspensif 394
7. Le déroulement de l'appel 395
a. La forme et le contenu des actes des parties 395
b. La procédure applicable par l'autorité d'appel 395
8. Les faits et moyens de preuve nouveaux et la modification des conclusions 396
a. Les faits et moyens de preuve nouveaux 396
b. La modification des conclusions 397
§ 64 Le recours 397
1. Les décisions attaquables 397
2. Les motifs invocables 399
3. La motivation du recours, l'effet suspensif, le recours joint et l'introduction de conclusions, de faits ou de moyens de preuve nouveaux 399
§ 65 La révision, l'interprétation et la rectification 400
1. La révision 400
2. L'interprétation et la rectification 403

Chapitre XXVII : Les voies de recours fédérales 405
§ 66 Le recours en matière civile 405
1. Les décisions attaquables 405
2. La qualité et l'intérêt pour recourir 407
3. La valeur litigieuse 408
a. Le principe 408
b. La valeur litigieuse en cas de contestation de la qualification du contrat 409
4. La question juridique de principe 410
a. Le principe 410
b. Casuistique 412
ba. Question juridique de principe admise 412

bb. Question juridique de principe niée 413
5. Les motifs invocables 414
6. L'effet suspensif 414
7. Les mesures provisionnelles 415
§ 67 Le recours constitutionnel subsidiaire 415
1. Le principe 415
2. Casuistique 416
§ 68 La révision, l'interprétation et la rectification 417
1. La révision 417
2. L'interprétation et la rectification 418

CONCLUSION 421

BIBLIOGRAPHIE 427

INDEX 453

ABREVIATIONS

a	ancien
AbR	Amtsbericht über die Rechtspflege des Kantons Obwalden
ABSH	Amtsbericht des Obergerichts an den Grossen Rat des Kantons Schaffhausen
aCst.	(ancienne) Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874
ad	à
al.	alinéa(s)
A-P CPC	Avant-projet de Code de procédure civile suisse
AGer	Arbeitsgericht
AppGer	Appellationsgericht
AppHof	Appellationshof
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
ARGVP	Ausserrhodische Gerichts- und Verwaltungspraxis (Appenzell)
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BezGer	Bezirksgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BO CE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BO CN	Bulletin officiel du Conseil national
BSK	Basler Kommentar
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
c.	considérant(s)
C. app.	Cour d'appel / Chambre d'appel
CA	Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969
CB	Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO CE L 299)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)

CCass.	Cour de cassation civile
CCiv.	Cour civile
CCNT	Convention collective nationale de travail
CCT	Convention collective de travail
CdB	Cahiers du bail
CDPJ VD	Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 (RS 211.01) (Vaud)
CE	Conseil des Etats
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme, du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CF	Conseil fédéral suisse
cf.	confer
ch.	chiffre(s)
Ch. rec.	Chambre des recours
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CL	Convention [de Lugano] du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.11)
CLrév.	Convention [de Lugano] du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.12)
Classement des réponses	Classement des réponses à la procédure de consultation: Avant-projet relatif à une loi fédérale sur la procédure civile suisse (PCS), 2004
CN	Conseil national
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations ; RS 220)
Contra	d'un avis contraire
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)

DB	Revue de droit du bail
DFJP	Département fédéral de justice et police
Disp. trans.	Dispositions transitoires
DTA	Revue de droit du travail et d'assurance-chômage
éd.	édition/éditeur(s)
EGVSZ	Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz
EG ZPO AG	Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 23. März 2010 (Argovie)
EG ZPO BS	Gesetz über die Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, vom 13. Oktober 2010 (Bâle-Ville)
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
Gew. SchiedsGer.	Gerwerbliches Schiedsgericht
GOG AG	Gesetz über die Organisation der ordentlichen richterlichen Behörden vom 11. Dezember 1984 (RS AG 155.100) (Argovie)
GOG BS	Gesetz betreffend Wahl und Organisation der Gerichte sowie der Arbeitsverhältnisse des Gerichtspersonals und der Staatsanwaltschaft (Gerichtsorganisationsgesetz) vom 27. Juni 1895 (RS BS 154.100) (Bâle-Ville)
GOG ZH	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (Zurich)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HAVE	Haftpflichtprozess
ibid.	ibidem (renvoi à la note précédente)
i.f.	in fine, à la fin
i.i.	in initio, au début
in	dans
infra	ci-dessous
JAAC	Jurisprudence des autorités de la Confédération
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JdT	Journal des Tribunaux
JK	Justizkommission
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
KassGer	Kassationsgericht

KGer	Kantonsgericht
LACI	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (RS 837.0)
LAFam	Loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales (Loi sur les allocations familiales) (RS 836.2)
LaLEg GE	Loi d'application de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 28 mai 1998 (RS GE A 2 50) (Genève)
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)
LCart	Loi fédérale du 6 octrobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (RS 251)
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LCdir NE	Loi sur les contributions directes du 21 mars 2000 (RS NE 631.0) (Neuchâtel)
LCPH JU	Loi instituant le Conseil de prud'hommes du 30 juin 1983 (RS JU 182.34) (Jura)
LCT VS	Loi cantonale sur le travail du 16 novembre 1966 (RS VS 822.1) (Valais)
LDét	Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement (Loi sur les travailleurs détachés) (RS 823.20)
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LEg	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité) (RS 151.1)
LF	Loi fédérale
LFus	Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion) (RS 221.301)
LiCPM BE	Loi portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs du 11 juin 2009 (Berne)
LI VD	Loi sur les impôts directs cantonaux du 4 juillet 2000 (RS VD 642.11) (Vaud)

lit.	lettre(s)
LJ FR	Loi sur la justice du 31 mai 2010 (Fribourg)
LJPH NE	Loi sur la nomination et la juridiction des prud'hommes du 23 mai 1951, abrogation au 1er janvier 2011 (Neuchâtel)
LJT VD	Loi sur la juridiction du travail du 12 janvier 2010 (RS 173.61) (Vaud)
LLCA	Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (RS 935.61)
LOJ GE	Loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (RS GE E 2 05) (Genève)
LOJM BE	Loi sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public du 11 juin 2009 (RS BE 161.1) (Berne)
LOJV	Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 (RS VD 173.01) (Vaud)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPart	Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (RS 822.14)
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1)
LSE	Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.11)
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LTN	Loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (Loi sur le travail au noir) (RS 822.41)
LTPH GE	Loi sur le Tribunal des prud'hommes du 11 février 2010 (RS GE E 3 10) (Genève)
LTr	Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail) (RS 822.11)
Message CPC	Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse (CPC) (FF 2006 6841)
Message CO	Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis

	du code des obligations (Du contrat de travail) (Du 25 août 1967) (FF 1967 II 249)
Message LEg	Message du Conseil fédéral du 24 février 1993 concernant la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale (FF 1993 I 1163)
Message LFors	Message du Conseil fédéral du 18 novembre 1998 concernant la loi fédérale sur les fors en matière civile (FF 1999 2591)
Message LFus	Message du Conseil fédéral du 13 juin 2000 concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion ; LFus) (FF 2000 3995)
Message LTF	Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale (FF 2001 4000)
n.	note
N	numéro(s)
notam.	notamment
OGB LU	Gesetz über die Organisation der Gerichte und Behörden in Zivil- und Strafverfahren vom 10. Mai 2010 (RS LU 260) (Lucerne)
OGer	Obergericht
OGP	Obergerichtspräsident
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (abrogée)
OJN	Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise du 27 janvier 2010 (Neuchâtel)
OLT 1	Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (RS 822.111)
OLT 3	Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (RS 822.113)
ORC	Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (RS 221.411)
Org DFE	Ordonnance du 14 juin 1999 sur l'organisation du Département fédéral de l'économie (RS 172.216.1)
p.	page(s)

Pacte ONU II	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2)
par.	paragraphe
PCEF	Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée
P-CPC	Projet de Code de procédure civile suisse (FF 2006 7019)
phr.	phrase(s)
PJA	Pratique juridique actuelle
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden
Prés.	Président
Prud.	Prud'hommes
Rapport explicatif	Loi fédérale de procédure civile : Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, juin 2003
RBOG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau
RC	Registre du commerce
RCT VS	Règlement de la loi cantonale sur le travail du 12 juillet 1974 (RS VS 822.100) (Valais)
RDS	Revue de droit suisse
REP	Repertorio di Giurisprudenza Patria (TI)
rés.	résumé
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Revue de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RS (+ cant.)	Recueil systématique du canton cité
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s./ss	et suivante/et suivantes
SARB	Schweizerisches Arbeitsrecht

SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
SGK	Entscheide des Kassationsgerichts des Kantons Sankt-Gallen
SJ	Semaine judiciaire
SOG	Solothurnische Gerichtspraxis
spéc.	spécialement
supra	ci-dessus
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
TFA	Tribunal fédéral des assurances
TPrud.	Tribunal des prud'hommes
trad.	traduction
Trib.	Tribunal
Trib. app.	Tribunale d'appello
VerwGer	Vewaltungsgericht
vol.	volume
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGGVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

INTRODUCTION

La procédure civile permet à tout justiciable d'obtenir la consécration de ses droits en matière civile, lorsque l'existence ou l'étendue de ceux-ci est contestée. Elle offre également à la partie qui se voit attraite en justice les moyens nécessaires pour se défendre. Dans les domaines du droit à caractère social – on pense avant tout au droit du travail ou du bail –, le rôle de la procédure civile est considérable. Ces matières nécessitent en effet qu'une protection particulière soit accordée à la partie dite faible au contrat, sur le plan du droit de fond mais aussi procédural. La réalisation des dispositions matérielles ne devant pas se voir compliquée par des difficultés d'ordre formel, des règles spéciales de procédure doivent être instituées, afin de garantir un accès facilité à la justice.

En droit du travail, certaines prescriptions d'ordre procédural ont depuis longtemps été édictées par le législateur fédéral, alors même que la procédure civile était du ressort des cantons. Ainsi, à partir de 1920, ceux-ci ont été tenus de mettre en place, pour ce type de litiges, une procédure simple, rapide, gratuite et respectant le principe d'établissement d'office des faits. Dans les années 1970, des règles de fors, qui se singularisaient notamment par leur caractère partiellement impératif, ont été introduites. L'ingérence du législateur fédéral dans les ordres juridiques cantonaux montre l'importance qui est accordée depuis près d'un siècle à la procédure civile dans les conflits de travail. Ces règles spéciales ont cependant toutes été abrogées par l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2011, du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (CPC), qui détermine seul les règles de procédure civile applicables devant les instances cantonales. Dans un tel contexte d'uniformisation, il est intéressant de se poser la question du sort réservé par le nouveau code aux divers principes de procédure imposés jusqu'alors par le droit fédéral. La particularité des conflits de travail, caractérisés par la présence d'une partie dite faible au contrat, justifie à notre avis une analyse complète et détaillée des normes spéciales qui s'y appliquent. Notre démarche consiste non seulement à comprendre et à vérifier l'opportunité de telles règles dans ce domaine, mais encore à en définir les éventuelles limites, lorsqu'elles sont invoquées abusivement.

En matière d'organisation judiciaire, certains cantons ont institué des tribunaux spécialisés pour traiter des conflits de travail, composés notamment de juges laïques représentant les milieux professionnels. Bien que les juridictions du travail perpétuent une tradition longue de plus d'un siècle et favorisent un certain équilibre social dans le procès, la présence de juges sans formation juridique n'est plus forcément justifiée à l'heure actuelle, dans une société où les règles de droit et leur application sont difficilement accessibles pour des non-

juristes. Dans ce cadre, il convient de s'interroger sur la nécessité de maintenir ou non une telle institution et, le cas échéant, de définir le rôle qui peut encore lui être attribué.

Si l'étude de la procédure civile dans les conflits de travail est intéressante en premier lieu au regard de la volonté du législateur de protéger la partie dite faible au contrat, un nombre important d'autres questions de nature procédurale sont susceptibles de se poser. Celles-ci touchent entre autres au calcul de la valeur litigieuse, aux conditions de recevabilité de la demande, à la représentation des parties, à la participation de tiers au procès, aux différents types d'actions, au degré et au fardeau de la preuve, à la qualité pour agir des associations professionnelles, au déroulement de la procédure ou encore aux différentes voies de recours.

Ainsi, les problèmes soulevés par les dispositions de procédure civile et les enjeux que celles-ci impliquent vis-à-vis des conflits de travail sont nombreux et importants. Une analyse complète et approfondie mérite à notre sens de leur être accordée. Elle permet non seulement de déterminer quels domaines nécessitent l'instauration de règles particulières, garantissant la protection du travailleur, partie dite faible au contrat, mais encore de juger de la compatibilité de celles-ci avec certaines dispositions générales du CPC. Le but est également d'offrir au lecteur un examen intégral des problématiques de procédure civile susceptibles de se poser à l'occasion d'un conflit de travail et d'y apporter des réponses claires et pragmatiques, sans pour autant négliger une réflexion théorique.

Ce travail a été rédigé dans la perspective de l'entrée en vigueur du CPC. Afin d'interpréter les règles du nouveau code, nous nous sommes appuyée sur les documents établis à l'occasion de son adoption, notamment le Rapport explicatif de la commission d'experts, les réponses à la procédure de consultation, le Message du Conseil fédéral ainsi que les débats aux Chambres. Nous avons également tenu compte des divers ouvrages ou articles de doctrine déjà parus en lien avec la nouvelle procédure. Notre propos se fonde aussi sur la jurisprudence ainsi que sur les avis doctrinaux rendus sous l'empire de la procédure civile cantonale. L'existence de vingt-six codes cantonaux en la matière nous a contrainte de nous limiter à une étude comparative cantonale et ne nous a pas permis de l'étendre à des ordres juridiques étrangers. Le choix de nous concentrer sur les droits cantonaux s'explique par le fait que la plupart des dispositions du CPC ont été reprises de ceux-ci. Le Conseil fédéral, dans son Message, indiquait en effet expressément s'être inspiré des règles bien établies du droit de procédure cantonal et des ouvrages doctrinaux y faisant référence.

Notre étude se divise en cinq parties. La première définit les notions de contrat et de conflit individuel et collectif de travail ainsi que de litige relevant du droit du travail. La deuxième s'intéresse à l'organisation judiciaire, en

particulier à l'institution de tribunaux spécialisés. La troisième porte sur l'examen des règles générales de procédure applicables à l'occasion de litiges individuels ou collectifs de travail. Elle concerne notamment la compétence des tribunaux, les conditions de recevabilité, les maximes, les parties au procès, les différentes actions, les frais, la suspension de la cause, le défaut ou encore la preuve. La quatrième partie se penche sur le déroulement du procès, depuis le dépôt des écritures des parties jusqu'à la notification de la décision du tribunal. Quant à la dernière partie, elle expose les différentes voies de recours, cantonales et fédérales.

PREMIERE PARTIE
LA NOTION DE LITIGE RELEVANT DU DROIT DU TRAVAIL

1 Avant de procéder à l'étude proprement dite des règles de procédure applicables aux conflits de travail, il convient de déterminer à quelles situations se rapporte la notion de « litige relevant du droit du travail ». Vu les règles spéciales de procédure prévues en la matière, au regard de la compétence matérielle ou locale du tribunal, des frais ou encore de la maxime applicable, une définition en amont paraît en effet indispensable.

Chapitre I :
Le contrat et le conflit individuel et collectif de travail

§ 1 La définition du contrat individuel et collectif de travail

2 La définition du « litige relevant du droit du travail » suppose préalablement celle du contrat de travail lui-même. Un conflit de ce type trouve en effet toujours sa source soit dans un contrat *individuel*, soit dans du droit *collectif* de travail[1].

1. Le contrat individuel de travail

3 Par contrat individuel de travail au sens des art. 319 ss CO, il faut comprendre le contrat, conclu entre un employeur et un travailleur, portant sur les quatre éléments essentiels qui lui sont caractéristiques[2], soit :

- une prestation de travail ;
- un rapport de subordination ;
- une durée, déterminée ou indéterminée ;
- une rémunération.

---

1 Cf. infra N 13.

2 Pour plus de détails sur la définition du contrat individuel de travail, voir notamment : BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 2 ss ad art. 319 CO ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ss ad art. 319 CO ; BSK-PORTMANN, N 1 ss ad art. 319 CO ; CR CO I-AUBERT, N 1 ss ad art. 319 CO ; ENGEL, 290 ss N 69 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.1 ss ad art. 319 CO ; SUBILIA/DUC, N 2 ss ad art. 319 CO ; TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, 476 ss N 3255 ss ; WYLER (2008), 57 ss.

4 La spécificité du contrat individuel de travail réside dans le fait que celui-ci est conclu entre *un travailleur* et *un employeur déterminés*[3]. Il n'y a que deux parties au contrat, l'employé, qui ne peut être qu'une personne physique de par le caractère personnel du travail qu'il doit accomplir (cf. art. 321 CO), et l'employeur, qui peut lui consister en une personne physique ou morale[4]. En résumé, le contrat individuel de travail suppose qu'un travailleur s'engage à fournir une prestation de travail au profit d'un employeur et sous sa dépendance, sur une certaine durée et moyennant un salaire.

5 La notion de contrat individuel de travail comprend tant le contrat « général » de travail au sens des art. 319 à 343 CO que les contrats « à caractère spécial » tels que le contrat d'apprentissage (art. 344 à 346a CO), le contrat d'engagement des voyageurs de commerce (art. 347 à 350a CO) ou le contrat de travail à domicile (art. 351 à 354 CO).

2. Le droit collectif du travail

6 Le droit collectif du travail se rapporte à deux types d'acte, la convention collective et le contrat-type. Il se distingue du contrat individuel de travail essentiellement par le fait qu'il ne concerne pas uniquement un travailleur et un employeur déterminés[5].

7 La convention collective de travail est réglementée aux art. 356 ss CO. Aux termes de l'art. 356 al. 1 CO, par la convention collective, des employeurs ou associations d'employeurs d'une part, et des associations de travailleurs d'autre part, établissent en commun des clauses sur la conclusion, l'objet et la fin des contrats individuels de travail entre employeurs et travailleurs intéressés. Ces conventions tendent à protéger le travailleur en lui conférant des garanties minimales et en imposant à l'employeur un certain nombre d'obligations[6]. Il s'agit d'un contrat qui lie *plusieurs employeurs ou associations d'employeurs* à *des associations de travailleurs*, tout en déployant des effets sur des employeurs et des travailleurs déterminés[7].

8 Le contrat-type de travail (art. 359 ss CO) se définit comme l'acte édicté par une autorité étatique[8] – le *Conseil fédéral* ou les autorités d'un *canton* (art. 359a al. 1 CO) –, dans lequel sont établies des clauses sur la conclusion, l'objet et la fin de diverses espèces de contrats de travail (art. 359 al. 1 CO). On le trouve dans les

---

3 Message CO, 284.

4 BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 10 ad art. 319 CO ; BSK-PORTMANN, N 43 ss ad art. 319 CO ; CR CO I-AUBERT, N 26 ad art. 319 CO ; TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, 485 s. N 3310 ss ; WYLER (2008), 70.

5 CR CO I-AUBERT, N 1 ad art. 356 CO ; TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, 610 N 4078 ss.

6 AUBERT (2004), 5 ss ; TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, 609 N 4069.

7 GEISER, 32 N 2.1.

8 BERENSTEIN (1957), 1 N 1 ; RONCORONI (in ANDERMATT ET AL.), N 4 ad art. 359 CO.

branches ne faisant pas l'objet de négociations collectives telles que l'agriculture ou le service de maison[9]. Une telle réglementation régit les rapports de travail entre les parties aussi longtemps que celles-ci n'en ont pas convenu différemment ; les règles contenues dans le contrat-type sont en effet de nature dispositive, à moins que celui-ci fixe des salaires minimaux obligatoires (art. 360a et 360d CO)[10]. Tel est par exemple le cas de l'Ordonnance fédérale sur le contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique[11], entrée en vigueur le 1er janvier 2011, qui impose des salaires minimaux obligatoires pour les travailleurs qui effectuent des activités domestiques dans un ménage privé.

§ 2 La définition du conflit individuel et collectif de travail

1. Le conflit individuel de travail

9 Il y a conflit individuel de travail lorsque les prétentions visent à régler le sort des relations de travail entre deux parties déterminées, liées entre elles par un contrat individuel de travail[12]. Peu importe en revanche que les dispositions du contrat individuel de travail, d'une convention collective, d'un contrat-type ou d'une autre loi spéciale soient invoquées.

2. Le conflit collectif de travail

10 Il y a conflit collectif de travail lorsque les conditions cumulatives suivantes sont réunies[13] :

---

9 BERENSTEIN (1957), 1 N 2 et 7 N 16 ; CR CO I-AUBERT, N 3 ad art. 359 CO ; Message CO, 433 s. ; RONCORONI (in ANDERMATT ET AL.), N 2 ad art. 359 CO ; TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, 620 N 4147 ss, 4151.

10 RONCORONI (in ANDERMATT ET AL.), N 65 s.ad art. 360 CO ainsi que N 127 ad art. 360d CO.

11 Du 20 octobre 2010 ; RS 221.215.329.4.

12 Sur la définition du contrat individuel de travail, cf. supra N 3 ss.

13 Comp. également les définitions cantonales suivantes : art. 2 al. 3 de la loi vaudoise du 28 octobre 2003 sur la prévention et le règlement des conflits collectifs (LPRCC ; RS VD 821.01) : « Sont réputés conflits collectifs de travail les différends qui surgissent entre un ou plusieurs employeurs ou leurs associations d'une part et les syndicats ou des groupes de travailleurs d'autre part, notamment sur les conditions de travail, les licenciements collectifs et sur l'interprétation et l'exécution de conventions collectives ou de contrats-types de travail » ; art. 2 al. 2 du règlement neuchâtelois du 31 août 2009 concernant l'office cantonal de conciliation en matière de conflits collectifs du travail (RS NE 810.40) : « Sont considérés comme conflits d'ordre collectif les différends entre un ou plusieurs employeurs ou leurs associations d'une part et les syndicats ou des groupes de

- les prétentions trouvent leur source dans une convention collective, dans un contrat-type ou dans plusieurs contrats individuels de travail, ou encore dans une loi spéciale telle que la LEg ;
- une ou plusieurs organisations sont parties à la procédure, ou un groupe de travailleurs ou d'employeurs[14] ;
- les prétentions sont liées à la défense d'intérêts communs.

11 Une action collective ne peut jamais tendre à régler le sort des relations de travail entre un seul employeur et un seul employé déterminés. Par ailleurs, même lorsqu'une association réclame des prétentions qui lui sont propres, telles que le paiement de la peine conventionnelle prévue dans une convention collective de travail, il s'agit d'un conflit collectif puisque l'action vise indirectement la protection d'un ensemble de travailleurs ou d'employeurs, la violation de la CCT ayant des répercussions directes sur la situation de ceux-ci[15].

travailleurs d'autre part concernant les conditions de travail, les licenciements collectifs, l'élaboration, l'application et l'interprétation d'une convention collective de travail ».

14 Le groupement devrait être constitué de plus de cinq personnes, comp. art. 2 al. 1 du Règlement d'application du 7 juillet 1999 de la loi concernant la Chambre des relations collectives de travail, du canton de Genève (RCRCT ; RS GE J 1 15.01).

15 Sur l'interprétation large à accorder à la notion de litige relevant du droit du travail, voir infra N 13.

Chapitre II :
Le litige relevant du droit du travail

§ 3 La définition du litige relevant du droit du travail

1. Droit fédéral ou cantonal ?

12 Le litige relevant du droit du travail doit être défini avant tout afin de pouvoir déterminer si, dans un cas d'espèce, les règles spéciales de procédure prévues dans ce domaine sont applicables ou non. Ces règles concernent la compétence à raison de la matière, celle à raison du lieu, la question des frais ainsi que la maxime applicable. Elles ne découlent pas toutes du droit fédéral puisque la compétence matérielle demeure du ressort des cantons (art. 122 al. 2 Cst., 3 et 4 al. 1 CPC), qui peuvent par conséquent définir librement la notion de litige relevant du contrat de travail dans leurs lois d'organisation judiciaire respectives[16]. Cette notion est en revanche unifiée vis-à-vis des questions de fors, de frais ainsi que de maxime au procès, qui sont toutes réglées dans le CPC. Autrement dit, dans ces domaines, elle relève du droit fédéral et ne saurait être modifiée par des règles de droit cantonal. Les principes développés ci-après doivent par conséquent être appliqués sous réserve d'une disposition cantonale contraire définissant la compétence matérielle du tribunal.

2. La source du litige, le fondement de la prétention et la qualité des parties

a. La source du litige

13 Un litige relevant du droit du travail trouve toujours sa *source* dans un contrat individuel ou dans le droit collectif du travail[17]. Puisque le titre huitième du Code des obligations, intitulé « Du contrat de travail », comprend les dispositions du contrat individuel comme de la convention collective ou du

---

16 Voir TF du 10.6.2010, 4A_273/2010, c. 2.2 ; TF du 18.3.2010, 4A_137/2010, c. 3 ; TF du 11.11.2008, 4A_329/2008, c. 1, RSPC 2009 8 : la décision d'une juridiction cantonale statuant sur sa compétence matérielle est une question de pur droit cantonal puisqu'elle ressortit à l'application des règles d'organisation judiciaire propres au canton en cause ; peu importe que la compétence ratione materiae se détermine d'après la qualification du contrat litigieux et par application (préjudicielle) des règles de droit matériel fédéral.

17 Sur ces deux notions voir supra N 3 ss.

contrat-type[18], le litige relève du droit du travail dès le moment où la prétention est issue de l'un ou l'autre de ces contrats[19]. Le Tribunal fédéral considère pour sa part qu'une affaire opposant un employeur et une commission professionnelle paritaire ne relève pas du « droit du travail » au sens de l'art. 74 al. 2 lit. a LTF, au motif que le but de protection sociale visé par cette disposition concerne uniquement les litiges portant sur l'exécution directe de prétentions fondées sur un contrat individuel de travail[20]. Cette solution ne doit à notre avis pas être suivie. Le législateur a en effet introduit des règles spéciales de procédure pour les litiges à caractère social[21], afin de protéger la partie dite faible au contrat. Or ceux-ci comprennent également les conflits auxquels les associations professionnelles ou leurs organes sont parties, au vu du but principal poursuivi par de tels acteurs, soit de négocier et de conclure des conventions qui régulent les rapports entre employeurs et travailleurs et de protéger ces derniers contre la violation de certains de leurs droits. Que l'action de l'organisation soit constatatoire ou condamnatoire, par exemple en paiement de la peine conventionnelle prévue en cas de non-respect de la convention collective, elle permet dans certains cas d'épargner aux employés concernés le fardeau d'un procès[22]. Les procédures dites sociales visent par conséquent également les conflits collectifs de travail – de manière indirecte au moins –, de sorte qu'ils doivent eux aussi être compris dans la notion de « litige relevant du droit du travail »[23]. Le législateur a d'ailleurs lui-même précisé que les actions des

---

18 Comp. TF du 24.11.2004, 4P.194/2004, c. 2.3 : « En effet, les termes "employeur" et "travailleur" ont la même acception dans la CN 2005 [Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse 2003-2005] que dans le code des obligations, dont le titre sur le contrat de travail contient du reste le chapitre sur les conventions collectives de travail ».

19 Comp. KGer ZH du 2.3.1998, JAR 1999 373, c. 5. Voir, pour la définition du conflit individuel et celle du conflit collectif, supra respectivement N 9 et 10.

20 TF du 25.3.2010, 4A_535/2009, c. 1.2.1, RSPC 2010 290. Du même avis : CORBOZ (in CORBOZ ET AL.), N 24 ad art. 74 LTF. La question avait précédemment été laissée ouverte dans deux arrêts, voir TF du 25.11.2009, 4A_377/2009, c. 1, et TF du 12.9.2008, 4A_283/2008, c. 2 (non publié à l'ATF 134 III 541). Comp. également TF du 12.7.2010, 4A_248/2010, c. 1.1.1.

21 Voir p. ex. le Message LTF, 4103, ou le Message CPC, 6863 et 6953.

22 Voir par exemple KLEUBLER, 13 : « In Zeiten der Arbeitslosigkeit werden jedenfalls viele Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sich trotz Schutzbestimmungen von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR scheuen, ihre Arbeitgeberschaft beim Gewerblichen Schiedsgericht einzuklagen. (…) Zwar können die Paritätischen Kommissionen gegenüber fehlbaren Firmen Konventionalstrafen aussprechen und dadurch einen gewissen Druck auf Einhaltung der Gesamtarbeitsverträge ausüben ». Voir également MANGOLD, 828 : « en pratique, on peut partir de l'idée que la constatation de la discrimination [par des organisations professionnelles] entraînera le rétablissement de la situation conforme au droit, sans qu'il faille passer par des actions individuelles », ainsi que 829.

23 Comp. KGer ZH du 2.3.1998, JAR 1999 373, c. 5 ; comp. également, en matière de compétence matérielle, § 8 lit. a EG ZPO AG et art. 29 al. 2 LCT VS. D'un avis différent : HAUCK (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 29 ad art. 247 CPC.

associations au sens de l'art. 7 LEg étaient soumises « aux mêmes règles que pour l'action individuelle », c'est-à-dire « le renversement du fardeau de la preuve, le droit à une procédure écrite, ainsi que les dispositions de l'article 343 du code des obligations indépendamment de la valeur litigieuse »[24]. Une analogie peut encore être faite avec la situation de la caisse de chômage subrogée aux droits de l'employé, qui devient seule légitimée à réclamer ceux-ci en justice, le but étant d'éviter au salarié les coûts et la charge d'un procès[25] ; la doctrine majoritaire considère que la caisse dispose alors des mêmes avantages procéduraux que l'employé, déduits avant l'entrée en vigueur du CPC de l'art. 343 CO[26]. Si l'on admet que la caisse bénéficie des mêmes prérogatives de procédure que le travailleur, il doit en aller de même pour les organisations syndicales, dont l'objectif, direct ou indirect, est d'éviter à l'employé le fardeau d'un procès. Dans un souci d'égalité de traitement et à l'instar de ce qui prévaut vis-à-vis de l'employeur, les organisations patronales sont elles aussi soumises aux allègements procéduraux prévus en la matière. Dans tous les cas, il se justifie à notre avis d'interpréter largement la notion de « litige relevant du droit du travail »[27] afin d'assurer au mieux la protection des intérêts du travailleur – partie dite faible au contrat –, intérêts qui s'expriment également lorsque le conflit ne tend pas directement à l'exécution de prestations fondées sur un contrat individuel de travail.

b. Le fondement de la prétention

14 Peu importe que la prétention invoquée ait un fondement *contractuel*, *délictuel* voire même en *répétition de l'indu*[28]. L'élément déterminant est que l'état de fait sur lequel elle repose ressortit aux relations de travail[29]. La prétention peut se fonder sur les art. 319 à 362 CO, sur une loi spéciale telle que la LEg, la LPart,

---

24 Message LEg, 1219.

25 Cf. infra N 353 s.

26 Cf. infra N 303 et les réf. en n. 788.

27 Dans le même sens : OGer ZH du 6.2.2007, ZR 106 (2007) 189 N 45, c. 2c ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.17 ad art. 343 CO ; REINERT (in BAKER & MCKENZIE), N 3 ad art. 34 CPC.

28 FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.17 ad art. 343 CO ; TAPPY (2001), 350 ; TPrud. Lausanne du 1.6.2005, JAR 2006 531, c. A ; Ch. rec. VD du 8.7.1998, JdT 1999 III 18 : il suffit que la créance découle d'une transaction passée devant le tribunal de prud'hommes pour que celui-ci soit compétent.

29 Voir par exemple TF du 22.11.2010, 4A_461/2010, c. 2.1 (destiné à la publication) ; TF du 8.1.2009, 4A_475/2008, c. 1.2 ; TF du 4.12.2007, 4A_310/2007, c. 3, DTA 2008 36, JAR 2008 312 ; CCiv. VD du 12.8.2008, JAR 2009 651, c. I/a ; OGer ZH du 6.2.2007, ZR 106 (2007) 189 N 45, c. 2c. Comp. également en matière de litiges relevant du contrat de bail, ATF 120 II 112, c. 3c, JdT 1995 I 202 et TF du 4.11.2003, 5C.181/2003, c. 2.3.

la LSE[30] ou la LTr[31], sur un règlement d'entreprise annexé au contrat de travail[32], sur les dispositions générales du Code des obligations (art. 1 ss CO)[33] ou encore sur les art. 41 ss CO[34].

15 Le litige peut porter sur un contrat de travail *prétendument nul* (art. 320 al. 3 CO)[35] ou sur des relations *précontractuelles* entre les parties[36]. RYTER donne à cet égard l'exemple du dommage que pourrait subir le travailleur qui quitterait son emploi se croyant engagé par un nouvel employeur qui, en fin de compte, ne le prend pas à son service[37]. On peut également envisager l'action tendant à l'octroi d'une indemnité pour tort moral d'un travailleur qui subit une violation de sa personnalité à l'occasion d'un entretien d'embauche, par exemple parce que l'employeur pose des questions indiscrètes ou sans rapport avec le travail pour lequel le candidat se présente, même si aucun contrat de travail n'est finalement conclu entre les parties[38].

---

30 Message CPC, 6884 ad art. 33 P-CPC ; TF du 22.11.2010, 4A_461/2010, c. 2.1 (destiné à la publication).

31 Vu l'art. 342 al. 2 CO. Cf. BSK ZPO-KAISER JOB, N 9 ad art. 34 CPC ; GestG-ZK-GROSS, N 26 ad art. 24 LFors.

32 TF du 5.1.1999, SARB 2000 833, c. 1c ; TPrud. GE du 27.8.2002, JAR 2003 150, c. 1a.

33 TF du 17.3.2005, 4P.303/2004, c. 2.2 : « les juridictions spécialisées doivent, elles aussi, connaître et appliquer les règles générales du droit des obligations, de même que les grands principes juridiques ».

34 FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.17 s. ad art. 343 CO ; STREIFF/VON KAENEL, N 2a ad art. 343 CO. Cf. infra N 17 ss.

35 TF du 8.1.2009, 4A_475/2008, c. 1.2 ; TF du 29.7.1985, in AUBERT (1986), 308 N 11 ; CORBOZ (in CORBOZ ET AL.), N 24 ad art. 74 LTF ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.19 ad art. 343 CO ; FELLER/BLOCH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 9 ad art. 34 CPC ; GestG-ZK-GROSS, N 37 ad art. 24 LFors ; KOLLER (1995) 47 N 1 ; STREIFF/VON KAENEL, N 5 ad art. 343 CO.

36 Comp. TF du 17.3.2005, 4P.303/2004, c. 2.3 : il n'est pas arbitraire pour une juridiction spécialisée en matière de bail d'étendre sa compétence aux prétentions fondées sur la violation de devoirs précontractuels liés à la conclusion d'un contrat de bail ; BSK ZPO-KAISER JOB, N 5 ad art. 34 CPC ; COTTER, 37 s. ; DONZALLAZ (Com-LFors), 464 N 4 ; FELLER/BLOCH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 12 ad art. 34 CPC ; GestG-ZK-GROSS, N 39 s. ad art. 24 LFors ; REINERT (in BAKER & MCKENZIE), N 5 ad art. 34 CPC ; SCHÄTTI, 23 ; STREIFF/VON KAENEL, N 5 ad art. 343 CO ; OGer ZH du 6.2.2007, ZR 106 (2007) 189 N 45, c. 2c ; TPrud. Lausanne du 1.6.2005, JAR 2006 531. *Contra* : HASLER, 45 ; RYTER, 20 ss N 18 ss ; SUTTER (1986), 124. RYTER soutient que, puisque les litiges soumis à l'art. 343 CO relèvent souvent d'une juridiction spéciale composée de juges laïques, il serait difficilement concevable que ceux-ci se prononcent « sur les épineux problèmes juridiques que suscitent les pourparlers ». A l'heure actuelle, les juridictions du travail – dans les cantons qui en connaissent encore – sont toujours présidées par un magistrat au bénéfice d'une formation juridique complète (voir GALLEY, 127 s. N 7.4.4), de sorte que cette considération n'a plus lieu d'être.

37 RYTER, N 17.

38 Voir TPrud. Lausanne du 1.6.2005, JAR 2006 531, c. A, qui a retenu une violation de l'art. 328 CO. Avec WYLER (2008), 86, il faut en réalité admettre que la violation de la personnalité se fonde sur l'art. 28 CC, dès lors qu'aucun contrat entre les parties n'a

c. La qualité des parties au procès

16 Les *parties au procès* ne sont pas nécessairement un travailleur et un employeur. Il peut par exemple s'agir d'une caisse de chômage, d'une association professionnelle ou encore de tout tiers à qui la créance litigieuse fondée sur des rapports de travail a été cédée[39]. L'élément déterminant tient en effet uniquement au fait que la prétention réclamée trouve sa source dans un contrat individuel ou du droit collectif de travail[40].

3. La pluralité de fondements

17 Lorsqu'un litige porte tant sur les relations de travail que sur un autre fondement, il faut procéder de la même manière qu'en cas de contrat mixte[41] et déterminer l'aspect prépondérant de la prétention[42]. Si celle-ci est fondée au premier chef sur une violation des obligations du contrat de travail, le litige doit être considéré comme relevant de ce domaine.

Le litige relève en premier lieu du contrat de travail lorsque, par exemple : un ouvrier se coupe un doigt à cause du mauvais entretien de la machine sur laquelle il travaille et se prévaut contre son employeur de la violation de l'art. 328 CO mais aussi des art. 41 ss CO ; un chauffeur de taxi fait une erreur de conduite et endommage son véhicule, l'employeur invoquant à son encontre les art. 321e et 41 ss CO ; l'employeur invoque la violation d'une clause de prohibition de faire concurrence insérée tant dans le contrat de travail que dans la convention d'actionnaires liant les parties[43].

18 Si un tribunal spécialisé est compétent pour connaître de l'affaire, par exemple une juridiction du travail, il l'est également pour traiter des moyens de droit fédéral invoqués concurremment[44]. En effet, le principe de l'application du droit

---

finalement été conclu. En cas de discrimination à l'embauche à raison du sexe, l'art. 5 al. 2 LEg prévoit quant à lui expressément le droit pour la personne discriminée de réclamer une indemnité.

39 Voir infra N 303 et les réf. citées en n. 788 à 791.

40 Cf. supra N 13.

41 Cf. infra N 30 s.

42 TF du 18.11.2010, 4A_453/2010, c. 2 ; ATF 91 II 63, c. 4, dans lequel l'employeur invoquait aussi bien l'art. 321e que les art. 41 ss CO. Voir également les arrêts cantonaux suivants : Ch. rec. VD du 13.9.1995, JdT 1997 III 10, c. 3 : art. 321a et 41 ss CO ; CCiv. NE du 3.5.1993, RJN 1993 105, c. 3 : art. 321e CO et LCD ; Ch. rec. VD du 28.1.1992, JdT 1993 III 17, c. 4a : art. 321a et 41 ss CO ; TC FR du 17.4.1985, JAR 1988 423 : art. 321a et 41 ss CO ; Cour mixte des prud'hommes GE, 1.2.1955, SJ 1956 42 : art. 328 et 41 ss CO ; CJ GE du 12.2.1952, SJ 1953 273, c. 2 : art. 321e et 41 ss CO ; CJ GE 12.3.1948, SJ 1948 545 : art. 321e et 41 ss CO. En doctrine, voir AUBERT (1982), 212 s. ; STREIFF/VON KAENEL, N 5 ad art. 343 CO ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, N 7 ad art. 343 CO.

43 CCiv. VD du 12.8.2008, JAR 2009 651, c. I/a.

44 MEIER (2010), 70 s.

d'office (art. 57 CPC)[45] s'oppose au partage d'une cause civile en procès distincts et impose dans cette mesure une attraction de compétence[46].

19 En règle générale, lorsque les parties sont liées par un contrat de travail, c'est le fondement contractuel qui doit être tenu pour prépondérant, notamment lorsque le travailleur a commis une infraction dans le cadre de l'exécution de ses obligations contractuelles[47] ; le fait que l'infraction soit également punissable indépendamment de toute relation de travail n'a aucune incidence sur le caractère prédominant du lien contractuel[48].

4. Le problème de la qualification du contrat

a. Le principe

20 Lorsque le demandeur prétend à l'existence d'un contrat de travail alors que le défendeur invoque une qualification différente du contrat, par exemple un mandat, ou lorsque le litige porte sur la résiliation d'un contrat mixte et que les parties ne s'entendent pas sur la qualification du contrat prépondérant[49], faut-il appliquer les règles de compétence et de procédure spéciales prévues en matière de droit du travail[50] ?

21 Dans un arrêt de 1999, le Tribunal fédéral a expressément admis que lorsque « le demandeur base sa prétention sur les règles applicables au contrat de travail, [s]avoir si une telle prétention est fondée est une question relative au contrat de travail ». Et notre haute cour d'ajouter : « [l]a question débattue de savoir s'il existe un contrat de travail entre les parties est d'ailleurs bien un litige relevant

---

45 Le principe est également inscrit à l'art. 106 al. 1 LTF, qui a lui-même été repris de l'art. 63 OJ.

46 ATF 125 III 82, c. 3, JAR 2000 396 ; 92 II 305, c. 5 ; 91 II 63, c. 3 : « En divisant l'examen de la prétention litigieuse en deux questions soumises à deux ordres de juridiction parallèles, elle [la décision de la cour cantonale] empêche chacune des autorités cantonales d'appliquer d'office le droit fédéral dans toute son étendue (…), de manière à en donner une juste appréciation juridique ».

47 BSK ZPO-HEMPEL, N 16 ad art. 36 CPC.

48 Ch. rec. VD du 13.9.1995, JdT 1997 III 10, c. 3 : en l'espèce, l'employé avait dérobé des valeurs à son employeur. Le tribunal vaudois a considéré que la commission de cette infraction n'était pas indépendante de l'exécution du travail, dès lors qu'« il fallait bien que les valeurs soustraites aient été confiées préalablement au travailleur par son employeur pour qu'il ait eu l'occasion de se les approprier ».

49 Cf. infra N 30 s.

50 Il s'agit de règles spéciales en matière de fors (art. 34 et 35 CPC), de compétence matérielle dans les cantons qui connaissent des tribunaux spécialisés (cf. infra N 43 et 124), de frais (art. 113 et 114 CPC) ainsi que de maxime applicable au procès (art. 247 al. 2 lit. b ch. 2 CPC).

du contrat de travail »[51]. Si cet arrêt répond de manière précise à la question de savoir si l'on a affaire à un litige relevant du droit du travail lorsque la qualification du contrat est contestée, il reste néanmoins à déterminer *à quel stade du procès* celle-ci doit être tranchée.

b. La compétence ratione loci et materiae : la théorie des faits de double pertinence

22 Au vu des fors spéciaux[52] et, dans certains cantons, des tribunaux spécialisés[53] en matière de droit du travail, la question de savoir si l'on est en présence ou non d'un contrat de travail est pertinente tant au regard de la compétence que du bien-fondé de la prétention[54]. Cette situation suppose dès lors l'application de la *théorie des faits de double pertinence*[55]. Selon cette théorie, la question de la compétence ne doit pas être examinée de manière préalable et le tribunal doit se prononcer qu'une seule fois, au moment de trancher le fond. Ce sont par conséquent les règles de compétence à raison du lieu et de la matière relatives au contrat tel que qualifié par le demandeur qui doivent être appliquées[56]. La théorie des faits de double pertinence veut en effet que « l'existence des faits justifiant à la fois la compétence et les prétentions au fond, s'ils sont contestés, seront présumés réalisés pour l'examen de la compétence et ne devront être

---

51 TF du 22.3.1999, JAR 2000 389, c. 2c. Voir également TF du 22.11.2010, 4A_461/2010, c. 2.1 (destiné à la publication) ; TF du 25.1.2007, 4C.276/2006, c. 6 ; GestG-ZK-GROSS, N 52 ad art. 24 LFors ; KOLLER (1995), 48 N 2 ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, N 6 ad art. 343 CO.

52 Cf. infra N 79 ss.

53 Cf. infra N 43.

54 BLOCH, 83.

55 ATF 134 III 27, c. 6.2.1 ; 133 III 295, c. 6.2, JdT 2008 I 160, RSPC 2007 233 ; 131 III 153, c. 5.1 ; 122 III 249, c. 3b/bb-cc, JdT 1997 I 25 ; TF du 22.11.2010, 4A_461/2010, c. 2.3 (destiné à la publication) ; TF du 31.8.2010, 4A_293/2010, c. 3 (destiné à la publication) ; TF du 29.7.2009, 4A_249/2009, c. 2.3 ; TF du 16.5.2008, 4A_133/2008, c. 3.1 (non publié à l'ATF 134 III 475) ; TF du 25.9.2006, 4P.104/2006, c. 2.3 et 2.4.1, DTA 2007 26, RSPC 2007 4 ; KGer SG du 16.10.2007, JAR 2008 464, c. III/2 ; BezGer Horgen du 23.7.2002, ZR (104) 2005 242 N 67, c. III/3. Voir également BOHNET (RDS), 246 ss ; BRULHART, 218 s. ; BUCHER, 155 s. ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.7 ad art. 343 CO ; HOFFMANN-NOWOTNY, 71 ss N 100 ss et 117 ss N 182 ss ; KNOEPFLER, 790 s. ; MEIER (2010), 70 ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 62 s. N 143 ss ; ZÜRCHER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 16 ad art. 60 CPC. L'origine de la théorie vient du droit allemand, le TF se référant expressément à un article d'EKKEHARD SCHUMANN, Internationale Zuständigkeit : Besonderheiten, Wahlfeststellung, doppelrelevante Tatsachen, in Habscheid/Schwab (éd.), Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtbarkeit : Festschrift für Heinrich Nagel, Münster 1987, 402-426.

56 Cf. les réf. citées supra en n. 55. Voir également ATF 119 II 66, c. 2a, JdT 1994 I 112 ; 91 I 121, c. 5 ; 66 II 179, c. 2, JdT 1941 I 52 : la nature du litige est déterminée en principe par le contenu de la demande, les conclusions et les motifs qui le justifient.

prouvés qu'au moment où le juge statuera sur le fond du litige »[57]. D'après le Tribunal fédéral, dès l'instant où le défendeur doit répondre à des allégations déterminantes tant pour la recevabilité que pour le bien-fondé de la demande, il doit pouvoir opposer l'exception de chose jugée si une seconde demande matériellement identique à la première est introduite, d'où la priorité de la décision sur le fond par rapport à celle sur la compétence[58]. BUCHER considère pour sa part que le véritable objectif de la théorie est d'éviter que l'examen de la compétence anticipe celui du fond[59]. Dans tous les cas, la théorie des faits de double pertinence a le mérite de respecter le principe d'économie de procédure[60].

23 Pour admettre la compétence du tribunal à raison du lieu ou de la matière, il suffit que les faits qui fondent la prétention soumise à l'examen du tribunal soient allégués *avec une certaine vraisemblance*[61]. Dans un arrêt portant sur la compétence matérielle du tribunal de prud'hommes zurichois, le Tribunal fédéral a en effet réservé l'application de la théorie des faits de double pertinence dès lors qu'il ressortait clairement des allégués mêmes de la demande que la qualification du contrat invoquée par le demandeur n'était pas correcte[62]. Par conséquent, lorsque les *éléments de la demande* démontrent manifestement qu'il ne s'agit pas d'un contrat de travail[63] ou que la *réponse* et les *documents de la partie défenderesse* permettent de réfuter immédiatement et sans équivoque l'existence d'un contrat de travail[64], les règles de fors de l'art. 34 CPC ou celles liées à la compétence matérielle du tribunal selon la loi d'organisation judiciaire

---

57 ATF 131 III 153, c. 5.1 ; TF du 31.8.2010, 4A_293/2010, c. 3 (destiné à la publication).

58 ATF 131 III 153, c. 5.1 : « Cette règle tend à protéger la partie défenderesse, puisqu'elle lui permet d'opposer l'exception de chose jugée à une action qui serait introduite ultérieurement à un autre for » ; 122 III 249, c. 3b/bb, JdT 1997 I 25.

59 BUCHER, 157.

60 HOFFMANN-NOWOTNY, 125 s. N 197.

61 ATF 131 III 153, c. 5.1 ; TF du 22.11.2010, 4A_461/2010, c. 2.2, 2.3 et 2.4 (destiné à la publication) ; TF du 31.8.2010, 4A_293/2010, c. 3 et 4 (destiné à la publication). Voir également BezGer Horgen du 23.7.2002, ZR (104) 2005 242 N 67, c. III/3a ; OGer SO du 22.6.1989, SOG 1989 21 N 8 ; BLOCH, 83 et 85 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.7 ad art. 343 CO ; HOFFMANN-NOWOTNY, 74 s. N 106 ss, 89 s. N 137 et 120 ss N 190 ss ; MEIER (2010), 70 ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 323 N 200.

62 TF du 25.9.2006, 4P.104/2006, c. 2.3 et 2.4.1, DTA 2007 26, RSPC 2007 4. Voir également ATF 66 II 179, c. 2, JdT 1941 I 52 ; 92 I 36, c. 1 *i.f* : « Nicht entscheidend für die Zuständigkeit wäre die Darstellung des Anspruches in der Klage nach der angeführten Praxis nur dann, wenn die Kläger in der Absicht, den ordentlichen Gerichtsstand der Beklagten zu umgehen, dem Anspruch eine Form gegeben hätten, die sich mit seiner wahren Natur nicht vertrüge » ; KGer SG du 16.10.2007, JAR 2008 464, c. III/2 ; HOFFMANN-NOWOTNY, 88 N 133 ss et 135 ss N 213 ss.

63 TF du 22.11.2010, 4A_461/2010, c. 2.3 (destiné à la publication) ; TF du 25.9.2006, 4P.104/2006, c. 2.3 et 2.4.1, DTA 2007 26, RSPC 2007 4.

64 TF du 31.8.2010, 4A_293/2010, c. 4 (destiné à la publication) ; TF du 22.11.2010, 4A_461/2010, c. 2.3 (destiné à la publication).

cantonale ne s'appliquent pas ; le tribunal doit se déclarer incompétent ratione loci ou materiae et prononcer la demande irrecevable (et non mal fondée)[65].

24 L'application de la théorie des faits de double pertinence implique parfois que les règles spéciales de for ou de compétence matérielle instituées en matière de droit du travail soient écartées au profit d'autres règles, applicables au vu de la qualification du contrat qui a été avancée par le demandeur.

Par exemple, le demandeur invoque l'existence d'un contrat de mandat et réclame 20'000 francs à titre de réparation de son dommage, sur la base de l'art. 398 CO (responsabilité du mandataire) ; il saisit le tribunal ordinaire au for du domicile du défendeur (art. 31 CPC) ; le défendeur s'y oppose au motif qu'un contrat de travail a été conclu ; le tribunal saisi doit présumer sa compétence et trancher la prétention selon les art. 319 ss ou 394 ss CO, selon la qualification du contrat qu'il aura retenue. Peu importe le fait que, si le demandeur avait d'emblée fondé ses prétentions sur le contrat de travail, un autre for (soit ceux de l'art. 34 CPC) ou la compétence d'un autre tribunal (une juridiction du travail) aurait été applicable. Il faut bien entendu réserver l'hypothèse où il ressort manifestement de la demande que la qualification du contrat invoquée par le demandeur est erronée.

25 En matière de compétence matérielle, l'application de la théorie des faits de double pertinence signifie également qu'il peut appartenir à un tribunal spécialisé, en principe exclusivement compétent pour trancher des prétentions fondées sur le contrat de travail[66], d'appliquer des règles relevant d'un autre domaine du droit[67].

Par exemple, le demandeur prétend au paiement de 5'000 francs à titre de « salaire » ; le tribunal retient que les parties étaient en réalité liées par un contrat de mandat ; il doit statuer sur la prétention en fonction des règles du mandat, en l'occurrence de celles régissant les honoraires, et, le cas échéant, allouer la prétention sur cette base.

26 En résumé, lorsque la qualification du contrat de travail est litigieuse et que celle invoquée par le demandeur est alléguée avec une certaine vraisemblance, la compétence matérielle et locale du tribunal est présumée. Il appartient ensuite à celui-ci, dans sa décision au fond, de trancher les prétentions selon les règles de droit relatives à la qualification du contrat qu'il a retenue et, le cas échéant, de les rejeter (et non de les déclarer irrecevables).

27 Même si la compétence matérielle des tribunaux demeure du ressort des cantons (art. 122 al. 2 Cst. et 3 CPC), ceux-ci sont tenus de se conformer à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'application de la théorie des faits

---

65 TF du 22.11.2010, 4A_461/2010, c. 2.2 (destiné à la publication) ; BOHNET (RDS), 241 (compétence matérielle) et 246 ss (for) ; comp. Ch. rec. VD du 13.1.2010, n° 17/I, c. 4, rendu en matière de contrat de bail. Cf. également infra N 205 ss.

66 Cf. infra N 124.

67 Ch. rec VD du 13.1.2010 n° 17/I, c. 4c ; Ch. rec. VD du 14.1.2004, JdT 2005 III 79, c. 3 et 5f : « ce qui n'empêchera pas le Tribunal de prud'hommes d'admettre, au vu d'autres éléments de fait, l'application du droit du mandat et de trancher en appliquant ces règles même si elles ne relèvent pas de sa compétence matérielle » ; OGer SO du 22.6.1989, SOG 1989 21 N 8 ; comp. TF du 18.11.2010, 4A_453/2010, c. 4.3 ; BOHNET (RDS), 241. *Contra* : KGer SG du 16.10.2007, JAR 2008 464, c. IV/4.

de double pertinence[68]. Autrement dit, les tribunaux doivent présumer leur compétence ratione materiae et trancher la question de la qualification du contrat dans la décision au fond. En effet, la problématique visée a trait à l'autorité de la chose jugée ou à l'exception de litispendance préexistante, qui sont l'une et l'autre des questions de droit fédéral (art. 59 al. 2 lit. d et e et 308 CPC).

c. Les autres règles spéciales de procédure (frais et maxime au procès)

28 Lorsque le tribunal doit déterminer si les règles de procédure spéciales prévues en matière de droit du travail, à savoir les dispositions régissant les frais (art. 113 et 114 CPC) ainsi que celles relatives à la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 CPC) sont applicables, il doit se fonder sur la qualification du contrat telle qu'invoquée par le demandeur, sauf qualification manifestement inexacte[69]. En matière de frais, le principe devrait s'appliquer sous réserve d'un éventuel abus de droit (art. 52 CPC) du demandeur à invoquer l'existence d'un contrat de travail, lorsqu'il devait savoir que les relations relevaient d'un autre domaine du droit[70].

d. Synthèse

29 Lorsque la qualification du contrat est litigieuse et qu'elle est déterminante tant au regard de la compétence ou des règles de procédure que du fond du litige, les fors, la compétence matérielle ainsi que les règles spéciales de procédure (frais et maxime) relatifs à la qualification invoquée par le demandeur s'appliquent si celle-ci est rendue vraisemblable au vu des éléments de la demande. A défaut, le tribunal doit rendre une décision d'incompétence, cas échéant appliquer les règles ordinaires de procédure.

5. Le contrat mixte

30 En cas de contrat mixte, il convient d'appliquer pour chaque prestation les règles relatives au contrat qui la régit. Lorsque le conflit porte sur la résiliation du contrat mixte, il relève du contrat dont l'aspect est prépondérant[71]. Par exemple,

---

68 Comp. KGer SG du 16.10.2007, JAR 2008 464, c. III/2.

69 Comp. supra N 23.

70 TF du 26.8.2002, 4C.230/2002, c. 3 : en l'espèce, le Tribunal fédéral a tranché en faveur de la gratuité du procès au vu de l'impossibilité pour le demandeur de savoir avant l'issue du litige si les dispositions spéciales régissant les frais déduites de l'art. 343 al. 3 CO s'appliqueraient ou non. Dans le même sens, JK ZG du 17.4.2003, ZGGVP 2003 175, c. 1c.

71 ATF 131 III 566, c. 3.1 ; BSK ZPO-KAISER JOB, N 11 ad art. 34 CPC ; DONZALLAZ (Com-LFors), N 9 ad art. 24 LFors ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.20 ad art. 343 CO ; FELLER/BLOCH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 10 ad art. 34 CPC ; GestG-ZK-GROSS, N 13

le *contrat de conciergerie* est un contrat mixte présentant des aspects de travail et de bail. Le contrat prépondérant peut alors être déterminé en fonction de l'importance respective des prestations : si le salaire est plus élevé que le loyer, l'aspect travail prédomine, et vice-versa[72]. Le fait que le concierge n'exerce sa fonction qu'à temps partiel n'est pas déterminant en soi, puisque si le salaire reste plus élevé que le loyer, le contrat de travail est prépondérant[73]. Un autre critère peut être appliqué, qui a trait à la nature du logement, c'est-à-dire de voir si celui-ci est ou non indispensable à l'accomplissement du travail qu'effectue le concierge, soit en raison de son emplacement propice à la surveillance de l'immeuble, soit en raison d'équipements spéciaux, soit pour d'autres raisons encore ; si l'on est en présence d'un appartement de service, le contrat de travail est prédominant[74].

31 En somme, le litige relève du contrat de travail lorsque l'aspect du contrat mixte qui est litigieux a trait au droit du travail ou lorsque le conflit porte sur la résiliation du contrat mixte et que l'aspect prépondérant de celui-ci ressortit au contrat de travail[75]. Dans ce second cas de figure, lorsque la qualification du contrat qui prédomine est contestée par le défendeur et que celle-ci a une incidence sur les règles de procédure applicables, il convient d'appliquer la théorie des faits de double pertinence[76]. Le tribunal doit par conséquent présumer sa compétence sauf s'il ressort manifestement des éléments de la demande que le contrat qui prédomine n'est pas celui qui a été invoqué par le demandeur.

Le litige porte par exemple sur la résiliation du contrat de conciergerie ; le demandeur saisit la juridiction spéciale du travail alors que le défendeur invoque que le contrat prépondérant a trait au bail ; s'il ne ressort pas manifestement des éléments de la demande que le contrat de travail n'est pas prédominant, le tribunal saisi est présumé compétent et tranchera la question du contrat prépondérant en même temps que le fond, c'est-à-dire qu'il appliquera cas échéant les règles de droit du bail pour statuer sur les prétentions.

6. La prévoyance professionnelle

32 Lorsqu'une prétention se rapporte à une question de prévoyance professionnelle, le litige ne relève pas du contrat de travail et les autorités judiciaires prévues

et 45 ad art. 24 LFors ; KOLLER (1995), 49 N 5. Pour une définition du contrat mixte, voir ATF 131 III 528, c. 7.1.1, et 118 II 157, c. 3a.

72 C. app. Prud. GE du 6.9.1999, JAR 2000 94, c. 2 ; CJ GE du 15.6.1998, DB 2000 N 1 ; C. app. GE baux et loyers du 19.6.1992, CdB 1992 127 ; BSK ZPO-KAISER JOB, N 11 ad art. 34 CPC.

73 SIEGRIST, 93 N 23.

74 C. app. GE baux et loyers du 19.6.1992, CdB 1993 28 ; C. app. Prud. GE du 24.4.1990, JAR 1991 383, c. 2 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.20 ad art. 343 CO.

75 FELLER/BLOCH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 10 ad art. 34 CPC ; REINERT (in BAKER & MCKENZIE), N 4 ad art. 34 CPC ; RUDIN (in NIGGLI ET AL.), N 11 ad art. 74 LTF.

76 Cf. supra N 22 ss.

notamment par l'art. 73 LPP sont compétentes. Peu importe que la question de l'existence d'un contrat de travail entre les parties doive être tranchée à titre préjudiciel[77]. De même, la prétention visant à ce que l'employeur communique certaines informations conformément à l'art. 1 al. 1 LPP n'est pas une prétention relevant du contrat de travail puisqu'elle ne peut être élevée que par l'institution de prévoyance elle-même et non par l'employé[78]. En revanche, la contestation entre un travailleur et un employeur fondée sur le droit du travail relève de celui-ci même si elle doit avoir des effets dans le domaine du droit de la prévoyance[79].

7. L'état de collocation

33 Si le procès porte sur la contestation de l'état de collocation d'une créance fondée sur le contrat de travail, il s'agit d'une cause de droit des poursuites, les règles spéciales régissant les procédures de droit du travail ne trouvant pas à s'appliquer[80]. Le principe doit être retenu quand bien même une question de droit du travail doit être résolue à titre préjudiciel[81]. En revanche, si le litige porte uniquement sur l'existence ou le montant de la créance de droit du travail, il s'agit d'une affaire civile qui relève du contrat de travail[82].

8. L'impôt à la source et les cotisations sociales

34 Si un travailleur étranger estime que son employeur a retenu de son salaire un impôt à la source trop élevé, il peut demander le remboursement de la différence entre le salaire qu'il aurait dû recevoir si le taux d'impôt avait correctement été appliqué et celui qui lui a effectivement été versé. Selon le Tribunal fédéral, le travailleur doit faire valoir cette prétention devant les juridictions compétentes en matière de droit du travail : il incombe au tribunal saisi de vérifier s'il subsiste une créance de salaire impayée et, cas échéant, à hauteur de quel montant ; peu importe que la question juridique soit tranchée après application des dispositions fiscales et non contractuelles[83]. Le tribunal compétent pour régler une affaire l'est en effet également pour résoudre les questions

77 ATF 122 III 57, c. 2a ; 125 V 165, c. 2.
78 OGer SH du 3.12.1999, ABSH 1999 81, c. 2d.
79 ATF 122 III 57, c. 2a ; 125 V 165, c. 2 ; 122 V 320, c. 2b.
80 ATF 135 III 470, c. 1.2, RSPC 2009 406 : en l'espèce, le recours n'était ouvert que si la valeur litigieuse atteignait au minimum 30'000 francs (art. 74 al. 1 lit. b LTF), et non seulement 15'000 francs (art. 74 al. 1 lit. a LTF) ; de même, les frais devaient être calculés conformément aux art. 65 al. 3 et 66 LTF et non à l'art. 65 al. 4 lit. c LTF.
81 ATF 131 III 451, c. 3, JdT 2006 II 129 : « S'il est vrai qu'il y avait lieu de trancher une question préjudicielle relevant du droit du travail, le litige portait en réalité non pas sur la prétention en tant que telle, mais exclusivement sur le rang auquel elle doit être colloquée ».
82 ATF 135 III 545, c. 1.
83 TF du 30.5.2006, 4P.79/2006, c. 3, DTA 2006 275.

préjudicielles qui se posent, même si elles ne font pas partie de son domaine de compétence[84]. La même solution s'applique lorsque le travailleur conteste la quotité des cotisations sociales prélevées sur son salaire[85]. De tels litiges sont par conséquent considérés comme relevant du droit du travail.

9. Les allocations familiales

35 Lorsque l'employé réclame le paiement d'allocations familiales, il doit introduire son action contre l'employeur ou contre la caisse cantonale de compensation pour allocations familiales, selon qu'elles lui sont versées par l'un ou par l'autre[86]. Ainsi, si le travailleur perçoit ses allocations par le biais de l'employeur et que celui-ci refuse de les lui verser, il doit agir à son encontre, de sorte que le litige relève du contrat de travail[87]. En revanche, si l'administré reçoit les allocations de la caisse de compensation directement ou si l'affaire porte sur le principe même ou l'étendue du droit à des allocations familiales, le travailleur doit s'en prendre à la caisse de compensation uniquement et les règles de droit administratif s'appliquent[88].

10. Les prétentions découlant de la LFus

36 Lorsque la prétention se fonde sur la LFus, telle que l'interdiction de l'inscription au RC d'une fusion, d'une scission ou d'un transfert de patrimoine (respectivement art. 28 al. 3, 50 et 77 al. 2 LFus) ou la garantie des créances résultant du contrat de travail (art. 27 al. 2, 49 al. 2, 68 al. 2 ou 76 al. 2 LFus), le litige doit être considéré comme relevant du droit du travail puisque la prétention découle de l'existence de relations de travail entre les parties, peu importe qu'elle soit fondée sur une disposition de la LFus[89]. D'ailleurs, tant la LFus que son Message renvoient expressément aux art. 333 et 333a CO, ainsi

---

84 Voir supra N 18 et infra N 38 et les réf. jurisprudentielles en n. 46 et 95.

85 WYLER (2008), 179.

86 KOLLER (1984), 97.

87 GALLEY, 192 ; CCass. NE du 30.5.2005, CCC.2004.154, c. 4 ; CCiv. NE du 24.5.2005, CC.2002.135, c. 3 ; comp. C. app. Prud. GE du 13.3.2002, CAPH/44/2002, c. 6.

88 Art. 22 LAFam ; voir p. ex. art. 28 de la loi neuchâteloise d'introduction de la loi fédérale sur les allocations familiales, du 3 septembre 2008 (RS NE 822.10). TPrud. GE du 8.12.1989, JAR 1990 172, c. 5 ; OGer SO du 24.1.1983, JAR 1984 276, c. 6. Voir également BSK ZPO-KAISER JOB, N 8 ad art. 34 CPC.

89 Cf. supra N 13 s. Dans le même sens : WYLER (2008), 427 et (2010), 233 ; ZK FusG-HUBSCHMID, N 24 ad art. 28 LFus ; comp. également BSK-PORTMANN, N 59 ad art. 333 CO et N 34 ad art. 333a CO. Les auteurs suivants considèrent en revanche que la prétention relève du droit des sociétés : BAUER, 162 ; BAUMGARTNER/WILDHABER, 1088 s. ; REINERT, N 18 ad art. 28 LFus ; BSK FusG-BAUMGARTNER, N 40 vor art. 27 LFus. S'agissant des fors applicables, cf. infra N 97.

qu'à la LPart[90]. En outre, la nature de l'action se réfère à la nature du droit protégé, en l'occurrence celui des travailleurs[91].

11. La cession de créance

37 Puisque l'élément déterminant pour que l'on soit en présence d'un litige relevant du droit du travail est que la prétention invoquée trouve son origine dans des relations de travail, le caractère du litige ne change pas du fait que la créance a été cédée ultérieurement[92]. Il peut s'agir d'une cession de créance à titre universel, par exemple suite au décès du travailleur ou de l'employeur (art. 602 CC et 338-338a CO), ou à titre singulier au sens des art. 164 ss CO, notamment en cas de subrogation de la caisse de chômage aux droits de l'employé[93].

12. La question préjudicielle

38 Lorsqu'une question de droit du travail se pose uniquement à titre préjudiciel, elle ne suffit pas à fonder un litige relevant du contrat de travail et à soumettre celui-ci aux autorités compétentes et aux règles spéciales de procédure applicables dans ce domaine[94]. A l'inverse, une prétention relève du droit du travail lorsque la question déterminante est fondée sur les relations de travail mais qu'un autre domaine du droit doit être appliqué à titre préjudiciel pour la trancher[95].

Par exemple, la contestation du travailleur porte sur le montant de la retenue de l'impôt à la source ou des cotisations sociales : la prétention principale tend au paiement du solde de salaire dû, peu importe que les règles de droit public doivent être appliquées préjudiciellement pour déterminer le montant respectivement de l'impôt ou des cotisations à prélever sur le salaire[96].

---

90 Voir art. 27 al. 1, 28 al. 1, 49 al. 1, 50, 76 al. 1 et 77 al. 1 LFus , et Message LFus, 4020 s.

91 WYLER (2010), 233.

92 BezGer Brig du 7.4.2008, *Sozialmedizinisches Regionalzentrum X. c. Y. AG*, c. 3b (disponible sur www.vs.ch) ; AppH BE du 8.8.1996, RJB 1996 685, JAR 1997 286, c. 5 ; C. app. Prud. GE du 11.1.1994, JAR 1995 303, c. 2b ; TPrud. Yverdon du 24.5.1994, JAR 1997 289, c. II ; AGer ZH du 18.3.1987, JAR 1990 425 ; BK-REHBINDER, N 2 ad art. 343 CO ; CORBOZ (in CORBOZ ET AL.), N 24 ad art. 74 LTF ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.4 ad art. 343 CO ; RYTER, 23 N 24 ss ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, N 11 ad art. 343 CO. En matière de for, voir par exemple : GestG-ZK-MÜLLER, N 32 ad art. 24 LFors ; HRISTIC, 128.

93 Cf. infra N 353 ss.

94 ATF 131 III 451, c. 3, JdT 2006 II 129 ; 122 III 57, c. 2a.

95 ATF 131 III 546, c. 2.3, JdT 2008 I 67 ; 120 V 378, c. 3a, DTA 1994 196 ; TF du 30.5.2006, 4P.79/2006, c. 3, DTA 2006 275.

96 TF du 30.5.2006, 4P.79/2006, c. 3, DTA 2006 275. Voir aussi WYLER (2008), 179 et 182.

DEUXIEME PARTIE
L'ORGANISATION JUDICIAIRE

Chapitre III :
Les tribunaux ordinaires ou spécialisés

§ 4 La répartition des compétences

39 L'organisation judiciaire demeure en principe de la compétence des cantons sauf lorsqu'une ingérence fédérale paraît indispensable à l'unification de la procédure (art. 122 al. 2 Cst. et 3 CPC)[97], telle que le nombre des instances ou la formation paritaire des autorités de conciliation en matière de baux à loyer ou de loi sur l'égalité entre femmes et hommes. Les cantons sont ainsi libres de choisir devant quels tribunaux doivent être tranchées les causes relevant d'un contrat de travail (art. 4 al. 1 CPC), en particulier de constituer ou non des tribunaux spécialisés[98].

40 Lors des débats devant le Conseil national, il a été question d'introduire dans le CPC un art. 4a, selon lequel « les cantons prévoient des tribunaux des baux et des prud'hommes paritaires ». L'idée qui était défendue se fondait sur le fait d'une part que de telles autorités amenaient très souvent les parties à un accord, et, d'autre part, que les jugements rendus par ce type de tribunaux étaient davantage acceptés par les parties, qui se sentaient mieux représentées et conseillées. Ainsi, les coûts supplémentaires liés à l'introduction de ces juridictions spéciales dans les cantons n'en connaissant pas auraient été compensés par le taux de réussite des affaires réglées devant elles, les instances supérieures se voyant déchargées. La proposition a finalement été rejetée, au motif qu'elle entrait en contradiction avec l'art. 3 CPC, qui institue l'autonomie des cantons en matière d'organisation judiciaire. Admettre la proposition avancée aurait constitué une entorse manifeste à ce principe, puisqu'une ingérence fédérale dans les domaines relevant de la compétence cantonale se justifie uniquement afin de préserver la bonne application du droit fédéral et que cette condition n'était manifestement pas remplie en l'occurrence[99].

---

97 Message CPC, 6875 ad art. 3 P-CPC ; Rapport explicatif, 11 s. Sur cette problématique, voir SUTTER (1998), 182 ss ; SUTTER-SOMM (2002), 549 ss et (Konzeptionelle Überlegungen), 35 ss ; WALTER, 317.

98 Message CPC, 6843 et 6875 ad art. 3 P-CPC.

99 Voir BO CN du 29.5.2008, BO 2008 N 640 ad art. 4a P-CPC.

§ 5 Les tribunaux spécialisés

1. Le développement des tribunaux de prud'hommes

41 Le canton de Neuchâtel a été le pionnier en Suisse à faire régler les litiges de droit du travail par un tribunal spécial. Dès 1874, il a institué des tribunaux d'arbitrage industriel[100], chargés de régler les différends entre patrons et ouvriers. Ils étaient présidés par le juge de paix qui siégeait aux côtés de deux assesseurs nommés par les parties[101]. Il ne s'agissait pas de tribunaux du travail au sens étroit, vu l'absence de juges employeurs et travailleurs siégeant de façon permanente. C'est par conséquent à Genève que les premiers tribunaux de prud'hommes ont vu le jour en Suisse, en 1883[102], sur le modèle français des conseils de prud'hommes instaurés par Napoléon I^{er} au début du 19ème siècle[103]. Neuchâtel a suivi le mouvement en adoptant une loi sur les Conseils de prud'hommes en 1885, qui prévoyait cette fois une juridiction du travail formée de juges patrons et ouvriers[104].

42 L'institution de tribunaux spécialisés en matière de droit du travail a été fondée sur l'idée selon laquelle des hommes de la branche, dotés de connaissances spéciales dans les usages en vigueur ainsi que de compétences techniques dans le domaine en cause, étaient mieux à même de trancher ces litiges[105]. Si la justification avancée se comprend aisément dans son contexte historique, elle est moins évidente de nos jours, dans une société où les règles de droit et leur application sont difficilement accessibles pour des personnes sans formation juridique, et permet de s'interroger sur la réelle utilité, en termes d'efficacité, d'un tribunal formé en partie de non-juristes[106].

43 Tous les cantons n'ont pas introduit des juridictions spéciales en matière de droit du travail. Jusqu'à l'entrée en vigueur des nouvelles lois d'organisation judiciaire cantonales faisant suite à l'adoption du CPC, la moitié d'entre eux connaissait des tribunaux spécialisés dans ce domaine[107]. Il s'agissait de Zurich,

---

100 Loi sur l'organisation judiciaire, du 13 juillet 1874, art. 24 à 26, Recueil des lois, décrets et autres actes du gouvernement de la République et canton de Neuchâtel, vol. XII, 455.

101 Voir BERENSTEIN (1984), 115.

102 Loi organique sur les Conseils de prud'hommes, du 3 octobre 1883, Recueil authentique des lois et actes du gouvernement de la République et canton de Genève, vol. LXVIII, 291.

103 Voir BERENSTEIN (1963), 301 ss ; GALLEY, 40 s. ; SCHÜRCH, 42 s. ; VON SALIS, 29 ss.

104 Loi sur les Conseils de prud'hommes, du 20 novembre 1885, Recueil des lois, décrets et autres actes du gouvernement de la République et canton de Neuchâtel, vol. XV, 647. Voir également GALLEY, 41 ss.

105 COTTER, 6 ; GULDENER (1979), 22 s. ; VON SALIS, 96.

106 Cf. infra N 46 ss.

107 La dénomination utilisée varie d'un canton à l'autre, par exemple : tribunal de prud'hommes, conseil de prud'hommes, tribunal du travail, chambre des prud'hommes ;

Berne, Lucerne, Fribourg, Soleure, Bâle-Ville, Saint-Gall[108], Argovie, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève et Jura. Au 1er janvier 2011, seuls les cantons de Zurich, Berne, Fribourg, Bâle-Ville, Argovie, Vaud, Valais, Genève, et Jura connaissent des tribunaux du travail[109]. Les cantons de Neuchâtel et de Soleure ont décidé d'y renoncer, alors que le canton de Lucerne connaît toujours un tribunal spécial, compétent pour tout litige relevant du contrat de travail, désigné sous l'appellation d'« Arbeitsgericht », qui n'est cependant pas composé de juges laïques issus des milieux professionnels[110], partant qui ne répond pas à la définition du « tribunal spécialisé »[111].

2. La composition du tribunal

a. Le magistrat professionnel

44 Le tribunal du travail est toujours présidé par un magistrat professionnel[112]. Celui-ci est présent dès la première audience. Certaines lois cantonales prévoient qu'il officie seul en qualité d'autorité de conciliation[113], sauf lorsque le litige porte sur la LEg vu l'art. 200 al. 2 CPC, ou qu'il statue seul dans les causes jusqu'à une certaine valeur litigieuse[114] ou sur les requêtes de mesures provisionnelles ou superprovisionnelles[115].

b. Les juges

45 Les juges laïques sont constitués de représentants des milieux d'employeurs et de travailleurs. Ils sont nommés soit par le Grand Conseil (dans les cantons de

en allemand, Arbeitsgericht ou encore gewerbliches Schiedsgericht (pour Bâle-Ville). Voir à ce propos, GALLEY, 59 s. ; SCHÜRCH, 34.

108 Ce canton y a cependant renoncé par votation populaire du 1er juin 2008.

109 Cf. infra N 125.

110 § 9 et 32 lit. a OGB LU ; voir également Botschaft des Regierungsrates an den Kantonsrat zu den Entwürfen über die Organisation der Gerichte und Behörden in Zivil- und Strafverfahren (OGB) und damit zusammenhängender Gesetzesänderungen sowie eines Kantonsratsbeschlusses, vom 15. Dezember 2009 (B 137), 21 s., 35 et 44.

111 Cf. infra N 48.

112 Voir § 15 al. 1 GOG ZH ; art. 9 al. 1 LiCPM BE ; art. 10 al. 1 et 55 LJ FR ; § 4a al. 1 GOG BS ; § 39f al. 1 GOG AG ; art. 7 al. 2 et 10 al. 1 LJT VD ; art. 30 al. 2 LCT VS ; art. 6 al. 4 LTPH GE ; art. 10 al. 1 et 11 LCPH JU.

113 § 4 lit. b EG ZPO AG ; art. 10 al. 2 LJT VD ; art. 11 al. 2 LTPH GE ; art. 22 al. 1 LCPH JU.

114 Voir par exemple art. 54 al. 2 LJ FR et 10 al. 1 LCPH JU.

115 Voir par exemple art. 54 al. 2 lit. b LJ FR ; § 9 EG ZPO AG ; art. 10 al. 3 LJT VD ; art. 15 al. 2 LTPH GE (mesures superprovisionnelles uniquement) ; art. 10 al. 2 LCPH JU.

Berne, de Genève et de Fribourg[116]), soit par le Conseil d'Etat (dans les cantons de Bâle-Ville, d'Argovie et du Valais[117]), soit par le Tribunal cantonal (dans les cantons de Vaud et du Jura[118]), soit encore par le peuple (dans le canton de Zurich[119]). Dans certains cantons, les juges prud'hommes ne siègent que lors de la procédure au fond et non à l'audience de conciliation préalable[120], sous réserve des causes fondées sur la LEg vu l'art. 200 al. 2 CPC.

46 Si, d'un point de vue historique, la présence de juges employeurs et employés se comprenait aisément, en raison de leurs compétences techniques et de leurs connaissances des usages de la branche[121], on peut s'interroger aujourd'hui sur leur réelle utilité au sein des tribunaux du travail. A l'heure actuelle en effet, les règles de droit et leur application sont devenues complexes et difficilement accessibles pour des non-juristes[122]. C'est pourquoi en pratique, ces juges, qui ne maîtrisent pas le droit, se voient souvent dépassés au moment des délibérations, leur sens de l'équité ne suffisant plus à résoudre les problèmes posés[123] et le magistrat professionnel se retrouve souvent seul à décider de l'issue de la cause.

---

116 Art. 21 al. 1 LOJM BE ; art. 11 LJ FR ; art. 2 LTPH GE et 122 al. 3 de la loi du 15 octobre 1982 sur l'exercice des droits politiques GE.

117 § 4c GOG BS ; § 39d al. 2 GOG AG ; art. 30 al. 1 LCT VS.

118 Art. 8 al. 1 LJT VD ; art. 18 LCPH JU.

119 § 39 lit. b Gesetz über die politischen Rechte vom 1. September 2003 (RS ZH 161).

120 Voir par exemple art. 10 al. 2 LJT VD, qui exclut la participation des juges assesseurs à la tentative de conciliation « sauf si le président juge leur présence utile ».

121 Voir à ce propos BERENSTEIN (1963), 307, qui retranscrit les dires en 1880 du rapporteur de la commission chargée d'établir un projet de loi instituant des tribunaux de prud'hommes à Genève : « Qui ne voit que pour résoudre ces contestations [entre patrons et ouvriers] d'une manière équitable et sûre, la première condition est d'avoir une connaissance approfondie des usages industriels, des procédés de fabrication, même des rapports des ouvriers entre eux et des ouvriers avec les patrons ? », ainsi que 310. Cf. également supra N 42 et les réf. en n. 105.

122 Voir les arguments soulevés par le législateur soleurois relatifs à sa décision de renoncer aux tribunaux du travail, in Einführungsgesetgebung zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Botschaft und Entwurf des Regierungsrates an den Kantonsrat Solothurn, 10 : « Aufgrund der Tatsache, dass bei komplexen arbeitsrechtlichen Fällen die Arbeitsrichter in der Praxis praktisch nur noch eine untergeordnete Rolle spielen und zudem einige von ihnen überhaupt gar nie zum Einsatz kommen, erscheint es angezeigt, die Arbeitsgerichte insgesamt aufzuheben », ainsi que 13. Voir également les arguments avancés dans le canton de Neuchâtel à l'appui de la décision de renoncer aux tribunaux de prud'hommes dans la nouvelle loi d'organisation judiciaire neuchâteloise, infra N 66.

123 AUBERT (1990), 316 s. et (SJ 1984), 148, selon lequel « les juges recherchent les solutions qui leur paraissent les meilleures en se fondant plus sur l'usage et sur leur sentiment de l'équité que sur une argumentation juridique élaborée » ; BERENSTEIN (1966), 1, relevait quant à lui que ces juges « connaissent mieux les problèmes de la profession et examinent les litiges sous l'angle de l'équité plus que du droit pur » ; GULDENER (1979), 22 s. : « Freilich besteht die Gefahr, dass die Besetzung des Gerichtes mit Arbeitgebern und Arbeitnehmern zur Folge hat, das Gericht lasse sich weniger von rechtlichen als von sozialpolitischen Erwägungen leiten ».

Ils peuvent toutefois tenir un rôle important en cas d'application de la convention collective applicable à la branche à laquelle ils appartiennent, pour la connaître et la pratiquer régulièrement, ou lorsque des problèmes d'ordre pratique ou technique se posent. Si l'influence des juges laïques dans la résolution des affaires de droit du travail s'est indiscutablement affaiblie au fil des décennies, leur maintien au sein des tribunaux spécialisés se comprend sous un angle historico-politique. La suppression des juridictions du travail dans les cantons qui en connaissent est souvent mal accueillie par les travailleurs et leurs défenseurs, étant perçue comme la volonté de restreindre l'étendue des règles protectrices de procédure accordées dans ce domaine[124].

47 Puisque le maintien des juridictions du travail peut prêter à discussion et n'est pas toujours justifié, les lois d'organisation judiciaire cantonales devraient à notre avis prévoir la possibilité pour les parties de renoncer à la formation complète du tribunal, si celles-ci n'estiment pas utile la présence de juges laïques pour la résolution de la cause. Cette renonciation, qui doit être conjointe, pourrait être formulée lors de l'audience de conciliation ou ultérieurement, à l'occasion des écritures. Certains cantons retiennent déjà certaines exceptions à la formation complète du tribunal du travail, sous des régimes divers. Dans le canton de Vaud par exemple, selon l'art. 10 al. 4 LJT VD, « le Président peut, avec l'accord des parties, renoncer au concours des juges assesseurs lorsque la cause ne paraît pas présenter de difficultés particulières »[125]. Le canton de Zurich prévoit quant à lui qu'en cas de valeur litigieuse inférieure à 30'000 francs, le Président siège sans assesseurs, à moins qu'il en décide autrement ou qu'une partie requière la formation complète du tribunal et que la valeur litigieuse soit de 15'000 francs au moins (§ 25 GOG ZH). Dans le canton de Fribourg, le président du tribunal des prud'hommes est seul compétent lorsque la cause présente une valeur litigieuse inférieure à 8'000 francs (art. 54 al. 2 lit. a LJ FR). Enfin, dans le canton du Jura, le président du Conseil de prud'hommes juge seul les contestations dont la valeur est inférieure à 10'000 francs (art. 10 al. 1 LCPH JU).

48 Une autre solution consisterait à notre avis en la mise sur pied de tribunaux du travail composés d'un magistrat professionnel et de représentants des employeurs et des travailleurs *disposant d'une formation juridique complète*, tels que les juristes employés dans un syndicat ou dans une association patronale. Cette composition permettrait d'assurer la pérennité des tribunaux spécialisés, partant de maintenir une tradition longue de plus d'un siècle, tout en palliant l'absence de connaissances juridiques dont souffrent les juges

[124] Voir par exemple le postulat du Groupe PopVertsSol neuchâtelois, du 26.1.2010, n° 10.109 ad 09.038, visant au maintien des tribunaux de prud'hommes dans le canton de Neuchâtel : « Dans la population en général, le tribunal de prud'hommes est connu comme un moyen de défense facilement accessible ».

[125] Cf. infra N 61.

prud'hommes à l'heure actuelle. Il ne suffit en revanche pas de constituer des tribunaux dénommés « tribunal de prud'hommes » ou « Arbeitsgericht » mais formés de magistrats professionnels uniquement pour que ceux-ci tombent sous le coup de la notion de tribunaux spécialisés[126]. En effet, de telles juridictions, outre le fait qu'elles ne statuent que sur des affaires relevant du contrat de travail, ne disposent pas de qualifications particulières en la matière ni ne remplissent la fonction de représentation paritaire des parties au procès.

c. L'autorité de conciliation

ca. De l'Avant-Projet au Code

49 Contrairement à ce qui avait été initialement prévu (cf. art. 194 AP-CPC), l'autorité de conciliation n'est pas nécessairement une autorité *judiciaire*[127]. Le Conseil fédéral y a renoncé suite aux avis contraires émis lors de la procédure de consultation[128], en raison des autorités de conciliation rattachées à l'administration cantonale ou communale que connaissaient déjà certains cantons en matière de bail et de loi sur l'égalité.

50 La composition même de l'autorité de conciliation a également fait l'objet de discussions. L'A-P CPC prévoyait en effet, à son art. 194 lit. b et c, une composition paritaire dans les litiges relatifs au contrat de travail, à la LSE, à la LEg ainsi qu'à la LPart. L'argument avancé par la commission d'experts avait trait au fait que les procédures sociales étaient particulièrement appropriées à la conciliation fondée sur une représentation paritaire, comme l'avaient démontré en pratique les très bons résultats fournis par les autorités de conciliation en matière de bail à loyer, dont la parité de représentants de bailleurs et de locataires était déjà imposée aux cantons par l'art. 274a al. 2 CO[129]. Dans le domaine du contrat de travail, des autorités paritaires auraient poursuivi dans une certaine mesure la tradition des tribunaux de prud'hommes que connaissaient déjà certains cantons.

51 Lors de la procédure de consultation, plusieurs voix se sont élevées contre l'institution de telles autorités vis-à-vis des conflits de travail, au motif qu'une composition paritaire était trop lourde et coûteuse, notamment pour les cantons

---

126 Ainsi, l'« Arbeitsgericht » de Lucerne ne doit pas être compris en tant que tribunal spécialisé mais constitue une juridiction « ordinaire ». Cf. supra N 43. Voir également infra N 330.

127 BOHNET (RSJ), 446 ; HENSCH, 535 ; Message CPC, 6936 ad art. 194 P-CPC. Voir par exemple, dans le canton du Valais, art. 31 al. 1 LCT VS : la tentative de conciliation est effectuée par un fonctionnaire du service.

128 Classement des réponses, 461 ss ad art. 191 AP-CPC, voir les avis de BS, ZG, FRStZH, MietZG, MV, SchAG. Cf. également BSK ZPO-INFANGER, N 11 ad art. 202 CPC.

129 Rapport explicatif, 97 ad art. 194 A-P CPC.

ne connaissant pas de tribunaux du travail[130]. Le problème lié au coût de la justice pour l'Etat a d'ailleurs été mis en exergue tant par la commission d'experts que par le Conseil fédéral[131], selon lesquels l'unification de la procédure civile ne devait pas entraîner une augmentation des charges financières pour les collectivités. Partant, tant le Projet (art. 197 al. 2) que le texte final du Code (art. 200 al. 2) ont retenu l'obligation pour les cantons d'instituer une autorité de conciliation paritaire compétente en matière de litiges relevant du contrat de travail lorsque les prétentions tombent sous le coup de la LEg uniquement[132].

52 A notre avis, une personne seule est parfaitement capable de remplir la fonction de juge conciliateur, qui consiste en pratique à faire un bref résumé de la situation, à attirer l'attention des parties sur les risques encourus en cas de poursuite du procès, enfin à insister sur les effets bénéfiques d'un arrangement à l'amiable (que ce soit en termes de coûts mais aussi de satisfaction à se soumettre à une solution *choisie* par les parties et non *imposée* par le tribunal). La présence d'assesseurs représentant les milieux employeurs et employés ne paraît dès lors pas indispensable[133].

cb. En matière de LEg

53 Lorsque le litige porte sur la LEg, l'autorité de conciliation doit impérativement être composée d'une représentation paritaire d'une part *d'hommes et de femmes* et, d'autre part, *de représentants d'employeurs et d'employés* (art. 200 al. 2 CPC). Avant l'entrée en vigueur du CPC, l'art. 11 LEg permettait aux cantons de composer librement leurs autorités de conciliation, par la présence par exemple d'un seul juge conciliateur[134]. Sous l'empire du CPC, les autorités de conciliation doivent être composées d'au minimum trois membres, c'est-à-dire d'un président assisté soit d'une représentante de travailleurs et d'un

130 Classement des réponses, 498 ss ad art. 194 A-P CPC, les avis de : AR, BL, BS, LU, SH, SO, TG, VS, ZG, CVP, CBL-GE, FER, UNI LA ; l'argument le plus souvent invoqué relève du fait que, dans la plupart des cantons, la conciliation est tentée par un juge conciliateur unique et que ce système donne entière satisfaction ; Message CPC, 6857.

131 Rapport explicatif, 16 N 3.2.6 ; Message CPC, 6856 : « Une attention spéciale doit être vouée à la réalité du droit, aux coûts de la justice pour la collectivité (…). L'unification ne doit engendrer ni coûts ni charges supplémentaires des tribunaux ».

132 Message CPC, 6875 ad art. 3 P-CPC et 6938 ad art. 197 P-CPC.

133 Voir également les avis de BS, SH, SO, VS et ZG, in Classement des réponses, 499 ss.

134 Message LEg, 1225 : « La loi réserve aux cantons une grande marge d'autonomie dans l'organisation des offices de conciliation. (...) il est parfaitement loisible aux cantons de confier la fonction de conciliateur au juge de paix ou au juge ordinaire dans le cadre d'une tentative de conciliation obligatoire ».

représentant d'employeurs, soit d'un représentant de travailleurs et d'une représentante d'employeurs[135].

54 Si l'autorité de conciliation a pour première fonction de tenter d'amener les parties à un accord (art. 201 al. 1 CPC), elle peut également avoir la tâche de donner des conseils juridiques aux parties lorsque les questions posées ont trait à la loi sur l'égalité (art. 201 al. 2 CPC), à l'instar de ce qui prévalait sous l'empire de l'art. 11 al. 1 LEg. Son rôle de « conseiller juridique » est indépendant de l'introduction d'une requête de conciliation et peut en particulier porter sur l'opportunité ou non d'introduire une procédure visant à réclamer des prétentions fondées sur la LEg[136].

135 GASSER/RICKLI, N 1 et 3 ad art. 200 CPC ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 114 ; HONEGGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 5 ad art. 200 CPC ; TAPPY (2008), 174 et n. 28. Voir par exemple les solutions cantonales suivantes : Zurich, § 61 GOG ZH : trois membres ; Fribourg, art. 62 al. 4 LJ FR : cinq membres ; Argovie, § 25c GOG AG : trois membres ; Neuchâtel, art. 12 al. 2 OJN : trois membres ; Valais, art. 32 al. 5 LCT VS : cinq membres.

136 Message CPC, 6938 ad art. 198 P-CPC.

Chapitre IV :
Les tribunaux spécialisés dans les cantons romands

§ 6 Le canton de Fribourg

55 Le tribunal des prud'hommes est compétent pour statuer sur tous les litiges de droit privé portant sur un contrat de travail (art. 54 al. 1 LJ FR). Toutefois, lorsque la valeur litigieuse est inférieure à 8'000 francs ou lorsque la cause est soumise à la procédure sommaire, c'est le président du tribunal des prud'hommes qui est compétent (al. 2).

1. L'autorité de conciliation

56 L'autorité de conciliation est formée d'un président du tribunal d'arrondissement (art. 60 al. 1 LJ FR), sauf lorsque le litige porte sur la LEg, une autorité de conciliation qui couvre l'ensemble du territoire du canton étant dans ce cas compétente ; celle-ci est composée d'un président, d'un président suppléant, de quatre assesseurs et de quatre assesseurs suppléants, dont quatre sont choisis parmi les employeurs, deux parmi les travailleurs et deux parmi les organisations féminines (art. 62 al. 1, 2 et 3 LJ FR). Le président siège aux côtés de quatre assesseurs, deux hommes et deux femmes, dont deux représentent les employeurs, un(e) les travailleurs et un(e) les organisations féminines (al. 4).

2. Les tribunaux des prud'hommes

57 Un tribunal des prud'hommes est constitué au sein des sept tribunaux d'arrondissement (art. 55 al. 1 LJ FR). Les tribunaux des prud'hommes sont composés d'un président, de deux assesseurs et de quatre assesseurs suppléants choisis paritairement au sein des organisations patronales et syndicales (al. 2 et 3). Le président du tribunal siège aux côtés de deux juges, l'un représentant les employeurs et l'autre les travailleurs (al. 4).

§ 7 Le canton de Vaud

58 Aux termes des art. 1 et 2 al. 1 lit. a LJT VD, les contestations de droit civil relatives au contrat de travail, à la LSE, à la LEg ainsi qu'à la LPart sont du ressort des tribunaux des prud'hommes lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 francs.

1. L'autorité de conciliation

59 Le président du tribunal de prud'hommes œuvre seul en tant qu'autorité de conciliation, sauf s'il juge la présence des assesseurs utile ou si le litige porte sur la LEg (art. 10 al. 2 LJT VD et 200 al. 2 CPC).

2. Les tribunaux de prud'hommes

60 Aux termes de l'art. 5 LJT VD, chaque tribunal d'arrondissement comprend une chambre spécialisée en matière de juridiction du travail appelée tribunal de prud'hommes. Celui-ci est formé d'un président du tribunal d'arrondissement, d'un ou plusieurs vice-présidents et de juges assesseurs représentatifs des milieux d'employeurs et de travailleurs (art. 6 LJT VD).

61 Pour chaque cause, le tribunal est composé du président ou d'un vice-président ainsi que d'un assesseur représentant des employeurs et d'un assesseur représentant des employés (art. 10 al. 1 LJT VD). Selon l'art. 10 al. 4 LJT VD, le président peut, avec l'accord des parties, renoncer à la présence des juges, si le cas « ne paraît pas présenter de difficultés particulières ». Savoir où se situe la limite des difficultés présentées par une affaire est à notre avis impossible à déterminer, de sorte qu'en pratique, la possibilité devrait être ouverte peu importe le degré de difficulté de la cause[137].

§ 8 Le canton du Valais

62 Le tribunal du travail est compétent pour traiter des actions portant sur un contrat de travail lorsque la valeur litigeuse est inférieure ou égale à 30'000 francs, des actions relevant de la LEg sans égard à la valeur litigieuse, ainsi que des actions en constatation introduites par les parties à une CCT au sens de l'art. 357b CO (art. 29 LCT VS).

1. L'autorité de conciliation

63 Les tâches de l'autorité de conciliation sont confiées à un fonctionnaire du Service social de protection des travailleurs et des relations du travail (art. 31 al. 1 LCT VS et 1 et 2 RCT VS). Pour les litiges relevant de la LEg toutefois, une commission cantonale de conciliation est compétente, sur l'ensemble du territoire (art. 32 al. 1 LCT VS). Elle se compose d'un président, de deux présidents substituts ainsi que de douze membres (art. 32 al. 3 LCT VS). Le président ou un substitut siège aux côtés de quatre membres représentant les travailleurs et les employeurs (art. 32 al. 5 LCT VS).

[137] Cf. également supra N 47.

2. Le tribunal du travail

64 Le tribunal du travail est composé d'un président, de deux présidents substituts, d'un assesseur travailleur, d'un assesseur employeur, de trois suppléants travailleurs et de trois suppléants employeurs (art. 30 al. 2 LCT VS). Il siège à trois membres, le président et deux assesseurs (art. 30 al. 4 LCT VS).

§ 9 Le canton de Neuchâtel

1. La situation avant l'entrée en vigueur du CPC

65 Avant l'entrée en vigueur du CPC, le 1er janvier 2011, le canton de Neuchâtel connaissait une loi sur la nomination et la juridiction des prud'hommes (LJPH), du 23 mai 1951, qui instituait un tribunal de prud'hommes dans chaque district (art. 1 LJPH NE), composé d'un président, de deux juges prud'hommes employeurs et de deux juges prud'hommes travailleurs (art. 2 LJPH NE). Les tribunaux de prud'hommes connaissaient des contestations entre employeurs d'une part et travailleurs, apprentis, voyageurs de commerce ou encore travailleurs à domicile d'autre part, ou entre placeurs ou bailleurs de service d'une part et demandeurs d'emploi ou travailleurs d'autre part (art. 7 al. 1 LJPH NE). En principe, leur compétence était limitée aux affaires ne dépassant pas 40'000 francs, une cause d'une valeur litigieuse supérieure pouvant toutefois leur être attribuée en cas d'accord des parties (art. 8 al. 1 LJPH NE).

2. La renonciation aux tribunaux de prud'hommes

66 Lors de la réforme de l'organisation judiciaire cantonale qui a fait suite à l'adoption du CPC, le législateur neuchâtelois a décidé d'abandonner ses tribunaux de prud'hommes, au motif que la résolution d'une affaire portée devant un tribunal suppose à l'heure actuelle des connaissances juridiques particulières[138]. La disparition des tribunaux de prud'hommes a fait l'objet de plusieurs critiques lors de la procédure de consultation[139]. Le Groupe

[138] Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant adoption d'une nouvelle organisation judiciaire neuchâteloise et adaptation de la législation cantonale à la réforme de la justice fédérale, 39 : « Cette institution a certes des attaches historiques importantes dans notre canton. Mais à travers les années, la situation a cependant évolué au point que le maintien d'un tel tribunal n'est aujourd'hui plus justifié. Tout d'abord, le droit du travail s'est enrichi d'une jurisprudence abondante et particulièrement élaborée si bien que la présence de juges prud'hommes aux audiences n'apporte plus la même plus-value que par le passé. (…) ».

[139] Synthèse des réponses à la consultation portant sur la nouvelle organisation judiciaire, voir les réponses de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel (7), des Juristes progressistes neuchâtelois (27) ainsi que du Parti des Verts Neuchâtel (27 s.) : « le contrat

PopVertsSol a quant à lui déposé le 26 janvier 2010 un postulat visant à maintenir les tribunaux de prud'hommes dans le canton[140], postulat qui a toutefois été refusé en séance du Grand Conseil dans sa session des 26 et 27 janvier 2010, par 49 voix contre 31.

67 Bien que le législateur neuchâtelois ait décidé de supprimer les tribunaux de prud'hommes, il a néanmoins maintenu, pour tous les litiges de droit du travail, une composition spéciale de la Chambre de conciliation ; celle-ci se compose d'un juge, qui la préside, d'une représentante ou d'un représentant des employeurs et d'une représentante ou d'un représentant des employés (art. 12 al. 2 OJN)[141].

§ 10 Le canton de Genève

68 Aux termes de l'art. 1 LTPH GE, le Tribunal des prud'hommes juge des litiges découlant du contrat de travail au sens du titre dixième du code des obligations, des litiges impliquant des caisses de compensation lorsque ces dernières sont appelées à appliquer les dispositions de conventions collectives de travail, des litiges qu'une autre loi lui attribue ainsi que des actions en constatation de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport de droit en une matière pour laquelle le Tribunal est compétent. Ne sont en revanche pas du ressort du Tribunal des prud'hommes les actions en responsabilité dirigées contre les employeurs sur la base de l'art. 328 al. 2 CO, les litiges relatifs aux assurances sociales fédérales et cantonales, les litiges ressortissant à la compétence des autorités de réclamation et de recours en matière fiscale, les litiges découlant de rapports de travail de droit public ainsi que les causes en validation de séquestre ou comportant une prorogation de for en faveur des tribunaux genevois lorsque le contrat de travail n'a pas été ou ne devait pas être exécuté à Genève ou a été passé entre des

---

de travail est un domaine où les rapports sociaux peuvent se trouver exacerbés. Souvent, de manière insidieuse, les liens de subordination tissés durant les rapports de travail se perpétuent au Tribunal. Le fait qu'un juge prud'homme employé, non issu du milieu judiciaire mais de la branche de travail concernée soit présent, donne une assurance à l'employé. De même pour l'employeur, le juge prud'homme employeur est souvent plus à même de comprendre le fonctionnement et les pratiques d'une branche de travail que le juge professionnel. Finalement, les juges prud'hommes permettent la participation de la société civile, ainsi que le maintien d'un lien avec celle-ci et la réalité pratique du monde du travail pour les juges professionnels ».

140 Postulat du Groupe PopVertsSol « Maintenir les tribunaux de prud'hommes dans le canton de Neuchâtel », du 26 janvier 2010, n° 10.109 ad 09.038.

141 Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant adoption d'une nouvelle organisation judiciaire neuchâteloise et adaptation de la législation cantonale à la réforme de la justice fédérale, 41 : « (…) de par la nature de ces affaires, une tentative de conciliation en présence de représentants des employeurs et des employés ne fera qu'augmenter les chances de voir les litiges se résoudre de façon extrajudiciaire ».

parties dont aucune n'a son domicile, sa résidence habituelle ou un établissement dans le canton.

69 La compétence du Tribunal des prud'hommes n'est limitée par aucune valeur litigieuse (art. 1 LTPH *a contrario*).

1. L'autorité de conciliation

70 L'autorité de conciliation est composée d'un conciliateur, au bénéfice du brevet d'avocat et désigné par le collège des présidents et vice-présidents du Tribunal des prud'hommes (art. 7 al. 2 et 4 LTPH GE), qui siège seul (art. 11 al. 2 LTPH GE). Lorsque le litige porte sur la LEg, la conciliation a lieu devant la commission de conciliation en matière d'égalité entre femmes et hommes, qui siège à deux membres, un homme et une femme, représentants employeurs et salariés (art. 1, 2 al. 2 et 3 al. 2 LaLEg GE ainsi que le renvoi de l'art. 11 al. 3 LTPH GE). En réalité, l'autorité de conciliation devrait être composée d'au minimum trois membres pour respecter les exigences du droit fédéral (art. 200 al. 2 CPC)[142].

2. Le Tribunal des prud'hommes et la Chambre des prud'hommes

a. Le Tribunal des prud'hommes

71 Le Tribunal des prud'hommes est formé de cinq groupes professionnels, composés de juges prud'hommes, correspondant aux domaines d'activité de l'employeur (art. 3 al. 1 LTPH GE, voir la liste de répartition aux lit. a à e) ; lorsque l'employeur déploie son activité dans plusieurs groupes, c'est celle exercée par le travailleur qui détermine l'attribution au groupe (art. 3 al. 2 LTPH GE). Un président et un vice-président sont élus, pour un an, dans chaque groupe (art. 6 al. 2 LTPH GE). D'autres personnes sont encore élues, pour une année, afin de présider le tribunal (art. 6 al. 3 LTPH GE ; désignées sous le terme « présidents de tribunal »). Les présidents, vice-présidents et présidents de tribunal doivent tous être titulaires du brevet d'avocat ou au bénéfice d'une formation spécifique attestée par un brevet (art. 6 al. 4 LTPH GE).

72 Le tribunal est composé du président ou du vice-président du groupe, ou d'un président de tribunal désigné par le groupe, ainsi que de deux juges prud'hommes, l'un représentant des employeurs et l'autres des salariés (art. 12 al. 1 LTPH GE). Si le litige porte sur la LEg, le tribunal doit comprendre une personne de chaque sexe au moins (art. 12 al. 4 LTPH GE).

142 Cf. supra N 53.

b. La Chambre des prud'hommes

73 L'appel ou le recours dirigé contre une décision du Tribunal de prud'hommes ou du conciliateur est porté devant la Chambre des prud'hommes, composée d'un président, d'un juge prud'hommes employeur et d'un juge prud'hommes salarié (art. 123 et 124 LOJ GE).

§ 11 Le canton du Jura

74 Le Conseil de prud'hommes est compétent pour juger les litiges entre employeurs et travailleurs découlant d'un contrat de travail de droit privé (art. 2 LCPH JU), sauf dans les cas où l'action est portée directement devant la Cour civile au sens de l'art. 8 CPC ou lorsqu'une affaire qui relève de la LP est soumise à la procédure sommaire (art. 3 LCPH JU). Si la valeur litigieuse de la contestation est inférieure à 10'000 francs, le président du Conseil de prud'hommes statue seul (art. 10 al. 1 LCPH JU).

1. L'autorité de conciliation

75 Le président du Conseil de prud'hommes ou, sur délégation de celui-ci le greffier, œuvre en tant qu'autorité de conciliation (art. 22 al. 1 LCPH JU). Lorsque le litige relève de la LEg, il est assisté de deux assesseurs représentant paritairement les employeurs et les travailleurs ainsi que les hommes et les femmes (art. 22 al. 2 LCPH JU).

2. Le Conseil de prud'hommes

76 Le Conseil de prud'hommes est une juridiction du Tribunal de première instance (art. 1 LCPH JU). Il est présidé par un magistrat de ce tribunal (art. 7 al. 1 LCPH JU). Différents groupes professionnels sont constitués, à l'intérieur de chacun desquels six assesseurs sont nommés dont trois représentant les employeurs et trois les travailleurs (voir art. 8 al. 1 et 3 ainsi que 16 al. 1 LCPH JU). Sauf lorsqu'il statue seul, le président du Conseil de prud'hommes siège aux côtés de deux assesseurs représentant l'un les travailleurs et l'autre les employeurs (art. 11 al. 1 et 2 LCPH JU).

TROISIEME PARTIE
LES REGLES GENERALES DE PROCEDURE

A. Dans les conflits individuels de travail

77 La notion de conflit individuel de travail a été définie dans la première partie, à laquelle nous renvoyons le lecteur[143].

Chapitre V :
Les règles de compétence

78 Le législateur fédéral a établi des règles de fors spéciales applicables aux litiges relevant du contrat de travail. En matière de compétence matérielle, si l'organisation judiciaire demeure en principe une affaire cantonale (art. 122 al. 2 Cst. et 3 CPC), notamment quant à la liberté d'instituer ou non des tribunaux spécialisés, certains principes ont néanmoins été fixés dans le CPC.

§ 12 La compétence à raison du lieu

1. Les fors légaux

a. Les fors de l'art. 34 al. 1 CPC

79 L'art. 34 al. 1 CPC détermine les fors à disposition en cas de conflit relevant du droit du travail[144]. Le for applicable se trouve au lieu du siège ou du domicile du défendeur ou à celui où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle. Quelques modifications terminologiques mises à part[145], les fors de l'art. 24 al. 1 LFors ont été repris dans le CPC[146].

80 L'art. 31 CPC, qui est la disposition générale applicable aux actions découlant d'un contrat, ne concerne pas les affaires de droit du travail dès lors que l'art. 34

---

143 Cf. supra N 9.

144 Sur la notion de « conflit relevant du contrat de travail » voir supra N 13 ss, spéc. N 22 ss lorsque la qualification du contrat est contestée.

145 L'art. 24 al. 1 LFors parlait de « lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail ».

146 BSK ZPO-KAISER JOB, N 1 ad art. 34 CPC ; Message CPC, 6884 ad art. 33 P-CPC.

CPC constitue une *lex specialis*[147]. En réalité, les fors déduits de ces deux dispositions sont identiques puisqu'elles prévoient l'une et l'autre le domicile ou le siège du défendeur ainsi que le lieu d'exécution de la prestation caractéristique[148].

81 L'art. 64 al. 1 lit. b CPC fixe le principe de la *perpetuatio fori*, c'est-à-dire que le domicile, le siège ou le lieu où le travailleur exerce habituellement son activité se détermine à la date d'introduction de l'instance au sens de l'art. 62 al. 1 CPC. Peu importe par exemple que la partie déménage en cours de procédure[149].

aa. Le domicile et le siège

82 Selon l'art. 10 al. 2 CPC, le domicile se détermine d'après le Code civil. Aux termes de l'art. 23 CC, le *domicile* est le lieu où une personne réside avec l'intention de s'y établir. D'après le Tribunal fédéral, le domicile d'une personne doit être déterminé en tenant compte de l'ensemble de ses conditions de vie, le centre de son existence se trouvant à l'endroit où se focalise un maximum d'éléments concernant sa vie personnelle, sociale et professionnelle, c'est-à-dire que l'intensité des liens avec ce lieu l'emporte sur ceux qui existent avec d'autres endroits[150].

83 Si le défendeur ne possède pas de domicile, c'est le lieu de sa *résidence habituelle* qui est déterminant (art. 11 al. 1 CPC). En effet, l'art. 10 al. 2 *i.f.* CPC exclut l'application de l'art. 24 CC[151], ce qui signifie notamment que le défendeur ne conserve pas son domicile aussi longtemps qu'il ne s'en est pas créé un nouveau[152]. La résidence habituelle se définit comme le lieu où une personne vit pendant une certaine durée, même si celle-ci est d'emblée limitée (art. 11 al. 2 CPC). Il est ainsi possible qu'une partie dispose simultanément de plusieurs résidences habituelles[153], qui fondent chacune un for. A défaut de

147 BROQUET, 39 N 10 ; BSK ZPO-KAISER JOB, N 2 ad art. 31 CPC ; GASSER/RICKLI, N 4 ad art. 31 CPC ; LAMBELET (in BAKER & MCKENZIE), N 5 ad art. 31 CPC ; Message CPC, 6883 ad art. 30 P-CPC ; SUTTER-SOMM/HEDINGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 12 ad art. 31 CPC.

148 La prestation caractéristique dans le contrat de travail est en effet celle accomplie par le travailleur, cf. infra N 86.

149 BSK ZPO-INFANGER, N 15 ad art. 64 CPC ; MEIER (2010), 104.

150 ATF 125 III 100, c. 3. Pour de plus amples développements sur la notion de domicile, voir BSK ZPO-INFANGER, N 9 ss ad art. 10 CPC ; DONZALLAZ (Com-LFors), N 12 s. ad art. 3 LFors ; GestG-BK-BERGER, N 17 ss ad art. 3 LFors.

151 Le Message LFors, 2607, indique que ce choix a été fait « pour des raisons d'ordre pratique », ce que l'on comprend aisément puisque le défendeur a tout intérêt à se voir attrait au lieu où il réside au moment du procès plutôt qu'à son domicile précédent, qui peut par hypothèse être relativement éloigné.

152 Voir, au sujet de l'exclusion de l'art. 24 CC, BOHNET/OTHENIN-GIRARD, 158 ss.

153 BOHNET/OTHENIN-GIRARD, n. 111 ; BSK ZPO-INFANGER, N 10 ad art. 11 CPC.

résidence habituelle, le lieu de la *dernière résidence connue* du défendeur doit être retenu (art. 11 al. 3 CPC).

84 Outre le domicile et le siège de l'art. 34 CPC, le for peut également se trouver au lieu de l'*établissement* ou de la *succursale*[154] de la partie défenderesse (art. 12 CPC)[155], pour peu que le litige présente des liens avec celui-ci[156]. La notion d'établissement et de succursale comprend aussi bien la succursale d'une société commerciale ou d'une société coopérative que l'établissement commercial ou professionnel d'une personne physique (médecin, avocat par exemple), d'une entreprise individuelle ou d'une société de personnes[157]. Les deux notions de succursale et d'établissement se distinguent en ce sens que la première se rapporte aux personnes morales uniquement, alors que la seconde ne concerne que les personnes physiques[158].

85 Le *fardeau de la preuve* du domicile, de la résidence habituelle, du siège, de la succursale ou de l'établissement appartient à la partie qui s'en prévaut (art. 8 CC), par exemple au défendeur qui invoque qu'il a changé de domicile[159]. Qu'en est-il de l'employeur qui déplacerait son siège avant l'introduction de l'instance ? Les avis divergent sur la question. Certains retiennent le for du siège au moment de l'introduction de l'instance[160], d'autres celui au moment de la cessation des rapports de travail[161]. Rien ne justifie cependant de faire exception à la règle qui veut que l'on examine la situation qui prévaut au moment de l'introduction de l'instance (art. 64 al. 1 lit. b CPC)[162]. Des exceptions sont en effet envisageables uniquement lorsqu'un intérêt prépondérant l'exige, par exemple en matière d'obligation d'entretien pour les enfants[163]. Tel n'est

---

154 La succursale ne disposant pas de la personnalité juridique et par conséquent de la capacité d'être partie, l'instance doit dans tous les cas être introduite contre la société en tant que telle, voir infra N 208.

155 ATF 129 III 31, c. 3.2, JdT 2004 I 364 ; BSK ZPO-KAISER JOB, N 15 ad art. 34 CPC ; FELLER/BLOCH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 23 ad art. 34 CPC.

156 ATF 129 III 31, c. 3.2, JdT 2004 I 364 : « actions liées à l'exploitation de ceux-ci » ; Message LFors, 2608 : « litiges survenus dans le cadre de l'exploitation » de la succursale ou de l'établissement.

157 ATF 129 III 31, c. 3.2, JdT 2004 I 364 ; DONZALLAZ (Com-LFors), N 27 ad art. 24 LFors ; GestG-ZK-GROSS, N 72-73 ad art. 24 LFors ; Message LFors, 2608.

158 BOHNET (2004), 58.

159 DONZALLAZ (Com-LFors), N 15 ad art. 3 LFors.

160 AGer ZH du 8.11.1982, JAR 1983 285 ; DONZALLAZ (Com-LFors), N 26 ad art. 24 LFors ; BK-REHBINDER, N 4 ad art. 343 CO ; HASLER, 53 s.

161 BezGer Bremgarten du 14.5.1987, JAR 1988 315, c. I ; C. app. Prud. GE du 5.12.1983, in AUBERT (1984), N 320 ; KOLLER (1995), 56, selon lequel c'est ce for que les deux parties avaient à l'esprit.

162 Cf. supra N 81.

163 ATF 132 III 586, RSPC 2007 73 ; TF du 18.1.1996, SJ 1996 512, c. 2b. Voir également les art. 1 à 3 de la Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, du 24 octobre 1956 (RS 0.211.221.431).

cependant pas le cas en droit du travail. Avec DONZALLAZ[164], il faut néanmoins réserver l'abus de droit (art. 52 CPC) de l'employeur-défendeur qui déplacerait le centre de ses affaires au moment du procès uniquement dans le but d'en rendre l'accès plus difficile. Cette circonstance sera cependant difficile à prouver, puisque le travailleur devrait alors démontrer qu'aucun autre motif ne justifiait le transfert de siège.

ab. Le lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle

86 Au for usuel du lieu du siège ou du domicile du défendeur s'ajoute celui du lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle. Ce for est fondé sur le principe du lieu de la *prestation caractéristique* du contrat, en l'espèce, la prestation de travail accomplie par l'employé. L'application de ce principe vise notamment à protéger le travailleur, partie contractante la plus faible. Cette protection est en effet mieux assurée si le litige relève de la compétence du juge du lieu où l'employé s'acquitte de ses obligations à l'égard de son employeur, dans la mesure où c'est à cet endroit que celui-là peut à moindre frais s'adresser aux tribunaux ou se défendre[165].

87 Le for du lieu de l'accomplissement habituel du travail a d'abord été développé au niveau européen, dans deux arrêts rendus par la CJCE dans les années quatre-vingts[166]. Il a par la suite été inscrit à l'art. 5 ch. 1 CL lors de son adoption en 1988, puis à l'art. 19 ch. 2 lit. a CLrév., de même qu'à l'art. 5 ch. 1 CB à l'occasion de sa modification en 1989[167], devenu aujourd'hui l'art. 19 al. 2 lit. a Règlement CE n° 44/2001[168]. Au niveau interne, il a été fixé à l'art. 115 al. 1 LDIP ainsi qu'à l'art. 24 al. 1 LFors. Il fait désormais l'objet de l'art. 34 al. 1 CPC. Le Conseil fédéral, dans le Message LFors[169], indiquait à cet égard que les termes « lieu dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail » correspondaient à la réglementation et à la terminologie du droit international

164 DONZALLAZ (Com-LFors), N 26 ad art. 24 LFors.

165 Comp. CJCE du 26.5.1982, affaire 133/81 Ivenel c/ Schwab, c. 16, 19 et CJCE du 13.7.1993, affaire C-125/92 Mulox IBC Ltd c/ Hendrick Geels, c. 18-19 ; DONZALLAZ (2004), 57.

166 CJCE du 26.5.1982, affaire 133/81 Ivenel c/ Schwab ; CJCE du 15.1.1987, affaire 266/85 Shenavai c/ Kreischer.

167 Voir à ce sujet DONZALLAZ (1994), 106 s.

168 Règlement des Communautés européennes n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JOCE L 12 p. 1 du 16.1.2001), entré en vigueur au 1er mars 2002.

169 Message LFors, 2624.

des art. 5 ch. 1 CL et 115 al. 1 LDIP. Il convient par conséquent de se référer à la jurisprudence rendue en lien avec ces deux dispositions[170].

88 Le lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle se définit comme celui où se situe le *centre effectif de ses activités professionnelles*[171]. Pour déterminer celui-ci, la CJCE retient un critère temporel, soit le fait de « prendre en considération la circonstance que le travailleur accomplit la majeure partie de son temps de travail dans le lieu où il a un bureau à partir duquel il organise ses activités pour le compte de son employeur »[172].

Par exemple, le contrat de travail de l'employé stipule que le lieu de travail se situe dans chaque bureau de l'employeur en Suisse, celui-ci disposant de bureaux dans sept cantons différents. Le lieu de travail habituel de l'employé doit être déterminé en fonction du temps passé dans chacun des bureaux en question. Le fait que le bureau dans lequel le travailleur a passé la majorité de son temps soit indiqué comme adresse sur sa carte de visite est un élément supplémentaire qui vient confirmer sa prise en compte en tant que lieu habituel de travail[173].

89 Si l'activité du travailleur a changé au cours de la période contractuelle, le lieu déterminant est celui où l'employé a accompli la majeure partie de son temps de travail[174] ; celui-là ne correspondra pas nécessairement au dernier endroit dans lequel le travailleur a exécuté ses tâches. Une *exception* à l'application du critère temporel doit cependant être admise lorsque l'objet du litige présente des liens de rattachement plus étroits avec un autre lieu de travail[175].

Ainsi, si le travailleur a exercé son activité aux services du même employeur pendant dix ans, à raison de huit ans à Genève, puis de deux ans à Lausanne, le lieu de travail habituel se trouve, selon le critère temporel, à Genève. Toutefois, lorsque les prétentions de l'employé portent uniquement sur des heures supplémentaires effectuées au cours de ses deux dernières années d'activité à Lausanne, le for à prendre en considération est celui de Lausanne.

---

170 TPrud. du district du Val-de-Travers du 2.11.2001, RJN 2001 114, c. 2b ; DONZALLAZ (Com-LFors), N 29 ad art. 24 LFors ; FELLER/BLOCH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 25 ad art. 34 CPC.

171 Comp. CJCE du 9.1.1997, affaire C-383/95 Rutten c/ Cross Medical Ltd., c. 23 et 26 ; TF du 6.5.1997, JAR 1998 299, c. 2c : en allemand, on parle de « tatsächlicher Mittelpunkt » ; TPrud. du district du Val-de-Travers du 2.11.2001, RJN 2001 114, c. 3a et les références ; BSK ZPO-KAISER JOB, N 16 ad art. 34 CPC ; DONZALLAZ (2004), 61, qui parle de « localisation du centre d'opérations du travailleur » ; FELLER/BLOCH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 25 ad art. 34 CPC ; GestG-ZK-GROSS, N 84 ad art. 24 LFors.

172 CJCE du 9.1.1997, affaire C-383/95 Rutten c/ Cross Medical Ltd., c. 27.

173 Voir Ch. rec. VD du 31.10.2008, JAR 2009 667, c. 3c.

174 Comp. CJCE du 27.2.2002, affaire C-37-00 Herbert Weber c/ Universal Ogden Services Ltd, c. 50, 53. *Contra* : WYSS (2002), 75 ; Ch. rec. VD du 28.4.2006, cité par DUCRET/OSOJNAK, N 5 ad art. 4 LJT, qui retiennent le dernier lieu de travail comme déterminant pour fixer le for.

175 Comp. CJCE du 27.2.2002, affaire C-37-00 Herbert Weber c/ Universal Ogden Services Ltd, c. 50, 53.

90 Le centre des activités professionnelles du travailleur ne correspond pas forcément au lieu de l'exploitation de l'entreprise, ce qui signifie que celui-là n'implique pas nécessairement l'existence de certaines installations matérielles[176]. Ainsi, si l'employé ne travaille pas au siège de l'entreprise, le fait qu'il y revienne régulièrement pour y prendre des instructions n'empêche pas que son lieu de travail habituel se trouve ailleurs[177]. De même, en cas de travail à domicile, c'est celui-ci qui constitue le lieu de travail habituel[178].

Par exemple, le voyageur de commerce qui utilise pour son travail les locaux de son domicile où il dispose d'une ligne téléphonique et entrepose du matériel doit être considéré comme exerçant habituellement son activité professionnelle à cet endroit[179].

91 Lorsque le travailleur dispose de *deux lieux habituels de travail*, sans que l'un prédomine sur l'autre, il faut les considérer tous deux comme for valable[180]. Cette situation est cependant exceptionnelle, au vu du lien particulièrement étroit et effectif qui doit exister entre le lieu habituel de travail et l'activité exercée par le travailleur[181]. Ainsi, en principe, lorsque l'employé travaille *parallèlement* à plusieurs endroits, il convient de déterminer lequel constitue le lieu de travail habituel en fonction soit du critère temporel, soit des liens de rattachement plus étroits[182]. A défaut de lieu prédominant, le for du lieu où l'activité professionnelle est habituellement exercée ne s'applique pas[183].

176 BSK ZPO-KAISER JOB, N 16 ad art. 34 CPC ; DONZALLAZ (1994), 98 ; GestG-BK-WALTHER, N 9 ad art. 24 LFors ; POUDRET (1992), 69. *Contra* : RYTER, 57 N 92.

177 TF du 6.5.1997, SJ 1998 441, c. 2c : in casu, le travailleur avait été engagé comme collaborateur interne et externe d'une entreprise ayant son siège à Goldach (SG). Il a par la suite été chargé de la vente en France et a travaillé à Paris pendant environ un an, jusqu'à la fin des rapports contractuels. Il séjournait à Paris pendant les jours ouvrables, tout en gardant un domicile en Suisse. Il revenait également de temps à autre au siège de la société pour y recevoir des instructions. Le TF a néanmoins retenu que son lieu de travail habituel était à Paris.

178 BSK ZPO-KAISER JOB, N 16 ad art. 34 CPC ; GestG-BK-WALTHER, N 9 ad art. 24 LFors ; STREIFF/VON KAENEL, N 2c ad art. 343 CO.

179 CR CO I-AUBERT, N 3 ad art. 343 CO ; TC FR du 18.10.2005, RFJ 2005 372, c. 3b : in casu, la voyageuse de commerce utilisait son domicile pour organiser ses voyages et celui-ci constituait également l'endroit où elle était joignable pour ses clients et pour son employeur. Pour un bref commentaire de cet arrêt, voir SCHWANDER (Streitigkeiten), 200 s., qui en approuve la solution.

180 EGLI (2004), 26 ; FELLER/BLOCH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 30 ad art. 34 CPC ; GestG-ZK-GROSS, N 91 ad art. 24 LFors ; REINERT (in BAKER & MCKENZIE), N 14 ad art. 34 CPC.

181 GestG-ZK-GROSS, N 91 ad art. 24 LFors ; REINERT (in BAKER & MCKENZIE), N 14 ad art. 34 CPC.

182 BSK ZPO-KAISER JOB, N 17 ad art. 34 CPC. Sur ces deux critères, cf. supra N 89.

183 BSK ZPO-KAISER JOB, N 17 ad art. 34 CPC ; REINERT (in BAKER & MCKENZIE), N 14 ad art. 34 CPC ; comp. GestG-ZK-GROSS, N 92 ss ad art. 24 LFors.

92 Le terme *habituellement* exclut le lieu de travail qui n'est que temporaire, notamment parce que le travailleur en change sans arrêt[184]. En pareil cas, le seul for à disposition des parties se trouve au domicile ou au siège du défendeur, sauf prorogation de for valablement conclue[185]. Il aurait par conséquent été souhaitable que le législateur introduise un for supplémentaire au lieu où se trouve l'établissement qui a embauché l'employé lorsque celui-ci exerce son activité en différents endroits, à l'instar de ce que prévoient les art. 19 ch. 2 lit. b CLrév. et 19 al. 2 lit. b Règlement CE n° 44/2001[186].

Ainsi, le lieu de travail d'une hôtesse varie en fonction de l'endroit où se situe l'événement à couvrir. De même de l'ouvrier qui change fréquemment de chantiers[187], et pour des périodes relativement brèves chaque fois. Le seul for à disposition dans ces hypothèses est celui du domicile ou du siège du défendeur.

93 Toutefois, si l'employé travaille au même endroit pendant une période assez longue, soit au minimum un à deux mois, cela suffit à notre sens à créer un lieu de travail habituel pour les litiges s'y rapportant. On reprend ici l'idée de la CJCE selon laquelle le for peut être déterminé en fonction du lieu avec lequel le litige présente des liens de rattachement plus étroits[188].

Par exemple, un ouvrier qui œuvre sur le même chantier pendant plusieurs mois est admis à fonder un for à ce lieu de travail, pour autant que les prétentions formulées aient un lien avec celui-ci ; peu importe en revanche qu'il ait changé fréquemment de chantiers pendant toute la période travaillée aux services de l'employeur.

94 Quant au terme *exerce*, il inclut également le lieu où le travailleur *a exercé* ou *aurait exercé* habituellement son activité professionnelle, dans les cas où les rapports de travail ont déjà pris fin à l'ouverture de l'action[189] ou ceux où le contrat n'est jamais venu à chef[190]. Dans cette seconde hypothèse, il faudrait se référer, pour déterminer le lieu de travail, à ce que les parties ont convenu dans le contrat, expressément ou implicitement, ou à l'occasion des pourparlers précontractuels.

---

184 TF du 6.5.1997, SJ 1998 441, c. 2b : « Certes, il n'est pas exigé que le travailleur déploie de façon permanente son activité au lieu de travail habituel ; une activité de travail passagère à un endroit donné ne suffit cependant pas » ; BSK ZPO-KAISER JOB, N 19 ad art. 34 CPC ; GestG-ZK-GROSS, N 93 ad art. 24 LFors.

185 Cf. infra N 101 s. FELLER/BLOCH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 30 ad art. 34 CPC ; GestG-ZK-GROSS, N 92 ss ad art. 24 LFors.

186 POUDRET (2001), 40. Voir, pour la référence complète du règlement européen cité, supra n. 168.

187 HRISTIĆ, 123.

188 Cf. supra N 89 et n. 175.

189 ATF 109 II 33, c. 2, JdT 1983 I 530 ; 114 II 353, c. 1b ; GestG-ZK-GROSS, N 90 ad art. 24 LFors ; KOLLER (1995), 56.

190 Comp. KOLLER (1995), 56. *Contra* : BSK ZPO-KAISER JOB, N 19 ad art. 34 CPC ; GestG-ZK-GROSS, N 93 ad art. 24 LFors.

b. Le cas particulier de l'art. 34 al. 2 CPC

95 L'art. 34 al. 2 CPC fonde le for du lieu de l'établissement commercial du *bailleur de services* ou de l'*intermédiaire* avec lequel le contrat a été conclu. Ce for tient pour particularité qu'il ne peut être invoqué que par le travailleur ou le demandeur d'emploi, partie socialement la plus faible, qui invoque la LSE[191]. Il s'ajoute à ceux inscrits à l'art. 34 al. 1 CPC.

96 A notre sens, l'art. 34 al. 2 CPC est sans réelle portée, puisque le Tribunal fédéral a expressément admis que le for du lieu de la succursale ou de l'établissement du défendeur (ancien art. 5 LFors, actuel art. 12 CPC) s'ajoutait aux fors du domicile ou du siège du défendeur[192]. GROSS relève à cet égard que la disposition ne garde comme utilité que de confirmer l'application des fors spéciaux de droit du travail aux actions relevant de la LSE[193]. Dans ce domaine toutefois, seuls les conflits entre le travailleur et le bailleur de service sont soumis aux fors spéciaux de l'art. 34 CPC. Les litiges opposant un bailleur et un locataire de services ne tombent pas sous le coup de cette disposition, puisque les deux parties ne sont pas liées par un contrat de travail. Il s'agira pour elles d'appliquer les fors de l'art. 31 CPC[194].

c. Le cas particulier des prétentions découlant de la LFus

97 Lorsque la prétention se fonde sur la LFus, telle que l'interdiction de l'inscription au RC d'une fusion, d'une scission ou d'un transfert de patrimoine (respectivement art. 28 al. 3, 50 et 77 al. 2 LFus) ou la garantie des créances résultant du contrat de travail (art. 27 al. 2, 49 al. 2, 68 al. 2 ou 76 al. 2 LFus), les fors applicables sont, pour une partie de la doctrine, ceux de l'art. 34 CPC[195]. En effet, puisque la prétention trouve sa source dans les relations de travail entre les parties, elle relève du droit du travail[196], et non du droit des sociétés. Cette solution se justifie également à notre sens pour des considérations d'ordre politico-social, dans un souci de protection du travailleur[197]. D'autres auteurs estiment en revanche que l'art. 42 CPC (anciennement art. 29a LFors), qui a

191 Cela concerne les litiges entre le placeur et le demandeur d'emploi (art. 8 LSE) et ceux opposant le travailleur au bailleur de services (art. 19 LSE).

192 ATF 129 III 31, c. 3.2, JdT 2004 I 364. Dans le même sens, GestG-ZK-GROSS, N 101 ad art. 24 LFors. Cf. supra N 84.

193 GestG-ZK-GROSS, N 102 ad art. 24 LFors.

194 BSK ZPO-KAISER JOB, N 27 ad art. 34 CPC ; FELLER/BLOCH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 33 ad art. 34 CPC ; Message LFors, 2624.

195 BSK ZPO-VOCK, N 4 ad art. 42 CPC ; BSK-PORTMANN, N 59 ad art. 333 CO et N 34 ad art. 333a CO ; DASSER, 665 ; RÜETSCHI (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 18 ad art. 42 CPC.

196 Cf. supra N 36.

197 BSK ZPO-VOCK, N 4 ad art. 42 CPC.

trait aux actions relevant de la LFus, doit s'appliquer exclusivement[198]. On ne voit toutefois pas pourquoi les fors de l'art. 42 CPC l'emporteraient sur ceux de l'art. 34 CPC, puisque ces dispositions instituent l'une et l'autre des fors spéciaux. Afin de déterminer le for prédominant, il convient à notre avis de se référer au caractère semi-impératif que le législateur a attribué aux fors de droit du travail, auxquels il ne peut être dérogé que de manière restrictive. Par conséquent, c'est l'art. 34 CPC qui doit selon nous prévaloir sur l'art. 42 CPC.

2. La prorogation de for

a. Le caractère semi-impératif de l'art. 34 CPC

98 L'art. 35 al. 1 lit. d CPC pose le principe du caractère semi-impératif des fors de l'art. 34 CPC, c'est-à-dire que le travailleur ne peut y renoncer par avance ou par acceptation tacite. La volonté de protéger la partie dite faible au contrat[199] impose de restreindre la possibilité que pourrait avoir l'employeur, de par sa position dominante, de contraindre l'employé à conclure une clause d'élection de for et de le faire renoncer par avance à un for prévu par la loi. Il convient également d'éviter une éventuelle *Einlassung* de la part d'un travailleur qui ne dispose souvent pas des connaissances juridiques nécessaires, à plus forte raison en matière procédurale[200].

99 L'A-P CPC autorisait pour sa part une *Einlassung* du travailleur et renonçait à « cette forme de mise sous tutelle du défendeur », au motif que les règles sur l'incapacité de procéder (art. 69 CPC), l'interpellation par le tribunal (art. 56 CPC) ainsi que le principe du comportement conforme aux règles de la bonne foi (art. 52 CPC) « empêchaient que l'ignorance d'une partie soit exploitée »[201]. Cette règle n'a été reprise ni dans le Projet ni dans le CPC, au vu des vives contestations dont elle a fait l'objet lors de la procédure de consultation. Il a notamment été relevé que l'employé était souvent non assisté en début de procès et que les protections découlant des art. 52 et 56 CPC n'étaient pas suffisantes

198 AMSTUTZ/MABILLARD, N 27 ad art. 28 LFus ; BAUER, 160 ; GLANZMANN (in BAKER & MCKENZIE), N 2 ad art. 42 CPC ; REINERT, N 12 ad art. 28 LFus et (in BAKER & MCKENZIE), N 6 ad art. 34 CPC ; BSK FusG-BAUMGARTNER, N 40 ad vor art. 27 LFus ; GestG-BK-KURTH/BERNET, N 25 ad art. 29a LFors ; WYLER (2010), 237 ; ZIMMERLI (2005), 780 ; ZK FusG-HUBSCHMID, N 22 ad art. 28 LFus.

199 TF du 21.3.2006, 4C.29/2006, c. 4.1, RSPC 2006 240, JAR 2007 229 ; BSK ZPO-KAISER JOB, N 1 ad art. 35 CPC ; COURVOISIER (in BAKER & MCKENZIE), N 1 ad art. 35 CPC ; SUTTER-SOMM/HEDINGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 4 et 14 ad art. 35 CPC.

200 DONZALLAZ (Com-LFors), N 1 ad art. 21 LFors ; GestG-ZK-GROSS, N 18 ss ad art. 21 LFors, qui parle, s'agissant du travailleur, de son « Unkenntnis ihrer prozessualen Rechte oder Unachtsamkeit ».

201 Rapport explicatif, 29 ad art. 31 A-P CPC.

en tant qu'elles pouvaient intervenir trop tard[202]. En effet, lorsque le défendeur-travailleur fait usage de son droit de réponse (art. 222, 245 al. 2 CPC), il procède sur le fond et une interpellation du juge à l'audience n'a plus d'intérêt. A notre avis, les critiques émises lors de la procédure de consultation sont justifiées, dans la mesure où il convient de protéger le travailleur non assisté qui n'a aucune idée des droits procéduraux dont il dispose, ce qui est particulièrement fréquent lorsque le litige est porté devant une juridiction spécialisée du travail. Il faut être cohérent : si l'on prévoit une procédure simplifiée et gratuite[203], c'est-à-dire facilement accessible à tout justiciable pour qu'il n'hésite pas à faire valoir ses droits en justice, l'on ne peut pas attendre de lui qu'il connaisse des subtilités procédurales telles que le concept d'acceptation tacite. La solution retenue dans l'A-P CPC n'était par conséquent pas satisfaisante.

100 Le caractère semi-impératif de l'art. 34 CPC s'applique-t-il également à *l'ayant cause du travailleur*, par exemple son cessionnaire ou l'assurance sociale qui lui a été subrogée ? La réponse doit être affirmative[204], dès lors que le cessionnaire ou le tiers subrogé prend la place du travailleur dans le procès. En effet, la prétention trouve toujours sa source dans le contrat de travail, partant, doit être soumise aux règles spéciales de procédure applicables en la matière, peu importe qu'elle ait changé de mains par la suite[205].

101 Le principe des fors partiellement impératifs de l'art. 34 CPC signifie que seul le travailleur ne peut y renoncer à l'avance ou par acceptation tacite. Vis-à-vis de l'*employeur*, ces fors sont de nature dispositive. Celui-ci peut dès lors accepter tacitement un for[206]. De même, il est lié par une prorogation de for conclue avec le travailleur[207]. Le Tribunal fédéral a en effet confirmé que les clauses de prorogation de for inscrites dans un contrat de travail n'étaient pas nulles, mais

---

202 Classement des réponses, 149 ss ad art. 31 A-P CPC, notamment les réponses de Uni ZH : « Das gerichtliche Fragerecht kommt in einem schriftlichen Verfahren, wie es grundsätzlich auch für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis gilt, zu spät : die Einlassung erfolgt bereits mit Ausführungen zur Sache in der Klageantwort » ; également de la SGB : « Il serait cynique de prétendre qu'un travailleur qui obtempère à une convocation à comparaître devant un tribunal – c'est-à-dire à une injonction de l'autorité – puisse mesurer toutes les conséquences de son acte ». Dans le même sens : PORTMANN (2004), 545.

203 L'A-P CPC prévoyait en effet que tout litige de droit du travail était soumis à la procédure simplifiée, sans égard à sa valeur litigieuse. Cf. infra N 778.

204 SUTTER-SOMM/HEDINGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 14 ad art. 35 CPC ; comp. également HAUCK (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 29 *i.f.* ad art. 247 CPC. *Contra* : TAPPY (2001), 376 qui admet l'acceptation tacite de l'ayant cause d'un demandeur d'emploi ou d'un travailleur.

205 La notion de litige relevant du contrat de travail s'applique indépendamment de la personne qui invoque les prétentions, cf. supra N 16.

206 BSK ZPO-KAISER JOB, N 16 ad art. 35 CPC.

207 BSK ZPO-KAISER JOB, N 15 ad art. 35 CPC.

ne liaient que l'employeur[208]. Autrement dit, si celui-ci se voit attrait au for prorogé, il ne peut s'y soustraire. Une analogie peut être fait entre ce principe, qui veut que la convention de prorogation de for ne lie qu'une seule des parties, et la théorie de l'invalidité partielle développée à l'ATF 114 II 131[209], selon laquelle, en cas de vices du consentement, le contrat vicié est invalide dès le départ et ne sortit aucun effet, sauf ratification par la victime de l'erreur. Ainsi, l'acte est à l'origine sans effet, mais peut devenir valable si la partie lésée n'exerce pas son droit d'invalidation. Or seule la partie dans l'erreur peut user de ce droit, l'autre partie étant liée par le contrat le cas échéant.

Par exemple, un employeur dont le siège est à Fribourg, qui se voit actionné en justice à Berne par l'un de ses employés dont le lieu habituel de travail est à Neuchâtel, ceci au vu de l'élection de for en faveur des tribunaux bernois conclue entre les parties lors de la signature du contrat de travail, ne peut pas s'y opposer. Le travailleur aurait également pu agir devant les tribunaux neuchâtelois ou fribourgeois, n'étant pas lié par la clause de prorogation de for. Si c'est l'employeur qui actionne le travailleur, les fors légaux, soit Fribourg ou Neuchâtel, devront dans tous les cas être respectés, sauf si une élection de for intervient entre les parties après la naissance du différend[210].

b. La licéité d'une clause de prorogation de for vis-à-vis du travailleur

102 Lors des discussions aux Chambres relatives à l'adoption du CPC, il a été question de faire des fors de l'art. 33 CPC des fors impératifs en faveur du travailleur, c'est-à-dire qu'une prorogation de for conclue après la naissance du différend n'aurait jamais été possible lorsque l'employé était actionné en justice[211]. Les opposants à cette proposition ont alors objecté qu'il n'y avait pas lieu « de protéger la personne contre elle-même si elle avait par hypothèse envie de renoncer à l'un des fors légaux »[212]. L'art. 35 al. 2 CPC ouvre par conséquent la voie à une élection de for (art. 17 CPC)[213] conclue entre le travailleur et l'employeur *après la naissance du différend*. A teneur des débats parlementaires

---

208 TF du 21.3.2006, 4C.29/2006, c. 4.1, RSPC 2006 240, JAR 2007 229.

209 Mieux connu sous le nom d'« arrêt Picasso » ; pour la traduction française, voir JdT 1988 I 508, c. 3b.

210 Cf. infra N 102 ss.

211 Voir BO CN 29.5.2008 ad art. 34 P-CPC (BO CN 2008 N 645) et l'intervention de THANEI : « Die schwächere Partei läuft nämlich auch hier in Gefahr, überrumpelt zu werden. (…) Man muss damit rechnen, dass jemand eine entsprechende Offerte nicht richtig liest, und schon ist eine Gerichtsstandsvereinbarung zustande gekommen ».

212 Voir l'intervention de NIDEGGER, BO CN 29.5.2008 ad art. 34 P-CPC (BO CN 2008 N 645). Cf. également l'intervention de WIDMER-SCHLUMPF, BO CN 2008 N 646 : « Wir dürfen die Parteien nicht total bevormunden, und man darf durchaus davon ausgehen, dass sie in der Lage sind, ihre Eigenverantwortung auch in diesem Bereich wahrzunehmen ».

213 Sur l'élection de for, nous renvoyons le lecteur aux divers Commentaires CPC, ad art. 17, et LFors, ad art. 9, ainsi qu'à l'ATF 132 III 268, c. 2.3.2-2.3.3, JdT 2006 I 564, et les réf. citées.

relatifs à la procédure d'adoption de la LFors, par cette notion, il faut comprendre « aussitôt que les parties ne sont pas d'accord », de sorte que le différend peut par exemple déjà se matérialiser du fait d'une simple plainte d'une partie[214]. Les parlementaires ont indiqué à cet égard s'être inspirés des art. 15 ch. 1 CL[215] et 12 ch. 1 CB[216]. D'après JENARD, un différend existe dès qu'il y a désaccord entre les parties sur un point déterminé et qu'une procédure judiciaire s'annonce comme imminente ou prochaine[217]. Selon le Tribunal fédéral, la possibilité pour les parties d'élire un for après la naissance du différend est de leur permettre, une fois le litige né, de choisir le lieu du règlement du conflit qui leur convient et de prendre conseil à ce propos, puisqu'il leur est souvent difficile de prévoir à l'avance l'évolution des rapports de travail, notamment quant à sa composante spatiale ; un choix de for éclairé ne peut par conséquent se faire qu'au moment où les parties ont connaissance des circonstances, c'est-à-dire quand elles s'apprêtent à déposer action[218]. En réalité, il importe peu que l'ouverture d'une action judiciaire soit la seule issue. Il suffit que les parties ne s'entendent pas sur un point en rapport avec leurs relations de travail et qu'une procédure soit envisageable pour régler le conflit[219].

Par exemple, il y a déjà naissance d'un différend lorsque l'employeur et le travailleur procèdent à un échange de lettres dans lesquelles ils présentent chacun un avis divergent[220], ou lorsque l'employé envoie un courrier à son employeur, dans lequel il conteste le congé qui lui a été signifié. La plainte peut également intervenir oralement, sous réserve pour la partie qui l'invoque d'en apporter la preuve.

103 La validité d'une clause d'élection de for est limitée aux litiges portant sur les droits dont les parties ont la *libre disposition*[221]. En droit du travail, l'interdiction pour le travailleur de renoncer à certaines créances pendant les rapports de travail ainsi que dans le mois suivant leur terme (art. 341 CO) constitue précisément une exception à la libre disponibilité de l'objet du litige. C'est pourquoi une élection de for conclue certes après la naissance du différend mais alors que les rapports de travail sont toujours pendants ou dans le mois suivant

214 BO CE du 8.3.2000 (BO CE 2000 E 27) et l'intervention de BRUNNER ad art. 22. Voir aussi BSK ZPO-KAISER JOB, N 18 ad art. 35 CPC ; DONZALLAZ (Com-LFors), N 9 ad art. 21 LFors ; GestG-BK-WALTHER, N 14 ss ad art. 21 LFors ; GestG-ZK-GROSS, N 92 ss ad art. 21 LFors ; SUTTER-SOMM/HEDINGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 31 ad art. 35 CPC.

215 BO CE du 8.3.2000 (BO CE 2000 E 27) et l'intervention de BRUNNER ad art. 22.

216 Devenu l'art. 13 du Règlement CE n° 44/2001, voir supra n. 168.

217 JENARD, 33.

218 TF du 6.5.1997, SJ 1998 441, c. 5a/cc.

219 BSK ZPO-KAISER JOB, N 18 ad art. 35 CPC ; DONZALLAZ (Com-LFors), N 9 ad art. 21 LFors ; GestG-ZK-GROSS, N 94 ad art. 21 LFors ; SCHLOSSER, N 1 ad art. 12 CB.

220 GestG-BK-WALTHER, N 17 *i.f.* ad art. 21 LFors.

221 DONZALLAZ (Com-LFors), N 42 ad art. 9 LFors ; SPÜHLER/VOCK, N 1 ad art. 9 LFors. *Contra* : GestG-BK-BERGER, N 13 ad art. 9 LFors ; GestG-ZK-WIRTH, N 20 ad art. 9 LFors ; GestG-BSK-REETZ, N 3 ad art. 9 LFors.

la fin de ceux-ci et qui porte sur des créances visées par l'art. 341 CO n'est pas valable, les fors légaux devant s'appliquer vis-à-vis du travailleur[222].

104 L'élection de for conclue après la naissance du différend vaut uniquement pour les prétentions en relation avec celui-ci[223]. La partie qui entend réclamer d'autres prétentions encore dans le cadre du même procès doit l'indiquer à son adversaire, afin que la clause soit conclue vis-à-vis de celles-ci également. A défaut, seuls les fors légaux seront à disposition.

Ainsi, lorsque les parties ont conclu une élection de for après que l'employé a protesté contre son congé, les prétentions que fait valoir le travailleur au lieu prorogé peuvent porter uniquement sur son licenciement et non pas, par exemple, sur des heures supplémentaires ou un solde de vacances non prises.

3. Le for en cas de pluralité de fondements de la prétention

105 Lorsque la prétention repose sur plusieurs fondements, se pose la question des fors à disposition.

Par exemple, en cas de délit commis par un travailleur au préjudice de son employeur, la prétention de celui-ci en réparation de son dommage peut se fonder tant sur l'acte illicite (art. 41 ss CO) que sur la violation du contrat de travail (art. 321a CO)[224]. Il peut également s'agir d'un cas où le demandeur invoque la violation du contrat de travail ainsi que celle de la loi fédérale sur la concurrence déloyale[225].

106 La question du for à appliquer dans ces hypothèses est controversée en doctrine. Les uns sont d'avis que le for contractuel l'emporte toujours et est seul applicable[226]. Les autres estiment que les parties peuvent choisir à leur guise le for rattaché à l'un ou l'autre fondement[227]. MEIER justifie cette seconde position en appliquant de manière extensive le for du cumul objectif : dès lors qu'une pluralité de fors est offerte dans le cas où plusieurs prétentions sont émises, à plus forte raison doit-on appliquer le même principe lorsqu'une seule prétention présente divers fondements. A notre sens toutefois, si l'on va jusqu'au bout de ce raisonnement, cela signifie que les fors partiellement impératifs de droit du

---

222 EGLI (2004), 27 s. La même solution doit être retenue s'agissant de la validité d'une clause d'arbitrage, cf. infra N 254. *Contra* : GestG-BK-WALTHER, N 17 et n. 11 ad art. 21 LFors, qui considère que l'art. 21 LFors (repris par l'actuel art. 35 al. 2 CPC) est une *lex specialis* par rapport à l'art. 341 al. 1 CO.

223 BSK ZPO-KAISER JOB, N 20 ad art. 35 CPC. Plus larges : GestG-ZK-GROSS, N 94 ad art. 21 LFors, et SUTTER-SOMM/HEDINGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 32 ad art. 35 CPC.

224 Voir Ch. rec. VD du 28.1.1992, JdT 1993 III 17, c. 4a.

225 CCiv. NE du 3.5.1993, RJN 1993 105, c. 3.

226 GestG-BK-KURT/BERNET, N 6, 18 et 22 ad art. 25 LFors ; GestG-BSK-HEMPEL, N 16 ad art. 25 LFors.

227 DONZALLAZ (Com-LFors), N 11 et 24 ad art. 25 LFors ; GestG-ZK-ROMERIO, N 32 ad art. 25 LFors ; MEIER (2002), 65.

travail doivent en tout cas être respectés[228], de sorte que vis-à-vis du travailleur, seuls ceux-ci pourront s'appliquer, peu importe la pluralité de fondements de la prétention.

107 Les solutions développées en doctrine ne nous convainquent pas. D'une part, on ne voit pas pourquoi il faudrait faire prédominer dans tous les cas les fors contractuels. D'autre part, la possibilité pour le demandeur de choisir librement le fondement de la prétention qui doit déterminer le for est en réalité fortement limitée au vu des fors semi-impératifs qui prévalent en droit du travail. C'est pourquoi il conviendrait d'adopter la même solution que celle appliquée en matière de contrat mixte[229] et de déterminer le for en fonction de l'aspect prépondérant de la prétention. Ce principe d'accessoriété nous paraît cohérent et pleinement justifié puisque c'est le fondement principal sur lequel repose la prétention qui constitue véritablement l'objet du litige. Retenir l'accessoire comme déterminant pourrait dans certaines situations amener le demandeur à fonder sa prétention sur une autre cause également, uniquement dans le but d'utiliser le for qui s'y rattache.

Ainsi, lorsque l'employeur réclame la restitution du véhicule de l'entreprise, le for mobilier de l'art. 30 CPC ne s'applique pas, la prétention relevant principalement du contrat de travail[230]. De même, en cas de conclusion visant à la réparation du dommage fondée sur l'art. 321e CO, les fors de l'art. 36 CPC (acte illicite) ne sont pas ouverts[231].

4. Le for de la demande reconventionnelle

108 Selon l'art. 14 al. 1 CPC, une demande reconventionnelle[232] peut être formée au for de l'action principale lorsqu'elle est dans une relation de connexité avec elle. D'après le Message LFors, le lien de connexité est réalisé lorsque les deux demandes reposent sur une « base factuelle ou juridique identique, par exemple le même état de fait ou le même contrat »[233]. En revanche, le seul motif d'économie procédurale ne suffit pas, tout comme le fait que les créances soient

228 Cf. infra N 117.
229 Cf. supra N 30 et la n. 71.
230 BSK ZPO-TENCHIO, N 12 ad art. 30 CPC.
231 BSK ZPO-HEMPEL, N 16 ad art. 36 CPC.
232 Cf. infra N 163 ss et 449 ss.
233 Message LFors, 2608. Voir aussi ATF 129 III 230, c. 3, JdT 2003 I 643 et TF du 30.3.2007, 5C.260/2006, c. 3. Pour un exemple de prétentions principale et reconventionnelle fondées sur les relations de travail : TF du 29.8.2007, 4A_176/2007, c. 2.3. En doctrine, voir notamment BOHNET (2004), 5 s. ; BSK ZPO-RUGGLE, N 16 ad art. 14 CPC ; MEIER (2010), 113 ; SCHENKER (in BAKER & MCKENZIE), N 5 ss ad art. 14 CPC ; SUTTER-SOMM/KLINGLER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 9 ad art. 14 CPC ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 196 N 31 ss ; ZIMMERLI (2003), 117 s.

compensables[234]. En cas d'acceptation tacite toutefois (art. 18 CPC), il importera peu que les créances soient connexes ou non[235].

109 Le for de la reconvention ne vaut plus lorsque le for est impératif ou partiellement impératif[236]. En droit du travail, la validité du for de la reconvention peut par conséquent poser problème dans certaines hypothèses, lorsque l'employeur oppose une prétention reconventionnelle au travailleur. Par exemple, un travailleur agit contre son employeur au lieu prorogé par une élection de for conclue antérieurement à la naissance du différend et l'employeur forme des conclusions reconventionnelles à ce même for, sur la base de l'art. 14 CPC. Vu l'art. 35 al. 1 lit. d CPC, ce for n'est pas valable à l'égard de l'employé puisque la prorogation a eu lieu avant la naissance du différend. C'est pourquoi, en pareil cas, la semi-impérativité de l'art. 34 CPC s'oppose a priori à l'application du for de la reconvention. Cette solution paraît cependant choquante, puisque le travailleur a lui-même choisi d'agir à ce for, alors qu'il avait également à disposition les fors légaux de l'art. 34 CPC. GROSS relève avec raison que le caractère partiellement impératif des fors de droit du travail ne doit pas avoir pour conséquence de protéger la partie faible contre une demande en justice[237]. Par conséquent, dès le moment où le travailleur est allé chercher l'employeur à un certain for, celui-ci doit également être admis comme for de la reconvention[238]. Ce principe se comprend en premier lieu dans un souci d'économie de procédure. Il n'existe en effet aucun intérêt à ce qu'un second procès entre les mêmes parties et matériellement connexe soit pendant à un for différent.

110 Selon l'art. 14 al. 2 CPC, le for de la demande reconventionnelle subsiste à celui de l'action principale même lorsque celle-ci est liquidée, pour quelque raison que ce soit, par exemple suite au retrait de la demande ou à une transaction entre les parties portant sur l'objet des conclusions du demandeur[239]. La disposition s'applique également si le tribunal n'entre pas en matière sur l'action principale, faute pour une condition de recevabilité, telle que la compétence ratione loci, d'être réalisée[240]. Le demandeur n'est ainsi pas admis à contester ce for comme

234 ATF 129 III 230, c. 3, JdT 2003 I 643.

235 BERGER, 233. L'acceptation tacite du travailleur est cependant exclue, cf. supra N 98.

236 BERGER, 232 ; DONZALLAZ (Com-LFors), N 16 ad art. 6 LFors ; GestG-BK-KELLERHALS/GÜNGERICH, N 41 ad art. 6 LFors.

237 GestG-ZK-GROSS, N 37 ad art. 21 LFors.

238 BSK ZPO-KAISER JOB, N 10 ad art. 35 CPC ; GestG-BK-KELLERHALS/GÜNGERICH, N 41 ad art. 6 LFors ; GestG-ZK-MÜLLER, N 29 ad art. 6 LFors ; SUTTER-SOMM/KLINGLER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 7 ad art. 14 CPC.

239 BSK ZPO-RUGGLE, N 29 ad art. 14 CPC ; BÜHLER (in BÜHLER/EDELMANN/KILLER), N 2 ad § 36 ZPO AG ; DONZALLAZ (Com-LFors), N 33 ad art. 6 LFors ; FRANCK/STRÄULI/MESSMER, N 4 ad § 15 ZPO ZH ; Message LFors, 2609.

240 BSK ZPO-RUGGLE, N 29 ad art. 14 CPC ; DONZALLAZ (Com-LFors), N 33 ad art. 6 LFors, qui relève que l'incompétence ratione loci du tribunal saisi de la demande principale peut être soulevée tant par le juge que par le défendeur ; s'il s'agit de

valable vis-à-vis de la prétention reconventionnelle, alors qu'il l'a lui-même choisi pour introduire sa demande[241], peu importe qu'il se soit trompé. Cette solution s'impose pour des motifs d'équité[242]. On peut toutefois regretter le fait qu'elle vide de sa substance le principe d'économie de procédure visé par le regroupement des actions principale et reconventionnelle au même for, lorsque le demandeur est renvoyé à agir au lieu du tribunal compétent[243]. Celui-ci pourrait certes renvoyer la cause au premier tribunal saisi au vu de la connexité des demandes (art. 127 al. 1 CPC) ; la solution vaut cependant uniquement si le second for n'a pas été déterminé sur la base d'une règle impérative ou partiellement impérative[244].

Par exemple, si un employeur agit contre un travailleur à un for prorogé avant la naissance du différend et que l'employé lui oppose des prétentions reconventionnelles tout en réservant la compétence du tribunal saisi, celui-ci doit se déclarer incompétent au regard de la demande principale, vu la violation d'un for partiellement impératif, mais demeure compétent s'agissant de la reconvention formée par l'employé. Dans cette hypothèse, si l'employeur réintroduit sa demande à l'un des fors légaux, le renvoi de la cause fondée sur l'art. 127 CPC ne peut avoir lieu, au vu du caractère partiellement impératif du second for.

5. Le for de la prétention invoquée en compensation

111 Le Code ne traite pas de la question du for de la prétention invoquée en compensation par le défendeur. Selon le Tribunal fédéral, le for de la demande principale vaut également à l'égard de la prétention opposée en compensation, dès lors que celle-ci est un moyen de défense[245] et que « le juge de l'action est le juge de l'exception »[246]. L'application des règles de droit matériel, dont font partie les art. 120 ss CO qui régissent la compensation, doit en effet être garantie[247]. Par conséquent, le tribunal saisi de la demande ne peut éconduire le défendeur de son objection de compensation pour le renvoyer à agir devant un autre tribunal, si ce n'est devant celui du même canton[248]. La question relève

l'employeur, il doit avoir agi reconventionnellement tout en émettant une réserve sur la compétence du tribunal saisi, sans quoi une acceptation tacite pourra lui être opposée ; GestG-ZK-MÜLLER, N 23 ad art. 6 LFors ; Message LFors, 2609.

241 Cf. supra N 109.

242 Message LFors, 2609.

243 DONZALLAZ (Com-LFors), N 33 ad art. 6 LFors ; GestG-ZK-MÜLLER, N 23 ad art. 6 LFors.

244 DONZALLAZ (Com-LFors), N 36 s. ad art. 36 LFors. Le Message CPC indique d'ailleurs expressément avoir repris la règle de l'art. 36 LFors, voir 6916 ad art. 123 à 125 P-CPC.

245 BOHNET/SCHWEIZER, n. 123. La compensation est une objection que peut faire valoir le défendeur sur la base du droit matériel (art. 120 CO), voir ROGNON, 104.

246 ATF 124 III 207, c. 3b/bb, SJ 1998 644 ; 85 II 103, c. 2b. Voir également ATF 63 II 133, c. 3c.

247 ATF 85 II 103, c. 2d.

248 ATF 132 I 134, c. 2.3 ; 85 II 103, c. 2c, qui relève que « les cantons ne sauraient diviser une procédure que dans le cadre de leur juridiction. Lorsqu'une action est du ressort de

alors de la compétence à raison de la matière et ce sont les règles cantonales d'organisation judiciaire qui établiront si le tribunal saisi de la demande principale est également compétent ratione materiae pour juger de la créance compensante, ou si celle-ci doit être tranchée par un tribunal différent[249]. Si un for identique n'était pas admis pour les deux créances principale et reconventionnelle, cela aurait pour conséquence de priver dans certains cas le débiteur de la possibilité de se prévaloir de la compensation, notamment lorsque les montants litigieux ne sont pas très importants et que le for relatif à la créance compensante se trouve dans un autre canton, éloigné de celui où la procédure principale est pendante, voire dans un autre Etat. Les frais entraînés par l'ouverture du second procès pourraient s'avérer si élevés qu'il serait préférable de renoncer à invoquer la créance en compensation.

6. Le for du cumul (objectif ou subjectif) d'actions

a. Le for du cumul subjectif ou de la consorité

aa. Généralités

112 L'art. 15 al. 1 CPC consacre le for du cumul subjectif[250] : le for valable pour l'un des consorts défendeurs l'est aussi pour les autres, sauf lorsqu'il est fondé sur une élection de for. Si cette dernière règle, qui n'était pas prévue à l'art. 7 LFors, s'oppose à la jurisprudence rendue antérieurement dans le domaine[251], elle se comprend aisément dès lors que le défendeur ne saurait se voir imposer un for qu'il n'a pu objectivement prévoir, celui-ci découlant d'une convention entre les parties et non de la loi.

---

leurs autorités, ils doivent mettre à la disposition des plaideurs les juges nécessaires pour connaître de tous les points litigieux qu'elle soulève. Ils ne peuvent confier à un autre canton le jugement d'exceptions qui dépendent d'actions pendantes devant leurs autorités ».

249 WYLER (2008), 625. Voir infra N 127 ss.

250 Sur la notion de consorité, cf. infra N 311 ss.

251 ATF 129 III 80, c. 2.3.3, JdT 2003 I 636 : « Il y a des motifs prépondérants pour que l'attraction de tous les consorts passifs simples devant le tribunal compétent pour l'un des défendeurs puisse aussi se faire dans les cas où cette compétence résulte d'une élection de for : en premier lieu, le texte de l'art. 7 al. 1er LFors ne comporte pas d'exception pour de tels cas. D'autre part, cette solution correspond au but de la loi qui est d'accorder, s'agissant de la compétence, une importance particulière à la connexité, afin d'éviter des décisions contradictoires rendues sur des prétentions connexes et de favoriser une liquidation efficace et économique des litiges ».

ab. En cas de clause d'élection de for exclusive

113 Un problème se pose lorsque le demandeur (un travailleur) entend agir contre deux consorts (deux employeurs ou un employeur et un tiers), mais qu'il est lié avec l'un d'eux par une clause d'élection de for exclusive en faveur d'un lieu différent que l'un des fors légaux applicables vis-à-vis du premier consort[252]. Autrement dit, la clause d'élection de for exclusive l'emporte-t-elle sur le for de la consorité ? La doctrine est divisée à ce sujet. BOHNET, appliquant la jurisprudence du Tribunal fédéral précitée[253] par analogie, estime que la conclusion d'une clause d'élection de for exclusive ne fait pas obstacle à l'application du for de la consorité, même si celle-ci entraîne un for différent[254]. DONZALLAZ est en revanche d'avis que les consorts ne peuvent être attraits que devant le for prorogé de manière exclusive, ce qui fait obstacle à l'application du for de la consorité dans de tels cas[255]. La Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois retient également cette seconde solution[256]. Elle doit être suivie à notre sens, compte tenu de l'art. 15 al. 1 CPC : si le for du cumul subjectif n'est pas applicable lorsqu'il est fondé sur une élection de for conclue entre le demandeur et le premier défendeur, il ne doit pas non plus être applicable lorsqu'il déroge à un for prorogé exclusif. En effet, par la conclusion de cette clause, les parties ont manifesté leur volonté de voir porté le procès devant les juridictions d'un certain lieu à défaut de tout autre, comme un for impératif[257]. Aucune dérogation ne doit par conséquent être possible. La même solution est d'ailleurs retenue par la doctrine et la jurisprudence relatives à la Convention de Lugano, qui considèrent que la clause de prorogation de for au sens de l'art. 17 CL exclut la compétence spéciale fondée sur la connexité de l'art. 6 CL[258].

Par exemple, un employé A travaille à 50% à Neuchâtel au service de B, dont le siège est également à Neuchâtel, et à 50% à Lausanne au service de C, dont le siège est à Nyon ; il est lié avec C par une clause d'élection de for exclusive en faveur des tribunaux genevois ; à l'égard de B, le for à disposition du travailleur est Neuchâtel ; à l'égard de C, Vaud et Genève sont les fors disponibles ; si A entend agir conjointement à l'encontre de ses deux

252 La problématique ne peut pas concerner des consorts défendeurs travailleurs, au vu des fors partiellement impératifs de l'art. 34 CPC applicables à leur égard.

253 Cf. n. 251.

254 BOHNET (2004), 61.

255 DONZALLAZ (Com-LFors), N 15bis ad art. 7 LFors. Du même avis : SCHAAD, 504.

256 Ch. rec. VD du 10.5.2006, JdT 2007 III 107, c. 3d.

257 Ch. rec. VD du 10.5.2006, JdT 2007 III 107, c. 3d : « En passant une clause de prorogation de for exclusive, les parties tendent à exclure un autre for et rendre le for élu impératif ».

258 CJCE du 14.12.1976, affaire 24/76 Estasis Salotti di Colzani Aimo e Gianmario Colzani s.n.c. c/ Rüwa Polstereimaschinen GmbH, c. 7 ; CJCE du 14.12.1976, affaire 25/76 Galeries Segoura SPRL c/ Société Rahim Bonakdarian, c. 6 ; DONZALLAZ (1998), 897 s. N 6439 et 908 N 6469 ; GAUDEMET-TALLON, 266 N 257 : « Le respect de la volonté des parties l'emporte sur les objectifs de concentration des compétences et d'économie de procédure ».

employeurs, il ne peut ouvrir action à Neuchâtel et invoquer le for de la consorité de l'art. 15 CPC, vu le for légal dans le canton de Vaud et l'élection de for exclusive envers les tribunaux genevois applicables vis-à-vis de C.

ac. La consorité active

114 L'art. 15 CPC ne mentionne que le cas des consorts défendeurs. La question se pose par conséquent de l'application du for du cumul subjectif en matière de consorité active également[259]. D'après SCHAAD, cette problématique n'a que peu d'intérêt puisque les consorts actifs agiront dans la plupart des cas au for du domicile ou du siège du défendeur[260]. Dans le domaine des conflits de travail, si deux travailleurs désirent agir conjointement, il s'agit pour eux d'opter pour le for du lieu du siège de leur employeur ou de celui où ils exercent habituellement leur activité professionnelle s'il est le même pour les deux. De même, dans l'hypothèse où plusieurs employeurs d'un même travailleur désirent agir ensemble à son encontre, le for applicable se trouve au lieu du domicile du travailleur ou à celui où l'activité professionnelle est habituellement exercée s'il constitue un for identique vis-à-vis des deux employeurs. Autrement dit, l'application de l'art. 34 CPC n'empêchera jamais qu'un cas de consorité active se réalise, dans la mesure où le for du domicile ou du siège du défendeur peut en tout cas être appliqué. Des problèmes peuvent néanmoins se poser lorsque deux employés qui veulent agir conjointement ont des lieux habituels de travail différents (p. ex., pour l'un, Genève et pour l'autre, Nyon) et que, par hypothèse, le siège de l'entreprise qui les emploie se trouve à un endroit relativement éloigné (p. ex. Zurich). Dans un tel cas, les consorts actifs auront tout intérêt à voir le procès porté devant les tribunaux vaudois ou genevois, et non devant les instances zurichoises. C'est pourquoi il se justifie à notre avis d'appliquer par analogie l'art. 15 al. 1 CPC en matière de consorité active[261], c'est-à-dire que le for applicable vis-à-vis de l'un des consorts actifs vaut également pour le second.

ad. Le respect du caractère semi-impératif de l'art. 34 CPC

115 Lorsqu'une partie entend se prévaloir du for du cumul subjectif de l'art. 15 CPC, elle ne peut le faire que si le caractère partiellement impératif des fors de l'art. 34 CPC est respecté[262]. C'est dire que si des travailleurs se voient actionnés

---

259 Pour des exemples de consorité active en droit du travail, cf. infra N 318. Sur la question de l'application du for de la consorité passive aux cas de consorité active, voir BOHNET (2004), 60 s., DONZALLAZ (Com-LFors), N 23 ad art. 7 LFors et SCHAAD, 491.

260 SCHAAD, 491 et la réf. citée en n. 21.

261 Du même avis : BOHNET (2004), 60 ; GestG-BSK-REETZ, N 18 ad art. 7 LFors. *Contra* : BSK ZPO-RUGGLE, N 29 ad art. 71 CPC.

262 BSK ZPO-KAISER JOB, N 11 ad art. 35 CPC ; DONZALLAZ (Com-LFors), N 15bis ad art. 7 LFors et N 22 ad art. 21 LFors ; GestG-ZK-GROSS, N 40 s. ad art. 21 LFors, GestG-ZK-MÜLLER, N 47 ad art. 7 LFors ; GestG-BK-KELLERHALS/GÜNGERICH, N 24 ad art. 7

en tant que consorts, il faut que le for corresponde vis-à-vis des deux à l'un de ceux posés par l'art. 34 CPC. Si l'on reprend l'exemple précédent (N 114), mais dans l'hypothèse cette fois où l'employeur actionne les deux travailleurs ensemble, et que ceux-ci ont tous deux leur domicile dans le canton de Neuchâtel, la cause ne peut être portée que devant les tribunaux neuchâtelois, vu les lieux habituels de travail différents des deux employés. Si l'employeur décide d'agir devant les instances vaudoises par exemple, la demande doit être déclarée irrecevable[263] à l'égard du consort-défendeur travaillant à Genève. Dans le cas où les deux employés ont leur domicile respectif au même endroit que leur lieu de travail (Genève pour l'un et Nyon pour l'autre), l'action ne pourrait pas être introduite conjointement à leur encontre, vu l'absence de for identique valable à l'égard de chacun d'eux.

b. Le for du cumul objectif d'actions

116 Aux termes de l'art. 15 al. 2 CPC, lorsque plusieurs actions qui présentent un lien de connexité entre elles sont élevées contre le même défendeur, chaque tribunal compétent pour connaître de l'une d'elles est compétent. Il s'agit d'un cumul objectif d'actions[264]. Selon le Tribunal fédéral, il y a connexité lorsque les demandes sont liées par un rapport si étroit qu'il y a un intérêt à les instruire et les juger en une seule fois, le but étant d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées de manière distincte[265]. Notre haute cour considère que cette condition est réalisée dès lors que les prétentions reposent pour l'essentiel sur les mêmes faits ou fondements juridiques. Tel serait par exemple le cas des prétentions se fondant sur un contrat mixte présentant des aspects de droit du travail et du bail.

117 Dans tous les cas, l'art. 15 al. 2 CPC ne peut trouver application et fonder un for au regard des prétentions découlant du contrat de travail que si le caractère partiellement impératif de l'art. 34 CPC est respecté, le for du cumul objectif ne pouvant y déroger[266].

LFors ; SCHENKER (in BAKER & MCKENZIE), N 10 ad art. 9 CPC ; SUTTER-SOMM/KLINGLER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 22 ad art. 15 CPC. *Contra* : BOHNET (2004), 61 ; GestG-BSK-REETZ, N 15 s. ad art. 7 LFors.

263 Cf. infra N 205 et 263.

264 Cf. infra N 444 ss.

265 ATF 129 III 80, c. 2.2, JdT 2003 I 636, SJ 2003 I 288. La connexité s'entend ainsi de la même manière qu'en matière de demande reconventionnelle : GestG-ZK-GROSS, N 41 ad art. 21 LFors, GestG-ZK-MÜLLER, N 33 ad art. 7 LFors ; GestG-BK-KELLERHALS/GÜNGERICH, N 22 ad art. 7 LFors. Cf. supra N 108.

266 BSK ZPO-KAISER JOB, N 12 ad art. 35 CPC ; DONZALLAZ (Com-LFors), N 32 ad art. 7 LFors, N 22 ad art. 21 LFors ; GestG-ZK-MÜLLER, N 47 ad art. 7 LFors ; GestG-BK-KELLERHALS/GÜNGERICH, N 24 ad art. 7 LFors ; SCHENKER (in BAKER & MCKENZIE), N 10 ad art. 9 CPC ; SUTTER-SOMM/KLINGLER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 22 ad art. 15 CPC.

7. Le for de l'appel en cause

118 Aux termes de l'art. 16 CPC, le tribunal compétent pour statuer sur l'action principale l'est également s'agissant de l'appel en cause[267]. L'application de ce for ne vaut cependant que si les fors partiellement impératifs de l'art. 34 CPC ne sont pas violés[268].

Par exemple, après avoir constaté l'état défectueux de ses stocks de marchandises, un employeur agit contre son fournisseur. Par la suite, il décide d'appeler en cause l'un de ses employés, qui pourrait le cas échéant être le responsable de leur mauvais état (art. 321e CO). Si le for de l'action principale ne correspond pas au domicile du travailleur ou à son lieu habituel de travail, il ne peut pas être retenu vis-à-vis de l'appel en cause. L'employeur doit ouvrir une action distincte à l'encontre de son employé, à l'un des fors applicable selon l'art. 34 CPC.

8. Le for des mesures provisionnelles et du mémoire préventif

a. Les mesures provisionnelles ou superprovisionnelles

119 L'art. 13 CPC, de nature impérative, traite du for des mesures provisionnelles et superprovisionnelles[269]. Il s'agit du lieu où l'action principale pourra être introduite ou celui où la mesure doit être exécutée. Lorsque les parties ont valablement conclu une clause de prorogation de for pour le fond du litige[270], celle-ci vaut également pour les mesures provisionnelles[271] ; en revanche, une élection de for conclue uniquement au regard des mesures provisionnelles n'est pas valable, de même qu'une acceptation tacite, vu le caractère impératif de l'art. 13 CPC[272]. Lorsque le demandeur dispose de plusieurs fors alternatifs pour la demande principale, le for des mesures provisionnelles l'est à chacun d'eux

---

267 Sur l'appel en cause, cf. infra N 343 ss.

268 BSK ZPO-FREI, N 5 ad art. 16 CPC ; DONZALLAZ (Com-LFors), N 22 ad art. 21 LFors ; DROESE, 312 et n. 37 ; FREI, 100 ; GestG-ZK-GROSS, N 43 s. ad art. 21 LFors ; GestG-ZK-MÜLLER, N 21 ad art. 8 LFors ; HALDY (2010), 166 N 21 s. ; SALVADÉ, 161 ; SCHENKER (in BAKER & MCKENZIE), N 5 ad art. 16 CPC ; SUTTER-SOMM/KLINGLER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 11 ad art. 16 CPC ; WEY, 63.

269 DONZALLAZ (Com-LFors), N 1 ad art. 33 LFors ; SUTTER-SOMM/KLINGLER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 6 et 15 ad art. 13 CPC ; TREIS (in BAKER & MCKENZIE), N 3 et 15 ad art. 13 CPC.

270 La clause d'élection de for conclue avant la naissance du différend n'est pas applicable à l'égard de l'employé, voir supra N 98 ss.

271 BSK ZPO-BERTI, N 9 ad art. 13 CPC ; DONZALLAZ (Com-LFors), N 4 ad art. 33 LFors ; POUDRET (2001), 44 ; TREIS (in BAKER & MCKENZIE), N 15 ad art. 13 CPC.

272 BSK ZPO-BERTI, N 12 ad art. 13 CPC ; DONZALLAZ (Com-LFors), N 4 et 33 *i.f.* ad art. 33 LFors ; SPÜHLER/VOCK, N 2 ad art. 33 LFors.

aussi longtemps que la demande au fond n'a pas été introduite[273]. Le for du lieu où la mesure doit être exécutée est quant à lui toujours valable, même après l'introduction de la demande principale[274]. Celui-ci correspond par exemple au lieu où se trouve l'objet à saisir[275]. Lorsque les mesures tendent au versement de prestations sous forme d'argent, seules les règles de la LP (art. 38 et 46 ss LP) sont applicables[276].

120 En droit du travail, des mesures provisionnelles peuvent par exemple être requises par l'employeur lorsque, après la fin des rapports de travail, le travailleur manque à son devoir de restitution (art. 339a CO)[277] ou lorsque l'exécution d'une clause de prohibition de concurrence est réclamée (art. 340b al. 3 CO)[278]. Dans ce second cas de figure, le for peut correspondre au lieu du séquestre des machines ou du matériel de l'entreprise concurrente fondée par l'employé[279]. Si le travailleur viole la clause de prohibition de faire concurrence au motif qu'il exerce sa nouvelle activité auprès d'un employeur concurrent, l'exécution de la mesure consiste à forcer l'employé à cesser son activité[280]. Par conséquent, seule une contrainte indirecte peut être exercée à l'encontre du travailleur, notamment par la menace de la peine de l'art. 292 CP[281]. L'exécution de cette menace impliquerait alors l'ouverture d'une procédure supplémentaire. Or le for du lieu où la mesure doit être exécutée présuppose que celle-ci soit applicable par elle-même[282], c'est pourquoi en pareille hypothèse, le for des mesures provisionnelles correspond uniquement au lieu où l'action principale peut être introduite[283].

---

273 BOHNET (RJJ), n. 123 ; BSK ZPO-BERTI, N 9 ad art. 13 CPC ; GestG-BSK-LEUENBERGER, N 24 ad art. 33 LFors ; SUTTER-SOMM/KLINGLER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 19 ad art. 13 CPC ; TREIS (in BAKER & MCKENZIE), N 9 ss ad art. 13 CPC.

274 BOHNET (RJJ), 302 ; BSK ZPO-BERTI, N 11 ad art. 13 CPC ; DONZALLAZ (Com-LFors), N 31 ad art. 33 LFors ; GestG-ZK-DIETRICH, N 62 ad art. 33 LFors ; MEIER (2010), 111 ; SUTTER-SOMM/KLINGLER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 19 ad art. 13 CPC.

275 BSK ZPO-BERTI, N 10 ad art. 13 CPC.

276 Comp. TF du 20.8.2008, 5A_95/2008, c. 3.3, RSPC 2009 120, suivi d'une note de WALTHER.

277 CCass. NE du 24.9.1998, RJN 1998 113 : requête de mesures provisoires urgentes déposée par l'employeur tendant à ce que le travailleur fournisse la clé informatique donnant accès à un logiciel.

278 OGer LU du 8.6.1990, LGVE 1990 I N 16.

279 PIDOUX, 75 s.

280 PIDOUX, 76.

281 PIDOUX, 76 ; SUTTER-SOMM/KLINGLER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 24 ad art. 13 CPC.

282 RUDOLPH, 8 et n. 59, ainsi que les réf. citées. Du même avis, STREIFF/VON KAENEL, N 2b ad art. 343 CO.

283 SUTTER-SOMM/KLINGLER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 24 ad art. 13 CPC.

b. Le mémoire préventif

121 Le mémoire préventif n'est, avec raison, pas mentionné dans la partie du CPC relative aux fors. Quand bien même la doctrine est divisée sur la question du for du mémoire préventif, certains auteurs le faisant correspondre à ceux en matière de mesures provisionnelles de l'art. 13 CPC[284], d'autres à celui du lieu d'exécution de la mesure uniquement[285], il n'y a selon nous pas à proprement parler de for du mémoire préventif : celui-ci n'est pas un acte introductif d'instance, puisqu'il tend uniquement à prévenir une demande de mesures superprovisionnelles et non à provoquer l'ouverture d'un procès[286], de sorte qu'il n'est pas susceptible d'être jugé irrecevable pour défaut de compétence du tribunal[287]. La question du for n'a dès lors pas à être réglée et le défendeur peut – et il lui est même recommandé de le faire – déposer son mémoire préventif au greffe de chaque tribunal devant lequel il craint que des mesures superprovisionnelles soient prises à son encontre[288].

9. Le for de la procédure gracieuse

122 En l'absence de fors spéciaux institués par le Code, le for de la procédure gracieuse[289] est celui du domicile ou du siège du requérant (art. 19 CPC). Il s'agit d'un for impératif[290].

§ 13 La compétence à raison de la matière

1. Généralités

123 Aux termes de l'art. 4 al. 1 CPC, la compétence à raison de la matière est du ressort des cantons. Elle est déterminée en fonction de la valeur litigieuse ou de la nature du litige. Ces deux critères peuvent se cumuler, notamment dans les cantons qui connaissent des tribunaux spécialisés compétents vis-à-vis des

---

284 GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 270 CPC ; HRISTIC, 72 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 393 N 51.

285 DONZALLAZ (Com-LFors), N 11 ad art. 33 LFors ; GÜNGERICH, 137.

286 HESS-BLUMER, 72 s.

287 *Contra* : HESS-BLUMER, 168 s., selon lequel le tribunal doit déclarer le mémoire préventif irrecevable lorsqu'il ne se considère pas compétent à raison du lieu ou de la matière au regard des mesures préprovisionnelles susceptibles d'être introduites.

288 BOHNET (2008), 298 s. et (RJJ), 309 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 393 N 51.

289 Sur la procédure gracieuse, voir infra N 382 s.

290 BSK ZPO-WEBER, N 14 ad art. 19 CPC ; Message CPC, 6880 ad art. 18 P-CPC ; FELLER/BLOCH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 3 ad art. 19 CPC.

causes de droit du travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas un certain montant[291].

2. La nature du litige

124 Certains cantons[292] ont institué des tribunaux spécialisés exclusivement compétents en matière de conflits de travail, c'est-à-dire non admis à traiter d'autres domaines du droit. Des exceptions peuvent cependant être prévues, lorsque le défendeur invoque une prétention reconventionnelle ou une créance en compensation[293]. Une autre exception au principe peut découler de l'application de la théorie de faits de double pertinence[294]. De leur côté, les tribunaux ordinaires ne peuvent pas connaître des litiges de droit du travail lorsque la compétence de la juridiction du travail est exclusive.

3. La valeur litigieuse

125 La plupart des cantons fixent la compétence à raison de la matière de leurs tribunaux – ordinaires ou spécialisés – en fonction de la valeur litigieuse du procès[295]. Ainsi par exemple, les cantons de Bâle-Ville, Vaud et Valais ont fixé la compétence de leurs tribunaux du travail à hauteur de 30'000 francs[296], alors que dans le canton de Berne, la valeur litigieuse limite est de 15'000 francs[297]. Les cantons de Zurich, Fribourg, Argovie, Genève et Jura ont en revanche institué des juridictions spécialisées compétentes en matière de conflits de travail sans égard à la valeur litigieuse[298].

4. La compensation

126 Lorsque des tribunaux du travail ont été institués dans un canton, la question de l'invocation de la compensation par le défendeur peut poser problème si la créance compensante ne ressortit pas au même domaine du droit que la

---

291 Cf. infra N 125.
292 Cf. supra N 43.
293 Voir infra respectivement N 165 et 126 ss ; GALLEY, 176 s.
294 Cf. supra N 22 ss, spéc. 25.
295 La valeur litigieuse se détermine sur la base des art. 91 ss CPC (cf. infra N 150 ss), vu le renvoi de l'art. 4 al. 2 CPC.
296 § 9 al. 2 ch. 4 EG ZPO BS et § 4 al. 1 GOG BS, les parties pouvant toutefois, selon le § 4 al. 2 GOG BS, décider d'un commun accord d'attribuer la compétence au tribunal du travail en cas de valeur litigieuse supérieure également ; art. 2 al. 1 lit. a LJT VD ; art. 29 al. 1 LCT VS.
297 Art. 9 al. 1 LiCPM BE.
298 § 20 al. 1 GOG ZH ; art. 54 LJ FR ; § 8 lit. a EG ZPO AG ; art. 1 LTPH GE ; art. 2 al. 1 LCPH JU.

prétention principale, compte tenu de la compétence exclusive de tels tribunaux[299].

a. Créance principale relevant du contrat de travail et créance compensante relevant d'un autre domaine du droit

127 Le canton de Vaud prévoit expressément que le tribunal de prud'hommes est également compétent pour juger de la prétention invoquée en compensation, quelle que soit la nature de celle-ci[300]. L'attraction de compétence en faveur du tribunal spécialisé pour connaître de la prétention en compensation a pour mérite de respecter les principes de rapidité et d'économie de procédure[301]. Il faut par conséquent admettre que, sauf disposition cantonale contraire, la juridiction du travail est également compétente pour traiter de la prétention invoquée en compensation quand bien même elle ressortirait à un autre domaine du droit[302]. En effet, comme le relève le Tribunal fédéral, « le juge de l'action est le juge de l'exception »[303]. Si, toutefois, une législation cantonale prévoit que le tribunal spécialisé n'est pas compétent pour connaître de la créance compensante qui ne ressortit pas au droit du travail, le juge doit, selon notre haute cour, soit différer sa décision portant sur la créance principale, soit en suspendre l'effet exécutoire à concurrence de la somme opposée en compensation, jusqu'à droit connu sur le bien-fondé de cette prétention[304]. Le for de la demande principale vaut cependant également à l'égard de la créance compensante[305]. Ce sont par conséquent les règles de compétence ratione materiae du même canton qui détermineront quel tribunal est compétent pour connaître de la créance invoquée en compensation, peu importe les règles de for applicables à celle-ci. Le canton de Neuchâtel, lorsqu'il connaissait encore des tribunaux de prud'hommes, retenait à cet égard une solution raisonnable : dans les cas où les règles de fors octroyaient la compétence à l'autorité judiciaire d'un autre canton pour statuer sur la prétention invoquée en compensation, le tribunal des prud'hommes neuchâtelois saisi de la demande principale était également compétent pour juger de l'exception de compensation[306].

---

299 Cf. supra N 124.

300 Art. 4 LJT VD.

301 KARRER, 51 ; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, N 4a ad art. 4 ZPO BE ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (1999), N 3 ad art. 70 ZPO SG ; PITTET, 99 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 63 N 11 ; ZIMMERLI (2003), 90.

302 MEIER (2010), 71. Comp. infra N 455 en matière de prétention reconventionnelle.

303 ATF 124 III 207, c. 3b/bb, SJ 1998 644 ; 85 II 103, c. 2b.

304 TF du 24.11.2008, 4A_429/2008, c. 1, RSPC 2009 117 ; ATF 85 II 103, c. 2c ; 76 II 43, c. 4, s'agissant de la suspension de l'effet exécutoire de la décision rendue sur la demande principale.

305 Cf. supra N 111 et la n. 248.

306 CCass. NE du 27.1.1988, RJN 1988 35, c. 2c.

128 En matière d'*arbitrage*, le législateur fédéral retient une solution pragmatique vis-à-vis de la compensation. L'art. 377 al. 1 CPC prévoit que le tribunal arbitral est compétent s'agissant de la créance compensante même si celle-ci ne tombe pas sous le coup de la convention d'arbitrage[307]. Avant l'entrée en vigueur du Code, l'art. 29 al. 1 CA retenait la solution inverse : lorsque l'une des parties excipait de la compensation en se fondant sur un rapport de droit non compris dans la convention d'arbitrage, l'instance était suspendue et un délai imparti au défendeur pour qu'il fasse valoir ses droits devant la juridiction compétente. Comme le relève le Message CPC, il convenait de modifier cette disposition pour la faire correspondre aux besoins de la pratique[308]. La solution choisie présente l'avantage d'une simplification du procès puisqu'elle évite l'ouverture d'une seconde procédure. Il va d'ailleurs de soi que, par un effet miroir, un tribunal étatique est également compétent pour statuer sur une créance opposée en compensation qui fait l'objet d'une convention d'arbitrage[309].

129 Lorsque les règles cantonales imposent que la créance invoquée en compensation soit traitée dans une procédure séparée, les parties ne devraient pas être pénalisées, au niveau des *coûts*, par rapport à celles qui bénéficient, dans d'autres cantons, de la possibilité de faire valoir la créance compensante dans le cadre de la même procédure, gratuite pour les litiges de droit du travail d'une valeur litigieuse inférieure ou égale à 30'000 francs (art. 114 lit. a et c CPC). Le tribunal compétent pour juger de la créance compensante ne devrait par conséquent pas mettre de frais à la charge des parties[310].

130 En matière de *maxime inquisitoire sociale*, lorsque la prétention principale et celle invoquée en compensation sont traitées dans le cadre de la même procédure, le tribunal doit appliquer cette maxime pour l'une comme pour l'autre prétention, dans un souci d'égalité de traitement[311].

b. Créance principale relevant d'un autre domaine du droit et créance compensante relevant du contrat de travail

131 Lorsque la prétention invoquée en compensation ressortit au contrat de travail alors que la prétention principale porte sur un autre domaine du droit, l'organisation judiciaire cantonale peut prévoir que le tribunal saisi n'est pas

307 La disposition étant toutefois de nature dispositive, rien n'empêche les parties de renoncer à son application lors de la conclusion de la clause déjà, ou ultérieurement, voir KELLERHALS/BERGER, 231.

308 Message CPC, 7007 ad art. 375 P-CPC.

309 Message CPC, 7007 ad art. 375 P-CPC, qui précise renverser par là une jurisprudence ancienne du Tribunal fédéral, voir ATF 63 II 133. Voir également KELLERHALS/BERGER, 225 et n. 83.

310 ZIMMERLI (2003), 95 s. Voir aussi STAEHELIN/SUTTER, § 8 N 4.

311 Dans le même sens, ZIMMERLI (2003), 96 : « […], ansonsten dem bundesrechtlichen Institut der Verrechnung nicht die nötige Beachtung geschenkt würde ».

compétent pour traiter de la créance compensante, celle-ci relevant de la seule compétence de la juridiction du travail. Il faut alors appliquer les mêmes règles que celles exposées ci-dessus[312], le tribunal devant soit différer sa décision portant sur la créance principale, soit en suspendre son effet exécutoire. A défaut de disposition cantonale contraire, il faut néanmoins admettre que le tribunal saisi de la demande principale soit également compétent pour traiter de la créance invoquée en compensation[313], dans un souci de rapidité et d'économie de procédure mais aussi dans le respect du principe « le juge de l'action est le juge de l'exception »[314].

Par exemple, les parties sont liées tant par un contrat de travail que par un contrat de bail ; le bailleur ouvre action à l'encontre de son locataire pour lui réclamer des arriérés de loyers, celui-ci soulevant l'objection de compensation fondée sur des salaires impayés. Sauf disposition cantonale contraire, le tribunal saisi est compétent pour traiter des deux prétentions.

132 La maxime applicable à la procédure principale l'est également vis-à-vis de la prétention invoquée en compensation. Ainsi notamment, lorsque la procédure principale n'est pas soumise à la *maxime inquisitoire sociale*, celle-ci ne s'applique pas non plus à l'égard de la créance compensante[315]. La compensation est uniquement un moyen de défense à disposition du défendeur et non une véritable prétention pouvant mener à condamnation.

312 Cf. supra N 127.

313 MEIER (2010), 71.

314 Comp. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, N 2 ad Vorbem. vor art. 2 ZPO BE ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (1999), N 3 ad art. 70 ZPO SG. Comp. également infra N 455 en matière de prétention reconventionnelle.

315 BK-REHBINDER, N 14 *i.f.* ad art. 343 CO ; KOLLER (1995), 65 ; STREIFF/VON KAENEL, N 6 ad art. 343 CO ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, N 9 ad art. 343 CO ; ZIMMERLI (2003), 96.

Chapitre VI :
La récusation

§ 14 Principe, cas d'application et procédure

1. Le principe

133 La récusation, déduite du droit à un tribunal indépendant et impartial inscrit aux art. 14 Pacte ONU II, 6 CEDH et 29-30 Cst., est traitée dans le CPC aux art. 47 à 51. L'art. 47 al. 1 CPC énumère plusieurs motifs de récusation, dont notamment l'intérêt personnel dans la cause (lit. a) ou un certain lien de parenté (lit. e). La lit. f est la clause générale des motifs de récusation, puisqu'elle s'applique en toute occasion lorsque l'attitude particulière du juge est de nature à créer une apparence de partialité d'un point de vue objectif, peu importe que celui-là soit réellement partial[316]. Dans cette catégorie figurent notamment les rapports d'inimitié marquée ou d'amitié étroite entre un magistrat et la partie ou son mandataire, qui justifient en principe la récusation du premier (art. 47 al. 1 lit. f *i.f.* CPC)[317]. L'art. 47 al. 2 CPC prévoit de son côté une liste de motifs qui ne suffisent pas à eux seuls à admettre la récusation, si des circonstances particulières du cas d'espèce n'amènent pas à douter de la partialité du magistrat. On trouve notamment dans cette liste le refus du juge d'accorder l'assistance judiciaire[318] ou sa participation à la procédure de conciliation[319].

134 Les art. 47 ss CPC visent les magistrats ainsi que les fonctionnaires judiciaires, c'est-à-dire également les *juges représentants des travailleurs ou des employeurs*[320]. Il convient cependant d'être moins exigeant à leur égard lorsque

316 Message CPC, 6887 ad art. 45 P-CPC ; ATF 136 I 207, c. 3.1 ; 134 I 238, c. 2.1, JdT 2009 IV 95 ; 134 I 20, c. 4.2 ; 131 I 113, c. 3.4-3.5, RDAF 2006 I 571 ; 131 I 24, c. 1.1 ; 126 I 168, c. 2a ; 125 I 119, c. 3a.

317 BSK ZPO-WEBER, N 35 s. ad art. 47 CPC. Voir également TF du 9.9.2009, 5A_756/2008, c. 2.1.

318 BSK ZPO-WEBER, N 51 ad art. 47 CPC ; Message CPC, 6887 ad art. 45 P-CPC ; ATF 131 I 113, c. 3.4/3.5, RDAF 2006 I 571.

319 Cf. infra N 143.

320 ATF 115 Ia 224, c. 7b ; TF du 9.9.2009, 5A_756/2008, c. 2.3, RSPC 2010 2 ; TF du 2.7.2001, 1P.314/2001, c. 2d : « l'aptitude des juges laïques à se prononcer sur une cause de manière impartiale et indépendante ne saurait être mise en doute par principe. (…) Ils sont en mesure, comme tout magistrat, de se placer constamment au-dessus des parties et de forger leur propre opinion au sujet de la cause déférée au tribunal ».

le motif de récusation repose sur des questions d'ordre procédural, puisqu'il s'agit de non-juristes[321].

135 Qu'en est-il du *greffier* ? Le Tribunal fédéral considère que si celui-ci a un rôle à jouer dans la formation de la volonté du tribunal, il est aussi visé par les règles sur la récusation[322]. Cette hypothèse est déjà réalisée du seul fait que le greffier ait pour tâche de rédiger le jugement. Il n'est en effet pas exclu qu'il puisse être appelé au cours des audiences et des délibérations à attirer l'attention des juges sur des éléments de fait ou de droit importants pour la décision à prendre[323]. Il a par ailleurs été retenu que l'influence du greffier était d'autant plus grande lorsque le tribunal est composé d'un seul magistrat professionnel et de juges laïques[324], ce qui est notamment le cas des tribunaux du travail[325].

136 L'*expert* est lui aussi concerné par les causes de récusation figurant à l'art. 47 CPC (art. 183 al. 2 CPC). Le principe de la récusation de l'expert découle en revanche uniquement des art. 6 par. 1 CEDH et 29 al. 1 Cst., qui garantissent l'équité du procès, l'expert ne faisant pas partie du tribunal[326].

La nomination d'un expert a lieu par exemple lorsqu'il s'agit de contrôler les livres de comptabilité de l'employeur pour le calcul du droit à la provision du travailleur (art. 322c al. 2 CO) ou de sa participation au résultat (art. 322a al. 2 CO), ou de déterminer l'existence d'une discrimination salariale fondée sur la LEg.

2. Cas d'application

a. La formation du tribunal

137 La question de l'impartialité des tribunaux mixtes, composés d'un magistrat professionnel et de juges assesseurs représentants des milieux considérés, a été

321 C. app. Prud. GE du 11.5.2006, CAPH/86/2006, c. 3.3.2 : « il ne saurait être exigé qu'il ait, lorsqu'il [le juge laïque] a affaire, comme en l'occurrence, à un avocat chevronné rompu – tant en audience que dans ses écritures – aux combat et procédures judiciaires, les mêmes réactions que celles que l'on est en droit d'attendre d'un magistrat professionnel ».

322 ATF 124 I 255, c. 4c, SJ 1999 I 496 ; 119 Ia 81, c. 4a ; 115 Ia 224, c. 7b/aa ; TF du 30.5.2007, 4A_29/2007, c. 4.1, RSPC 2007 344. Voir encore BSK ZPO-WEBER, N 12 ad art. 47 CPC, GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 47 CPC, STAEHELIN/STAEHELIN/ GROLIMUND, 44 N 23 et WULLSCHLEGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 1 ad art. 47 CPC.

323 ATF 115 Ia 224, c. 7b/aa : « La tâche du greffier qui rédige le jugement est de premier ordre. Il lui incombe de mettre en forme les constatations de fait retenues par le tribunal et le raisonnement juridique qu'il a suivi. Il exprime la motivation du jugement sous une forme qui, une fois approuvée, constitue l'opinion des juges, et offre la base de la discussion juridique qui s'engagera dans une procédure de recours éventuelle ».

324 ATF 115 Ia 224, c. 7b/bb.

325 S'agissant de la composition des juridictions spécialisées, cf supra N 44 ss.

326 ATF 125 II 541, c. 4a, RDAF 2000 I 623 ; TF du 6.12.2006, 4P.254/2006, c. 2, RSPC 2007 126 ; TF du 6.4.2006, 4P.22/2006, c. 4.1, RSPC 2006 397.

réglée par le Tribunal fédéral qui a estimé que les tribunaux paritaires, tels les tribunaux de prud'hommes ou ceux des baux à loyer, étaient compatibles avec le principe d'indépendance et d'impartialité pour autant que la composition d'ensemble du tribunal soit équilibrée[327]. Selon notre haute cour, même si l'on peut toujours redouter que le juge issu d'un groupement d'intérêts ne fasse pas preuve de l'impartialité exigée par sa fonction judiciaire, une telle composition présente l'avantage d'associer à la délibération des personnes qui sont spécialisées dans le domaine juridique en question et qui ont une connaissance directe des problèmes pratiques qui se posent.

138 Les membres du tribunal ne perdent pas leur indépendance du seul fait qu'ils ont été désignés par le pouvoir législatif ou exécutif, pour peu qu'ils ne reçoivent pas d'instruction ou d'injonction de l'un d'eux dans l'exercice de leur activité juridictionnelle[328]. Le principe vaut également vis-à-vis des greffiers[329]. Le Tribunal fédéral a en effet considéré qu'il n'y avait de motif de récusation d'un greffier rattaché administrativement à un service de l'Etat que s'il pouvait recevoir des instructions ou injonctions sur les jugements souhaités par l'administration ou s'il pouvait se trouver, d'une manière concevable, devant un conflit de loyauté en raison de son activité pour ce service. Dans le cas d'espèce, dans lequel le greffier était un fonctionnaire du Service social de protection des travailleurs et des relations du travail du canton du Valais, toute apparence de dépendance avait été exclue au motif qu'il n'apparaissait pas que le Conseil d'Etat ou le service administratif en question avait eu de quelconque intérêt à l'issue du litige, ni que le fonctionnaire avait pu être mis sous pression par ses supérieurs hiérarchiques ou qu'il avait pu ressentir un conflit de loyauté à leur égard. En revanche, dans une affaire où le secrétaire d'une commission de recours était également fonctionnaire de l'administration cantonale en cause, soumis à un devoir de fidélité vis-à-vis de celle-ci et pouvant recevoir des instructions de sa part, le Tribunal fédéral a admis un motif de récusation : dès lors que le secrétaire rédigeait le procès-verbal des débats ainsi que la motivation des décisions, sur instruction du président, et que rien n'excluait qu'il participât avec voix consultative aux délibérations, le principe d'indépendance et d'impartialité était violé[330].

---

327 ATF 126 I 235, c. 2b, qui se réfère à la jurisprudence rendue par la Cour européenne des droits de l'homme ; 119 Ia 81, c. 3 ; TF du 10.1.2002, 4P.272/2001, c. 2c ; TF du 26.2.2001, 4P.261/2000, c. 3b/aa, DTA 2001 47.

328 TF du 10.1.2002, 4P.272/2001, c. 2a ; TF du 3.10.2000, 1P.549/2000, c. 4 ; TF du 13.1.2000, 1P.585/1999, c. 4.

329 TF du 10.1.2002, 4P.272/2001, c. 2d.

330 ATF 124 I 255, c. 4a-c, SJ 1999 I 496.

b. Le président et les juges

139 Dans un arrêt portant sur la récusation du président d'un tribunal du travail qui exerçait également la profession d'avocat et qui, dans ce cadre, était régulièrement le représentant d'une organisation syndicale dont le père était en outre le secrétaire général, le Tribunal fédéral a retenu que la neutralité du président revêtait certes une importance primordiale, mais que l'on pouvait attendre d'un magistrat exerçant parallèlement la profession d'avocat de faire la distinction entre ses deux fonctions. Il a de surplus considéré que le fait d'avoir un père syndicaliste ne suffisait pas en soi à mettre un doute sur l'impartialité du magistrat, celui-ci étant présumé faire abstraction de son lien de parenté dans l'exercice de ses fonctions judiciaires. La cour cantonale avait de son côté relevé que le président qui est l'avocat régulier d'un syndicat ne serait jamais amené à traiter un dossier dans lequel une partie est représentée par l'association syndicale en cause. Et le Tribunal fédéral d'ajouter encore qu'en l'espèce, il n'avait pas été établi que l'intéressé donnât systématiquement raison aux travailleurs dans sa fonction de président de tribunal[331]. L'on retiendra en particulier de cet arrêt que le magistrat qui est l'avocat attitré d'une organisation syndicale ou patronale ne peut jamais être saisi d'une affaire où l'une des parties est représentée par l'organisation en cause, sans quoi il devrait être récusé. Avec BOHNET/MARTENET, il faut admettre que le manque d'impartialité existe en réalité déjà du seul fait que le président se voie régulièrement confier des mandats de la part d'une association professionnelle, même si celle-ci n'est pas partie à la procédure en question[332]. Dans tous les cas, un motif de récusation doit être retenu lorsque la partie établit que le président donne systématiquement raison aux travailleurs alors qu'il est lui-même le représentant d'un syndicat, ou, à l'inverse, qu'il tranche toujours en faveur des employeurs alors qu'il est l'avocat régulier d'une association patronale.

140 Le fait que le président ou l'un des juges soit le voisin d'une partie ne permet pas en soi de fonder un motif de récusation, même s'il faut certes admettre que celui-là puisse être témoin ou au courant de faits survenus dans le foyer ou le commerce de la partie en cause et susceptibles d'influer sur la décision à rendre[333]. En effet, le savoir privé du juge ne crée pas de prévention de partialité de sa part[334].

141 Il n'y a pas non plus de motif de douter de l'impartialité du magistrat du seul fait que celui-ci a déjà été amené, dans une procédure antérieure, à trancher une

331 TF du 26.2.2001, 4P.261/2000, c. 3b/bb, DTA 2001 47.
332 BOHNET/MARTENET, 1328 s. N 3389.
333 TPrud. GE du 24.11.1989, JAR 1990 445, c. 2.
334 ATF 114 Ia 153, c. 3b/cc, JdT 1990 I 179.

affaire concernant l'une des parties à la cause, même si la décision avait été rendue en sa défaveur[335].

c. L'expert

142 Dans une affaire en matière d'égalité salariale intentée par des jardinières d'enfants et un syndicat contre la ville de Zurich, l'expert désigné par le tribunal avait été mandaté peu après avoir établi une prise de position pour le même syndicat dans une autre procédure dans laquelle, d'une part, celui-ci était également partie demanderesse et, d'autre part, pratiquement les mêmes questions juridiques se posaient. Le Tribunal fédéral a admis dans un tel cas un motif objectif de présomption de partialité, avec pour conséquence que le rapport d'expertise devait être éliminé du dossier[336].

d. La tentative de conciliation

143 En matière de tentative de conciliation, le fait que le juge aiguille les parties dans un sens pour les amener à trouver une solution transactionnelle et leur donne à cette occasion son point de vue sur les chances de succès de leurs thèses respectives n'a pas pour conséquence de faire douter de son impartialité dans la cause[337], de sorte qu'il ne saurait être récusé pour ce seul motif. En droit du travail, il arrive fréquemment que le magistrat attire l'attention du travailleur qui invoque un licenciement abusif sur le fait que celui-ci n'apparaît pas d'emblée réalisé et qu'il peut être risqué de poursuivre la procédure. De même lorsque l'employeur se prévaut d'un juste motif de licenciement immédiat dont il semble difficile qu'il pourra en apporter la preuve. Le Message CPC précise d'ailleurs que le seul exercice d'autorité de conciliation ne justifie pas la récusation du magistrat qui est également compétent dans la procédure au fond[338]. En revanche, lorsque, au terme de la procédure de conciliation, l'autorité soumet une proposition de jugement (art. 210 lit. a et c CPC), qui prend en compte les dépositions faites par les parties dans le cadre de la procédure de conciliation (art. 205 al. 2 CPC), il y a lieu à récusation dans le cas où la procédure se poursuit devant le même magistrat[339].

335 ATF 114 Ia 278, c. 1, SJ 1989 207.
336 ATF 125 II 541, c. 4c, RDAF 2000 I 623.
337 ATF 119 Ia 81, c. 4b : « Il est normal que le magistrat dont les parties attendent souvent qu'il les aide à rechercher une solution amiable à leur litige émette son point de vue sur les chances de succès des thèses respectives qu'elles soutiennent dans la procédure » ; TF du 25.2.2008, 5A_382/2007, c. 3.2.2.
338 Message CPC, 6887 ad art. 45 P-CPC.
339 BSK ZPO-WEBER, N 52 ad art. 47 CPC ; Message CPC, 6887 ad art. 45 P-CPC.

144 Lorsque, en matière de LEg, l'autorité de conciliation a fonctionné préalablement en tant que « conseil juridique » au sens de l'art. 201 al. 2 CPC[340], la récusation de l'autorité doit être admise si les mêmes membres la composent en phase de conciliation (art. 47 al. 1 lit. b CPC)[341].

e. La conduite du procès

145 Des erreurs de procédure ou d'appréciation du juge ne suffisent pas à fonder objectivement la suspicion de partialité. Seules des erreurs particulièrement lourdes et répétées, considérées comme une violation grave des devoirs du magistrat, entrent en considération[342]. Ainsi, une décision de nature procédurale du juge qui se verrait déplaire à l'une des parties, telle que l'autorisation de la partie adverse de se faire représenter à une audience de conciliation (art. 204 al. 3 CPC), ne suffit pas à fonder une prévention de partialité du magistrat[343]. Dans une affaire où il était reproché au président de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève de n'avoir pas procédé à l'audition d'un témoin, requise par la demanderesse comme absolument indispensable, alors que celui-ci était dans la salle d'attente du tribunal, le Tribunal fédéral a retenu que la demanderesse ne pouvait exiger la récusation du magistrat du seul fait qu'il ne dirigeait pas la procédure comme elle l'aurait fait. Même s'il était certes possible de procéder immédiatement à l'audition du témoin, celui-ci pouvait également être entendu ultérieurement si le tribunal le jugeait utile. Il s'agissait par conséquent d'un choix d'opportunité. Et notre haute cour de préciser que même si l'on trouvait des raisons de critiquer la décision du président, cela n'entraînait pas encore sa récusation[344].

3. La procédure de récusation

146 L'art. 48 CPC prévoit que le magistrat ou le fonctionnaire judiciaire doit se récuser lorsqu'il considère qu'un motif est réalisé. Aux termes de l'art. 49 al. 1 CPC, la partie qui entend se prévaloir d'un motif de récusation doit l'invoquer aussitôt qu'elle en a connaissance, sous peine d'être déchue du droit de s'en prévaloir ultérieurement (expression du principe de la bonne foi, art. 52 CPC)[345].

340 Cf. supra N 54.

341 BSK ZPO-INFANGER, N 8 ad art. 201 CPC. Apparemment plus large : FREY (in BAKER & MCKENZIE), N 7 ad art. 201 CPC.

342 ATF 116 Ia 135, c. 3a ; 114 Ia 153, c. 3b/bb, JdT 1990 I 179 ; TF du 23.11.2006, 4P.235/2006, c. 4.

343 C. app. Prud. GE du 11.5.2006, CAPH/862006, c. 3.2.2.2.

344 TF du 23.11.2006, 4P.235/2006, c. 4.

345 BSK ZPO-WEBER, N 3 ad art. 49 CPC. Avant l'entrée en vigueur du CPC, le TF appliquait également le principe de la péremption du droit d'invoquer un motif de récusation lorsque celui-ci était soulevé tardivement en considérant que l'invocation

Lorsque le motif est découvert en cours d'audience, la récusation doit être requise avant que celle-là ne soit levée[346].

147 Le tribunal statue sur la demande de récusation, sans toutefois que la personne concernée participe à la décision (art. 50 CPC)[347]. Cette règle souffre d'une exception lorsque la demande de récusation relève de procédés dilatoires et dissuasifs[348], par exemple de la partie qui entreprend de récuser systématiquement et sans discernement les magistrats, cherchant ainsi à paralyser le fonctionnement de l'appareil judiciaire[349]. Le juge peut en pareille hypothèse statuer sur sa propre récusation.

148 L'art. 51 CPC traite des conséquences en cas d'inobservation des règles sur la récusation et prévoit notamment que les actes judiciaires auxquels a participé une personne tenue de se récuser sont, sur requête de la partie intéressée, annulés puis renouvelés (al. 1). Les mesures probatoires non renouvelables, telles que l'audition d'un témoin entre-temps décédé, sont en revanche maintenues et leur valeur probante déterminée selon le principe de la libre appréciation des preuves de l'art. 157 CPC (al. 2)[350]. Un motif de récusation découvert après l'entrée en force de la décision constitue un cas de révision au sens de l'art. 328 al. 1 lit. a CPC (al. 3)[351].

tardive contrevenait aux règles de la bonne foi, voir notamment : ATF 136 I 207, c. 3.4 ; 134 I 20, c. 4.3.1 ; 132 II 485, c. 4.3 ; 119 Ia 221, c. 5, JdT 1994 IV 190.

346 BSK ZPO-WEBER, N 3 ad art. 49 CPC ; GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 49 CPC ; Message CPC, 6887 ad art. 47 P-CPC.

347 BSK ZPO-WEBER, N 2 ad art. 50 CPC ; Message CPC, 6888 ad art. 48 P-CPC.

348 TF du 16.1.2003, 1P.9/2003, RSPC 2005 5 ; TF du 21.12.2001, 1P.391/2001, c. 3.1 ; ATF 129 III 445, c. 4.2.2 (récusation de l'arbitre).

349 TF du 23.6.2010, 1B_146/2010, c. 2.1 ; TF du 12.10.2005, 6P.54/2005, c. 3.2 ; TF du 16.1.2003, 1P.9/2003, RSPC 2005 5 ; TF du 21.12.2001, 1P.391/2001, c. 3.1 ; ATF 129 III 445, c. 4.2.2 (récusation de l'arbitre).

350 BSK ZPO-WEBER, N 5 s. ad art. 51 CPC ; GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 51 CPC ; Message CPC, 6888 ad art. 49 P-CPC.

351 Cf. infra N 847.

Chapitre VII :
La valeur litigieuse

149 La valeur litigieuse est une question fondamentale du droit de procédure civile. Elle peut en effet avoir une influence sur le type de procédure applicable[352], les règles régissant les frais[353], la compétence matérielle du tribunal[354], la possibilité pour l'autorité de conciliation de faire une proposition de jugement ou de rendre une décision[355] ou encore la recevabilité d'un appel[356].

§ 15 Le calcul de la valeur litigieuse

1. Le principe

150 La valeur litigieuse est traitée dans le CPC aux art. 91 ss. Aux termes de l'art. 91 al. 1 CPC, elle se détermine en fonction du montant des conclusions, sans égard aux intérêts, aux frais de procédure en cours ou de publication de la décision, ou à la valeur des conclusions subsidiaires[357]. Il faut encore réserver le cas où le défendeur fait valoir des conclusions reconventionnelles[358].

2. Le montant de la demande

151 Le montant des conclusions[359] de la requête de conciliation détermine en principe la valeur litigieuse du procès[360]. Le tribunal doit en effet apprécier la

---

352 Cf. infra N 762 ss.
353 Cf. infra N 488 ss.
354 Cf. supra N 125.
355 Cf. infra N 759.
356 Cf. infra N 827.
357 Notons à cet égard que sous l'empire des codes de procédure civile cantonaux, le Tribunal fédéral avait jugé qu'il n'était pas arbitraire de prendre en compte la valeur litigieuse la plus élevée des conclusions principale et subsidiaire, voir TF du 5.2.2010, 5A_727/2009, c. 4, RSPC 2010 282.
358 Cf. infra N 163 ss.
359 Les conclusions se définissent comme « le ou les rapports de droit sur lesquels le juge est requis de statuer », voir POUDRET (1990), N 3.1 ad art. 36 OJ.
360 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 137 : « la désignation des parties, l'objet du litige et les conclusions doivent évidemment être identiques » entre la requête de conciliation et la demande déposée au tribunal, ainsi que LÜSCHER/HOFMANN (2010), 261. Plus catégorique : BSK ZPO-RÜEGG, N 7 ad art. 91 CPC, qui retient dans tous les cas comme déterminante la valeur litigieuse au moment de l'introduction de la demande au fond.

valeur de l'objet du litige à la date d'introduction de l'instance[361], c'est-à-dire au jour du dépôt de la requête de conciliation, cas échéant de la demande ou de la requête en justice (cas des art. 198-199 CPC[362]), qui fixe la litispendance (art. 62 CPC). Peu importe qu'intervienne par la suite le retrait d'une conclusion, une transaction ou un acquiescement[363]. Selon le Tribunal fédéral toutefois, lorsque le défendeur reconnaît lors de l'audience de conciliation être le débiteur d'une partie des prétentions réclamées, la valeur litigieuse à retenir est celle après déduction du montant reconnu : la reconnaissance aurait pu intervenir plus tôt et le montant des conclusions initiales s'en serait trouvé réduit[364]. Par conséquent, lorsque le défendeur *acquiesce* sur certaines prétentions *en procédure de conciliation*, la valeur litigieuse du procès s'en trouve modifiée[365]. Un acquiescement ultérieur n'a en revanche aucun effet sur cette valeur. Le Code prévoit également que la demande puisse être restreinte en tout état de cause, sans modification de la compétence matérielle du tribunal (art. 227 al. 3 CPC). A notre avis, si la diminution des conclusions a lieu *avant le dépôt de la demande au fond*, la compétence doit être déterminée en fonction des conclusions diminuées, de même que le type de procédure applicable et les règles régissant les frais[366].

152 Lorsque les prétentions du demandeur s'élèvent à plus de 30'000 francs, celui-ci a toujours la possibilité de les *réduire*, s'il veut que le litige soit soumis à la procédure simplifiée et gratuite, ainsi qu'à la maxime inquisitoire sociale, mais aussi, dans les cantons qui connaissent des juridictions du travail compétentes à hauteur d'une certaine valeur litigieuse, que le procès soit porté devant celles-ci[367]. Rien ne l'empêche de réclamer le solde de sa créance ultérieurement, en tout cas aussi longtemps qu'il ne déclare pas expressément renoncer à celui-ci, par une remise de dette au sens de l'art. 115 CO. Le demandeur qui diminue la somme totale réclamée doit prendre en considération le fait que d'éventuelles prétentions invoquées en compensation par le défendeur seront calculées sur la base du montant réduit et non sur l'ensemble de la créance[368]. Il doit également

---

361 BOHNET (RDS), 242 ; GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 91 CPC ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 149 N 15 ; STEIN-WIGGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 12 ad art. 91 CPC ; comp. art. 64 al. 1 lit. b CPC qui pose le principe de la *perpetuatio fori*, cf. supra N 81.

362 Cf. infra N 750 ss.

363 ATF 115 II 30, c. 5b, JdT 1989 I 601 (rés.) ; 100 II 358, c. a, JdT 1975 I 621 ; TF du 27.10.2006, 4C.247/2006, c. 4. Voir également GULDENER (1979), 112 et TAPPY (2001), 361.

364 ATF 115 II 30, c. 5b, JdT 1989 I 601 (rés.).

365 BSK ZPO-RÜEGG, N 7 ad art. 91 CPC.

366 STEIN-WIGGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 12 ad art. 91 CPC ; comp. BOHNET (RDS), 266. Cf. également infra N 495 (frais) et 810 (type de procédure applicable).

367 CCass. NE du 18.6.2001, RJN 2001 143, c. 2a ; KGer SG du 4.7.1995, JAR 1996 346, c. 1 ; TAPPY (2001), 362.

368 *Contra* : CCass. NE du 18.6.2001, RJN 2001 143, dans lequel le montant total a été pris en compte afin de soustraire la part invoquée en compensation.

indiquer la somme exacte qu'il entend réclamer vis-à-vis de chacun des postes invoqués[369].

Par exemple, le travailleur a une créance salariale envers son employeur de 40'000 francs. Afin d'être soumis à la procédure simplifiée, à la gratuité du procès et à la maxime inquisitoire sociale, et, le cas échéant, de pouvoir saisir le tribunal du travail, il ne réclame en justice que 30'000 francs. L'employeur lui oppose une créance compensante à raison de 12'000 francs. Si le tribunal considère que les prétentions respectives sont dues, il doit condamner l'employeur au versement de 18'000 francs (30'000 – 12'000), et non de 28'000 francs (40'000 – 12'000).

153 Si les prétentions du demandeur ne sont pas toutes des prétentions en argent, mais néanmoins de nature patrimoniale, par exemple la délivrance d'un certificat de travail, le tribunal qui alloue une telle prétention doit inclure dans son calcul la valeur en argent qu'elle représente et la prendre en compte dans le montant maximum de 30'000 francs qu'il peut allouer au demandeur.

Ainsi par exemple, le travailleur prétend au paiement d'une indemnité pour licenciement abusif à hauteur de 32'000.-, du solde de son droit aux vacances à raison de 4'000 francs ainsi qu'à la délivrance d'un certificat de travail, et déclare limiter le montant de ses conclusions à hauteur de 30'000 francs. Si, par hypothèse, le tribunal retient que l'indemnité pour licenciement abusif est due à concurrence de 26'000 francs et que le versement du solde du droit aux vacances équivaut à 3'500 francs, soit une créance totale de 29'500 francs, mais qu'il entend également donner suite à la prétention en délivrance d'un certificat de travail, il doit soustraire la valeur en argent correspondant à celle-ci du montant total de 30'000 francs. Dans l'hypothèse où la prétention a été évaluée par le demandeur à un mois de salaire et que celui-ci s'élève à 6'000 francs, le tribunal pourra allouer un montant total de 24'000 francs aux titres d'indemnité pour licenciement abusif et de droit aux vacances non prises, ainsi qu'ordonner la délivrance d'un certificat de travail.

154 Lorsque le demandeur indique limiter ses conclusions à 30'000 francs mais réserver ses droits pour le surplus, il s'agit d'une action partielle qui doit être admise sous réserve d'abus de droit du demandeur[370].

155 Quand bien même le demandeur limite ses prétentions pour rester dans la compétence d'un tribunal du travail et être soumis à la procédure simplifiée et gratuite, il a toujours la possibilité d'*augmenter* ses conclusions en cours de procédure et de renoncer à voir sa cause jugée par le tribunal spécialisé, pour peu que les conditions des art. 227 ou 230 CPC soient réalisées[371], notamment que le même type de procédure demeure applicable.

Si les prétentions du demandeur se montent à 30'000 francs, il ne peut plus prétendre par la suite à l'établissement d'un certificat de travail, la valeur litigieuse du procès se voyant augmentée[372] et la procédure applicable modifiée.

---

369 Cf. infra N 157.

370 Cf. infra N 407 ss.

371 Sur la question de la modification de la demande, cf. infra N 800 ss.

372 La prétention en délivrance d'un certificat de travail a en effet une valeur en argent, cf. infra N 169 ss.

3. L'obligation de chiffrer ses prétentions

156 Lorsque l'action est de nature pécuniaire, le demandeur doit toujours chiffrer ses prétentions. Il peut le faire d'une manière plus ou moins précise, en fonction des informations dont il dispose pour évaluer le montant litigieux. Dans tous les cas, il doit indiquer une *valeur litigieuse minimale* (art. 85 al. 1 CPC)[373], afin que le tribunal puisse déterminer sa compétence à raison de la matière[374], le type de procédure applicable ou le montant de l'avance de frais. Peu importe s'il s'avère par la suite que la valeur litigieuse dépasse sa compétence (art. 85 al. 2 *i.f.* CPC), ceci dans un souci d'économie de procédure, à plus forte raison lorsque les preuves ont déjà été administrées[375].

Par exemple, si le travailleur conclut à ce que son employeur soit condamné à lui verser « une somme à déterminer par le tribunal, d'un montant inférieur à 30'000 francs plus intérêts », à titre d'indemnité pour résiliation abusive, le tribunal doit déclarer la demande irrecevable faute de conclusions suffisamment chiffrées, puisqu'il s'agit d'un montant maximal et non minimal[376].

157 Le demandeur qui invoque le paiement de plusieurs prétentions doit individualiser chaque poste réclamé, ce également lorsqu'il déclare limiter le montant total réclamé à hauteur d'une certaine somme[377], afin de permettre au juge d'examiner chacun d'eux séparément et de ne pas statuer *ultra petita* sur l'un d'eux[378]. La partie défenderesse doit également pouvoir se défendre en toute connaissance de cause[379]. De même, il convient d'éviter que les montants de certains postes soient amplifiés en procédure d'appel pour remplacer ceux qui ont été rejetés en première instance et que la partie renonce à faire valoir[380]. L'individualisation des montants peut ressortir des allégués de la demande ou des conclusions de celle-ci[381]. Si elle ressort des motifs déjà, les conclusions peuvent porter sur le montant total réclamé, comprenant l'ensemble des postes.

Par exemple, le travailleur réclame 15'000 francs à titre d'indemnité pour licenciement abusif, 12'000 francs à titre d'heures supplémentaires et 5'000 francs à titre de vacances non prises. Comme le montant total de ses conclusions, de 32'000 francs, dépasse la valeur litigieuse de 30'000 francs, il déclare les limiter à cette hauteur. Le travailleur doit alors préciser quelle somme est réclamée vis-à-vis de chacun des postes. Ainsi, il peut par exemple déclarer qu'il renonce au paiement de 2'000 francs liés à ses heures supplémentaires.

---

373 Cf. infra N 392 ss.
374 Message CPC, 6900 ad art. 83 P-CPC.
375 Message CPC, 6900 ad art. 83 P-CPC ; voir également Classement des réponses, 224 ss ad art. 75 A-P CPC, les avis des cantons suivants : AR, BE, SH et TG.
376 ATF 131 III 243, c. 5, JdT 2006 I 320.
377 Cf. supra N 152.
378 C. app. Prud. GE du 12.12.2007, JAR 2008 418, c. 2.13 ; CCass. NE du 30.6.1980, RJN 7 I 392.
379 GULDENER (1979), 193 ; C. app. Prud. GE du 12.12.2007, JAR 2008 418, c. 2.13.
380 C. app. Prud. GE du 12.12.2007, JAR 2008 418, c. 2.13 et 2.14.
381 Comp. CCass. NE du 14.12.1970, RJN 5 I 84, c. 4.

158 Lorsque le demandeur omet d'indiquer la valeur litigieuse du procès – ou une valeur litigieuse minimale dans les cas d'action en paiement non chiffrée –, ou qu'il n'individualise pas les montants réclamés, l'acte est incomplet et le tribunal doit l'interpeller sur ce point (art. 56 CPC) et l'inviter à déterminer le montant (minimum) réclamé[382] ou le montant correspondant à chacun des postes. En effet, tant les conclusions, l'objet du litige que la valeur litigieuse sont des éléments que doit obligatoirement contenir la demande en justice (art. 221 al. 1 lit. b, c et d et art. 244 al. 1 lit. b, c et d CPC), sans quoi une condition de recevabilité fait défaut[383].

4. Valeur brute ou nette des prétentions salariales ?

159 Lorsque ce sont des *prétentions salariales* qui sont réclamées, la valeur litigieuse se détermine en fonction du montant *brut* (allocations familiales comprises[384]) et non net, c'est-à-dire sans déduction de la part due par l'employé aux assurances sociales légales et conventionnelles[385]. En cas de doute, le juge doit interpeller la partie sur ce point (art. 56 CPC) pour l'amener à préciser si les prétentions ont été calculées en brut ou en net[386]. Si le calcul a été effectué en valeur nette, le juge doit fixer un délai au demandeur pour indiquer le montant brut réclamé (art. 56 et 132 al. 1 CPC). Cette précision a notamment de l'importance lorsque les prétentions émises en montant net sont proches de 30'000 francs, puisque cette valeur détermine l'applicabilité des règles spéciales de procédure (gratuité, procédure simplifiée, maxime inquisitoire sociale ou compétence matérielle le cas échéant).

160 Même si le juge omet d'attirer l'attention du demandeur sur le fait que ses prétentions salariales doivent être calculées en montant brut, il doit rendre son

---

382 BOHNET (RDS), 276. Dans le même sens mais sous l'ancien droit, LEUENBERGER (2007), 168. Voir également C. app. Prud. GE du 12.12.2007, JAR 2008 418, c. 2.9.

383 Cf. infra N 242 ss, notamment N 244 lorsque la partie ne donne pas suite à l'interpellation du tribunal.

384 OGer ZH du 29.6.2005, JAR 2008 520, c. 3.1.2-3.1.3.

385 OGer ZH du 29.6.2005, JAR 2008 520, c. 3.1.1 ; KGer SG, 22.9.2003, JAR 2004 535 ; AGer ZH du 11.9.2001, ZR 101 (2002) 242 N 78 ; OGer UR du 7.9.2000, RBUR 2000 N 2 ; KGer SG du 4.7.1995, JAR 1996 346, c. 1, qui précise que lorsque le demandeur limite ses prétentions à 20'000 francs pour pouvoir procéder devant la juridiction du travail, il s'agit d'un montant brut ; OGer TG, 14.3.1989, JAR 1991 132 : « Es ist prozessual nicht möglich, die Zusprechung des Nettobetrags mit der Verpflichtung an den Arbeitgeber zu verbinden, die Sozialversicherungsprämien abzuliefern, da alsdann im Urteil eine Leistung zugunsten Dritter festgelegt wird, was prozessual nicht angeht ». En doctrine, voir : BSK ZPO-RÜEGG, N 4 ad art. 91 CPC ; KOLLER (1995), 107 N 4 ; STREIFF/VON KAENEL, N 6 ad art. 343 CO ; TAPPY (2001), 360.

386 BERSIER (1982), 302 N 5.

jugement en se fondant sur une valeur brute[387]. Autrement dit, si les prétentions du demandeur sont fondées, celui-ci se verra attribuer une somme inférieure à celle à laquelle il aurait pu prétendre si ses conclusions avaient été libellées correctement, le juge ne pouvant statuer *ultra petita* (art. 58 al. 1 CPC).

Par exemple, le travailleur réclame 10'000 francs à titre de salaire, sans préciser s'il s'agit d'une valeur brute ou nette ; dans sa décision, le tribunal doit considérer les 10'000 francs comme un montant brut et ne peut pas allouer plus que ce montant, même si l'employé entendait en réalité réclamer 10'000 francs net, c'est-à-dire toucher effectivement cette somme, sans déduction des charges sociales légales et conventionnelles.

161 Lorsque la prétention vise au paiement d'une *indemnité pour licenciement abusif* (art. 336a CO) ou *immédiat injustifié* (art. 337c al. 3 CO)[388], elle se détermine en montant *net*, étant donné que ces indemnités ne sont pas de nature salariale et ne donnent pas lieu à la perception de cotisations sociales[389].

5. Le cumul objectif ou subjectif d'actions

162 Lorsque le demandeur réclame plusieurs prétentions (cumul objectif), la valeur litigieuse se détermine après addition des différentes conclusions à moins qu'elles ne s'excluent (art. 93 al. 1 CPC)[390]. En cas de consorité simple (cumul subjectif), les valeurs litigieuses des diverses conclusions sont additionnées (art. 93 al. 1 CPC) sauf vis-à-vis du type de procédure applicable, qui est fixé d'après la valeur litigieuse des conclusions de chacun des consorts (art. 93 al. 2 CPC)[391].

6. Les conclusions reconventionnelles

163 Aux termes de l'art. 94 al. 1 CPC, si le défendeur oppose une prétention reconventionnelle à la prétention principale, la valeur litigieuse est celle des deux prétentions *la plus élevée* ; toutefois, lorsque les prétentions principale et reconventionnelle ne s'excluent pas, les valeurs litigieuses doivent être

387 TAPPY (2001), 360. Sur la question de la valeur brute ou nette qui doit figurer dans le dispositif de la décision, voir infra N 822.

388 Selon le TF, ces deux indemnités sont de même nature et visent les mêmes buts, voir ATF 135 III 405, c. 3.1, 123 V 5, c. 2a et 123 III 391, c. 3a.

389 ATF 123 V 5, c. 4 ; TF du 6.7.2005, 4C.155/2005, c. 5.2.1, JAR 2006 282.

390 BSK ZPO-RÜEGG, N 5 ad art. 93 CPC ; SCHLEIFFER MARAIS (in BAKER & MCKENZIE), N 7 et 9 s. ad art. 93 CPC ; STEIN-WIGGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 12 ad art. 93 CPC. Cf. infra N 444 ss.

391 BSK ZPO-RÜEGG, N 1 et 3 ad art. 93 CPC ; SCHLEIFFER MARAIS (in BAKER & MCKENZIE), N 10 ad art. 93 CPC ; STEIN-WIGGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 13 ad art. 93 CPC. Cf. infra N 315 ss.

additionnées s'agissant du calcul des frais (art. 94 al. 2 CPC)[392]. Il faut dans tous les cas réserver la condition posée à l'art. 224 al. 1 CPC, soit celle que le même type de procédure soit applicable vis-à-vis des deux prétentions[393]. En cas de retrait de la demande principale, la valeur litigieuse déterminée en fonction de celle-ci est maintenue, peu importe que le montant des conclusions reconventionnelles eût donné la compétence à un autre tribunal[394].

Par exemple, si le travailleur réclame 12'000 francs à titre de salaire alors que l'employeur invoque la restitution du véhicule de l'entreprise, pour une valeur litigieuse de 16'000 francs, ce second montant, puisqu'il est plus élevé, constitue la valeur litigieuse de l'affaire ; vis-à-vis de la fixation des frais toutefois, c'est la somme de 28'000 francs qui devra être prise en compte (addition des deux valeurs litigieuses, puisque les prétentions ne s'excluent pas). En revanche, si l'employeur prétend à la restitution du véhicule alors que l'employé réclame de son côté que les papiers de ce même véhicule lui soient remis, les deux prétentions s'excluent de sorte que la valeur litigieuse la plus élevée sera également prise en compte pour le calcul des frais.

164 Selon l'art. 224 al. 2 CPC, lorsque la valeur litigieuse de la demande reconventionnelle dépasse la *compétence matérielle* du tribunal, les deux demandes sont transmises au tribunal compétent. Par conséquent, le tribunal compétent ratione materiae pour la valeur la plus élevée (art. 94 al. 1 CPC) doit statuer sur les deux prétentions[395]. Lorsqu'une juridiction spécialisée est compétente à hauteur d'une valeur litigieuse maximale de 30'000 francs, cette règle n'a en réalité aucune portée puisque la demande reconventionnelle n'est recevable que si elle est soumise au même type de procédure que la demande principale (art. 224 al. 1 CPC) et que celui-ci se détermine également en fonction d'une valeur litigieuse de 30'000 francs (art. 243 al. 1 et 219 CPC).

165 Dans les cantons qui connaissent des tribunaux du travail, *exclusivement compétents* en la matière, les lois d'organisation judiciaire peuvent empêcher qu'une conclusion reconventionnelle portant sur un autre domaine du droit soit invoquée et renvoyer le défendeur à agir devant le tribunal matériellement compétent vis-à-vis de sa prétention. En revanche, à défaut de disposition spéciale, la demande reconventionnelle doit être admise[396].

---

392 BSK ZPO-RÜEGG, N 1 et 3 ad art. 94 CPC ; GASSER/RICKLI, N 1 s. ad art. 94 CPC ; MEIER (2010), 226 ; Message CPC, 6904 ad art. 92 P-CPC ; STEIN-WIGGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 1, 4 et 10 ss ad art. 94 CPC.

393 Cf. infra N 450.

394 Message CPC, 6947 ad art. 221 P-CPC : « Elle [la demande reconventionnelle] subsiste, même en cas de retrait de la demande principale ou en cas de non entrée en matière sur cette dernière ». De même en est-il dans l'hypothèse où la prétention reconventionnelle aurait donné la compétence à un for différent (art. 14 al. 2 CPC), cf. supra N 110.

395 BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 5 ad art. 224 CPC ; MEIER (2010), 72.

396 Cf. infra N 455.

§ 16 Les conclusions ne visant pas au versement d'une somme d'argent

1. Le principe

166 Lorsque les conclusions de la demande ne visent pas au paiement d'une somme d'argent, la valeur litigieuse est plus délicate à déterminer, mais néanmoins essentielle pour permettre de fixer la compétence du tribunal ratione materiae ainsi que les règles de procédure applicables. La question a également de l'intérêt lorsque le demandeur limite ses conclusions à 30'000 francs et que le tribunal lui alloue l'ensemble de ses prétentions, alors que l'une d'entre elles au moins ne tend pas au paiement d'une somme d'argent[397].

167 Aux termes de l'art. 91 al. 2 CPC, lorsque la prétention ne tend pas au versement d'une somme d'argent, il appartient au tribunal d'apprécier lui-même la valeur litigieuse si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur ce point ou si la valeur qu'elles avancent est manifestement erronée[398]. La valeur de l'objet du litige correspond à celle au jour du dépôt de la requête de conciliation, cas échéant de la demande ou de la requête en justice (cas des art. 198-199 CPC), c'est-à-dire au moment de la litispendance (art. 62 CPC)[399]. Dans tous les cas, les parties doivent apporter les éléments suffisants pour permettre au tribunal d'estimer la valeur litigieuse[400].

168 Si l'intérêt de chaque partie au procès n'est pas le même, c'est la valeur la plus élevée que le tribunal doit retenir[401].

Par exemple, lorsque la prétention porte sur la délivrance d'un certificat de travail, celui-ci représente un intérêt prépondérant pour l'employé, notamment dans le cadre de ses recherches d'un nouveau poste, alors que du côté de l'employeur, il s'agit uniquement de rédiger une lettre. Par conséquent, c'est en principe la valeur que le certificat de travail procure au travailleur qui doit être prise en compte. En revanche, si la contestation porte sur le contenu du certificat de travail, l'intérêt de l'employé n'est pas nécessairement plus élevé que celui de l'employeur, compte tenu du risque que celui-ci encourt en cas de rédaction d'un certificat qui ne reflète pas la réalité.

---

397 Cf. supra N 153.

398 Le même principe est posé à l'art. 51 al. 2 LTF. Voir notamment l'arrêt TF du 17.12.2007, 1C_195/2007, c. 3, en matière de prétention en délivrance d'un certificat de travail.

399 Cf. supra N 151.

400 Comp. TF du 26.3.2010, 5A_729/2009, c. 1.1.1, RSPC 2010 297 (non publié à l'ATF 136 III 174) ; TF du 17.11.2009, 5A_265/2009, c. 1.1.1, RSPC 2010 188.

401 Message CPC, 6903 ad art. 89 P-CPC ; TF du 9.7.2004, 5C.125/2004, c. 1.5 ; ATF 133 III 368, c. 1.3.2, en matière d'annulation des décisions de l'assemblée générale ; 109 II 491, c. 1c/cc, et plus récemment ATF 136 III 60, c. 1.1.1, ainsi que TF du 2.9.2004, 5C.145/2004, c. 1.4, en matière de servitudes ; DONZALLAZ (Com-LTF), N 1391 ad art. 51 LTF.

2. Cas d'application

a. La prétention en délivrance d'un certificat de travail

169 Lorsque le travailleur réclame la délivrance d'un certificat de travail (art. 330a CO), se pose la question de la valeur en argent qu'il convient d'attribuer à cette prétention, pour pouvoir déterminer la valeur litigieuse du procès. D'après le Tribunal fédéral en effet, la conclusion tendant à l'établissement d'un certificat de travail constitue une contestation de nature pécuniaire, puisque le droit à ce certificat a été institué en première ligne afin de faciliter à l'employé son existence économique[402].

170 La question de la valeur litigieuse à accorder au certificat de travail a de l'importance lorsqu'il s'agit de déterminer si un appel devant l'instance cantonale supérieure ou un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral est ouvert[403], mais aussi, dans les situations où le travailleur fait valoir plusieurs prétentions dont le total est proche de 30'000 francs, si la procédure simplifiée et gratuite est applicable ainsi que, le cas échéant, si le tribunal spécialisé est compétent.

Lorsque le travailleur conclut à une indemnité pour licenciement abusif de 25'000 francs et à la délivrance d'un certificat de travail, la valeur qu'il convient d'accorder à cette seconde prétention est déterminante, puisque, si elle dépasse 5'000 francs, la cause n'est pas soumise à la procédure simplifiée (art. 243 CPC) et n'est pas gratuite (art. 113 al. 2 lit. d et 114 al. 2 lit. c CPC).

aa. En jurisprudence

171 Le Tribunal fédéral n'a jamais tranché de manière précise la question de la valeur en argent à octroyer à la prétention en délivrance d'un certificat de travail. Il s'est d'abord contenté de retenir que la valeur à lui accorder n'était en tout cas pas supérieure au montant de la valeur litigieuse minimale relative à la recevabilité du recours en réforme de l'art. 46 OJ[404]. Ce montant a été adapté par

---

402 ATF 116 II 379, c. 2b, JdT 1990 I 584 ; 74 II 43, JdT 1948 I 340 : « Celui qui peut établir son activité par une série ininterrompue de certificats trouve en règle générale plus facilement qu'un autre un nouvel emploi » ; TF du 17.12.2007, 1C_195/2007, c. 2. Voir aussi VETSCH, 314 : « Das Zeugnis verhilft seinem Inhaber dazu, eine bestimmte Anstellung zu erhalten. Zuzugeben ist, dass das Zeugnis für den Arbeitnehmer auch noch einen ideellen Wert darstellt. Dieser tritt aber neben dem materiellen in den Hintergrund ».

403 Au niveau cantonal, l'appel n'est recevable que lorsque la valeur litigieuse atteint au minimum 10'000 francs (art. 308 al. 2 CPC, cf. infra N 827), alors que devant le Tribunal fédéral, une valeur litigieuse minimum de 15'000 francs est exigée pour la recevabilité du recours en matière civile dans les affaires de droit du travail (art. 74 al. 1 lit. a LTF, cf. infra N 859).

404 ATF 116 II 379, c. 2b, JdT 1990 I 584 ; 74 II 43, JdT 1948 I 340.

le législateur en fonction du renchérissement[405] et correspond à l'heure actuelle à celui de 30'000 francs (art. 74 al. 1 lit. b LTF)[406]. Ce même montant était d'ailleurs aussi fixé à l'art. 343 CO vis-à-vis de l'application des règles spéciales de procédure prévues en matière de droit du travail et constituait également, pour REHBINDER, le montant limite à ne pas dépasser pour le calcul de la valeur litigieuse du certificat de travail[407]. Le Tribunal fédéral est encore d'avis que la valeur litigieuse de la prétention en délivrance du certificat de travail ne peut pas être fixée dans l'absolu en fonction d'un nombre déterminé de salaires mensuels, l'importance que revêt le certificat de travail pour l'employé, en d'autre termes l'entrave que celui-ci subit dans son avenir professionnel, devant être pris en considération ; peuvent être pertinents à cet égard la profession, la fonction du salarié, la durée des rapports de travail, le niveau de salaire ainsi que la situation du marché de l'emploi[408].

172 De leur côté, la doctrine et la jurisprudence cantonale ont développé des solutions variées. L'Arbeitsgericht de Zurich a ainsi jugé que, pour un cadre au service de son employeur pendant huit ans, qui s'était fait licencier avec effet immédiat et qui était lié par une clause de prohibition de faire concurrence, la valeur litigieuse de sa prétention en délivrance d'un certificat de travail consistait en l'équivalent de *trois mois de salaire*[409]. Dans une affaire où les relations de travail entre les parties n'avaient duré qu'une année, il a estimé la valeur litigieuse à *un mois de salaire* du travailleur[410]. De manière générale, l'Obergericht du canton de Zurich considère que la valeur litigieuse du certificat de travail correspond à *un mois de salaire* de l'employé[411]. La même solution s'applique dans les cantons de Thurgovie[412], Bâle-Campagne[413], Bâle-Ville[414] et

405 Voir l'intervention de GLASSON, BO CN 2004 1598 ad art. 70 LTF. Cf. également Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000, 4028.

406 C'est en effet ce montant qui correspond à celui prévalant sous l'empire de l'OJ, et non celui de 15'000 francs prévu actuellement à la lit. a de l'art. 74 LTF, pour les affaires de droit du travail et du bail à loyer.

407 Cf. infra N 176 et la n. 426.

408 TF du 31.8.2010, 8C_151/2010, c. 2.5 et 2.7-2.8 : en l'espèce, alors que l'employée – qui travaillait dans le secteur public – réclamait la rectification de son certificat de travail intermédiaire, le Tribunal fédéral a considéré que la valeur litigieuse de fr. 15'000.- n'était pas atteinte, la travailleuse n'ayant pas démontré qu'elle serait entravée dans son avenir professionnel, étant du reste toujours au service du même employeur.

409 Arrêt cité par BERNOLD, 87.

410 Arrêt cité par BERNOLD, 87.

411 OGer ZH du 29.6.2005, JAR 2008 520, c. 3.1.3, qui prend en compte le salaire net et non brut du travailleur ; OGer ZH du 12.2.1989, JAR 1990 219.

412 Rekurskommission TG du 7.2.1994, RBOG 1994 97 N 7, Assistalex 1994 N 3295.

413 KGer BL du 22.7.2003, disponible sur www.baselland.ch.

414 AppGer BS du 11.3.1999, BJM 2001 77.

Argovie[415]. Dans un arrêt plus récent, l'Obergericht argovien a néanmoins considéré que la valeur litigieuse de la prétention en délivrance d'un certificat de travail pouvait correspondre au maximum à un montant équivalent à *deux mois de salaire* du travailleur[416].

173 Une autre solution consiste à fixer une valeur litigieuse en fonction d'un montant fixe, qui représente une *valeur symbolique*[417]. Selon l'Obergericht de Schaffhouse, la valeur litigieuse de la prétention visant à l'établissement d'un certificat de travail ne doit pas avoir pour conséquence de priver l'employé, partie faible au contrat, de l'accès à une procédure simple et rapide (telle la procédure simplifiée dans le CPC), de sorte qu'il convient de ne pas fixer une valeur litigieuse trop haute, notamment lorsque cette prétention s'ajoute à d'autres, afin d'éviter un montant total élevé[418]. C'est pourquoi une valeur symbolique, de quelques centaines de francs, devrait être retenue.

174 Le système de la valeur symbolique trouve également les faveurs des tribunaux bernois[419]. Cette manière de faire a cependant été écartée par le Tribunal administratif du canton de Berne qui a estimé, dans un arrêt du 6 juin 2007[420], que la valeur litigieuse de 15'000 francs était en tout cas atteinte s'agissant d'un conflit en délivrance d'un certificat de travail opposant un médecin à la Direction de l'hôpital où il exerçait auparavant, eu égard à sa position professionnelle, aux fonctions qu'il avait exercées jusqu'alors, à la durée (27 ans) et à la teneur des rapports de travail entre les parties, ainsi qu'au montant du salaire mensuel convenu, qui s'élevait à 14'267,90 francs. C'est par conséquent en fonction des *circonstances du cas d'espèce* et de *critères précis* qu'a été fixée la valeur litigieuse. Saisi d'un recours, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'y avait pas lieu de s'écarter d'une telle appréciation, relevant en outre que les parties ne la contestaient pas non plus[421].

175 Ce dernier exemple permet de constater que lorsque certains critères sont pris en compte, tels que le montant du salaire, la position du travailleur dans l'entreprise ou la durée des rapports de service, la prétention visant à l'obtention d'un certificat de travail peut représenter une valeur litigieuse élevée.

---

415 Le Tribunal fédéral a d'ailleurs considéré que les tribunaux argoviens n'avaient pas agi de façon arbitraire en appliquant une telle solution, TF du 21.11.2001, 4P.208/2001, c. 3b.

416 OGer AG du 14.12.2004 cité dans l'arrêt du TF du 28.4.2005, 4C.60/2005, c. 1, RSPC 2005 283.

417 OGer SH du 6.5.1994, JAR 1996 342, RSJ 1995 370 ; OGP AR du 8.8.2000, ARGVP 2000 83, c. 1.

418 OGer SH du 6.5.1994, JAR 1996 342, RSJ 1995 370.

419 I. Zivilabteilung BE du 21.8.2000, disponible sur www.jgk.be.ch, qui mentionne que la pratique bernoise attribue à cette prétention une valeur de 50 francs.

420 Verwaltungsgericht BE du 6.6.2007, n° 22734U.

421 TF du 17.12.2007, 1C_195/2007, c. 3.

ab. En doctrine

176 En doctrine, SCHÄTTI propose de retenir, à défaut d'entente entre les parties, une valeur litigieuse d'*un mois de salaire* du travailleur[422]. BRÜHWILER considère pour sa part qu'une valeur litigieuse qui ne dépasse pas un mois de salaire est trop basse, au vu de l'importance que ce certificat peut représenter pour l'employé[423]. Cet avis est partagé par WYLER, qui propose de retenir comme *critères de calcul* le nombre de mois durant lesquels le travailleur est entravé dans sa recherche d'emploi ou les répercussions sur le nouveau salaire souhaité ; à défaut d'indication particulière, il convient selon lui de prendre en compte un montant correspondant à *trois mois de salaire* du travailleur[424]. Quant à JANSSEN, elle retient également qu'une valeur litigieuse correspondant à un mois de salaire du travailleur est insuffisante et propose d'évaluer *l'intérêt économique* du travailleur à l'établissement d'un certificat de travail, en se fondant sur la fonction exercée par l'employé, la durée des rapports de services ainsi que la situation du marché du travail qui prévaudra certainement dans les années à venir[425]. REHBINDER estime pour sa part que, dans tous les cas, la prétention visant à l'établissement d'un certificat de travail ne saurait dépasser le montant de la valeur litigieuse fixée à l'art. 343 al. 2 CO[426]. DONZALLAZ et SUBILIA/DUC proposent enfin de n'octroyer aucune valeur pécuniaire à une telle prétention[427].

ac. Synthèse

177 Les différentes solutions proposées par les jurisprudences cantonales ainsi que par la doctrine montrent toute l'ambivalence de la problématique que pose la question de la valeur litigieuse du certificat de travail : d'un côté, la protection des droits du travailleur implique de prévoir une valeur litigieuse faible à cette prétention lorsqu'elle s'ajoute à d'autres, afin de maintenir l'application de la procédure simplifiée et la gratuité du procès. De l'autre, l'intérêt est de prévoir une valeur litigieuse assez élevée pour qu'un appel devant l'instance cantonale supérieure et un recours en matière civile au Tribunal fédéral soient ouverts.

422 SCHÄTTI, 111.
423 BRÜHWILER, N 4 ad art. 330a CO.
424 WYLER (2008), 369.
425 JANSSEN, 164.
426 BK-REHBINDER, N 23 ad art. 330a CO, qui ne reprend toutefois pas cette solution dans la version 2010 de l'ouvrage (voir BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 23 ad art. 330a CO, qui indiquent uniquement que le juge doit calculer la valeur litigieuse selon sa libre appréciation). La valeur fixée à l'art. 343 al. 2 CO était, depuis le 1er juin 2001, de 30'000 francs. Le même montant a été introduit dans le CPC à l'art. 243 al. 1 pour déterminer le seuil de l'application de la procédure simplifiée.
427 DONZALLAZ (Com-LTF), N 1415 *i.f.* ad art. 51 LTF ; SUBILIA/DUC, N 18 ad art. 330a CO.

178 Aucun problème ne se pose dans les cas où les parties s'entendent sur la valeur litigieuse du certificat de travail. En revanche, lorsqu'il revient au tribunal d'apprécier cette valeur, il doit le faire en équité et se fonder selon nous sur la position du travailleur dans l'entreprise, la durée des rapports de travail ainsi que le montant du salaire. Dans tous les cas, la jurisprudence du Tribunal fédéral impose que la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 francs[428]. Elle ne devrait à notre avis pas non plus être supérieure à l'équivalent d'*un mois de salaire* du travailleur[429], sauf cas exceptionnels, dans lesquels le certificat de travail présente un intérêt économique fondamental pour ne pas dire indispensable, tels que des rapports de travail très longs, une position dans l'entreprise particulièrement élevée ou encore un licenciement immédiat de l'employé lié par une clause de prohibition de faire concurrence. Il faut en effet optimiser les chances pour les parties de voir le litige soumis à une procédure simple, rapide, gratuite ainsi qu'à la maxime inquisitoire sociale, et éviter de faire passer la valeur litigieuse totale des conclusions à plus de 30'000 francs, la prétention liée au certificat de travail étant dans la majorité des cas invoquée concurremment à d'autres.

ad. La prétention en rectification du certificat de travail

179 S'il estime que le contenu du certificat qui lui a été remis est faux ou incomplet, le travailleur est habilité à réclamer sa rectification[430]. En pareil cas, il faut tenir compte du fait qu'il y a un intérêt moindre, étant déjà en possession d'un certificat de travail qu'il peut au besoin utiliser, et retenir une valeur litigieuse plus basse que lorsque la prétention tend à la délivrance d'un certificat[431] ; la valeur doit alors être calculée en fonction de l'importance des modifications à apporter. La nuance est cependant difficile à retranscrire en pratique, de sorte qu'il faut admettre en principe que la valeur litigieuse correspond au plus à un *demi-mois de salaire* du travailleur. Par exemple, si seules une ou deux phrases doivent être modifiées ou ajoutées, la valeur litigieuse peut représenter *un tiers* voire même *un quart du salaire* mensuel.

180 Le fait que l'employé soit déjà au bénéfice d'un certificat de travail ne signifie pas encore que la prétention liée à celui-ci vise à sa rectification uniquement. Le travailleur est admis à prétendre à l'établissement d'un nouveau certificat s'il estime que celui qui lui a été remis est mensonger et a été établi en sa défaveur.

---

428 Cf. supra N 171.

429 Dans le même sens : STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 205 N 6.

430 ATF 129 III 177, c. 3.3, JdT 2003 I 342. Il doit alors prendre une conclusion visant à l'établissement d'un nouveau certificat, voir TF du 24.11.2006, 4C.237/2006, c. 5, JAR 2007 355 ; TF du 6.4.2005, 4C.473/2004, c. 9.

431 KGer GR du 24.11.2008, JAR 2009 545, c. 8 ; AppGer BS du 11.3.1999, BJM 2001 77 : « Soll hingegen ein bereits ausgestelltes Arbeitszeugnis abgeändert werden, ist der Streitwert entsprechend geringer » ; OGer ZH du 6.7.1982, JAR 1984 156 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 23 ad art. 330a CO ; JANSSEN, 164.

Cette situation s'apparente à celle où aucun certificat n'a jamais été remis, puisque, en pareil cas, l'employé ne prétend pas uniquement à ce que certains termes soient modifiés, voire une ou deux phrases ajoutées ou retranchées, mais à ce qu'un nouveau certificat, différent en tous points du précédent, lui soit remis.

b. La prétention en exécution d'une clause de prohibition de concurrence

181 Le deuxième cas souvent rencontré en pratique qui présente une difficulté particulière dans la détermination de la valeur litigieuse est celui de la prétention de l'employeur visant à faire exécuter une clause de prohibition de concurrence (art. 340b al. 3 CO). A cet égard, deux sortes d'indices sont à disposition, desquels il convient de prendre en compte la valeur la plus élevée[432]. Le premier critère a trait au *gain* que retire le travailleur du fait de la violation de la clause, calculé en fonction du *revenu supérieur qu'il retire de l'activité interdite* par rapport à une activité qui respecterait la clause. Le second critère, au *désavantage économique* qui résulte pour l'employeur de l'activité de concurrence[433] ; si sa détermination exacte ne peut être le fait que d'une expertise[434], d'autres modes de calcul, exposés ci-après, peuvent être envisagés en pratique.

182 RUDOLPH propose de fixer pour *chaque mois de durée de l'interdiction* demandée un montant correspondant au *dernier salaire mensuel* obtenu par l'employé auprès de l'employeur-demandeur[435]. A notre avis, le rapport entre le salaire que percevait le travailleur et le préjudice économique dont souffre l'employeur du fait de la violation de la clause n'est pas évident, si bien que cette méthode n'est a priori pas convaincante. D'après KUHN, lorsqu'un employeur fait valoir le montant (par exemple de 20'000 francs) de la peine conventionnelle prévue en cas de violation de la clause de prohibition de faire concurrence et qu'il en exige simultanément l'exécution forcée, la valeur litigieuse de la seconde prétention peut être fixée au *double du montant de la peine conventionnelle* (soit par exemple à 40'000 francs)[436]. Dans un cas où la peine conventionnelle correspondait à un montant forfaitaire par jour de concurrence, l'Arbeitsgericht de Zurich s'est également fondé sur le critère lié à la peine conventionnelle et a retenu que, pour chaque jour de la durée de l'action en exécution de la clause, le même montant forfaitaire journalier devait être pris en compte, soit en l'espèce une valeur litigieuse de plus de 70'000 francs[437]. Le calcul de la valeur litigieuse fondé sur le montant de la peine conventionnelle

432 Cf. supra N 168.
433 COTTI, 346 N 887.
434 RUDOLPH, 8.
435 RUDOLPH, 8.
436 In KUHN/KOLLER, 18/10, 3 s.
437 AGer ZH du 8.1.1997, ZR 99 (2000) N 100.

nous paraît convaincant, puisqu'il s'agit du montant que les parties ont estimé correspondre au préjudice subi du fait de la violation de la clause[438].

Ainsi, si les parties sont convenues d'une durée de prohibition de faire concurrence d'un an dès la fin des rapports de travail et d'une peine conventionnelle de 30'000 francs en cas de violation de la clause, l'employeur qui agit en exécution de la clause doit prendre en compte ce montant pour déterminer la valeur litigieuse de sa prétention. Lorsque le travailleur a commencé l'activité concurrente deux mois après l'échéance des rapports contractuels, l'employeur peut exiger l'exécution de la clause pour les dix mois restants uniquement. Le montant de la peine conventionnelle ayant été fixé à 30'000 francs pour une année, soit 2'500 francs par mois (30'000 ÷ 12), la valeur litigieuse de la prétention en exécution se monte à 25'000 francs (2'500 x 10). Si l'employeur réclame également le paiement de la peine conventionnelle de 30'000 francs, la valeur litigieuse du procès portera sur un montant total de 55'000 francs.

183 Lorsque l'employeur décide de ne pas prétendre au paiement de l'entier de la peine conventionnelle et réclame un montant moindre, c'est celui-ci qui doit être pris en compte pour le calcul de la valeur litigieuse de la prétention en exécution. En effet, ce nouveau montant correspond à la réparation du préjudice subi du fait de la violation de la clause[439] dont l'employeur entend se satisfaire.

Si l'on reprend l'état de fait de l'exemple proposé au N 182, mais que l'employeur ne réclame que 10'000 francs au titre de paiement de la peine conventionnelle, la valeur litigieuse de la prétention en exécution se monte à 8'333 francs (10'000 ÷ 12 x 10) et la valeur litigieuse totale à 18'333 francs.

184 Si la clause de prohibition de faire concurrence n'est pas assortie du paiement d'une peine conventionnelle en cas de violation, il convient de retenir un montant présumé, en calculant la peine conventionnelle que les parties auraient hypothétiquement conclue. La pratique admet à cet égard que le montant maximum à attribuer à une peine conventionnelle correspond à un an de salaire du travailleur[440]. En règle générale, le montant convenu oscille entre deux et quatre mois de salaire[441], voire six mois de salaire lorsque l'employé occupait un poste de cadre auprès de son ex-employeur[442]. Pour déterminer le nombre de salaires à prendre en compte dans un cas particulier, le juge doit notamment tenir compte de l'intérêt que représente la clause de prohibition de faire concurrence pour l'employeur, de la position de l'ex-employé au sein de l'entreprise ainsi que du montant de son salaire[443].

---

438 Notons que, dans tous les cas, le juge peut réduire le montant d'une peine conventionnelle qu'il estime excessive : ATF 109 II 120, c. 2, JdT 1984 I 41.

439 Cf. supra N 182 *i.f.*

440 OGer LU du 27.5.1999, LGVE 1999 I N 13, c. 9.3 ; TC VS du 17.2.1995, JAR 1996 284, c. 4 c/aa ; BK-REHBINDER, N 8 ad art. 340b CO ; WYLER (2008), 612 et les réf. citées en n. 2312 ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, N 10 ad art. 340b CO.

441 OGer LU du 6.8.2002, JAR 2003 358, c. 3 ; BK-REHBINDER, N 8 ad art. 340b CO.

442 TF du 9.7.2002, 4C.44/2002, JAR 2003 356, c. 2.4 : en l'espèce, pour un responsable dans le domaine des *E-produits*, une peine conventionnelle correspondant à six mois de salaire a été admise.

443 NEERACHER, 107 s. ; WYLER (2008), 612.

185 Dans tous les cas, la valeur litigieuse d'une action en exécution d'une clause de prohibition de faire concurrence peut être très élevée et dépasse souvent le seuil de 30'000 francs des art. 243 al. 1 et 114 lit. c CPC relatifs à la procédure simplifiée et gratuite. En pratique toutefois, l'employeur ouvre le plus souvent action par le biais de mesures provisionnelles[444], au vu de la situation d'urgence qui se présente, de sorte que c'est la procédure sommaire qui est appliquée (art. 248 lit. d CPC). Les parties trouvent ensuite fréquemment un terrain d'entente, si bien que la procédure au fond ne se poursuit pas.

c. Les prétentions en restitution

186 Des difficultés dans la détermination de la valeur litigieuse peuvent se poser lorsque l'employeur agit en restitution sur la base de l'art. 339a CO, par exemple si, après la fin des rapports de travail, l'employé ne restitue pas le véhicule qui lui a été remis par l'employeur pour la durée du contrat, contrairement à l'art. 339a al. 1 et 2 CO. La valeur litigieuse de la prétention en restitution doit être calculée en fonction de la *valeur vénale de l'objet*[445], en l'occurrence du véhicule.

187 Qu'en est-il de la valeur litigieuse de l'action en restitution de codes d'accès informatiques, que le travailleur est seul à connaître et qui refuse des les transmettre à son employeur après la fin des rapports de travail (art. 339a al. 1 CO) ? La valeur objective de la prétention n'étant pas déterminable, il convient de calculer la *perte économique*[446] subie par l'employeur du fait qu'il ne dispose pas des codes.

Par exemple, lorsque l'employé refuse de fournir la clé informatique donnant accès au logiciel qu'il a développé dans le cadre de son contrat de travail, alors que l'employeur a déjà conclu un contrat avec un tiers relatif à la livraison et à l'installation de ce logiciel[447], la valeur litigieuse peut être calculée en fonction du montant des dommages-intérêts dont serait hypothétiquement redevable l'employeur vis-à-vis du tiers, en raison de l'inexécution du contrat qui les lie.

188 Les actions en restitution fondées sur l'art. 339a CO ne sont par conséquent pas sans poser certaines difficultés dans la fixation de la valeur litigieuse. Il faut dans chaque cas estimer la valeur objective de l'objet à restituer ou, à défaut de valeur déterminable, la perte financière de l'employeur du fait qu'il ne dispose pas du bien resté en mains du travailleur.

---

444 Cf. infra N 458 ss.

445 DONZALLAZ (Com-LTF), N 1395 ad art. 51 LTF. Comp., en matière d'actions en revendication : ATF 94 II 51, c. 2, JdT 1969 I 62 ; TF du 30.9.2009, 4A_318/2009, c. 1.1 ; TF du 29.6.2009, 5A_765/2008, c. 1.2.1. La valeur litigieuse correspond en effet à « la valeur de l'objet du litige exprimée en une somme d'argent », voir POUDRET (1990), N 2 ad art. 36 OJ.

446 Comp. DONZALLAZ (Com-LTF), N 1398 ad art. 51 LTF.

447 Etat de fait tiré d'un arrêt neuchâtelois du 24.9.1998, RJN 1998 113.

Ainsi, lorsque l'employé ne rend pas ses clés de bureaux, l'employeur qui entend les réclamer en justice peut en évaluer le montant en calculant le coût qu'il aurait à supporter s'il devait changer les serrures[448].

d. La prétention en remise d'un décompte

189 Lorsque le travailleur prétend à la remise d'un décompte, parce que celui-ci ne lui a jamais été remis ou qu'il est incomplet ou mensonger[449], le critère à prendre en compte pour le calcul de la valeur litigieuse dépend de l'intérêt économique du demandeur à voir sa prétention admise[450], ou l'intérêt du défendeur, s'il est plus élevé, à voir la prétention rejetée[451].

190 Si la valeur litigieuse de la prétention peut parfois être relativement élevée et entraîner l'application de la procédure ordinaire, cet inconvénient est en réalité pallié par le fait que, dans la majorité des cas, le travailleur ouvre action par le biais de mesures provisionnelles, avec pour conséquence de voir les règles de la procédure sommaire s'appliquer (art. 248 lit. d CPC). Il arrive ensuite fréquemment que les parties trouvent un arrangement avant que la procédure au fond ne soit introduite.

da. Le décompte de salaire

191 Le travailleur peut être amené à réclamer à son employeur ses décomptes de salaire (art. 323b al. 1 *i.f.* CO), dont il peut avoir besoin à divers titres, par exemple dans le cadre d'une demande d'octroi de prestations chômage[452], de la délivrance d'une carte de crédit auprès d'une banque[453] ou encore de la conclusion d'un contrat de leasing ou de bail avec un tiers. Cette prétention peut être rapprochée de celle visant à la délivrance d'un certificat de travail étant donné qu'il s'agit de prétentions dont il est difficile d'exprimer la valeur en argent, même si elles procurent à l'évidence un intérêt économique pour le travailleur. Il faudrait par conséquent appliquer la solution du certificat de travail par analogie et retenir une valeur litigieuse de l'ordre d'un mois de salaire du travailleur, voire un peu plus si les circonstances d'espèce le justifient[454], par exemple parce que la remise du décompte est capitale pour l'employé qui risque, à défaut, de subir une perte financière importante.

448 Dans le même sens, C. app. Prud. GE du 13.2.2003, JAR 2004 471, c. 49.
449 Voir par exemple OGer ZH du 15.4.1997, ZR 99 (2000) 198 N 73.
450 DONZALLAZ (Com-LTF), N 1398 ad art. 51 LTF.
451 Cf. supra N 168.
452 Art. 20 al. 2 LACI ; AGer ZH du 27.2.1996, ZR 97 (1998) 177 N 67.
453 OGer SH du 3.12.1999, ABSH 1999 81, c. 2c.
454 Cf. supra N 178.

db. Le décompte relatif à la participation au résultat ou à la provision

192 Lorsque le travailleur a droit à une participation au résultat de l'entreprise ou à une provision, l'employeur est tenu de lui remettre respectivement une copie du compte de pertes et profits (art. 322a al. 3 CO) ou un décompte relatif au droit à la provision (art. 322c CO)[455]. La valeur litigieuse de la prétention portant sur la remise de ces documents devrait être calculée en fonction du montant de la participation ou de la provision auquel l'employé estime pouvoir prétendre : ce montant représente en effet l'intérêt économique du travailleur à disposer des informations contenues dans ces pièces. Si l'employé n'a aucune idée du montant auquel il a vraisemblablement droit, la valeur litigieuse doit être calculée sur la base d'une moyenne des montants touchés les années précédentes, ou en fonction des montants versés par l'employeur à d'autres collaborateurs qui occupent une fonction analogue.

dc. Le certificat de salaire

193 Lorsque la prétention porte sur l'établissement du certificat de salaire que le travailleur, en tant que contribuable, doit joindre à sa déclaration d'impôts (art. 125 al. 1 lit. a, 127 al. 1 LIFD et, par exemple, art. 177 al. 1 lit. a LI VD ou 193 al. 1 lit. a LCdir NE), la valeur litigieuse doit à notre avis être calculée en fonction du montant de l'amende à laquelle celui-là s'expose du fait du retard dans la remise de sa déclaration à l'administration fiscale (art. 174 al. 1 lit. a LIFD et, par exemple, art. 241 LI VD ou 249 al. 1 lit. a et b LCdir NE).

e. La prétention visant à l'exécution du devoir d'information de l'employeur

194 Aux termes de l'art. 330b CO, si le contrat a été conclu pour plus d'un mois ou pour une durée indéterminée, l'employeur est tenu d'établir par écrit un certain nombre d'informations concernant ses relations de travail avec l'employé, telles que la date de début des rapports de travail, le montant du salaire, la fonction du travailleur ou la durée hebdomadaire du travail. Lorsque cette obligation n'est pas remplie, l'employé peut agir en établissement ou en rectification des informations manquantes ou erronées, le cas échéant avec la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP[456]. La prétention doit être considérée comme de nature patrimoniale, puisqu'elle tend à assurer au travailleur une information claire sur ses conditions de travail. Le défaut d'information peut avoir des conséquences notamment quant à l'exécution ou non d'heures supplémentaires, partant quant à une éventuelle action en justice pour les réclamer, lorsque la durée

455 Voir également à ce sujet la question de l'action en paiement non chiffrée au N 400 et celle des mesures provisionnelles au N 465.

456 PORTMANN (TREX), 299.

hebdomadaire du travail n'a pas été précisée par l'employeur. Etant donné la difficulté d'évaluer la valeur litigieuse d'une telle prétention, elle devrait être calculée de la même manière qu'en matière de certificat de travail[457] et être estimée au maximum à l'équivalent d'un mois de salaire du travailleur, selon l'étendue des informations dont la précision est demandée[458].

f. La prétention visant à faire interdire la communication de renseignements inexacts

195 La détermination de la valeur litigieuse est délicate en cas de prétention d'un travailleur à l'égard de son ex-employeur visant à lui faire interdire de donner des renseignements inexacts à son sujet[459], sur la base de l'art. 328 CO[460]. La valeur litigieuse de la prétention devrait correspondre au montant des dommages-intérêts que l'employé pourrait faire valoir à l'encontre de son ex-employeur[461], calculés en fonction de la perte financière subie par celui-là du fait des mauvaises références fournies à ses employeurs potentiels.

Par exemple, si le travailleur se retrouve au chômage, la valeur litigieuse doit être calculée en prenant la différence entre le salaire versé par la Caisse et celui auquel l'employé aurait pu prétendre s'il avait retrouvé un nouvel emploi correspondant à ses qualifications.

g. La prétention en annulation du congé au sens de l'art. 10 LEg

196 Qu'en est-il de la valeur litigieuse de la prétention de l'employé visant à faire annuler la résiliation de son contrat de travail et à obtenir sa réintégration dans l'entreprise, au sens de l'art. 10 LEg ? Dans une affaire vaudoise portée devant le tribunal de prud'hommes de l'administration cantonale[462], dans laquelle un

---

457 SECO, in JAR 2009 108 ; comp. PORTMANN (TREX), 299, qui assimile le devoir d'information de l'art. 330b CO à celui relatif à la délivrance d'un certificat de travail, représentant tous deux un aspect du devoir d'assistance de l'employeur.

458 Cf. supra N 178 s.

459 Exemple tiré de l'arrêt du TF du 22.4.2003, 4C.379/2002, JAR 2004 245, dans lequel la question de la valeur litigieuse de la prétention n'a pas été discutée au motif que les montants réclamés aux titres de dommages-intérêts et d'indemnité pour tort moral dépassaient déjà la valeur litigieuse limite de 30'000 francs.

460 L'obligation de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur au sens de l'art. 328 CO perdure, dans une certaine mesure, au-delà de la fin des rapports de travail, voir ATF 130 III 699, c. 5.1. Peu importe à notre avis le laps de temps qui sépare le terme des relations contractuelles de la violation de la personnalité fondée sur les anciens rapports de travail ; la Chambre d'appel des prud'hommes du canton de Genève a en revanche considéré qu'une violation ayant eu lieu près de trois ans après la fin du contrat de travail ne constituait plus une prétention fondée sur le contrat de travail, voir C. app. Prud. GE du 4.10.2005, JAR 2006 460, c. 1.2.

461 Sur le principe du droit à obtenir des dommages-intérêts, voir ATF 135 III 405, c. 3.2 et TF du 5.3.2010, 4A_558/2009, c. 7.1.

462 Ch. rec. VD du 23.5.2005, JdT 2007 III 2, c. 2b/bb.

employé de l'Etat prétendait à l'annulation de son licenciement et à sa réintégration, le tribunal en question a appliqué par analogie la jurisprudence relative aux contestations de la validité d'un congé en matière de bail[463]. Il a par conséquent pris en compte les salaires qui auraient été versés au travailleur jusqu'au moment où un nouveau licenciement aurait pu prendre effet. Cette solution est convaincante et devrait être retenue également s'agissant des actions en annulation du congé découlant d'un contrat de travail de droit privé fondées sur l'art. 10 LEg.

h. La prétention en constatation de la poursuite des rapports de travail

197 Lorsque la prétention du travailleur tend à faire constater que les relations de travail entre lui et son employeur perdurent[464], se pose la question de savoir si l'on a affaire à une prétention de nature patrimoniale, partant s'il convient de lui accorder une valeur en argent. L'Obergericht de Lucerne y a répondu par l'affirmative, au motif que cette prétention poursuivait principalement un but économique, puisque de cette constatation dépendait l'existence d'autres prétentions du travailleur, vis-à-vis de son employeur mais aussi de personnes distinctes comme son assurance perte de gain par exemple[465]. En l'espèce, dès lors que le demandeur prétendait également au paiement de 19'926 francs à titre de salaire et que la compétence des juridictions du travail lucernoises était limitée à 20'000 francs, le tribunal a considéré que la valeur litigieuse était de toute façon dépassée et s'est par conséquent déclaré incompétent à raison de la matière, sans donner plus de détails sur la manière de calculer la valeur litigieuse de la prétention en constatation. A notre avis, il convient d'appliquer la même solution qu'en matière d'action en annulation du congé au sens de l'art. 10 LEg et prendre en compte une valeur litigieuse correspondant au montant des salaires qui seraient dus jusqu'à la prochaine échéance pour laquelle le contrat pourrait être résilié[466].

463 Cette jurisprudence veut que l'on prenne en compte le montant total des loyers de la période litigieuse, soit celle pendant laquelle le contrat subsisterait si le congé n'était pas valable, autrement dit jusqu'à la prochaine échéance légale ou contractuelle ; voir notamment ATF 136 III 196, c. 1.1 ; 111 II 384, c. 1 ; TF du 24.6.2008, 4A_181/2008, c. 1 ; TF du 18.4.2008, 4A_148/2008, c. 1, DB 2008 N 22 ; TF du 14.3.2006, 4C.418/2005, RSPC 2006 285.

464 Sur l'admissibilité d'une telle action, cf. toutefois infra N 432.

465 OGer LU du 29.7.1998, JAR 1999 380, c. 6.

466 Cf. supra N 196.

i. La prétention en constatation de la nullité du congé

198 Lorsque la demande tend à faire constater la nullité de la résiliation[467], par exemple si celle-ci a été donnée pendant une période de protection (art. 336c al. 1 CO) ou qu'elle a été adressée oralement alors que les parties lui avaient réservé la forme écrite (art. 16 CO)[468], il s'agit d'une contestation de nature pécuniaire, dans la mesure où le but visé est, en tout cas partiellement, économique et que l'objet de celle-ci peut être apprécié en argent[469]. La valeur litigieuse doit être calculée en prenant en compte les salaires auxquels le travailleur aurait droit depuis la date d'échéance de la résiliation – prétendue nulle – du contrat[470] jusqu'à ce que l'employé ait retrouvé un nouvel emploi ; le Tribunal fédéral[471] considère à tort qu'il convient d'imputer sur le montant des salaires auxquels le travailleur peut prétendre les sommes retirées de ses nouveaux emplois. En effet, lorsque l'employé entre au service d'un nouvel employeur, il faut en déduire qu'il a accepté la résiliation notifiée par son ex-employeur, partant que le congé est intervenu d'un commun accord à cette date et que les salaires ne sont plus dus dès ce moment.

j. La prétention en constatation du caractère abusif ou immédiat injustifié du congé

199 La valeur litigieuse de l'action en constatation du caractère abusif (art. 336 CO), discriminatoire à raison du sexe (art. 9 LEg) ou immédiat injustifié (art. 337c CO) du congé doit être calculée en fonction du montant du salaire (art. 337c al. 1 CO) ou de l'indemnité (art. 336a, 337c al. 3 CO, 9 LEg) à laquelle l'employé pourrait prétendre à ce titre à l'encontre de l'employeur[472].

k. La prétention visant à la publication d'un avis relatif à la résiliation du contrat

200 Lorsque l'employé invoque le caractère abusif ou immédiat injustifié du congé, il peut prétendre en sus d'une indemnité à ce que l'employeur publie dans la presse les motifs réels du licenciement ou le fait que la résiliation du contrat est intervenue d'entente entre les parties[473]. Cette prétention est à notre sens de

467 Sur l'admissibilité d'une telle action, cf. toutefois infra N 431.
468 Voir par exemple ATF 128 III 212, c. 2.
469 TF du 14.4.2008, 1C_64/2008, c. 1.
470 TF du 14.4.2008, 1C_64/2008, c. 1.
471 TF du 14.4.2008, 1C_64/2008, c. 1.
472 Sur l'admissibilité d'une telle action, cf. toutefois infra N 433 s.
473 Une telle prétention n'aura toutefois de sens que lorsque le poste occupé par le travailleur était exposé au public ou que le licenciement en question a fait l'objet d'articles dans la presse.

nature pécuniaire[474], dès lors qu'elle ne tend pas uniquement à protéger la personnalité du travailleur ou à réparer une atteinte à ses intérêts personnels[475], mais avant tout à lui éviter d'être prétérité, du fait de son licenciement, auprès d'autres employeurs. On pourrait appliquer par analogie le raisonnement développé par le Tribunal fédéral quant au caractère patrimonial de la prétention visant à obtenir un certificat de travail, selon lequel celui-ci se propose en première ligne de faciliter à l'employé son existence économique[476]. Le montant de la valeur litigieuse peut également être calculé par analogie avec la solution retenue en matière de certificat de travail, et correspondre au plus à un mois de salaire du travailleur[477].

201 En revanche, lorsque la prétention vise uniquement à la publication du jugement rendu par le tribunal, aucune valeur litigieuse ne doit lui être attribuée, vu l'art. 91 al. 1 CPC[478].

474 *Contra* : Ch. rec. VD du 28.7.1999, JdT 2000 III 98, arrêt dans lequel un employé invoquait que le congé était abusif et réclamait notamment la publication d'un avis dans la presse indiquant que le licenciement était intervenu d'entente entre les parties ; la cour vaudoise n'avait alors retenu aucune valeur litigieuse à cette prétention ; cette conception a été suivie par TAPPY (voir la note qui suit l'arrêt, 104), qui retient que ladite prétention n'est pas de nature patrimoniale.

475 En pareils cas, la prétention ne possède pas de valeur litigieuse, ATF 70 II 127, c. 1.

476 Cf. supra N 169 et les réf. en n. 402.

477 Cf. supra N 178.

478 Comp. DONZALLAZ (Com-LTF), N 1454 ad art. 51 LTF, et POUDRET (1990), N 7.5 ad art. 36 OJ.

Chapitre VIII :
Les conditions de recevabilité

§ 17 Les différentes catégories

1. Généralités

202 Pour que le tribunal saisi entre en matière sur la demande, il faut que certaines conditions soient remplies (art. 59 CPC). Celles-ci sont énumérées à l'art. 59 al. 2 CPC, de manière non exhaustive toutefois[479]. Au titre de condition de recevabilité, on trouve dans le Code : l'intérêt digne de protection, la compétence à raison du lieu et de la matière, la capacité d'être partie et d'ester, l'absence de litispendance préexistante, l'absence de décision entrée en force, le versement des avances et des sûretés et l'exclusion d'une convention d'arbitrage. D'autres conditions de recevabilité doivent encore être remplies, soit la qualité pour agir et pour défendre, l'autorisation de procéder, le respect de la procédure applicable, le respect des délais de déchéance, le respect de la procédure préalable à la saisine du tribunal, le respect du contenu de la demande, enfin, l'absence d'immunité de juridiction.

2. L'intérêt digne de protection

203 L'intérêt digne de protection suppose que le demandeur ait un *intérêt à la protection de ses droits*[480]. Son existence ne pose pas de problème lorsqu'il s'agit d'une action condamnatoire ou formatrice[481]. Tel n'est en revanche pas toujours le cas des actions en constatation de droit[482].

---

479 Le Code emploie en effet le terme « notamment ». Voir également : BOHNET (RDS), 213 et (Exceptions), 152 N 33 ; BSK ZPO-GEHRI, N 2 ad art. 59 CPC ; GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 59 CPC ; Message CPC, 6890 ad art. 57 P-CPC ; SCHWANDER (Prozessvoraussetzungen), 196 ; ZÜRCHER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 9 ad art. 59 CPC.

480 HOHL (Tome I), 44 N 133.

481 TF du 18.12.1980, SJ 1981 465, c. 3 : « … cet intérêt est d'emblée donné lorsque le demandeur exerce une action tendant à la condamnation du défendeur à une certaine prestation ou abstention. Si le droit dont découle la prétention qu'il exerce n'existe pas, ce n'est pas un intérêt à l'action (…) qui fait défaut, en sorte que l'action serait irrecevable : dans un tel cas, l'action n'est pas fondée et doit être rejetée ». Cf. infra N 425 et la n. 1129.

482 Cf. infra N 425 ss.

204 D'après le Message CPC, ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'intérêt digne de protection peut être de fait ou de droit[483].

Par exemple, si un employé prétend avoir été victime de mobbing de la part de son ex-employeur et lui réclame à ce titre une indemnité pour tort moral, l'employeur a selon nous un intérêt à la constatation négative de la créance même si celle-ci est prescrite[484], puisqu'il a un intérêt de fait à éviter que l'image de son entreprise ne soit ternie par la procédure introduite par son ancien employé.

3. La compétence à raison du lieu et de la matière

205 Pour que le tribunal puisse se saisir d'une affaire, il doit être compétent tant à raison du lieu que de la matière[485]. Si le for est partiellement impératif[486], le tribunal doit constater d'entrée de cause son incompétence. En revanche, lorsque c'est l'employeur qui est actionné, le for est dispositif et le tribunal doit attendre l'échéance du délai de réponse, cas échéant la première audience en cas d'absence de réponse (art. 245 et 253 CPC), pour se prononcer sur sa compétence locale, au vu d'une éventuelle acceptation tacite par le défendeur (art. 18 CPC). Le juge a également la faculté de limiter la réponse du défendeur à la question de la compétence ratione loci de l'autorité saisie, sur la base des art. 125 lit. a et 222 al. 3 CPC, le défendeur devant ensuite soit soulever l'incompétence du tribunal, soit requérir du juge un délai pour procéder sur le fond, s'il entend accepter tacitement le for.

206 Le tribunal qui se déclare incompétent à raison du lieu ou de la matière ne doit pas désigner l'autorité qu'il tient pour compétente (art. 238 CPC *a contrario*)[487]. Si la décision d'incompétence contient malgré tout l'indication de l'autorité prétendument compétente, celle-ci n'est pas liée par ce prononcé, qui ne dispose pas de l'autorité de chose jugée[488].

207 Lorsque la demande a été déclarée irrecevable pour cause d'incompétence locale ou matérielle, le demandeur peut réintroduire son acte devant les instances compétentes dans le mois qui suit la déclaration d'irrecevabilité, et maintenir ainsi la date d'introduction de l'instance à celle du premier dépôt (art. 63 al. 1 CPC). Cela peut jouer un rôle déterminant lorsque le droit matériel prévoit un

---

483 Message CPC, 6890 ad art. 57 P-CPC ; ATF 114 II 253, c. 2a, JdT 1989 I 333 ; 110 II 352, c. 2a, JdT 1985 I 354. Voir également infra N 425 ss.

484 Comp. TF du 31.1.2003, 4C.366/2002, c. 2, RSPC 2005 135.

485 Cf. supra respectivement N 79 ss et 123 ss.

486 Cf. supra N 98 ss.

487 BOHNET (RDS), 249. Voir également Message CPC, 6892 ad art. 61 P-CPC, qui précise qu'en cas d'incompétence du tribunal, il n'y a pas transmission d'office à l'autorité compétente.

488 BOHNET (RDS), 249.

délai pour ouvrir action, sous peine de déchéance du droit d'invoquer la prétention en justice[489].

Par exemple, un travailleur qui habite à Neuchâtel mais travaille à Lausanne dans une entreprise dont le siège est également à Lausanne dépose, le 22 avril 2011, une requête de conciliation en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif devant les tribunaux neuchâtelois ; ceux-ci se déclarent incompétents ratione loci le 3 mai 2011 ; l'employé réintroduit sa requête devant les autorités vaudoises le 11 mai suivant ; l'instance est réputée introduite le 22 avril 2011. Si le contrat de travail a pris fin le 31 octobre 2010, l'instance introduite le 10 mai 2011 aurait été tardive, de sorte que l'employé devait absolument réintroduire son acte dans le délai d'un mois afin que la litispendance soit sauvegardée.

4. La capacité d'être partie et la capacité d'ester en justice

a. La capacité d'être partie

208 La capacité d'être partie, régie à l'art. 66 CPC, est le corollaire de la jouissance des droits civils (art. 11 et 53 CC)[490]. Par exemple, dans le cas où un employeur est constitué en société simple[491] ou en association sans personnalité juridique (art. 62 CC), il ne dispose pas de la jouissance des droits civils et c'est les membres qui la composent qui ont la capacité d'être partie, et non l'entité en tant que telle. De même en est-il de la communauté héréditaire[492]. La succursale ne possède pas non plus la capacité d'être partie[493] ; selon le Tribunal fédéral, elle a toutefois la possibilité d'intervenir dans la procédure au nom de la société en vertu d'un pouvoir de représentation spécial[494].

209 La capacité d'être partie est aussi reconnue lorsque le droit fédéral l'attribue sans égard à la jouissance des droits civils (art. 66 *i.f.* CPC). Tel est par exemple le cas si l'employeur est constitué en société en nom collectif (art. 562 CO) ou en société en commandite (art. 602 CO). De même lorsqu'il s'agit d'une masse en faillite (art. 240 LP) ou en liquidation concordataire (art. 319 LP)[495], ou encore d'une caisse de chômage (art. 79 al. 2, 2ème phrase, LACI).

210 Le défaut de capacité d'être partie doit être distingué de l'*erreur dans la désignation* d'une partie. Celle-ci n'entraîne l'irrecevabilité de la demande qu'après que le tribunal a d'abord imparti un délai au demandeur pour qu'il

489 GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 63 CPC. Cf. infra N 235 ss.
490 ATF 117 II 494, c. 2 ; GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 66 CPC ; ZÜRCHER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 23 ad art. 59 CPC.
491 Cf. infra N 313.
492 Cf. infra N 313.
493 Sur ces trois entités, voir JEANDIN (2003), 10, et VOGEL/SPÜHLER, 137 N 13 s.
494 ATF 120 III 11, c. 1a ; TF du 28.11.2003, 4A.3/2003, c. 1.2 (non publié à l'ATF 130 III 58).
495 Message CPC, 6893 ad art. 64 P-CPC ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 155 N 5.

rectifie son acte et désigne correctement son adversaire (art. 56 CPC)[496]. Une exception à ce principe doit être retenue lorsque s'applique la maxime inquisitoire sociale[497]. En effet, avec l'Appellationsgericht de Bâle-Ville, il faut admettre que le tribunal doive d'office citer la ou les bonnes parties, lorsque le demandeur s'est trompé dans la désignation de celle(s)-ci, dès lors qu'il est souvent difficile pour un travailleur sans connaissance juridique de savoir contre qui il doit agir[498]. Cette solution ne devrait cependant s'appliquer que lorsque la partie n'est pas assistée d'un avocat ou d'un autre mandataire professionnellement qualifié, puisque l'absence de connaissances juridiques suffisantes ne peut plus être invoquée en pareille hypothèse[499].

b. La capacité d'ester en justice

211 La capacité d'ester en justice (art. 67 CPC) suppose que le justiciable ait l'exercice des droits civils (art. 12 ss et 54 CC) et en particulier qu'il soit capable de discernement (art. 16 CC)[500]. Lorsque la partie ne dispose pas de la capacité d'ester (cas de l'art. 17 CC), elle doit agir par le biais de son *représentant légal* (art. 67 al. 2 CPC)[501]. Le défaut de capacité d'ester du demandeur entraîne l'irrecevabilité de la demande, à moins d'une ratification par le représentant légal[502]. Lorsque l'action est dirigée contre un défendeur qui ne dispose pas de la capacité d'ester, le juge devrait interpeller le représentant légal (art. 56 CPC)[503] ou l'autorité tutélaire (art. 69 al. 2 CPC). Il peut arriver

496 ZÜRCHER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 19 ad art. 60 CPC. Voir par exemple Prés. C. app. Prud. GE du 28.8.2007, CAPH/127/2007 : l'appelant n'avait désigné la partie intimée que par la raison de commerce de l'entreprise individuelle et non par les prénom et nom de son titulaire, sans indiquer non plus le domicile légal ou élu de celui-ci, de sorte que l'appel a été jugé irrecevable une fois échu le délai imparti à l'appelant pour préciser son acte.

497 Sur cette notion, cf. infra N 282 ss.

498 AppGer BS du 14.5.2003, JAR 2005 315, c. 2b : en l'espèce, l'employée avait dirigé sa requête contre le « Bar X. », alors que celui-ci ne disposait pas de la personnalité juridique. Il avait en premier lieu été constitué en raison individuelle, puis racheté par R. GmbH, qui avait repris tous les contrats de travail.

499 Comp. infra N 291.

500 Par exemple, une personne atteinte de psychose processive n'a pas la capacité d'ester en justice, ATF 76 IV 142.

501 Voir ATF 81 I 139, JdT 1956 I 318 ; GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 67 CPC.

502 ATF 112 II 102, c. 2 ; JEANDIN (2003), 13 ; VOGEL/SPÜHLER, 140 N 33 ; ZÜRCHER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 19 ad art. 60 CPC.

503 FRANCK/STRÄULI/MESSMER, N 64 ad § 27/28 ZPO ZH ; JEANDIN (2003), 13 ; VOGEL/SPÜHLER, 140 N 33 ; ZÜRCHER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 19 ad art. 60 CPC. *Contra* : JACQUEMOUD-ROSSARI, 79 s., qui considère que, dans la mesure où le défaut de capacité d'ester ne conduit pas au rejet mais seulement à l'irrecevabilité de la demande, il incombe à la partie demanderesse de mentionner correctement les parties avec la désignation de

qu'au moment de l'introduction de l'instance, une partie soit encore mineure mais qu'elle atteigne la majorité avant que le jugement au fond ne soit rendu[504], ce qui a pour effet de réparer son défaut de capacité d'ester[505].

212 L'art. 67 al. 3 CPC réserve deux cas dans lesquels une personne dépourvue de l'exercice des droits civils mais capable de discernement peut acquérir la capacité d'ester. Selon la lit. a, le mineur ou l'interdit capable de discernement peut exercer seul ses *droits strictement personnels* (art. 19 al. 2 CC). On range notamment dans cette catégorie les droits de la personnalité protégés par l'art. 28 CC et la LPD.

Par exemple, un travailleur victime de mobbing agit sur la base des art. 28 et 28a al. 1 ch. 2 et 3 CC[506], ou un employé se fonde sur l'art. 8 LPD pour faire valoir son droit à consulter son dossier personnel[507].

213 Entrent également dans cette catégorie toutes les actions aménagées par la loi pour protéger les biens de la personnalité, mais uniquement dans la mesure où elles n'ont pas essentiellement un caractère pécuniaire, c'est-à-dire qu'elles ne visent pas l'octroi de dommages-intérêts ; la prétention en réparation du tort moral est en revanche admise[508]. L'art. 328 CO constituant la version contractuelle de l'art. 28 CC, il nous paraît aller de soi que la partie victime de mobbing qui agit sur cette base exerce un droit strictement personnel. Il convient toutefois d'excepter les cas où elle ne fait que réclamer des dommages-intérêts[509].

214 Le second cas de figure réservé par l'art. 67 al. 3 CPC est le *péril en la demeure* (lit. b). On peut envisager l'hypothèse où il s'agit de sauvegarder un délai de péremption ou de recours, alors que le représentant légal ne peut être atteint[510]. A notre sens, l'exception devrait aussi concerner la sauvegarde d'un délai de prescription.

---

leur représentant légal, si elles sont dépourvues de l'exercice des droits civils, et non au juge de pallier cette carence.

504 Cf. infra N 260 et la référence en n. 664.

505 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 141 N 7.

506 Outre la relation contractuelle entre l'employeur et le travailleur et la possibilité pour le mobbé d'agir sur la base de l'art. 328 CO, celui-ci peut également se fonder sur l'art. 28 CC et agir en cessation ou en constatation de l'atteinte. Sur ce dernier point, voir toutefois infra N 435 ss.

507 ATF 120 II 118, c. 2, JdT 1995 I 141.

508 ATF 127 IV 193, c. 5b/ee ; DESCHENAUX/STEINAUER, 70 N 228a ; MEIER/STETTLER, 486 s. N 823 et n. 1814.

509 Dans la pratique toutefois, il est très rare qu'un travailleur agisse contre son employeur en cessation de l'atteinte, sur la base de l'art. 328 CO, les travailleurs osant rarement engager un procès à l'encontre de leur employeur alors que les relations contractuelles sont encore pendantes. Il est plus courant que seuls des dommages-intérêts soient réclamés par la suite, une fois les rapports de travail résiliés. Il faut cependant réserver l'action en réparation du tort moral.

510 MEIER (2010), 153 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 156 N 9.

Par exemple, le travailleur qui entend réclamer une indemnité pour résiliation abusive doit le faire dans un délai de 180 jours à compter de la fin du contrat (art. 336b al. 2 CO), de sorte que si son représentant légal ne peut pas être atteint avant l'expiration de ce délai, la capacité d'ester doit être reconnue à l'intéressé. De même si la prétention doit être invoquée sans délai sous peine de se voir prescrite.

215 Une troisième exception, déduite du droit matériel et de la jurisprudence du Tribunal fédéral, concerne le mineur capable de discernement, qui peut faire valoir en justice les *droits liés à l'administration et à la jouissance du produit de son travail* (art. 323 al. 1 CC)[511]. Cela vise par exemple l'adolescent[512] qui travaille pour gagner un peu d'argent de poche ou celui qui entame un apprentissage[513]. Le Tribunal fédéral considère en effet que l'art. 323 al. 1 CC, qui confère au mineur capable de discernement l'administration et la jouissance du produit de son travail, implique également la capacité de faire valoir en justice les droits qui s'y rattachent[514]. Le mineur peut ainsi agir contre son employeur en paiement de son salaire (art. 322 ss, 324 ss, 337c al. 1 CO), de ses heures supplémentaires (art. 321c CO), du montant correspondant au solde de ses vacances non prises (art. 329d CO), de celui lié aux frais imposés par l'exécution du travail (art. 327a CO) ou encore d'une indemnité pour licenciement abusif (art. 336a CO)[515] ou immédiat injustifié (art. 337c al. 3 CO). En revanche, il n'est par exemple pas habilité à agir seul, sans le consentement de son représentant légal, s'il entend réclamer des dommages-intérêts pour atteinte à sa personnalité au sens de l'art. 328 CO, puisqu'il ne s'agit pas d'une prétention liée à l'administration ou à la jouissance du produit de son travail[516]. La même règle s'applique au mineur sous tutelle[517]. La poursuite portant sur une

511 E. STAEHELIN/SCHWEIZER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 23 ad art. 67 CPC ; FISCHER (in BAKER & MCKENZIE), N 10 ad art. 67 CPC.

512 Selon l'art. 30 LTr, l'âge minimum pour employer un jeune est fixé à 15 ans révolus, sauf exceptions prévues aux al. 2 et 3.

513 Lorsque le contrat d'apprentissage est signé conjointement avec le représentant légal, celui-ci doit également être partie au procès. SCHÜRCH, 159 et VETSCH, 303 s., vont encore plus loin puisqu'ils estiment qu'en pareil cas, le mineur ne dispose plus de la capacité d'ester, le contrat n'ayant pas été conclu de manière indépendante.

514 ATF 112 II 102, c. 1.

515 BARBEY (Procédure), 114.

516 Ni d'ailleurs au titre de droit strictement personnel, cf. supra N 212.

517 Telle est la solution retenue par le nouvel art. 327b CC, introduit dans le cadre de la révision du droit de la tutelle et dont la date d'entrée en vigueur n'est à ce jour pas encore connue, qui prévoit que « le statut juridique de l'enfant sous tutelle est le même que celui de l'enfant soumis à l'autorité parentale ». Le Message concernant la révision du Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) précise expressément que ce renvoi comprend également l'art. 323 al. 1 CC, voir FF 2006 6635, 6734. Cette question était auparavant controversée en doctrine ; dans le même sens que le Projet, cf. notamment : FRANCK/STRÄULI/MESSMER, N 62 ad § 27/28 ZPO ZH ; JEANDIN (2003), 12 ; VOGEL/SPÜHLER, 139 N 29. *Contra* : DESCHENAUX/STEINAUER, 86 N 278 ; MEIER/STETTLER, 497 N 847.

créance en lien avec l'administration du produit du travail doit d'ailleurs être notifiée tant au mineur[518] qu'à son représentant légal (art. 68c al. 2 LP).

216 Lorsqu'une personne capable de discernement octroie à un tiers une procuration pour la conduite d'un procès, les parties ayant précisé dans le contrat que ces pouvoirs ne s'éteindraient pas même en cas de perte par le représenté de l'exercice des droits civils, la convention est valable, les art. 35 al. 1 et 405 al. 1 CO étant de nature dispositive. Partant, le représentant dûment autorisé peut ouvrir action pour le représenté, même si celui-ci a perdu la capacité d'ester[519].

5. La qualité pour agir et pour défendre

217 Le défaut de qualité pour agir ou pour défendre[520] doit être relevé d'office par le tribunal et entraîne l'irrecevabilité de la demande[521]. Celle-ci doit notamment être prononcée lorsqu'une procédure n'est pas ouverte par ou contre des consorts nécessaires[522], ceux-ci ne disposant pas seuls de la qualité pour agir/défendre[523] ; de même lorsque la partie est en faillite, la masse disposant seule de la qualité pour agir/défendre (art. 197 et 240 LP ; voir art. 319 LP en cas de concordat par abandon d'actifs).

6. L'absence de litispendance préexistante

218 Selon l'art. 59 al. 2 lit. d CPC, la cause ne doit pas faire l'objet d'une litispendance préexistante, c'est-à-dire qu'une affaire identique opposant les mêmes parties ne peut pas être portée en justice devant un autre tribunal (art. 64 al. 1 lit. a CPC)[524]. Le but est d'empêcher que des jugements contradictoires concernant le même objet litigieux soient rendus[525].

---

518 ATF 106 III 8, c. 2, JdT 1981 II 108.

519 ATF 132 III 222, c. 2, JdT 2006 I 252 : in casu, c'est un accident vasculaire cérébral qui a entraîné la perte de la capacité de discernement du représenté, et donc de sa capacité d'ester.

520 Sur la notion de qualité pour agir/défendre, voir infra N 303 ss, ainsi que N 309 s. s'agissant de sa distinction avec la légitimation active/passive.

521 BOHNET (RDS), 293 et (Exceptions), 152 N 34 ; ZÜRCHER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 69 ad art. 59 CPC.

522 BOHNET (CPCN), N 3 ad art. 27 CPCN et (RDS), 294 ; SCHAAD, 43 ; SCHWANDER (Beteiligung), 358. Le Message CPC, 6894 ad art. 68 P-CPC, parle à tort de défaut de légitimation et de rejet de l'action et confond ainsi à notre avis les deux notions de qualité pour agir/défendre et de légitimation active/passive ; voir, sur cette distinction, infra N 309.

523 HABSCHEID (1981), 180.

524 ATF 128 III 284, c. 3b ; 114 II 183, c. 2a, JdT 1990 II 130.

525 ATF 105 II 229, c. 1a, JdT 1980 I 281. Voir sur cette question REYMOND (1991), 28 ss.

Par exemple, si le travailleur ouvre une première action visant au paiement d'une indemnité pour congé abusif au sens de l'art. 336a CO, puis une seconde en invoquant un licenciement immédiat injustifié (art. 337c CO), le tribunal saisi en second lieu doit se déclarer incompétent pour cause de litispendance préexistante[526]. En effet, le Tribunal fédéral considère qu'une résiliation immédiate injustifiée à laquelle s'ajoute un motif abusif n'entraîne pas de sanction supplémentaire, de sorte qu'il n'est pas possible pour le travailleur de cumuler les indemnités des art. 336a et 337c CO[527]. La même solution est retenue par notre haute cour en cas de licenciement successifs, le premier ayant été donné pour un motif abusif, le second pour un motif immédiat injustifié, le cumul des indemnités étant exclu[528].

219 En pratique, l'identité des causes est le plus souvent *partielle*[529]. Ainsi, lorsque l'action premièrement introduite englobe l'objet du second procès, l'exception de litispendance doit être admise. En revanche, lorsque la seconde procédure a un objet plus étendu, l'exception de litispendance ne doit être acceptée que dans la mesure de l'identité partielle. Il est alors vraisemblable que, dans un tel cas, les deux causes seront jointes par le tribunal (art. 125 lit. c CPC)[530].

Ainsi, lorsque le travailleur invoque à l'occasion d'une première procédure un licenciement abusif et réclame à ce titre une indemnité au sens de l'art. 336a CO, puis fait valoir dans un second procès une indemnité pour licenciement abusif ainsi qu'une indemnité pour tort moral au sens de l'art. 49 CO[531], la deuxième procédure a un objet plus étendu et l'irrecevabilité de la demande doit porter uniquement sur la question de l'indemnité au sens de l'art. 336a CO.

Une identité partielle existe également si le travailleur réclame le paiement des heures supplémentaires effectuées sur les cinq dernières années alors qu'une procédure sur cette question a déjà été introduite une année auparavant et est toujours pendante. Les prétentions fondées sur les heures des quatre premières années seront déclarées irrecevables, seules les heures accomplies depuis l'introduction du premier procès, puisqu'elles n'en font pas l'objet, devant être examinées par le tribunal.

En revanche, si le travailleur dépose une première demande relative au paiement d'une indemnité pour licenciement abusif, puis une seconde tendant au paiement d'heures supplémentaires, de jours de congé non payés ainsi que du solde de ses vacances non prises, il n'y a pas identité de cause et par conséquent pas litispendance[532]. Il est en effet possible

526 La même règle vaut à l'inverse lorsque la première demande se fonde sur un licenciement immédiat et la seconde sur un congé abusif.

527 ATF 121 III 64, c. 2a. Dans ce cas, seule l'indemnité de l'art. 337c al. 3 CO peut être allouée par le juge.

528 ATF 121 III 64, c. 2b. Seule l'indemnité de l'art. 337c al. 3 CO peut être allouée en pareil cas.

529 REYMOND (2008), 44 s. et (1991), 200 ss.

530 Cf. infra N 376 ss.

531 Le cumul de l'indemnité au sens de l'art. 336a CO et de celle pour tort moral de l'art. 49 CO n'est admise par le TF que dans des cas exceptionnels, voir ATF 135 III 405, c. 3.1 ; TF du 12.9.2008, 4A_279/2008, c. 4.2.1 et 5, JAR 2009 341 ; TF du 16.6.2005, 4C.84/2005, c. 5.1, et les réf. citées. Rien n'empêche cependant le demandeur de prétendre aux deux indemnités.

532 CCass. NE du 29.4.2002, RJN 2002 172.

de faire valoir, par des actions séparées, des prétentions issues d'un même rapport de travail mais reposant sur des fondements juridiques distincts[533].

220 Le début de la litispendance est marqué par le dépôt de la requête de conciliation ou de la demande en justice[534], voire de la requête en justice[535] (art. 62 al. 1 CPC). Selon le Message CPC, la notion de « dépôt de la demande/requête » comprend « tout acte introductif ou préparatoire demandant pour la première fois la protection au juge dans la forme requise »[536]. C'est de cette manière que l'on déterminera dans un cas concret quelle procédure a été introduite en premier lieu. La demande introduite en second lieu ne doit toutefois être déclarée irrecevable qu'après que le premier tribunal saisi est entré en matière sur le fond, sans quoi la cause doit être suspendue dans l'intervalle (art. 126 al. 1 CPC)[537].

7. L'absence de décision entrée en force

a. La définition

221 Aux termes de l'art. 59 al. 2 lit. e CPC, le litige ne doit pas avoir fait l'objet d'une décision entrée en force. Même si le tribunal doit examiner la question d'office, dans les faits il revient le plus souvent au défendeur d'opposer l'exception de chose jugée, tout comme l'exception de litispendance d'ailleurs[538], puisqu'il est le mieux à même de savoir si respectivement un procès portant sur les mêmes prétentions a déjà eu lieu ou une procédure est toujours pendante.

222 Selon le Tribunal fédéral, il y a autorité de la chose jugée lorsque la prétention litigieuse entre les parties est identique à celle qui a déjà fait l'objet d'une décision passée en force[539]. Tel est le cas lorsque la décision n'est pas ou plus susceptible d'appel, celui-ci entraînant l'effet suspensif de la décision (art. 315

---

533 BK-REHBINDER, N 15 *i.f.* ad art. 343 CO ; STREIFF/VON KAENEL, N 7 ad art. 343 CO ; CCass. NE du 29.4.2002, RJN 2002 172 ; TC VS du 18.1.2001, RVJ 2001 294, c. 4. Voir sur cette question infra N 411 ss.

534 Dans les cas où la procédure de conciliation préalable est exclue ou lorsque les parties ou le demandeur seul peuvent y renoncer, voir infra N 750 ss.

535 En procédure sommaire, par exemple lorsque le demandeur introduit une requête de mesures provisionnelles.

536 Message CPC, 6891 ad art. 60 P-CPC. Voir également ATF 118 II 479, c. 3 ; 114 II 335, c. 3a, JdT 1989 I 337 ; GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 62 CPC.

537 BOHNET (RDS), 256, qui relève à juste titre qu'il ne suffit pas que le tribunal se soit prononcé sur sa compétence, une entrée en matière sur le fond étant déterminante. Voir également infra N 537.

538 Cf. infra N 260 et la n. 662.

539 TF du 20.2.2004, 5C.242/2003, c. 2.1 : « Un jugement a l'autorité de la chose jugée lorsqu'il est obligatoire, c'est-à-dire qu'il ne peut plus être remis en discussion ni par les parties, ni par les tribunaux ».

CPC)[540]. Le recours au sens de l'art. 319 CPC n'a en revanche d'effet suspensif que si l'instance de recours lui en octroie un (art. 325 al. 2 CPC)[541]. Quant au recours en matière civile devant le Tribunal fédéral, celui-ci n'a d'effet suspensif que lorsqu'il est dirigé contre un jugement constitutif ou que le juge instructeur lui accorde un tel effet (art. 103 LTF)[542]. Cette seconde hypothèse vaut également vis-à-vis du recours constitutionnel subsidiaire (art. 117 LTF qui renvoie à l'art. 103 al. 3 LTF)[543].

223 La prétention litigieuse est identique lorsque, « dans l'un et l'autre procès, les parties ont soumis au juge la même prétention en se fondant sur les mêmes causes juridiques et les mêmes faits »[544]. Il n'y en revanche pas identité « si la seconde action se fonde sur le même motif, mais que des circonstances nouvelles pertinentes sont invoquées, dont découlerait la prétention sous sa nouvelle forme »[545].

224 En principe, seul le jugement au fond jouit de l'autorité de la chose jugée, la décision procédurale n'en jouissant tout au plus que sur la question de recevabilité qu'elle a tranchée[546]. Un jugement au fond doit être distingué d'une décision procédurale uniquement sur la base de son contenu, sans égard à sa dénomination. Une décision procédurale ne change pas de nature parce que le juge a déclaré mal fondée une demande alors qu'il devait la déclarer irrecevable, ou inversement[547]. En cas de désistement, d'acquiescement ou de transaction, ceux-ci ont les mêmes effets qu'une décision entrée en force et disposent par conséquent de l'autorité de la chose jugée (art. 208 al. 2 et 241 al. 2 CPC).

---

540 Cf. infra N 832.

541 Cf. infra N 845.

542 Cf. infra N 876.

543 Cf. infra N 878.

544 ATF 123 III 16, c. 2a, JdT 1999 I 99, qui précise également que « l'identité des prétentions ne doit pas s'entendre d'un point de vue grammatical, mais matériel. Elle est déterminée par les conclusions prises et jugées dans le premier procès » ; TF du 4.4.2002, 4C.21/2002, c. 3, RJJ 2002 247 : « Pour dire s'il y a ou non chose jugée, il faut comparer la prétention invoquée dans la seconde procédure avec le contenu objectif du jugement rendu dans le premier procès ». Voir également ATF 128 III 284, c. 3b ; 125 III 241, c. 1, JdT 1999 I 443 ; TF du 27.6.2006, 4C.82/2006, c. 3.3.

545 ATF 112 II 268, c. 1a, JdT 1987 I 241 ; 109 II 26, c. 2, JdT 1983 I 260 : « La chose jugée n'est pas opposable à la partie qui fait valoir dans le second procès d'importants faits nouveaux ; il y manque alors l'identité d'objet ». Voir à ce propos BOHNET (RDS), 297.

546 ATF 123 III 16, c. 2a, JdT 1999 I 99 ; 121 III 474, c. 4a, JdT 1996 I 230 ; 115 II 187, c. 3a et b, JdT 1989 I 586 : « Le juge rend une décision au fond quand il apprécie les allégations des parties au regard du droit matériel ».

547 ATF 115 II 187, c. 3b, JdT 1989 I 586 ; 101 II 375, c. 1 ; TF du 27.6.2006, 4C.82/2006, c. 3.4, RSPC 2006 362.

b. Casuistique

225 Dans une affaire jurassienne, un travailleur et son ex-employeur avaient signé une transaction judiciaire portant sur la *nullité du congé* donné en temps inopportun et sur le *salaire dû* au travailleur pour la période de son licenciement ; dans la convention, il avait été tenu compte de l'incapacité de travail de l'employé. Une seconde procédure a ensuite été introduite par celui-ci, portant sur une somme correspondant au décompte d'*indemnités perte de gain*. La demande a été déclarée irrecevable au motif que, dans la transaction judiciaire, les parties avaient fixé leur position non seulement sur la nullité du congé donné au cours de la période de protection, mais également sur les conséquences – notamment pécuniaires – de cette situation[548]. Les parties avaient en effet convenu au ch. 1 de la convention que l'employeur annoncerait l'incapacité de travail de l'employé à son assurance perte de gain et s'engagerait à respecter les formalités en cas de passage à l'assurance. Le Tribunal fédéral a également écarté l'argument du demandeur selon lequel le fait que la créance était devenue exigible entre la première et la seconde procédure constituait un fait nouveau permettant de nier l'identité des deux procès. Selon lui, tant la nature de la créance, son étendue que la période au cours de laquelle elle deviendrait exigible étaient connues lors de la transaction judiciaire, de sorte qu'elles avaient expressément été prises en considération. Ce fait nouveau ne remettait ainsi pas en cause l'identité d'objet des deux procès.

226 Le Tribunal fédéral a en revanche retenu qu'il n'y avait pas identité de l'objet du litige, ni par conséquent autorité de chose jugée, lorsque la première procédure tend à faire constater la violation d'une clause de *prohibition de faire concurrence*, alors que la seconde porte sur la cessation de la contravention ainsi que sur le paiement de la peine conventionnelle[549]. Selon lui, l'autorité de la chose jugée ne s'étend ni aux constatations de fait ni aux décisions sur des questions juridiques qui constituent la base du jugement. Autrement dit, l'exception de chose jugée n'est pas déjà fondée du seul fait que la question juridique fondamentale dont dépend la décision est la même que dans le premier procès. Dans le cas d'une action en constatation suivie d'une action en paiement, il y a un effet préjudiciel de la chose jugée, c'est-à-dire qu'il y a autorité de chose jugée de la décision portant sur l'action constatatoire, le tribunal saisi en second lieu y étant lié[550]. Notre haute cour considère également qu'il n'y a pas autorité de chose jugée d'un jugement de mesures provisionnelles condamnant le travailleur à s'abstenir d'exercer une activité concurrente par

548 TF du 4.4.2002, 4C.21/2002, RJJ 2002 247. En effet, le ch. 2 de la transaction précisait notamment que le travailleur avait « déjà été payé pendant le délai de résiliation », le ch. 3 stipulant en outre que « les parties n'ont plus aucune revendication à faire l'une contre l'autre au titre de l'exécution du contrat de travail ».

549 ATF 99 II 172, c. 2, JdT 1974 I 263.

550 ATF 120 II 172, c. 3a ; BOHNET/SCHWEIZER, 41 N 69 et 69 N 154.

rapport à un éventuel procès portant sur le paiement de la peine conventionnelle, dès lors que le tribunal ne s'est pas prononcé sur la validité de la clause de prohibition de faire concurrence en tant que telle[551].

227 L'absence de chose jugée a également été retenue dans un cas où le premier procès portait sur une *demande de paiement du salaire* jusqu'au terme ordinaire de congé suite à un licenciement immédiat injustifié au sens de l'art. 337c al. 1 CO, alors que le second visait l'*octroi d'une indemnité* sur la base de l'art. 337c al. 3 CO. C'est ce qu'ont retenu le Tribunal cantonal du Valais et l'Arbeitsgericht de Zurich[552], au motif que les deux demandes reposent sur des fondements juridiques différents et qu'il n'y a en outre pas de danger d'aboutir à des jugements contradictoires. Ces deux décisions correspondent à la jurisprudence fédérale selon laquelle l'exception de chose jugée n'est pas déjà fondée du seul fait que la question fondamentale dont dépend le second jugement est la même que dans le premier procès[553].

8. Le versement des avances et des sûretés

228 Aux termes des art. 98 et 99 CPC, le demandeur peut être astreint à des avances de frais ainsi qu'à des sûretés en garantie du paiement des dépens[554]. Si elles ne sont pas fournies dans le délai imparti par le juge (art. 101 al. 1 CPC), celui-ci prononce la demande irrecevable après avoir accordé un délai supplémentaire au demandeur (art. 59 al. 1 et 2 lit. f et 101 al. 3 CPC).

9. L'autorisation de procéder

229 La procédure au fond est en principe toujours précédée d'une tentative de conciliation (art. 197 CPC), sauf exceptions des art. 198 et 199 CPC[555]. Si la conciliation n'aboutit pas, l'autorité délivre au demandeur une autorisation de procéder, valable pendant trois mois (art. 209 al. 1 et 3 CPC), sauf délai légal ou judiciaire plus court pour introduire action (art. 209 al. 4 *i.f.* CPC), par exemple celle en libération de dette (20 jours à compter de la mainlevée, art. 83 al. 2 LP) ou en validation de mesures provisionnelles avant litispendance (délai fixé par le juge, art. 263 CPC). L'autorisation de procéder (art. 209 CPC), cas échéant la déclaration de renonciation à la procédure de conciliation (art. 199 CPC), doit être jointe à la demande en procédure ordinaire comme simplifiée (art. 221 al. 2 lit. b et 244 al. 3 lit. b CPC) – mais non en procédure sommaire puisqu'elle

551 TF du 17.11.2003, 4P.137/2003, c. 3.
552 TC VS du 18.1.2001, RVJ 2001 294, c. 4b ; AGer ZH du 1.2.1990, JAR 1991 400, ZR (89) 1990 N 123, c. 3.2. Voir cependant les cas dans lesquels l'abus de droit peut être retenu lorsque le demandeur introduit deux demandes successives, cf. infra N 412.
553 Cf. supra N 226 et la réf. en n. 549.
554 Voir à ce propos infra N 486.
555 Cf. infra N 750 ss.

échappe à la tentative de conciliation préalable (art. 198 lit. a CPC). L'autorisation de procéder, cas échéant la déclaration de renonciation – pour peu que celle-ci soit valable, c'est-à-dire qu'elle réalise l'un des cas de l'art. 199 CPC[556] – constitue ainsi une condition de recevabilité de la demande[557]. Si le demandeur ne la présente pas, le juge doit déclarer la demande irrecevable, après lui avoir fixé un délai pour transmettre le document (art. 56 CPC). En revanche, si le demandeur a omis de procéder par la phase de conciliation préalable, il doit déposer une requête de conciliation devant l'autorité compétente. S'il entend maintenir la litispendance à la date du dépôt de la demande déclarée irrecevable, il lui suffit de déposer la requête de conciliation dans le mois qui suit la déclaration d'irrecevabilité (art. 63 al. 2 CPC).

230 Comment faut-il régler le cas de l'autorisation de procéder délivrée par une autorité de conciliation incompétente ? La question a tout son intérêt en matière de conflit de travail, au vu des fors partiellement impératifs de l'art. 34 CPC mais aussi de la compétence exclusive des tribunaux du travail dans les cantons qui en connaissent, lorsque le tribunal compétent au fond œuvre également en tant qu'autorité de conciliation[558]. Même si l'autorité de conciliation doit vérifier d'office sa compétence à raison du lieu et de la matière[559], il est envisageable qu'une autorité se déclare à tort compétente et délivre une autorisation de procéder.

231 Lorsque l'autorisation de procéder est délivrée par une autorité de conciliation incompétente à raison du lieu ou de la matière et que *le défendeur n'a pas soulevé le vice*, elle doit être reconnue comme valable par le tribunal saisi au fond[560]. La partie qui soulèverait ce moyen devant le tribunal agirait de manière contraire à la bonne foi (art. 52 CPC)[561]. Par ailleurs, le but de la conciliation préalable, qui est d'amener les parties à résoudre le conflit à l'amiable, a dans tous les cas été atteint[562]. Le tribunal saisi – valablement – au fond a de surcroît toujours la possibilité de tenter à nouveau la conciliation (art. 124 al. 3 CPC). Admettre que les parties doivent réentamer une procédure devant l'autorité de

---

556 Cf. infra N 751 ss.

557 COURVOISIER (in BAKER & MCKENZIE), N 12 ad art. 59 CPC ; SANDOZ, 85 N 82 ; TAPPY (2008), 189 ; ZÜRCHER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 57 ad art. 59 CPC.

558 Voir par exemple § 4 lit. b EG ZPO AG ou art. 41 CDPJ VD.

559 Cf. infra N 257.

560 BOHNET (RDS), 266 s. n. 434 ; GASSER/RICKLI, N 6 ad art. 202 CPC ; TAPPY (2008), 176 s. ; comp. CJ GE du 16.9.1988, SJ 1988 522, c. 6 et LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, N 2 ad art. 144 ZPO BE.

561 Comp. TF du 6.4.2001, 4C.347/2000, c. 2b, DB 2001 N 24 : « le moyen tiré du défaut de conciliation est nettement constitutif d'un abus de droit, qui peut être retenu même à l'égard d'un moyen dont le juge doit se saisir d'office » ; ATF 111 Ia 161, c 1a : « il est contraire au principe de la bonne foi d'invoquer après coup des moyens que l'on avait renoncé à faire valoir en temps utile en cours de procédure, parce que la décision intervenue a finalement été défavorable ».

562 Comp. CJ GE du 16.9.1988, SJ 1988 522, c. 6.

conciliation compétente irait en contradiction avec le principe d'économie de procédure et serait constitutif de formalisme excessif. En revanche, le tribunal saisi au fond doit, lui, être compétent à raison du lieu comme de la matière.

Par exemple, un conflit oppose un employeur à l'un de ses employés qui habite et travaille à Montreux. Les prétentions sont inférieures à 30'000 francs. La procédure de conciliation se déroule devant le tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne, sans que le travailleur proteste quand bien même le for se trouve à Montreux et que le tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois, qui œuvre en tant qu'autorité de conciliation également, est compétent. La conciliation n'ayant pas abouti, l'autorisation de procéder délivrée par le tribunal lausannois est néanmoins valable. La procédure au fond doit cependant dans tous les cas se dérouler devant le tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois.

232 Si, à l'inverse, l'autorisation de procéder émane d'une autorité de conciliation dont *l'incompétence à raison du lieu ou de la matière a été soulevée, avec raison mais en vain, par le défendeur*, elle ne constitue pas un titre valable pour la saisine du juge au fond[563]. Une nouvelle requête de conciliation préalable doit être introduite par le demandeur, devant l'autorité compétente. La partie défenderesse qui a contesté à juste titre la compétence de l'autorité saisie ne doit en effet pas souffrir de la décision erronée de celle-ci. Admettre le contraire reviendrait à permettre aux autorités de conciliation de se dispenser dans tous les cas de vérifier leur compétence à raison du lieu et de la matière, puisqu'elles ne devraient pas craindre de sanction en cas d'incompétence.

10. Le respect de la procédure applicable

233 Pour que le tribunal entre en matière, il faut que le demandeur procède selon les règles du type de procédure applicable au litige (ordinaire, simplifiée ou sommaire[564]), sous peine d'irrecevabilité de la demande[565]. Le tribunal devrait néanmoins préalablement attirer l'attention de la partie sur ce point et lui fixer un délai pour procéder conformément aux règles de la procédure applicable à la cause (art. 56 et 132 al. 1 CPC) lorsque l'acte n'est que partiellement vicié, par exemple parce que la demande soumise à la procédure ordinaire est structurée en allégués distincts sans que figurent pour chacun d'eux les offres de preuve ; en revanche, l'acte qui prend la forme d'une simple lettre décrivant sommairement l'objet du litige et proposant l'audition de quelques témoins ne remplit manifestement pas les conditions de l'art. 221 CPC et doit d'entrée de cause être déclaré irrecevable[566]. L'art. 63 al. 2 CPC prévoit d'ailleurs que l'acte qui n'a pas été introduit selon la procédure prescrite peut être réintroduit dans le

563 BOHNET (RDS), 266.
564 Sur ces différentes procédures, cf. infra respectivement N 763 ss, 777 ss et 792 ss.
565 BOHNET (RDS), 271 ; COURVOISIER (in BAKER & MCKENZIE), N 12 ad art. 59 CPC ; SCHWANDER (Prozessvoraussetzungen), 203 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 396 N 2 ; SUTTER-SOMM (PCEF), 317.
566 BOHNET (RDS), 272. Voir aussi BSK ZPO-GEHRI, N 8 ad art. 60 CPC.

mois suivant le prononcé d'irrecevabilité, la date du premier dépôt étant maintenue pour fixer le moment de la litispendance.

Par exemple, le demandeur prend des conclusions à hauteur de 30'000 francs et prétend en sus à la délivrance d'un certificat de travail[567] ; il procède selon les règles de la procédure simplifiée en déposant une simple lettre, alors qu'il est en fait soumis à la procédure ordinaire ; sa demande doit être déclarée irrecevable par le tribunal.

234 Lorsque des conditions spéciales sont posées à un certain type de demande, telle que la protection dans les cas clairs ou l'introduction d'une demande reconventionnelle[568], la requête doit être déclarée irrecevable si l'une ou l'autre condition n'est pas réalisée[569].

11. Le respect des délais de déchéance

235 Certains délais *péremptoires* inscrits dans la loi doivent être respectés sous peine de voir la requête ou la demande déclarée irrecevable. Il s'agit en particulier des délais de déchéance en matière de demandes formatrices[570]. Celles-ci doivent être introduites dans un certain laps de temps, défini par la loi, faute de quoi le droit formateur ne peut plus être invoqué. C'est pourquoi il s'agit d'un problème de recevabilité de la prétention et non de bien-fondé de celle-ci[571].

En matière de contrat de bail, l'art. 273 CO prévoit par exemple des délais péremptoires de 30 ou 60 jours pour saisir l'autorité de conciliation d'une demande en contestation du congé ou en prolongation de bail[572].

236 Des délais péremptoires en droit du travail sont prévus en particulier dans les situations suivantes :

- la demande en indemnité pour licenciement abusif ou discriminatoire à raison du sexe doit être introduite par le travailleur dans les 180 jours à compter de la fin du contrat (art. 336b al. 2 CO et 9 LEg) ;
- la demande en annulation du congé fondée sur l'art. 10 LEg doit être introduite dans le délai de congé (al. 3) ;
- la demande en indemnité pour discrimination à l'embauche doit être introduite dans les trois mois dès la communication par l'employeur du refus d'embauche (art. 8 al. 2 LEg) ;
- la demande en indemnité ou en réparation du dommage supplémentaire subi par l'employeur du fait de la non-entrée en service ou de l'abandon de poste

---

567 L'action en délivrance d'un certificat de travail a une valeur en argent qu'il s'agit de prendre en compte dans la détermination de la valeur litigieuse, cf. supra N 169 ss.

568 Cf. infra respectivement N 484 et 449 ss.

569 ZÜRCHER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 82 ad art. 59 CPC.

570 BOHNET (RDS), 307.

571 BOHNET (Exceptions), 152 N 34.

572 TF du 22.5.2008, 4A_171/2008, c. 1.2 ; CORBOZ (1996), 23 ; BSK-WEBER, N 3 ad art. 273 CO.

injustifié de l'employé doit être introduite dans les 30 jours dès la non-entrée en place ou l'abandon d'emploi (art. 337d al. 3 CO).

237 La péremption, puisqu'elle opère de plein droit, doit être relevée d'office par le juge[573]. Il faut que la *requête de conciliation*, cas échéant la requête ou la demande en justice (cas des art. 198 et 199 CPC), c'est-à-dire l'acte fixant le début de la litispendance (art. 62 et 64 al. 2 CPC), soit introduite dans le délai. Lorsque l'échéance du délai tombe sur un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu par le droit fédéral ou le droit cantonal du siège du tribunal, la requête ou la demande peut être déposée au plus tard le premier jour ouvrable suivant (art. 142 al. 3 et 143 al. 1 CPC). En cas de prononcé d'irrecevabilité pour cause d'incompétence ou de mauvaise application du type de procédure, l'art. 63 al. 1 et 2 CPC permet en outre au demandeur de réintroduire un acte valable dans le mois qui suit et de sauvegarder la date de la litispendance, partant d'éviter, dans certains cas, que le droit ne se périme. Lorsque le demandeur fait défaut à l'audience de conciliation ou que les deux parties sont défaillantes aux débats principaux, la requête est déclarée retirée et la cause rayée du rôle[574] ; si une requête est réintroduite ultérieurement, alors que le délai est arrivé à échéance, elle doit être déclarée irrecevable.

12. Le respect de la procédure préalable à la saisine du tribunal

238 Dans certains domaines, la loi prévoit que la partie doit respecter une certaine procédure avant de saisir les tribunaux. En matière de bail, le Tribunal fédéral a jugé que le locataire qui réclamait une diminution de loyer devait voir sa requête jugée irrecevable s'il avait omis de suivre la procédure préalable de l'art. 270a al. 2 CO (demande écrite adressée au bailleur qui dispose d'un délai de 30 jours pour se déterminer)[575]. Notre haute cour a fondé son raisonnement sur le fait que le respect de cette procédure n'était pas une simple règle d'ordre mais avait pour but de permettre aux parties d'échanger leur position au sujet du loyer futur et d'éviter au bailleur de se voir attrait en justice sans avoir pu se déterminer.

239 En droit du travail, cette jurisprudence peut être transposée en matière de procédure préalable en contestation du congé abusif (art. 336b al. 1 CO) ou du congé discriminatoire à raison du sexe (art. 9 LEg, qui renvoie à l'art. 336b CO). Le but premier de la norme est en effet de permettre aux parties de s'entendre sur un éventuel maintien des rapports de travail avant que ceux-ci ne soient

573 ATF 131 III 566, c. 3.2 ; CCiv. VD du 21.12.2007, JAR 2009 631, c. IV/b ; WYSS (1957), 28-30.

574 Voir infra respectivement N 563 et 568.

575 ATF 132 III 702, c. 4.2, JdT 2007 I 47, RSPC 2007 22. Voir également BOHNET (RDS), 263 et SCHWANDER (Prozessvoraussetzungen), 198.

échus[576]. Ainsi, si le travailleur n'a pas fait opposition au congé par écrit[577] auprès de son employeur avant le terme du délai de congé, le tribunal doit constater l'irrecevabilité de la demande en indemnité pour licenciement respectivement abusif ou discriminatoire, la péremption du délai pour faire opposition devant être examinée d'office par le juge[578]. Toutefois, le but visé par l'opposition préalable de l'employé étant également d'assurer la sécurité du droit, d'attirer l'attention de l'employeur sur le fait que sa décision est contestée et de lui permettre de sauvegarder ses moyens de preuve[579], il faut admettre un abus de droit de l'employeur qui se prévaudrait du vice de forme alors qu'il a lui-même dissuadé l'employé de former opposition écrite en le maintenant dans l'espoir d'une solution favorable à ses intérêts[580] ; en pareil cas, la demande ne doit pas être déclarée irrecevable.

240 En cas d'action d'une organisation en constatation d'une discrimination à raison du sexe, l'art. 7 al. 1, 2ème phrase, LEg impose que le défendeur prenne préalablement position sur la discrimination prétendue, afin cas échéant de régulariser la situation avant l'ouverture d'un procès[581]. Si l'organisation ne donne pas à la partie la possibilité de se déterminer, ou si le délai imparti est trop court[582], la demande en constat doit être déclarée irrecevable.

241 En matière de certificat de travail, la Cour d'appel des prud'hommes du canton de Genève a retenu que le travailleur ne pouvait saisir le tribunal d'une requête visant à la rectification de son certificat qu'après l'avoir réclamée auprès de son employeur et avoir essuyé un refus (exprès ou tacite) de sa part[583]. Saisi d'un recours, le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte, dès lors que l'employé n'était de toute façon pas parvenu à prouver les faits justifiant l'établissement d'un certificat au contenu différent[584]. A notre avis, la solution genevoise ne doit pas être suivie. En effet, il ne se justifie pas d'imposer un tel comportement en

---

576 ATF 134 II 67, c. 5 : « La règle prévoyant l'opposition au congé a pour but de favoriser la négociation entre les parties et, au delà, la continuation du rapport de travail plutôt que le paiement d'une indemnité. » ; 123 III 246, c. 4c, JdT 1998 I 300 ; TC FR du 8.10.2007, RFJ 2007 171, c. 3 ; CCass. NE du 21.7.2003, RJN 2003 181, c. 7 ; BERSIER, (1993), 321 ; SUBILIA/DUC, N 5 ad art. 336b CO ; WYLER, 555 ; ZOSS, 311.

577 Par exemple, par lettre, par e-mail (AGer ZH du 12.11.1998, ZR 99 (2000) 218 N 88) ou encore par fax (AGer ZH du 28.2.2000, ZR 100 (2001) 244 N 85).

578 Cf. les réf. citées supra n. 573.

579 TF du 5.12.1995, SJ 1996 330, c. 2, JAR 1996 215 ; TC FR du 8.10.2007, RFJ 2007 171, c. 3 ; BARBEY (Procédure), 105 s ; ZOSS, 311.

580 TF du 5.12.1995, SJ 1996 330, c. 2, JAR 1996 215 ; TC FR du 8.10.2007, RFJ 2007 171, c. 3.

581 Voir infra N 737.

582 Celui-ci devrait être d'au minimum une semaine, voire plus selon les circonstances d'espèce, cf. infra N 737 et n. 2003.

583 C. app. Prud. GE du 14.3.2007, CAPH/46/2007, c. 9.4, suivi par CARRUZZO (2009), 407 N 12 ad art. 330a CO.

584 TF du 13.9.2007, 4A_127/2007, c. 7.4, JAR 2008 264.

matière de certificat de travail uniquement. Si le but poursuivi est probablement de permettre aux parties de s'entendre avant qu'un procès ne soit introduit, chaque cause devrait alors être précédée d'une réclamation adressée au défendeur, peu importe la nature de la prétention invoquée. Une telle exigence va cependant trop loin. Elle est d'une part excessivement contraignante pour le demandeur et, d'autre part, elle ne repose sur aucune base légale. En outre, l'objectif visé par une prise de position extrajudiciaire de la partie attaquée est déjà réalisé par l'instauration du préalable de conciliation obligatoire prévu à l'art. 197 CPC.

13. Le respect du contenu de la demande

242 Le Code pose certaines exigences quant au contenu de la demande, qui sont définies aux art. 221 et 244 CPC[585]. Il s'agit notamment de la désignation des parties et cas échéant de leur représentant, de l'allégation des faits, de l'indication des conclusions et de la valeur litigieuse.

243 S'agissant plus particulièrement des conclusions, le demandeur – ou le défendeur en cas de reconvention – est dans l'obligation de les individualiser et de les chiffrer[586]. Même s'il peut se dispenser de mentionner les arguments juridiques sur lesquels il fonde ses prétentions (vu le principe *iura novit curia*, art. 57 CPC, ainsi que les art. 221 al. 3 et 244 al. 2 CPC), le demandeur doit toujours préciser sur la base de quel état de fait repose chacune d'entre elles[587]. Cela permet non seulement au défendeur de se défendre en connaissance de cause[588], mais aussi de définir les contours d'une éventuelle autorité de chose jugée[589].

Par exemple, si le litige fait suite à un licenciement, celui-ci peut entraîner la réclamation de plusieurs montants à des titres variés tels que salaires pour vacances non prises (art. 329d CO), heures supplémentaires effectuées (art. 321c CO), indemnité pour licenciement abusif (art. 336a CO) ou pour tort moral (art. 336a al. 2 *i.f.* et 49 CO). L'employé ne peut ainsi pas se contenter d'indiquer qu'il réclame un certain montant fondé sur la fin des relations de travail.

244 Lorsque l'acte est incomplet, le tribunal doit interpeller le demandeur et l'inviter à apporter les précisions nécessaires en lui fixant un délai pour ce faire (art. 56 et 132 CPC)[590]. Si, malgré l'interpellation, le demandeur ne réagit pas, il appartient

---

585 Cf. infra N 764 ss (procédure ordinaire), 779 ss (procédure simplifiée) et 793 ss (procédure sommaire).

586 Comp. C. app. Prud. GE du 12.12.2007, JAR 2008 418, c. 2.2. Sur l'obligation de chiffrer et individualiser les prétentions, voir supra N 156 ss.

587 Comp. C. app. Prud. GE Prud. du 12.12.2007, JAR 2008 418, c. 2.

588 GULDENER (1979), 193.

589 C. app. Prud. GE du 12.12.2007, JAR 2008 418, c. 2.7.

590 COURVOISIER (in BAKER & MCKENZIE), N 21 ad art. 59 CPC ; HALDY (2009), 45 ; ZÜRCHER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 11 ad art. 59 CPC et N 17 ad art. 60 CPC. Voir

au tribunal de déclarer la demande irrecevable[591]. Le demandeur dispose toutefois de la possibilité de réintroduire son acte, non vicié, dans le délai d'un mois et de sauvegarder ainsi la litispendance (art. 63 al. 2 CPC par analogie)[592]. Par ailleurs, lorsque le vice est mineur, par exemple la désignation inexacte d'une partie qui ne laisse aucun doute ou l'intitulé erroné de l'acte qui remplit toutes les exigences formelles imposées par la loi, le juge doit le rectifier d'office ou sur interpellation d'une partie[593].

245 Une exception au principe développé au paragraphe précédent doit être admise lorsque s'appliquent la procédure simplifiée et la maxime inquisitoire sociale[594]. Malgré le vice et le défaut de rectification dans le délai imparti, le juge devrait néanmoins fixer l'audience et permettre au demandeur – peu importe qu'il s'agisse d'un employé ou d'un employeur – de le réparer à cette occasion, par une inscription au procès-verbal, par exemple s'il s'agit d'indiquer le montant exact des conclusions réclamées. Cette solution était appliquée devant les tribunaux de prud'hommes du canton de Vaud, sous l'empire de la procédure civile cantonale, au motif que la précision des conclusions devait se faire dans l'esprit de la procédure « non formaliste » qui avait cours devant ces juridictions et qui était consacrée à l'art. 343 al. 2 CO[595], disposition « visant surtout à favoriser le travailleur »[596]. Il faut évidemment regretter qu'en pareil cas, le défendeur ne sache pas avant la tenue de l'audience le montant qui lui est réclamé et ne puisse pas se déterminer à cet égard, par exemple en proposant une transaction extrajudiciaire afin d'éviter le procès.

---

aussi BSK ZPO-GEHRI, N 8 ad art. 60 CPC. Comp., sous l'empire de la procédure cantonale, C. app. Prud. GE du 12.12.2007, JAR 2008 418, c. 2.9.

591 BOHNET (RDS), 276 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 140 N 5 ch. 4 ; SUTTER-SOMM (PCEF), 317 ; ZÜRCHER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 11 et 60 ad art. 59 CPC.

592 BOHNET (RDS), 276 s.

593 ATF 131 I 57, c. 2.2-2.3, SJ 2005 I 312 ; TF du 6.11.1986, SJ 1987 22, c. 3c ; BOHNET (RDS), 275 ; comp. ESSEIVA/MAILLARD, 161 ad art. 158 CPC FR ; HOTTELIER, 205 s. ; ZÜRCHER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 19 ad art. 60 CPC.

594 Cf. infra N 282 ss.

595 Le principe de la procédure simple et rapide de cet article est repris dans le CPC via l'application de la procédure simplifiée.

596 Ch. rec. VD du 8.4.2008, n° 163/I : en l'espèce, le demandeur avait indiqué réclamer d'une part le paiement de 90 heures supplémentaires ainsi que des congés payés pendant une certaine période, et, d'autre part, le paiement de ses cotisations sociales par son employeur, sans préciser de montant. Pour le Tribunal cantonal, les conclusions prises par le demandeur, même si elles étaient maladroitement formulées, apparaissaient dans tous les cas suffisantes pour circonscrire l'objet du litige (c. 3b).

14. L'absence d'immunité de juridiction

246 Le tribunal ne peut entrer en matière si le défendeur se prévaut à bon droit d'une immunité de juridiction[597]. Un Etat étranger peut invoquer l'immunité de juridiction lorsqu'il a agi *iure imperii* et non *iure gestionis*[598]. La distinction s'effectue en fonction de la nature intrinsèque de l'opération[599]. Les rapports découlant d'un contrat de travail doivent être soumis à la juridiction de l'Etat accréditaire s'il s'agit d'un employé subalterne – c'est-à-dire qui accomplit des tâches ne relevant pas de l'exercice de la puissance publique[600] –, qui a été engagé sur place et qui n'est pas national de l'Etat accréditant[601]. Même si la partie est ressortissante de cet Etat, l'immunité de juridiction peut être niée lorsqu'il apparaît que la nationalité de l'intéressé n'a pas joué de rôle lors de son engagement ou, de manière générale, que celle-ci ne revêtait pas une importance décisive pour les parties[602].

Dans un arrêt du 16 novembre 1994, le Tribunal fédéral a nié l'immunité de juridiction à la République arabe d'Egypte dans le cadre d'un conflit de travail opposant celle-ci à l'un de ses ressortissants engagé comme chauffeur à Genève et recruté sur place, au motif que, d'une part, l'intéressé exerçait une fonction subalterne, et, d'autre part, bien que ressortissant de l'Etat accréditant, il vivait en Suisse depuis près de dix ans et ne retournait dans son pays d'origine qu'occasionnellement pour des vacances[603]. De même, l'immunité a été écartée dans le cas d'un ressortissant italien engagé par l'ambassade indienne en tant que radiotélégraphiste puis comme aide de bureau[604]. En revanche, l'immunité de juridiction a été reconnue au Congo-Brazzaville à l'occasion d'un conflit de droit du travail l'opposant à un juriste bilingue spécialiste des droits de l'homme, engagé au sein de la Commission des droits de l'homme pour le compte de cet Etat par l'Ambassadeur et Représentant permanent du Congo à l'ONU ; le Tribunal fédéral a reconnu qu'il ne s'agissait pas d'un emploi subalterne, l'employé, en sa qualité d'expert, jouant un rôle significatif au sein de la délégation officielle du Congo auprès d'une commission importante des Nations Unies[605].

---

597 ATF 133 III 539, c. 4.2, RSPC 2007 363 ; 130 III 430, c. 3.1, JdT 2004 I 546 ; COURVOISIER (in BAKER & MCKENZIE), N 12 ad art. 59 CPC ; SCHWANDER (Prozessvoraussetzungen), 203 ; ZÜRCHER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 63 ad art. 59 CPC.

598 ATF 130 III 136, c. 2.1 ; 124 III 382, c. 4a. Voir également EHRENSTRÖM, N 15 s.

599 ATF 134 III 570, c. 2.2, RSPC 2009 18, JAR 2009 305 ; 133 III 539, c. 4.2, RSPC 2007 363 ; 130 III 136, c. 2.1 ; 120 II 400, c. 4a.

600 Sont notamment considérées comme des fonctions subalternes celles de chauffeur, jardinier, portier, cuisinier, traducteur-interprète, employé de bureau, femme de ménage ou employé de maison, soit des « fonctions relevant essentiellement de la logistique, de l'intendance et du soutien, sans influence décisionnelle sur l'activité spécifique de la mission dans la représentation du pays », voir ATF 134 III 570, c. 2.2, RSPC 2009 18, JAR 2009 305 ; 120 II 400, c. 4b.

601 ATF 134 III 570, c. 2.2, RSPC 2009 18, JAR 2009 305 ; 120 II 400, c. 4a ; 110 II 255, c. 4, JdT 1985 I 283.

602 ATF 120 II 400, c. 4b.

603 ATF 120 II 400, c. 4b.

604 ATF 110 II 255, c. 4, JdT 1985 I 283.

605 ATF 134 III 570, c. 3.2, RSPC 2009 18, JAR 2009 305.

247 Le 16 avril 2010, la Suisse a ratifié la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens[606]. L'art. 11 concerne spécifiquement le domaine du droit du travail. Son al. 1 prévoit que, sauf convention contraire, un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à un contrat de travail entre l'Etat et une personne physique pour un travail accompli ou devant être accompli, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre Etat ; l'al. 2 réserve cependant plusieurs cas dans lesquels l'immunité peut être invoquée, notamment lorsque l'employé a été engagé pour s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique, ou qu'il œuvre en tant qu'agent diplomatique ou consulaire, ou encore qu'il est ressortissant de l'Etat employeur au moment où l'action est engagée et qu'il n'a pas sa résidence habituelle dans l'Etat du for[607].

248 Pour les Etats liés à la Convention européenne du 16 mai 1972 sur l'immunité des Etats[608], l'art. 5 ch. 1 de celle-ci pose le principe selon lequel l'Etat étranger ne peut soulever l'immunité de juridiction lorsque la procédure a trait à un contrat de travail conclu entre l'Etat et une personne physique et que le travail doit être accompli sur le territoire de l'Etat du for. Trois exceptions sont cependant inscrites au ch. 2, notamment lorsque la personne employée a la nationalité de l'Etat employeur au moment de l'introduction de l'instance. Les règles contenues dans ce traité peuvent-elles s'appliquer par analogie à des Etats non signataires ? Le Tribunal fédéral est d'avis que la plus grande réserve s'impose, même pour de simples références aux solutions fournies dans la Convention, au motif qu'il est délicat de s'inspirer d'une convention qui ne lie pas un Etat, ce d'autant plus qu'elle n'a pour parties qu'un nombre restreint d'Etats européens[609]. Lorsqu'entrera en vigueur la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, l'application de la Convention européenne ne devrait pas être remise en cause entre les Etats contractants, aussi longtemps que la Suisse ne la dénonce pas, étant donné que l'art. 26 de la Convention des Nations Unies pose le principe de sa subsidiarité[610].

249 Le tribunal doit vérifier d'office s'il existe une immunité de juridiction en faveur de l'Etat étranger (art. 60 CPC). Celui-ci peut néanmoins renoncer à son

606 Voir Arrêté fédéral du 11 décembre 2009 portant approbation et mise en œuvre de la Convention de l'ONU sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, FF 2009 7969-7972. La date de son entrée en vigueur n'est à ce jour pas connue.

607 Voir à cet égard EHRENSTRÖM, N 18, ainsi que CANDRIAN, 109 ss.

608 RS 0.273.1. Outre la Suisse, cette Convention a notamment été ratifiée par l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Luxembourg ou encore le Royaume-Uni. Cf. également EHRENSTRÖM, N 12 et 17.

609 ATF 120 II 400, c. 3d ; TF du 17.1.2003, 4C.338/2002, c. 3.3, DTA 2003 92 ; TF du 16.5.1997, JAR 1998 298, c. 2c.

610 Voir à ce sujet CANDRIAN, 115.

immunité et procéder sur le fond, à l'instar de l'acceptation tacite en matière de fors[611].

250 Les organisations internationales peuvent elles aussi se prévaloir de l'immunité de juridiction, celle-ci leur étant accordée de manière plus large encore, puisqu'elle vaut tant pour les actes *iure imperii* que *iure gestionis*[612]. Elles peuvent toutefois renoncer à leur immunité, les accords de siège prévoyant le plus souvent qu'elles le fassent de manière expresse[613]. Le tribunal doit par conséquent vérifier d'entrée de cause si l'organisation a renoncé à son immunité, le moyen tiré de l'absence de renonciation pouvant cependant être soulevé en tout état de cause[614].

251 L'immunité de juridiction ne peut jamais être invoquée par un agent diplomatique, consulaire ou de missions spéciales, ainsi que par les membres de leur famille, lorsque l'action concerne une activité professionnelle exercée en dehors des activités officielles[615].

15. L'exclusion d'une convention d'arbitrage

252 Lorsque les parties sont soumises à une convention d'arbitrage, le tribunal étatique doit se déclarer incompétent et prononcer la demande irrecevable, à moins que l'une des exceptions de l'art. 61 lit. a à c CPC soit réalisée, notamment celle que le défendeur ait procédé au fond sans faire de réserves (lit. a). Cela signifie que le tribunal n'a pas à examiner d'office si une convention d'arbitrage existe entre les parties ou non, mais il revient au défendeur de l'invoquer s'il n'entend pas accepter la compétence du tribunal étatique.

---

611 BOHNET (RDS), 234 ; EHRENSTRÖM, N 33.

612 ATF 118 Ib 562, c. 1a ; TPrud. GE du 17.11.1993, JAR 1996 334, c. 22 ; voir aussi EHRENSTRÖM, N 21. Le Tribunal fédéral a cependant relevé, dans un arrêt ultérieur, qu'une évolution contraire se dessinait, citant à cet égard plusieurs références doctrinales, voir ATF 130 I 312, c. 2.

613 Par exemple, art. 8 de l'Accord du 2 juin 1995 entre la Confédération suisse et l'Organisation mondiale du commerce en vue de déterminer le statut juridique de l'Organisation en Suisse (RS 0.192.122.632) ; art. 5 ch. 1 de l'Accord du 10 août 1961 entre le Conseil fédéral suisse et l'Association européenne de libre-échange pour déterminer le statut juridique de cette association en Suisse ; art. 4 ch. 1 lit. a de l'Accord du 10 février 1987 entre le Conseil fédéral suisse et la Banque des règlements internationaux en vue de déterminer le statut juridique de la Banque en Suisse (RS 0.192.122.971.3). Voir également EHRENSTRÖM, N 37.

614 ATF 133 III 539, c. 4.2-4.4, RSPC 2007 363 ; BOHNET (RDS), 238.

615 Voir art. 31 ch. 1 lit. c et 37 ch. 1 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01) ; art. 57 ch. 2 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires (RS 0.191.02) ; art. 31 ch. 2 lit. c de la Convention du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales (RS 0.191.2). Cf. également EHRENSTRÖM, N 8 et 10.

253 L'art. 358 CPC impose que la clause d'arbitrage soit passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte, par exemple un courrier électronique. L'exigence de la signature des parties n'est par conséquent plus posée[616]. Le seul fait pour l'employeur et le travailleur parties au litige d'être liés à une convention collective de travail comprenant une clause d'arbitrage ne suffit cependant pas à admettre que le procès soit porté devant l'arbitre[617], peu importe que le CPC n'impose plus la signature de celles-ci à la validité de la clause. En effet, la clause d'arbitrage ne compte pas parmi les clauses normatives de la CCT[618], partant impératives pour les parties (art. 356 al. 1 CO), mais constitue *un contrat de procédure* qui doit être conclu de manière distincte. Il faut par conséquent que les parties aient spécifiquement manifesté la volonté de soumettre leurs litiges à l'arbitrage[619]. Une référence globale n'est admise que lorsque les parties sont rompues aux affaires[620], ce qui n'est manifestement pas le cas d'un employé. Cette solution s'impose d'autant plus que le législateur prévoit un certain nombre de règles spéciales de procédure afin de protéger le travailleur, partie faible au contrat, telles que le caractère semi-impératif des fors de droit du travail. S'il est impossible pour un employé de conclure une élection de for avant la naissance d'un différend, il faut à plus forte raison admettre que le litige ne puisse être porté devant un tribunal arbitral du seul fait qu'une clause d'arbitrage ait été inscrite dans la CCT, sans que les parties aient manifesté de manière claire la volonté de s'y soumettre.

Par exemple, l'art. 77 al. 2 de la Convention nationale du secteur de la construction en Suisse 2008-2010 (du 14 avril 2008) prévoit que « le tribunal arbitral local a la compétence pour (…) trancher en cas de recours contre les décisions de la Commission professionnelle paritaire à l'encontre des employeurs et des travailleurs en cause. Les employeurs et les travailleurs concernés qui ne sont pas membres des parties contractantes de la CN doivent reconnaître par écrit le tribunal arbitral ». La reconnaissance spécifique du tribunal arbitral devrait en réalité concerner tous les employeurs et les travailleurs, peu importe qu'ils soient membres ou non de l'une des associations professionnelles parties à la convention.

254 Dans tous les cas, la question de l'arbitrabilité des litiges découlant du contrat de travail n'est pas sans poser problème et la doctrine retient des solutions diverses à cet égard. Premièrement, selon l'art. 354 CPC, l'arbitrage ne peut avoir pour

616 Message CPC, 7002 ad art. 356 P-CPC ; POUDRET (2008), 242.

617 Comp. : BOIS, 112 N 18 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 2.13 ad art. 343 CO ; HÄBERLI, 44 ; STREIFF/VON KAENEL, N 8 ad art. 343 CO ; WYLER (2008), 627 s. *Contra* : AUBERT (1999), 113 et 122.

618 BOIS, 112 N 18 : il s'agit d'une clause de nature obligationnelle, qui ne lie pas les parties d'un rapport individuel de travail ; MEIER (2000), 275.

619 FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 2.13 ad art. 343 CO ; comp. OGer ZH du 15.12.1989, JAR 1990 400, c. 4c/d.

620 ATF 110 II 54, c. 3. Voir également MEIER (2000), 276 : « … der Verweis auf das Schiedsgericht für den Arbeitnehmer klar und eindeutig erkennbar sein muss ».

objet qu'une prétention qui relève de la libre disposition des parties[621]. En droit du travail, l'interdiction pour l'employé de renoncer à certaines créances posée à l'art. 341 al. 1 CO doit être interprétée comme une exception à la libre disponibilité de l'objet du litige[622]. Bien que le Tribunal fédéral ait dans un premier temps considéré que le droit matériel fédéral ne s'opposait pas à ce que les litiges de droit du travail soient soumis à l'arbitrage[623], il a nuancé son propos dans un arrêt du 28 juin 2010, en affirmant que l'impossibilité de renoncer à certaines créances au sens de l'art. 341 CO s'opposait à ce que les parties concluent à l'avance une convention d'arbitrage pour ce type de prétentions[624]. Et notre haute cour de relever qu'il serait incohérent de prohiber d'une part les clauses d'élection de for[625] et de permettre d'autre part les clauses compromissoires[626]. Il faut en conclure que dès le moment où une prétention découle d'une disposition impérative de la loi, d'une convention collective ou d'un contrat-type[627] (art. 341 al. 1 CO), la clause d'arbitrage conclue pendant les relations de travail ou dans le mois suivant leur terme n'est pas valable[628]. La même solution s'applique d'ailleurs en cas d'élection de for conclue certes après la naissance du différend mais dans le mois qui suit la fin des rapports de travail,

621 Comme le relève le Message CPC, 7000 ad art. 352 P-CPC, « le contenu de cette disposition correspond à la première partie de l'art. 5 CA » (Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969, auquel tous les cantons avaient adhéré), de sorte que la jurisprudence et la doctrine peuvent sans autre être reprises à ce sujet.

622 TF du 28.6.2010, 4A_71/2010, c. 4.5-4.6 (destiné à la publication) ; BOHNET (2005), 163 s. et 172 ; HÄBERLI, 44 ; MEIER (2000), 273 ; STREIFF/VON KAENEL, N 8 ad art. 343 CO ; WENGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 19 ad art. 354 CPC ; WILDHABER/JOHNSON WILCKE, 168 ; comp. encore JOLIDON, 153 ad art. 5 CA : « La liberté de disposition des parties caractérise les droits auxquels leurs titulaires, parce qu'ils en ont l'entière maîtrise, peuvent renoncer, au sujet desquels il leur est loisible non seulement de se désister ou d'acquiescer, mais aussi de conclure une transaction judiciaire ou extrajudiciaire ». Voir également infra N 760.

623 TF du 23.6.1989, SJ 1989 593, c. 2b.

624 TF du 28.6.2010, 4A_71/2010, c. 4.6 (destiné à la publication).

625 Cf. supra N 98 ss.

626 TF du 28.6.2010, 4A_71/2010, c. 4.6 (destiné à la publication).

627 Si le contrat-type n'est pas expressément mentionné à l'art. 341 CO, c'est uniquement en raison du fait qu'à l'époque où la disposition a été promulguée, le contrat-type ne pouvait pas contenir de règles impératives, voir RONCORONI (in ANDERMATT ET AL.), N 128 ad art. 360d CO, ainsi que STREIFF/VON KAENEL, N 4 ad art. 360d CO.

628 Du même avis : EGLI (2004), 31 ; GEISER/MÜLLER, 33 N 87 ; MEIER (2000), 273 s. ; SCHMID (2004), 481 ; SENTI, 223 ; STREIFF/VON KAENEL, N 8 ad art. 343 CO ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, N 4 ad art. 343 CO. Nuancés : BSK ZPO-WEBER-STECHER, N 25 ad art. 354 CPC, qui limite la convention d'arbitrage à l'abus de droit uniquement ; WENGER, 406, lequel considère que l'art. 341 CO n'empêche pas un arbitrage qui respecterait les règles de procédure qui s'appliqueraient normalement devant le tribunal étatique. *Contra* : BK-REHBINDER, N 10 ad art. 343 CO ; BRÜHWILER, N 5 ad art. 343 CO ; HASLER, 56 ; JOLIDON, 165 ad art. 5 CA ; SCHWANDER (Streitigkeiten), 209.

lorsque les créances entrent dans le cadre de l'art. 341 CO[629]. Puisque le Tribunal fédéral considère l'art. 341 CO comme un obstacle à l'arbitrabilité des litiges de droit du travail[630], il faut en déduire *a contrario* que le conflit est arbitrable lorsque les prétentions ne tombent pas sous le coup de la disposition précitée, soit parce qu'elles ne visent pas des créances auxquelles l'employé ne peut renoncer, soit parce qu'elles sont invoquées alors que les relations de travail ont pris fin depuis plus d'un mois et que la convention d'arbitrage a été conclue pendant cette même période[631].

Ainsi, lorsque l'employeur agit contre son employé en responsabilité civile pour le dommage que celui-ci lui a causé dans le cadre de son activité (art. 321e CO), le conflit est arbitrable, quand bien même les rapports de travail sont encore pendants, puisqu'il s'agit d'une dette et non d'une créance de l'employé. Le travailleur qui entend réclamer le paiement de ses heures supplémentaires alors que les relations de travail ont pris fin depuis trois mois déjà peut également porter le litige devant un arbitre si la convention d'arbitrage a été conclue plus d'un mois après le terme du contrat de travail. En revanche, une action de l'employeur visant à faire constater que les rapports de travail ont valablement pris fin n'est pas susceptible d'arbitrage si elle est intentée alors que la fin des relations contractuelles est antérieure à un mois, le travailleur ne pouvant renoncer aux créances découlant d'un licenciement.

255 Le second obstacle que rencontre la clause d'arbitrage relève de l'existence de fors partiellement impératifs dans le domaine du droit du travail (art. 34 et 35 CPC). Même si le Message CPC[632] et la jurisprudence du Tribunal fédéral[633] sont clairs à ce sujet puisqu'ils retiennent que le caractère impératif d'un for n'a aucune incidence sur l'admissibilité ni sur les modalités de l'arbitrage, certains auteurs sont d'avis que le travailleur doit être protégé quant au lieu où se déroule l'arbitrage et le tribunal arbitral siéger à l'un des fors de l'art. 34 CPC[634]. Retenir le contraire reviendrait à vider de toute substance la protection que le législateur entend accorder au travailleur, puisqu'il suffirait à l'employeur qui désire se soustraire aux règles de fors de prévoir dans le contrat de travail une clause d'arbitrage. Dans leur commentaire du contrat de travail, BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ retiennent même que la clause d'arbitrage qui prive le travailleur de manière abusive d'un for prévu par la loi doit être considérée comme nulle et le juge saisi en application des règles de for ordinaires se déclarer compétent, ce malgré l'existence de la clause d'arbitrage[635]. Certains auteurs proposaient quant à eux d'introduire expressément dans le CPC une exception à la libre arbitrabilité pour les litiges à connotation sociale (droit du

629 Voir supra N 103.
630 TF du 28.6.2010, 4A_71/2010, c. 4.6 (destiné à la publication).
631 Voir HENSCH, 552.
632 Message CPC, 7001 ad art. 352 P-CPC. Voir également Rapport explicatif, 168.
633 TF du 28.6.2010, 4A_71/2010, c. 4.4 (destiné à la publication).
634 AUBERT (1999), 110 ; GestG-BSK-INFANGER, N 27 ad art. 2 LFors ; WYLER (2008), 626.
635 BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 16 ad art. 343 CO.

travail, du bail et de la consommation)[636]. Même s'il est certes regrettable que les règles spéciales de procédure prévues en matière de contrat de travail, qui ont pour but de protéger le travailleur, partie faible au contrat, puissent être contournées par la conclusion d'une clause d'arbitrage, on se doit néanmoins de suivre la position clairement émise aux Chambres lors de l'adoption de la LFors[637], à laquelle se réfèrent tant le Tribunal fédéral dans son arrêt de juin 2010[638] que le Conseil fédéral dans le Message CPC[639], et retenir que les règles impératives de fors du CPC sont inapplicables aux procédures arbitrales[640], de même que toute autre règle procédurale d'ailleurs[641], comme par exemple la gratuité du procès selon les art. 113 et 114 CPC[642].

256 Certains cantons connaissant des tribunaux spécialisés accordent une compétence exclusive à ceux-ci vis-à-vis des prétentions découlant du contrat de travail et excluent qu'il y soit dérogé par une clause compromissoire en faveur d'un tribunal arbitral[643]. Avec BOHNET, il faut admettre qu'une telle exclusion viole le droit fédéral, qui comprend l'ensemble des règles consacrées à l'arbitrage dans la Partie 3 du CPC[644]. Or aucune disposition de celui-ci ne réserve la compétence exclusive d'un tribunal spécialisé, seule la condition de la libre disponibilité de l'objet du litige étant posée par l'art. 354 CPC[645].

---

636 BOHNET (2005), 176, qui suggérait toutefois que les parties puissent soumettre leur litige à une juridiction arbitrale une fois celui-ci survenu ; cette solution avait le mérite d'appliquer par analogie les règles sur la clause d'élection de for en matière de droit du travail ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 525 N 13 ; WENGER, 406.

637 Voir l'intervention de BRUNNER, BO CE 1999 893 : « En renonçant à la juridiction étatique, elles [les parties] renoncent également au droit du for de ces tribunaux étatiques (…). Les parties peuvent choisir librement le lieu de l'arbitrage (…). Cela vaut également pour les fors impératifs ».

638 TF du 28.6.2010, 4A_71/2010, c. 4.4 (destiné à la publication).

639 Message CPC, 7001 ad art. 352 P-CPC.

640 Du même avis : BOHNET (2005), 173 s. ; GestG-BK-GASSER, N 43 s. ad art. 1 LFors ; GestG-ZK-DASSER, N 75 ad art. 1 LFors ; GestG-BSK-MEYER, N 20 ad art. 1 LFors ; POUDRET (2008), 241 ; STREIFF/VON KAENEL, N 8 ad art. 343 CO. Ces auteurs se réfèrent également à l'intervention de BRUNNER (cf. n. 637).

641 Le Conseil fédéral précise en outre que la partie consacrée à l'arbitrage a été délibérément dissociée du reste de la procédure civile, dès lors on ne saurait tirer aucune conclusion pour la procédure d'arbitrage des règles applicables aux tribunaux étatiques, voir Message CPC, 6999. Voir également HENSCH, 552 s., et WENGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 20 ad art. 354 CPC.

642 HENSCH, 552 s. ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 525 N 13.

643 Voir art. 3 al. 1 LJT VD, qui réserve la clause compromissoire liant les parties et contenue dans une convention collective de travail ; la jurisprudence du canton de Genève retient également la compétence exclusive de son Tribunal des prud'hommes, fondée sur l'art. 139 Cst. GE et 1 LTPH GE, voir TPrud. GE du 1.9.2003, JAR 2004 505, c. 2c, et Cour mixte Prud. du 5.11.1980, SJ 1981 550, c. C ; quant à Zurich, le § 20 al. 2 GOG ZH interdit aux parties de renoncer par avance à la compétence de l'Arbeitsgericht.

644 BOHNET (2005), 175. Dans le même sens : MEIER (2010), 606.

645 Cf. supra N 254.

Par exemple, les parties sont convenues d'une clause d'arbitrage dans le contrat de travail. L'employeur actionne son employé en réparation du dommage au sens de l'art. 321e CO devant un tribunal de prud'hommes du canton de Vaud, conformément aux art. 1 et 3 al. 1 LJT VD. Si le travailleur soulève l'exception liée à la convention d'arbitrage, le magistrat vaudois ne saurait la refuser, malgré l'existence de l'art. 3 al. 1 LJT VD, puisque cette disposition est contraire au droit fédéral.

§ 18 L'examen des conditions de recevabilité

1. Par l'autorité de conciliation

257 La règle de l'art. 59 CPC s'impose-t-elle à l'autorité de conciliation déjà ? En d'autres termes, celle-ci doit-elle vérifier d'office si les conditions de recevabilité sont réalisées ? Certains auteurs semblent l'admettre de manière générale[646], sans développer la problématique plus avant. S'il faut certes retenir que puisque l'art. 59 CPC a été inscrit dans la partie générale du Code, il s'applique à toutes les procédures de la partie spéciale, partant également à la procédure de conciliation préalable – peu importe que l'art. 59 CPC emploie le terme de « tribunal », la notion devant être interprétée dans un sens large[647] –, il convient néanmoins de nuancer le principe, comme le proposent d'autres auteurs[648]. Les conditions de recevabilité doivent en tout cas être remplies lorsque l'autorité est à même de rendre un jugement sur le fond au sens de l'art. 212 CPC[649]. A défaut, il convient selon BOHNET de « tenir compte de la portée de la règle dont le respect est remis en cause et de la probabilité que celle-ci n'ait pas été respectée », l'examen de questions procédurales ne devant pas remettre en question la fonction propre à l'autorité de conciliation qui est de tenter de trouver un arrangement entre les parties de manière informelle[650]. Cela signifie à notre sens qu'une autorité de conciliation saisie d'un conflit de droit du travail doit en tout cas vérifier la vraisemblance des conditions de recevabilité suivantes, dont elle devra admettre la réalisation sur la base des éléments en sa possession :

- l'existence d'un intérêt digne de protection ;

---

646 COURVOISIER (in BAKER & MCKENZIE), N 1 ad art. 59 CPC ; HALDY (2008), 328, et (2009), 42 ; HONEGGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 19 ad art. 202 CPC ; TAPPY (2008), 176 et n. 31.

647 BSK ZPO-INFANGER, N 11 ad art. 202 CPC. Dans le même sens, SANDOZ, 67 N 30.

648 BOHNET (RDS), 216 ; BSK ZPO-INFANGER, N 12 ss ad art. 202 CPC ; SCYBOZ, 13, qui admet le principe « au moins lorsque l'irrecevabilité n'est pas discutable ».

649 BOHNET (RDS), 216 ; BSK ZPO-INFANGER, N 12 ad art. 202 CPC ; GASSER/RICKLI, N 5 ad art. 202 CPC ; SANDOZ, 68 N 32.

650 BOHNET (RDS), 216.

- la compétence à raison du lieu, au vu en particulier des fors semi-impératifs qui s'appliquent[651] ;
- la compétence à raison de la matière, à plus forte raison lorsqu'un tribunal spécialisé exerce également la fonction d'autorité de conciliation, vu la compétence exclusive de celui-ci en droit du travail[652] ;
- la capacité d'être partie et d'ester en justice ;
- la qualité pour agir et pour défendre des parties ;
- l'absence de litispendance préexistante ;
- l'absence de décision entrée en force ;
- le respect des délais de déchéance ;
- le respect de la procédure préalable ;
- le respect du contenu de la requête de conciliation[653], même si elle n'a en pratique qu'une portée minime, de par l'absence de formalisme[654] en la matière d'une part, et l'obligation d'interpellation du tribunal[655] d'autre part ;
- l'absence d'immunité de juridiction ;
- l'exclusion d'une convention d'arbitrage.

258 Ces conditions de recevabilité ont en effet une portée telle que leur défaut doit être constaté par l'autorité de conciliation déjà. Certaines d'entre elles entraînent des conséquences directes sur la validité du jugement au fond, de sorte qu'il ne se justifie pas que l'autorité de conciliation fournisse une autorisation de procéder permettant au demandeur d'entamer la procédure au fond, alors que celle-ci n'a aucune chance d'aboutir. D'autres, comme la compétence ratione materiae et loci, ont une portée importante en droit du travail de par la signification particulière que le législateur a entendu leur attribuer, en instituant des fors semi-impératifs ou une compétence matérielle exclusive du tribunal dans ce domaine. Dans tous les cas, le non-respect de l'une de ces conditions doit *ressortir manifestement*[656] des éléments de la demande ou de la réponse, cas échéant être invoqué lors de l'audience de conciliation avec preuves à l'appui. L'établissement d'un fait (par exemple, le lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle) ou l'existence d'un acte (par

651 SANDOZ, 67 N 31. Sur les conséquences d'une autorisation de procéder délivrée par une autorité de conciliation incompétente, voir supra N 230 ss.
652 SANDOZ, 67 N 31. Voir par exemple § 4 lit. b EG ZPO AG ou art. 41 CDPJ VD. Sur les conséquences d'une autorisation de procéder délivrée par une autorité de conciliation incompétente, voir supra N 230 ss.
653 SANDOZ, 67 N 31.
654 Cf. infra N 755.
655 Cf. supra N 244 s.
656 Comp. BSK ZPO-INFANGER, N 16 *i.f.* ad art. 202 CPC.

exemple, un jugement entré en force) doit être prouvé au plus tard lors de l'audience, par pièces ou par l'audition de témoins amenés par la partie. L'autorité de conciliation ne doit en revanche pas d'elle-même mettre en place une administration de preuves afin de vérifier la réalisation des conditions de recevabilité (comp. art. 203 al. 2 CPC). Lorsque le défaut de réalisation d'une condition de recevabilité ne peut être établi, l'autorité de conciliation doit entrer en matière sur la requête.

259 Certains auteurs sont d'avis que l'autorité de conciliation n'est pas tenue de vérifier sa compétence. Ainsi, selon REYMOND, le juge conciliateur n'est pas juge de sa propre compétence et ne peut décliner celle-ci, son incompétence devant être soulevée par l'autorité de jugement uniquement[657]. Cet avis se fonde sur la solution qui était retenue en procédure civile vaudoise[658]. Il convient toutefois de relever que la majorité des codes de procédure civile cantonaux prévoyaient que le magistrat conciliateur était également tenu de vérifier sa compétence[659]. GASSER/RICKLI, de même que ZÜRCHER, estiment pour leur part que l'autorité de conciliation doit vérifier sa compétence à raison du lieu uniquement si une décision au sens de l'art. 212 CPC entre en ligne de compte[660]. Quant à INFANGER, il considère que l'autorité de conciliation ne peut prononcer l'irrecevabilité de la requête pour ce motif que de manière exceptionnelle et qu'il appartient en principe au tribunal au fond de le soulever[661].

2. Par le tribunal

260 Aux termes de l'art. 60 CPC, il appartient au tribunal d'examiner d'office le respect des conditions de recevabilité. A l'égard de certaines d'entre elles, telles que l'absence de litispendance préexistante ou d'autorité de la chose jugée, le tribunal est cependant tributaire, dans les faits, des allégués des parties[662]. Le juge examine toujours *d'entrée de cause* si les conditions de recevabilité sont réalisées, mais également, si cela est nécessaire, à tout moment par la suite et

657 REYMOND (2008), 27 s.

658 POUDRET/HALDY/TAPPY, N 3 ad art. 127 CPC VD.

659 Voir par exemple FRANCK/STRÄULI/MESSMER, N 3 s. ad § 94 ZPO ZH ; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, N 2 ad art. 144 ZPO BE ; § 100 et 188 al. 3 ZPO LU ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (1999), N 1 ad art. 139 ZPO SG ; § 139 ZPO AG (du 18.12.1984) ; art. 119 CPC VS (du 24.3.1998) ; BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, N 5 ad art. 58 LPC GE.

660 GASSER/RICKLI, N 5 ad art. 202 CPC, et ZÜRCHER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 6 ad art. 59 CPC.

661 BSK ZPO-INFANGER, N 13 ss ad art. 202 CPC.

662 BOHNET (RDS), 211 ; GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 60 CPC ; Message CPC, 6890 ad art. 58 et 59 P-CPC.

jusqu'à la décision finale[663]. Le Tribunal fédéral considère en effet que les conditions de recevabilité du procès doivent, selon les principes généraux, encore être réunies au moment du jugement au fond, ce qui signifie qu'il suffit qu'elles se réalisent jusqu'à ce terme[664]. C'est dire qu'une condition peut faire défaut en début de procès mais se réaliser par la suite, avant que le jugement au fond ne soit rendu[665]. A l'inverse, la condition peut être réalisée au moment de la litispendance mais non plus lorsque le jugement est rendu[666], sauf si une règle spéciale prévoit le contraire, par exemple les art. 64 al. 1 lit. b (for), 85 al. 2, 2ème phrase, ou 227 al. 3, 2ème phrase, CPC (compétence matérielle). Dans sa décision finale, le tribunal ne doit pas discuter chacune des conditions de recevabilité ; seules celles qui ont fait l'objet d'une contestation de l'une ou l'autre des parties doivent être examinées.

261 Lorsque le tribunal ne vérifie pas d'entrée de cause si les conditions de recevabilité sont réalisées, que l'une d'elles fait défaut et que le défendeur ne soulève pas le moyen dans sa réponse ou lors de la première audience (en cas d'absence d'échange d'écritures, art. 223 et 245 al. 1 CPC), ou le cas échéant immédiatement dès sa survenance, savoir si le vice peut être invoqué *ultérieurement* dépend du type de condition de recevabilité concerné. L'inexistence de certaines conditions doit être d'emblée respectivement soulevée par le défendeur ou constatée par le tribunal et ne peut plus être invoquée en cours de procédure ou à l'occasion d'un éventuel recours, sous peine de constituer un comportement *contraire à la bonne foi* du côté du défendeur[667] ou une violation de l'interdiction du formalisme excessif de la part du juge[668], contraires à l'art. 52 CPC. Les conditions qui sont visées par ce principe sont :

- la compétence à raison du lieu et de la matière[669] ; peu importe que le for applicable soit impératif ou partiellement impératif ou que la compétence matérielle du tribunal soit exclusive ;
- le versement des avances et des sûretés ;
- l'autorisation de procéder[670] ;

663 BSK ZPO-GEHRI, N 4 ad art. 60 CPC ; Message CPC, 6891 ad art. 58 et 59 P-CPC ; SCHWANDER (PCEF), 479.

664 ATF 133 III 539, c. 4.3, RSPC 2007 363 ; 116 II 209, c. 2b/bb ; TF du 2.6.2009, 5A_15/2009, c. 4.1. Voir également BSK ZPO-GEHRI, N 3 ad art. 59 CPC, COURVOISIER (in BAKER & MCKENZIE), N 15 ad art. 59 CPC, GASSER/RICKLI, N 4 ad art. 61 CPC, et ZÜRCHER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 10 ad art. 60 CPC.

665 TF du 2.6.2009, 5A_15/2009, c. 4.1 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 141 N 7 : ainsi en est-il par exemple du mineur qui atteint la majorité en cours de procès, cf. supra N 211.

666 GASSER/RICKLI, N 4 ad art. 60 CPC.

667 ATF 128 III 50, c. 2c/aa ; TF du 8.10.2002, 4P.111/2002, c. 2.4 ; BOHNET (RDS), 215, 242, 248 et 267 s.

668 TF du 6.4.2001, 4C.347/2000, c. 2b, DB 2001 N 24 ; BOHNET (RDS), 242, 248 et 267 s.

669 BSK ZPO-GEHRI, N 10 ad art. 59 CPC.

- le respect de la procédure applicable ;
- le respect du contenu de la demande ;
- l'exclusion d'une convention d'arbitrage.

262 En revanche, la non-réalisation des autres conditions de recevabilité peut être soulevée par le juge ou le défendeur *en tout temps*, c'est-à-dire non seulement en cours de procédure mais également à l'occasion d'un recours ultérieur, puisqu'elle peut survenir après l'introduction de l'instance ou entraîner des effets directs sur la validité du jugement[671]. Il s'agit des conditions de recevabilité suivantes :

- l'intérêt digne de protection ;
- la capacité d'être partie et d'ester[672] ;
- la qualité pour agir ou pour défendre ;
- la litispendance préexistante ;
- l'existence d'une décision entrée en force ;
- le respect des délais de déchéance ;
- le respect de la procédure préalable ;
- l'absence d'immunité de juridiction.

3. Les conséquences en cas de non-réalisation d'une condition de recevabilité

263 Lorsque les conditions de recevabilité ne sont pas remplies, le juge déclare la demande (ou la requête) *irrecevable* (art. 59 al. 1 CPC) et rend une *décision finale* au sens de l'art. 236 al. 1 CPC[673] ; il ne se prononce pas sur le fond du litige. La décision peut faire l'objet d'un appel au sens de l'art. 308 al. 1 lit. a CPC, lorsque la valeur litigieuse minimale est atteinte[674].

264 Lorsque la partie défenderesse soulève un moyen lié à l'irrecevabilité de la demande, tel que l'incompétence à raison de la matière ou du lieu, le tribunal peut se déclarer compétent en rendant une *décision incidente* au sens de l'art. 237 al. 1 CPC, dès lors qu'une décision contraire de l'instance de recours

---

670 Sur les conséquences d'une autorisation de procéder délivrée par une autorité de conciliation incompétente à raison du lieu ou de la matière, cf. supra N 230 ss.

671 TF du 2.6.2009, 5A_15/2009, c. 4 (capacité d'ester) ; BOHNET (RDS), 234, 238 et 279 s., 290.

672 BSK ZPO-TENCHIO-KUZMIC, N 51 ad art. 66 CPC.

673 JEANDIN (2008), 340 ; Message CPC, 6951 ad art. 232 à 236 P-CPC ; REYMOND (2008), 29 ; SCHWANDER (Prozessvoraussetzungen), 195 ; SUTTER-SOMM (PCEF), 315 ; ZÜRCHER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 26 ad art. 60 CPC.

674 Cf. infra N 825 ss.

(niant sa compétence) mettrait fin au procès[675]. Il en va de même dans l'hypothèse où le juge rend une décision rejetant l'exception de chose jugée[676]. A notre sens, le tribunal doit rendre une décision incidente en statuant sur le moyen tiré de l'irrecevabilité dès que celui-ci est difficile à trancher, par exemple lorsque la compétence n'apparaît pas comme manifestement donnée. Il est en effet nécessaire que l'instance de recours se prononce d'emblée sur la question, afin d'éviter, dans l'hypothèse où elle nierait la compétence, le déroulement complet d'un procès, avec échanges d'écritures et administration de preuves, ce que tend précisément à éviter l'art. 237 al. 1 CPC[677]. En revanche, lorsque le défendeur soulève un motif d'irrecevabilité qui n'est manifestement pas pertinent, le tribunal n'a pas besoin de se déterminer à ce sujet par une décision incidente[678] et peut sans autre poursuivre la procédure ; la seule inscription au procès-verbal du rejet du motif invoqué est suffisante. Le défendeur, s'il entend encore exciper de ce moyen, devra le soulever dans son appel ou son recours contre la décision finale.

675 BSK ZPO-GEHRI, N 4 ad art. 60 CPC et OBERHAMMER, N 3 ad art. 237 CPC ; JEANDIN (2008), 340 ; Message CPC, 6951 ad art. 232 à 236 P-CPC.

676 REYMOND (2008), 30.

677 Message CPC, 6951 ad art. 232-236 P-CPC : « le procès doit (…) s'en trouver simplifié ». REYMOND (2008), 30, parle quant à lui d'économie de procédure.

678 MEIER (2010), 134.

Chapitre IX :
Les maximes au procès

§ 19 La maîtrise de l'objet du litige

1. Le principe

265 La *maxime de disposition* s'applique dans les litiges relevant du contrat de travail (art. 58 CPC). Peu importe que le droit matériel prévoie qu'une partie ne puisse renoncer à certaines créances (art. 341 CO) ou que certaines règles soient de nature impérative (art. 361-362 CO)[679]. L'objet du litige est ainsi à la libre disposition des parties[680]. Autrement dit, le juge est lié par les conclusions prises et ne peut octroyer plus ou autre chose que ce qui est demandé ni moins que ce que la partie défenderesse reconnaît devoir (art. 58 al. 1 CPC), selon le principe « *ne eat iudex ultra petita partium* »[681] ; il peut en revanche octroyer moins que ce à quoi la partie prétend[682]. Lorsque le demandeur prend des conclusions condamnatoires en paiement d'une somme d'argent et que le tribunal se contente de constater le bien-fondé de la prétention dans son principe, il ne viole pas la maxime de disposition puisque la constatation que la prétention élevée est justifiée va moins loin que l'octroi d'un montant à ce titre[683].

2. La maxime de disposition et la prétention en délivrance d'un certificat de travail

266 Lorsque le travailleur prend une conclusion en délivrance d'un certificat de travail, deux hypothèses sont envisageables : il peut réclamer l'établissement

---

679 BSK ZPO-GEHRI, N 3 ad art. 58 CPC ; SCHMID (1981), 281 s. ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 111 N 4 ; SUTTER-SOMM (PCEF), 304 et les n. 11 s.

680 BK-REHBINDER, N 22 ad art. 343 CO ; EGLI (2004), 41 s. ; SCHMID (1981), 280 s.

681 BSK ZPO-GEHRI, N 1 et 5 ad art. 58 CPC ; GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 58 CPC ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 157 ; HOHL (1994), 25 N 69 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 109 s. N 4.3 ; MEIER (2010), 381 ; SCHMID (1981), 281 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 111 N 4 ; SUTTER-SOMM/VON ARX (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 9 ad art. 58 CPC ; VOGEL/SPÜHLER, 164 s. N 9 ; comp. : TF du 19.1.2007, 4P.284/2006, c. 3, RSPC 2007 245 ; TF du 7.9.2006, 4P.134/2006, c. 4, RSPC 2007 13 ; TF du 27.3.2006, 4P.322/2005, c. 3.2.2, RSPC 2006 253 ; TF du 1.4.2004, 4P.263/2003, c. 3.2.2, RSPC 2005 13.

682 LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 109 s. N 4.3 ; comp. : TF du 27.3.2006, 4P.322/2005, c. 3.2.2, RSPC 2006 253 ; TF du 1.4.2004, 4P.263/2003, c. 3.2.2, RSPC 2005 13.

683 TF du 5.8.2005, 4P.296/2004, c. 4, RSPC 2006 135.

d'un certificat de travail soit dans son principe, soit en en spécifiant la teneur à lui accorder[684]. Dans le premier cas, si le juge alloue la prétention, l'employeur est uniquement tenu de remettre un certificat à l'employé et reste libre de définir le contenu à lui apporter ; le tribunal ne peut en effet se saisir d'office de la question puisqu'il est lié par la conclusion du demandeur[685]. Si, par la suite, le certificat établi par l'employeur ne convient pas au travailleur, il revient à celui-ci d'introduire une nouvelle demande en rectification du certificat de travail[686]. Lorsque l'employé indique la teneur du certificat qu'il réclame, trois possibilités s'offrent au tribunal : celui-ci peut soit allouer la prétention dans son entier et ordonner à l'employeur de fournir un certificat en tous points identique à celui invoqué par le travailleur, soit la rejeter, soit encore l'admettre partiellement, après avoir retranché certaines phrases ou parties de phrases. Il est en effet habilité à enlever certains éléments, puisqu'il peut accorder moins que ce qui est réclamé, mais non à en ajouter de nouveaux, sous peine de statuer « *ultra petita* ».

3. La tentative d'introduction de la maxime d'office

267 Lors des débats devant le Conseil national, certains parlementaires (minoritaires) ont proposé d'introduire dans le CPC l'application de la *maxime d'office* pour les litiges relevant de la LEg et ceux reposant sur la résiliation du contrat de travail au sens des art. 336a et 337 CO. Les arguments avancés reposaient sur la volonté de renforcer la position de la partie faible à la procédure, puisqu'il est fréquent que le travailleur soit seul à plaider devant le tribunal. Ainsi, si l'on permettait à celui-ci de pouvoir aller au-delà des conclusions que le demandeur a mal formulées ou même oublié de formuler, on rendrait « une justice qui correspond à la réalité et non pas une justice déconnectée des faits réels et des conclusions présentés de manière inexacte par les parties »[687]. La proposition n'a cependant pas été suivie par la majorité des

684 Par exemple : « Condamner l'employeur X. à remettre à Y. un certificat de travail ayant la teneur suivante : … ».

685 Sous l'empire du code de procédure civile zurichois, le tribunal cantonal de ce canton avait estimé qu'une limitation de la maxime de disposition se justifiait en matière de certificat de travail au vu du but du procès civil, qui est la mise en œuvre du droit matériel et l'assurance que celle-ci n'en soit pas compliquée inutilement ; tel aurait notamment été le cas si le travailleur devait à nouveau ouvrir action par la suite au motif que le certificat délivré par l'employeur suite au premier jugement ne lui convenait pas ; voir OGer ZH du 9.9.1999, ZR 99 (2000) N 37, c. 1 et 2. Sous l'empire de la procédure civile cantonale, les cantons étaient libres de prévoir ou non le principe selon lequel le tribunal est lié par les conclusions des parties : ATF 89 II 56, c. 3 ; TF du 27.3.2006, 4P.322/2005, c. 3.2.2, RSPC 2006 253 ; TF du 1.4.2004, 4P.263/2003, c. 3, RSPC 2005 13. Avec l'entrée en vigueur du CPC, le principe est désormais expressément posé par le droit fédéral.

686 TF du 24.11.2006, 4C.237/2006, c. 5, JAR 2007 355 ; TF du 6.4.2005, 4C.473/2004, c. 9.

687 Voir l'intervention de SOMMARUGA, BO CN 2008 968 ad art. 243 P-CPC.

parlementaires, qui ont considéré que le procès civil, même en droit du travail, devait être régi par le principe de libre disposition et le tribunal ne pas allouer davantage que ce qui est réclamé par les parties. Il a également été allégué que la protection de la partie faible était déjà prise en compte par l'application de la maxime inquisitoire[688]. A notre avis, c'est à juste titre que la proposition a été écartée. Le caractère social d'un litige relevant du contrat de travail ne permet pas à lui seul d'admettre une intervention du juge quant aux prétentions invoquées devant lui, les parties étant libres en cas de doute de s'adjoindre les services d'un mandataire professionnel (avocat, agent d'affaires breveté, membre d'une association patronale ou syndicale par exemple) pour les conseiller et les informer de l'étendue de leurs droits.

§ 20 L'établissement des faits

268 Selon l'art. 55 al. 1 CPC, le procès est régi par la *maxime des débats*. Son al. 2 réserve cependant les dispositions légales contraires. Parmi elles figure l'art. 247 CPC, dont l'al. 2 développe le principe de la maxime inquisitoire sociale et s'applique aux litiges de droit du travail d'une valeur litigieuse ne dépassant pas 30'000 francs (lit. b ch. 2) ou qui relèvent de la LEg ou de la LPart sans égard à la valeur litigieuse (lit. a).

1. La maxime des débats

a. Généralités

269 Aux termes de l'art. 55 al. 1 CPC, il appartient aux parties d'alléguer les faits sur lesquels elles fondent leur(s) prétention(s) et de produire les preuves qui s'y rapportent. C'est le principe de la maxime des débats. Celle-ci s'applique pour toutes les affaires de droit du travail d'une valeur litigieuse supérieure à 30'000 francs ou de nature non patrimoniale (art. 55 et 247 al. 2 lit. b ch. 2 *a contrario* CPC), pour autant qu'elles ne se fondent pas sur la LEg ou la LPart (art. 247 al. 2 lit. a CPC). Elle s'applique en principe[689] également en procédure sommaire, notamment lorsqu'une requête de mesures provisionnelles est introduite.

270 La maxime des débats repose sur le principe de l'autonomie des parties : il appartient à celles-ci non seulement d'alléguer les faits sur lesquels elles fondent

688 Voir les interventions de WIDMER-SCHLUMPF et de LÜSCHER, BO CN 2008 968 ad art. 243 P-CPC.

689 Sous réserve des cas prévus à l'art. 255 CPC.

leurs prétentions et d'en supporter le fardeau de la preuve[690], mais aussi de contester les faits allégués par la partie adverse[691] sans quoi ils seront tenus pour établis[692]. L'art. 56 CPC assouplit quelque peu le principe de la maxime des débats en permettant au tribunal d'*interpeller les parties* pour qu'elles clarifient ou complètent leurs actes. La disposition vaut toutefois en cas de manquement manifeste uniquement[693] et son application est d'autant plus limitée que la partie est assistée d'un avocat[694].

b. Le contenu de la motivation en fait

271 Lorsque la maxime des débats est applicable, la question se pose de savoir quel doit être le contenu de la motivation en fait à la charge des parties. D'après le Tribunal fédéral, c'est au regard du droit matériel que la question se tranche, le contenu de l'allégation devant permettre au juge de statuer sur la prétention juridique et d'administrer les preuves en vue d'élucider les faits. Le droit matériel détermine par conséquent si les faits allégués permettent de statuer sur la prétention déduite en justice[695] ; si tel n'est pas le cas, le juge doit se prononcer au fond et rejeter la demande à défaut d'éléments suffisants[696]. En revanche, lorsque les allégations du demandeur ne permettent même pas d'identifier la prétention réclamée, le juge doit prononcer l'irrecevabilité de la demande et non son rejet[697].

Le Tribunal fédéral a par exemple considéré qu'un employeur qui invoque l'art. 337 CO à l'égard d'un comptable qu'il a licencié avec effet immédiat et pour de justes motifs peut se contenter d'alléguer que, pendant des années, le travailleur lui a soustrait de grosses

690 BSK ZPO-GEHRI, N 2 ad art. 55 CPC ; GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 55 CPC ; MEIER (2010), 383 ; SARBACH (2003), 9 et 13 ; SCHENKER (in BAKER & MCKENZIE), N 1 ad art. 55 CPC ; SUTTER-SOMM/VON ARX (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 11, 20 ss et 53 ss ad art. 55 CPC.

691 GULDENER (1979), 159 ; HOHL (Tome I), 146 ss N 752, 754, 758, 760 ; PERRET, 262 s. ; SCHENKER (in BAKER & MCKENZIE), N 6 ad art. 55 CPC ; SCHMID (1981), 282 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 116 N 15 ; SUTTER-SOMM/VON ARX (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 22 ad art. 55 CPC ; VOGEL/SPÜHLER, 166 N 20 ss.

692 CHAIX (2010), 128 s. N 36 ; GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 55 CPC ; SCHENKER (in BAKER & MCKENZIE), N 6 ad art. 55 CPC ; SUTTER-SOMM/VON ARX (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 22 ad art. 55 CPC.

693 Message CPC, 6890 ad art. 54 P-CPC. Cf. également infra N 280.

694 LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 115 N 4.20 ; SUTTER-SOMM (PCEF), 307 : « Bei einer anwaltlich vertretenen Partei soll allerdings die gerichtliche Fragepflicht im ordentlichen Verfahren nicht so extensiv gehandhabt werden, dass das Gericht zum Gehilfen des Anwalts wird ».

695 ATF 127 III 365, c. 2b, JdT 2001 I 390 ; 123 III 183, c. 3e, JdT 1998 I 600 ; 108 II 337, c. 2b, JdT 1983 I 538 ; TF du 18.6.2001, 4C.9/2001, c. 3b. Voir aussi BSK ZPO-GEHRI, N 4 ad art. 55 CPC.

696 BOHNET (RDS), 297 s.

697 TF du 27.6.2006, 4C.82/2006, c. 3.4, RSPC 2006 362 ; BOHNET (RDS), 298.

sommes d'argent. Ce n'est que si l'allégation est contestée par l'employé que le juge peut exiger que ces indications soient complétées (art. 56 CPC), notamment quant à l'époque, la nature et le montant des malversations[698].

Dans une affaire où un employeur réclamait, à titre compensatoire, des dommages-intérêts fondés sur un manquement du travailleur à son devoir de diligence entraînant un dommage pour la société, le tribunal cantonal valaisan a estimé que les allégations de l'employeur étaient insuffisantes pour qu'il puisse se prononcer sur ledit manquement ainsi que pour permettre au travailleur de présenter sa propre version des faits et de motiver sa contestation. En effet, l'employeur s'était contenté d'alléguer dans sa réponse que son employé « avait commis de nombreuses fautes dans l'exécution de ses obligations contractuelles » et que « celles-ci avaient généré de nombreuses pertes pour la société Z SA, notamment sur le chantier R. »[699].

Le Tribunal fédéral a encore retenu que lorsque les allégations de fait sont insuffisantes pour déterminer l'existence d'un rapport de subordination, partant pour déterminer si les relations juridiques entre les parties relèvent du contrat de travail, les prétentions déduites de celui-ci doivent être rejetées[700].

2. La maxime inquisitoire

a. Maxime inquisitoire pure ou sociale ?

aa. La situation sous l'empire de l'art. 343 CO

272 Aux termes de l'art. 247 al. 2 lit. a et b ch. 2 CPC, le tribunal établit les faits d'office dans les procès de droit du travail d'une valeur litigieuse ne dépassant pas 30'000 francs ainsi que ceux relevant de la LEg ou de la LPart sans égard à la valeur litigieuse. C'est l'expression de la maxime inquisitoire. Celle-ci était déjà appliquée avant l'entrée en vigueur du CPC sur la base de l'art. 343 al. 4 CO, selon lequel « le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves ». Si la lettre de la loi laissait supposer l'application d'une *maxime inquisitoire pure*, le législateur y voyait en réalité une *maxime des débats atténuée*, c'est-à-dire que le tribunal devait vérifier que les allégations et offres de preuve des parties étaient complètes, celles-ci étant néanmoins tenues de collaborer en le renseignant sur les faits et les moyens de preuve disponibles[701]. Le premier arrêt rendu par le Tribunal fédéral développant les principes liés à

698 ATF 108 II 337, c. 3 *i.f.*, JdT 1983 I 538.

699 TC VS du 20.3.2007, RVJ 2007 229, c. 4c, confirmé in TF du 19.6.2007, 4A_138/2007, c. 3.1.2.

700 TF du 8.6.2005, 4C.39/2005, c. 2.4, RSPC 2005 378 suivi d'une note critique de SCHWEIZER et BOHNET, qui font remarquer à juste titre que la qualification d'un contrat est une question de droit et non de fait, de sorte que le tribunal ne pouvait simplement rejeter la demande sans se pencher sur son bien-fondé au regard du contrat effectivement conclu entre les parties.

701 Message CO, 416.

l'atténuation de la maxime inquisitoire date de 1981[702] ; ceux-ci ont par la suite été repris dans bon nombre de décisions, qui ont porté sur des litiges relevant du droit du travail[703] mais aussi du bail[704], pour lesquels la maxime inquisitoire était également applicable en vertu de l'art. 274d al. 3 CO. C'est la protection de la partie dite faible au contrat, soit respectivement le travailleur et le locataire, qui justifie l'application d'une maxime des débats atténuée, que la doctrine et la jurisprudence ont peu à peu rangé sous la notion de « *maxime inquisitoire sociale* »[705].

ab. La situation sous l'empire du CPC

273 Avec l'entrée en vigueur du CPC et l'abrogation de l'art. 343 CO, la question se pose de savoir si le législateur a entendu maintenir le principe de la maxime inquisitoire sociale en matière de litiges relevant du droit du travail ou si, au contraire, il a voulu introduire une maxime inquisitoire pure dans ce domaine. Le doute existe d'autant plus que l'al. 1 de l'art. 247 CPC prévoit déjà une certaine atténuation au principe de la maxime des débats, vis-à-vis de tous les litiges soumis à la procédure simplifiée. Si le Projet ne faisait pas de distinction quant au type de maxime inquisitoire applicable en fonction de la nature du litige[706], la version définitive du Code a été modifiée sur ce point. Il faut par conséquent reprendre la genèse du texte de l'art. 247 CPC, depuis l'Avant-Projet jusqu'au CPC, pour déterminer la véritable portée que le législateur a entendu attribuer aux différents alinéas de cette disposition.

---

702 ATF 107 II 233, c. 2.

703 ATF 130 III 102, c. 2.2, ainsi que plusieurs arrêts non publiés, notamment : TF du 24.3.2010, 4A_635/2009, c. 2 ; TF du 3.9.2009, 4A_522/2008, c. 3.1, RSPC 2010 12 ; TF du 29.3.2006, 4C.36/2006, c. 3.2, RSPC 2006 352 ; TF du 1.3.2006, 4C.395/2005, c. 4.3, DTA 2006 266-268, RSPC 2006 355 ; TF du 31.3.2003, 4C.143/2002, c. 3 ; TF du 26.3.2002, 4P.297/2001, c. 2a ; OGer TG du 10.10.1991, JAR 1993 272, c. 3b.

704 ATF 136 III 74, c. 3.1 ; 125 III 231, c. 4a, JdT 2000 I 194 ; 118 II 50, c. 2a ; voir également de nombreux arrêts non publiés, notamment : TF du 26.7.2010, 4A_295/2010, c. 2.2.2 ; TF du 1.2.2010, 4A_448/2009, c. 2.2 ; TF du 31.7.2009, 4A_281/2009, c. 2.1 ; TF du 19.1.2009, 4A_512/2008, c. 2.3 ; TF du 14.8.2006, 4C.140/2006, c. 3.1 ; TF du 7.9.2004, 4C.211/2004, c. 2.1 ; TF du 13.11.2003, 4P.171/2003, c. 2.1 ; TF du 14.10.2003, 4C.185/2003, c. 2.1 ; TF du 31.5.2002, 4C.65/2002, c. 2b ; TF du 12.2.2001, 4C.301/2000, c. 2a ; TF du 21.12.2000, 4C.310/2000, c. 2b, SJ 2001 I 278, DB 2001 N 25 ; TF du 17.7.2000, 4C.50/2000, c. 4a ; TF du 18.5.1998, SJ 1998 645, c. 2a.

705 Ou de « maxime inquisitoire atténuée ». En allemand, on parle de « soziale Untersuchungsmaxime » ou de « eingeschränkte Untersuchungsmaxime ». Voir notamment ATF 125 III 231, c. 4a, JdT 2000 I 194 ; TF du 3.9.2009, 4A_522/2008, c. 3.1, RSPC 2010 12. En doctrine, voir par exemple : BRÖNNIMANN (1990), 345 s. ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 4.1 ad art. 343 CO ; GULDENER (1979), 172 ; HOHL (Tome I), 165 N 854 ; SARBACH (2001), 142 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 120 N 25 et 27 ; SUTTER-SOMM (PCEF), 309 ; TAPPY (2008), 200 n. 97.

706 L'art. 243 P-CPC prévoyait en effet l'application d'une maxime inquisitoire atténuée de manière générale à tous les litiges soumis à la procédure simplifiée.

274 L'Avant-Projet prévoyait, à son art. 240 al. 1 lit. b, que le tribunal établisse les faits d'office dans les litiges découlant d'un contrat de travail ou de la LSE lorsque la valeur litigieuse n'excédait pas 30'000 francs. L'al. 2 précisait l'al. 1 en ce sens que « le tribunal questionne les parties afin qu'elles complètent les allégations insuffisantes et indiquent les moyens de preuve à disposition ». C'est ainsi une maxime inquisitoire sociale qui avait été introduite vis-à-vis des litiges de droit du travail soumis à la procédure simplifiée, à l'instar de ce qui prévalait sous l'empire de l'art. 343 CO[707].

275 Dans le Projet, le Conseil fédéral a introduit l'application de la maxime inquisitoire de manière générale en procédure simplifiée, estimant qu'elle était indissociable d'une procédure qui se veut accessible à tous[708]. L'art. 243 al. 1 P-CPC avait la teneur suivante : « Le tribunal établit les faits d'office dans le sens où il amène les parties à compléter des allégations insuffisantes et à apporter les moyens de preuve à leur disposition ». Le texte ne faisait plus aucune distinction selon la nature du litige ; seul suffisait que la procédure simplifiée soit applicable. Le Message CPC précisait néanmoins qu'il s'agissait d'une maxime inquisitoire atténuée, correspondant à la « maxime inquisitoire sociale » développée jusqu'alors en matière de droit du bail et du travail[709].

276 C'est la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats qui a par la suite jugé bon de modifier l'art. 243 P-CPC et de lui ajouter notamment un al. 2, aux termes duquel : « Dans les affaires selon l'art. 239 alinéa 2 et dans les litiges relevant du droit du travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 francs, le tribunal établit les faits d'office ». De son côté, l'al. 1 était modifié comme suit : « Le tribunal amène les parties, par des questions appropriées, à compléter des allégations insuffisantes et à désigner les moyens de preuve ». Lors des débats, le conseiller aux Etats INDERKUM a explicité la proposition de la Commission comme la volonté d'introduire, via l'al. 2, la maxime inquisitoire dans les domaines du droit privé social, à l'instar du droit fédéral alors en vigueur, tandis que pour les autres litiges concernés par la procédure simplifiée prévalait uniquement une maxime des débats atténuée, dans le sens d'un devoir d'interpellation accru du tribunal[710]. Par conséquent, l'idée sous-tendue par la

---

707 Rapport explicatif, 120 ad art. 240 A-P CPC : « [L]e droit actuel est repris. Les faits sont donc établis d'office. (…) Le devoir d'interpellation du tribunal ne dispense toutefois pas les parties de collaborer à la constatation des faits, ce qui a pour effet que la maxime inquisitoire s'en trouve affaiblie ».

708 Message CPC, 6956 ad art. 242 et 243 P-CPC.

709 Message CPC, 6956 ad art. 242 et 243 P-CPC.

710 INDERKUM, BO CE 2007 532 ad art. 243 P-CPC : « Die Kommission schlägt in Absatz 2 vor, die Abklärung des Sachverhaltens von Amtes wegen, also die sogenannte Untersuchungsmaxime, auf die Fälle von Artikel 239 Absatz 2, das heisst auf die Bereiche des sozialen Privatrechts, zu beschränken. Das entspricht dem Bundesrecht. Für gewöhnliche vermögensrechtliche Streitigkeiten, welche im vereinfachten Verfahren abgewickelt werden, soll dagegen weiterhin die sogenannte Verhandlungsmaxime gelten,

modification proposée par la Commission était bel et bien de reprendre la situation en place concernant les litiges à caractère social, notamment celle découlant de l'art. 343 al. 4 CO[711].

277 Devant le Conseil national, le texte a à nouveau subi une modification, mais uniquement quant à la formulation de l'al. 2 et non sur le fond. C'est cette dernière mouture qui a été reprise dans la version finale du CPC. Il ressort toutefois des débats parlementaires un certain flou quant à la portée à accorder à l'art. 243 P-CPC : l'intervention de la conseillère fédérale WIDMER-SCHLUMPF semble plutôt plaider dans le sens du maintien de la situation préexistante[712], alors que celle du conseiller national LÜSCHER présume une volonté d'introduire une maxime inquisitoire pure. Selon celui-ci en effet, l'art. 243 al. 1 P-CPC reprenait « en partie le concept de maxime inquisitoire sociale développée en droit du bail à l'art. 274d CO et en droit du travail à l'art. 343 CO », alors que « le tribunal doit établir les faits d'office dans toutes les procédures en droit du bail et du travail dont la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 francs »[713]. Dans son ouvrage portant sur le Code de procédure civile suisse, il a apparemment renoncé à soutenir cette position puisque les références indiquées à l'appui de l'interprétation de l'art. 247 al. 2 CPC sont précisément les arrêts dans lesquels les principes de la maxime inquisitoire sociale ont été développés[714].

278 Au vu de ces considérations, l'art. 247 al. 2 CPC doit selon nous s'interpréter comme l'application d'une maxime inquisitoire identique à celle qui était retenue sur la base de l'art. 343 al. 4 CO, c'est-à-dire une maxime inquisitoire sociale et non pure. D'autres motifs plaident également en faveur du maintien de la maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC. Premièrement, le texte même de l'art. 247 al. 2 CPC est en tous points pareil à celui de l'art. 343 al. 4 CO, selon lesquels « le juge établit les faits d'office ». En second lieu, les versions allemande et italienne du CPC, plus nuancées que le texte français, permettent de différencier les deux types de maxime inquisitoire puisqu'elles

allerdings durchbrochen durch eine verstärkte richterliche Fragepflicht gemäss Artikel 243 Absatz 1. (…) Rechtspolitisch erscheint es uns wichtig, dass die Verhandlungsmaxime im Grundsatz auch im vereinfachten Verfahren gilt ».

711 Voir également TAPPY (2008), 200 n. 97 : « On relèvera que le Conseil des Etats a sensiblement corrigé l'art. 243 P-CPC (…) en limitant aux affaires énumérées à l'art. 239 al. 2 CPC et aux litiges de droit du travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000.-, soit les domaines justifiant l'application de la maxime inquisitoire « sociale », les cas où il [le tribunal] établit les faits d'office ».

712 WIDMER-SCHLUMPF, BO CN 2008 N 968 ad art. 243 P-CPC : « das Gericht sorgt dafür, dass die Parteien, namentlich auch die sozial schwächeren, die Tatsachen vollständig behaupten und die Beweismittel bezeichnen. Es gibt auch die Gelegenheit, unklare und unvollständige Rechtsbegehren zu ergänzen. Wie die Praxis zeigt, ist dies absolut genügend ». Cette définition correspond en effet à une maxime inquisitoire atténuée, et non pure.

713 LÜSCHER, BO CN 2008 N 968 ad art. 243 P-CPC.

714 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 30 et les réf. cit. en n. 46.

emploient des termes distincts : en allemand par exemple, lorsqu'il s'agit d'appliquer la maxime inquisitoire *pure*, « das Gericht *erforscht* den Sachverhalt von Amtes wegen » (art. 296 al. 1 CPC), alors que lorsque prévaut la maxime inquisitoire *sociale*, « das Gericht *stellt* den Sachverhalt von Amtes wegen *fest* » (art. 247 CPC)[715]. Avant l'entrée en vigueur du CPC, le législateur fédéral faisait d'ailleurs déjà la distinction dans le texte allemand, en matière de droit de la famille notamment, aux art. 145, 254 ch. 1 ou 280 CC, où devait s'appliquer une maxime inquisitoire pure. Enfin, si l'Avant-Projet et le Projet prévoyaient certes des solutions diverses sur la question de la maxime applicable en procédure simplifiée, aucun n'avait retenu l'application d'une maxime inquisitoire pure dans les litiges découlant du contrat de travail. C'est pourquoi il paraît d'autant plus douteux que cette solution ait été voulue par le législateur, qui ne l'a en tout cas jamais exprimée de manière claire. L'art. 247 al. 2 CPC doit par conséquent être interprété comme l'expression de la maxime inquisitoire sociale[716].

ac. Le devoir d'interpellation accru du tribunal (art. 247 al. 1 CPC)

279 La maxime inquisitoire sociale déduite de l'art. 247 al. 2 CPC se distingue du *devoir d'interpellation accru*[717] inscrit à l'al. 1 en ce sens que celui-ci implique uniquement pour le tribunal de s'assurer que l'état de fait et les offres de preuve ont été avancés de manière complète. Les al. 1 et 2 de l'art. 247 CPC doivent par conséquent être rapprochés par une obligation commune imposée au juge d'intervenir afin d'amener les parties à présenter tous les faits et proposer tous les moyens de preuve nécessaires à la résolution du cas[718]. En revanche, et contrairement aux principes déduits de la maxime inquisitoire sociale, le devoir d'interpellation accru ne signifie pas que le tribunal puisse tenir compte de faits

715 Voir à ce propos l'intervention d'INDERKUM, BO CE 2007 635 ad art. 291 P-CPC : « Gemäss Absatz 1 erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen. Verschiedene andere Bestimmungen verwenden die Formulierung "Das Gericht stellt den Sachverhalt fest". Hier wird der Begriff "erforscht" verwendet, weil auch das ZGB diesen Begriff verwendet und damit die Untersuchungsmaxime beschreibt. Die Formulierung "Das Gericht stellt den Sachverhalt fest" geht weniger weit und umschreibt die richterliche Fragepflicht ». Voir également BSK ZPO-GEHRI, N 18 ad art. 55 CPC et GASSER/RICKLI, N 11 ad art. 55 CPC.

716 Dans le même sens : BOHNET (2010), N 165 ; BSK ZPO-GEHRI, N 24 s. ad art. 55 CPC ; CHAIX (2010), 119 N 11 s. ; DIETSCHY (2011), 60 ; GASSER/RICKLI, N 7 et 10 ad art. 55 CPC et N 3 ad art. 247 CPC ; GIGER (in BAKER & MCKENZIE), N 8 ad art. 247 CPC ; HAUCK (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 3 ad art. 247 CPC ; HENSCH, 542 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 119 N 4.33 s. et 344 N 11.164 ; MEIER (2010), 386 s. ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 317 N 171 ss.

717 BRÖNNIMANN (2009), 91, parle d'un « erweitere Fragepflicht ». Sur le devoir d'interpellation accru, voir notamment DIETSCHY (2011), 57 s.

718 FELLMANN (2009), 94 ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 156.

qui n'ont été allégués par aucune des parties ou ordonner d'office l'administration de preuves[719].

280 L'art. 247 al. 1 CPC ne trouve cependant jamais à s'appliquer dans un conflit relevant du droit du travail, celui-ci étant soumis à la maxime inquisitoire sociale de l'al. 2 lorsque s'applique la procédure simplifiée (valeur litigieuse inférieure ou égale à 30'000 francs ou prétentions fondées sur la LEg ou la LPart) ou à la maxime des débats si la procédure ordinaire ou sommaire est applicable[720]. La maxime des débats suppose toutefois également un certain devoir d'interpellation de la part du magistrat, déduit de l'art. 56 CPC aux termes duquel le tribunal interpelle les parties lorsque leurs déclarations ou leurs actes[721] sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets[722]. L'art. 56 CPC se distingue de l'art. 247 al. 1 CPC en ce sens qu'il implique un *simple devoir d'interpellation* du juge, qui doit rendre les parties attentives sur des imprécisions, des contradictions ou des lacunes manifestes contenues dans un acte. Le *devoir d'interpellation accru* implique quant à lui que le tribunal s'assure du caractère complet du dossier, peu importe que l'omission soit manifeste ou non[723]. Ainsi, l'art. 56 CPC ne permet pas au juge d'interpeller les parties sur tous les éléments qui lui paraissent déterminants pour la résolution du cas[724], mais uniquement de les mettre en garde contre des allégations ou des offres de preuve mal formulées ou *manifestement* lacunaires, afin qu'elles puissent être rectifiées ; à défaut de rectification, le tribunal ne les corrige pas d'office et les allégations des parties sont maintenues en l'état[725].

281 Dans tous les cas, le devoir d'interpellation du tribunal ne vaut plus lorsque la partie a un comportement contraire à la bonne foi (art. 52 CPC), notamment celle qui agit de façon négligente, de sorte qu'il ne se justifie pas que le juge l'interpelle sur les imprécisions ou lacunes que présente son acte[726]. Il est

719 BOHNET (2010), N 168 ; BSK ZPO-MAZAN, N 15 ad art. 247 CPC ; DIETSCHY (2010), 190 N 40, et (2011), 61. Voir, s'agissant de la signification de la maxime inquisitoire sociale, infra N 282 ss.

720 Cf. supra N 269.

721 Les deux notions de « déclarations » et d'« actes » regroupent tant les allégués des parties, leurs conclusions que leurs offres de preuve ; voir FELLMANN (2009), 80.

722 Sur ces quatre notions, voir FELLMANN (2009), 80 ss et SUTTER-SOMM/VON ARX (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 21 ss ad art. 56 CPC.

723 HAUCK (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 2 et 6 ad art. 247 CPC ; FELLMANN (2009), 77 et 93. Comp., sous l'empire de l'ancien droit de procédure civile, VOGEL (1985), 67. Voir également DIETSCHY (2010), 188 N 33, et (2011), 58.

724 BSK ZPO-GEHRI, N 7 s. et 12 ad art. 56 CPC ; FELLMANN (2009), 78 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 116 N 4.24.

725 BSK ZPO-GEHRI, N 13 ad art. 56 CPC ; comp. également BRÖNNIMANN (2000), 51 et HOHL (1994), 61 N 190.

726 Comp. TF du 30.8.2001, 5P.147/2001, c. 2a/cc ; FELLMANN (2009), 79.

également fortement réduit en cas de représentation d'une partie par un mandataire professionnel[727].

b. La maxime inquisitoire sociale

ba. Les principes applicables

282 L'application de la maxime inquisitoire sociale en droit du travail tend à protéger le travailleur, partie faible au contrat, en lui garantissant grâce à l'intervention du juge un accès propre à la justice, sans nécessité de s'adjoindre les services d'un mandataire professionnel et de devoir supporter les coûts qui en découlent ; elle permet ainsi d'assurer l'égalité des parties mais aussi d'accélérer la procédure[728]. Bien qu'elle ait été conçue dans un but de protection de l'employé, la maxime devrait valoir à l'égard des deux parties au procès[729], dans un souci d'égalité de traitement. Le Tribunal fédéral semble plus restrictif puisqu'il distingue selon que la partie qui invoque la violation de la maxime inquisitoire sociale est ou non la partie faible au contrat, et se montre, dans le second cas, plus sévère à son égard[730]. A notre avis, une application avec retenue de la maxime inquisitoire sociale vis-à-vis de l'employeur ne doit pas être appliquée de manière générale[731] mais rester exceptionnelle, lorsque les circonstances d'espèce le justifient, par exemple parce que l'employeur dispose de connaissances juridiques matérielles et procédurales particulières.

283 La maxime inquisitoire sociale implique que le juge fonde son prononcé sur *tous les faits pertinents* établis lors des débats, même si les parties ne les ont pas invoqués à l'appui de leurs conclusions[732]. S'il peut prendre en considération des faits qui n'ont été allégués par aucune des parties, il peut aussi *ordonner des mesures d'instruction* qui n'ont été offertes ni par l'une ni par l'autre, telles que

---

727 CHAIX (2010), 121 N 17 ; DIETSCHY (2010), 188 N 32, et (2011), 58 : l'omission doit être particulièrement flagrante ; GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 56 CPC ; GIGER (in BAKER & MCKENZIE), N 3 ad art. 247 CPC ; SUTTER-SOMM/VON ARX (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 38 ss ad art. 56 CPC. Comp. infra N 291.

728 ATF 125 III 231, c. 4a, JdT 2000 I 194 ; TF du 28.9.2006, 4C.212/2006, c. 3.1.3, RSPC 2007 14 ; TF du 14.8.2006, 4C.140/2006, c. 3.1 ; TF du 31.3.2003, 4C.143/2002, c. 3 ; TF du 17.7.2000, 4C.50/2000, c. 4a ; BK-REHBINDER, N 21 ad art. 343 CO ; BRÖNNIMANN (1990), 345 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 4.1 ad art. 343 CO ; GULDENER (1979), 172 ; HOHL (Tome I), 165 N 854 et (1994), 46 N 140 s. ; SARBACH (2001), 141 et 152 ; SCHMID (1981), 278 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 121 N 27 ; VOGEL (1985), 67 ; WALDER (1973), 22.

729 BRÖNNIMANN (1990), 346 ; EGLI (2004), 41 ; MEIER (2010), 387 ; ZK-STAEHELIN/ VISCHER, N 30 ad art. 343 CO.

730 TF du 22.11.2005, 4C.273/2005, c. 3.2.2, RSPC 2006 134.

731 Dans le même sens : BOHNET, note in RSPC 2006 135.

732 ATF 130 III 102, c. 2.2 ; 107 II 233, c. 2b.

l'audition de témoins ou la production de pièces[733]. Le juge a en effet un *devoir d'interpellation* (« Fragepflicht »), en ce sens qu'il doit amener les parties, par des questions appropriées, à exposer tous les faits pertinents et invoquer tous les moyens de preuve nécessaires à la résolution de la cause[734]. Il ne doit toutefois s'assurer du caractère complet des allégations des parties et de leurs offres de preuve que s'il a des motifs objectifs d'éprouver des *doutes* sur ce point[735]. S'il doit certes interroger les parties et les informer de leur devoir de collaboration à l'établissement des faits et à la production de preuves[736], il n'a pas à instruire d'office le litige[737] lorsqu'une partie renonce à fournir des moyens de preuve ou à expliquer sa position[738].

Ainsi, lorsque l'employé fait valoir le droit à une indemnité pour licenciement immédiat injustifié au sens de l'art. 337c CO, le juge doit l'interroger quant à d'éventuels gains retirés d'une nouvelle activité professionnelle recouvrée pendant le délai ordinaire de congé, afin de pouvoir le cas échéant soustraire le montant de celui qui serait dû au titre de l'indemnité (art. 337c al. 2 CO) ; l'interpellation du tribunal sur ce point doit avoir lieu même si le problème n'a été soulevé par aucune des parties[739]. De même, lorsque le litige porte sur la résiliation du contrat, le tribunal doit s'informer auprès de l'employé d'éventuelles prestations de chômage qui lui auraient été versées, dans le but de s'assurer qu'il est le titulaire de l'entier de la créance réclamée[740].

baa. L'obligation pour les parties de collaborer

284 La maxime inquisitoire sociale ne dispense pas les parties de *collaborer activement* à la procédure (art. 160 CPC), notamment en renseignant le tribunal sur les faits de la cause et en lui indiquant les moyens de preuve disponibles[741].

733 TF du 3.9.2009, 4A_522/2008, c. 3.1, RSPC 2010 12 ; OGer LU du 23.11.1998, JAR 1999 381, c. 1 ; BSK-PORTMANN, N 17 ad art. 343 CO ; GASSER/RICKLI, N 7 ad art. 55 CPC ; SARBACH (2003), 99 et (2001), 147 et 149 s. ; VOGEL (1985), 71 ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, N 31 ad art. 343 CO.

734 ATF 136 III 74, c. 3.1 ; 107 II 233, c. 2c ; TF du 26.7.2010, 4A_295/2010, c. 2.2.2 ; TF du 26.3.2002, 4P.297/2001, c. 2a ; BRÖNNIMANN (1990), 362 ; GULDENER (1979), 169 ; KLETT (2001), 1294 s. ; SCHMID (1981), 282.

735 ATF 136 III 74, c. 3.1 ; 107 II 233, c. 2c ; TF du 26.7.2010, 4A_295/2010, c. 2.2.2 ; TF du 26.3.2002, 4P.297/2001, c. 2a.

736 Cf. infra N 284.

737 FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 4.3 ad art. 343 CO : « Le principe de l'instruction d'office ne permet pas aux parties de se décharger sur le juge du soin d'indiquer en temps utile les moyens de preuve ; l'intervention de ce dernier n'a qu'un caractère subsidiaire ».

738 ATF 136 III 74, c. 3.1 ; TF du 26.7.2010, 4A_295/2010, c. 2.2.2 ; TF du 26.3.2002, 4P.297/2001, c. 2a.

739 Voir SARBACH (2003), 101.

740 Cf. infra N 355.

741 ATF 130 III 102, c. 2.2 ; 128 III 411, c. 3.2.1 ; 107 II 233, c. 2c ; BSK ZPO-MAZAN, N 13 ad art. 247 CPC ; GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 160 CPC. Voir également les arrêts non publiés cités supra aux n. 703 et 704.

Elle ne sert pas à suppléer les carences d'une partie négligente ou qui renonce à s'exprimer[742].

bab. Les allégations de fait et les conclusions

285 Le juge n'a pas à examiner un état de fait présenté de manière identique par les deux parties[743], sauf s'il émet des doutes à son sujet (art. 153 al. 2 CPC). Il ne doit pas plus s'enquérir d'un état de fait qui n'a été allégué, volontairement ou par négligence, par aucune des parties, lorsque celui-ci n'a aucun rapport avec le problème juridique soulevé[744]. En effet, vu l'application de la maxime de disposition, il n'appartient pas au juge de se pencher sur la question des prétentions invoquées[745], par exemple si celles-ci paraissent ne pas aller aussi loin qu'elles le pourraient[746]. Ce ne sont que les faits contestés qui doivent être établis d'office, « pour s'assurer qu'aucune des deux parties ne voie ses conclusions rejetées parce que, par maladresse ou inexpérience, elle a omis d'alléguer tous les faits propres à fonder ses conclusions »[747]. Le juge est en revanche admis à se fonder sur tous les faits invoqués, quelle que soit la partie qui les a allégués, et à en tenir compte même si leurs effets se répercutent en faveur de la partie adverse uniquement[748]. Il n'est en outre pas lié par des allégués convergents des parties[749] ou, à l'inverse, peut se fonder sur des faits qui n'ont été allégués par aucune des parties[750], lorsque les résultats obtenus par l'administration des preuves commande de respectivement s'en écarter ou les retenir.

---

742 TF du 2.10.2006, 4C.255/2006, c. 4.2, JAR 2007 326 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 4.2 ad art. 343 CO.

743 AppGer BS du 14.5.1982, JAR 1983 286 ; KOLLER (1995), 74.

744 OGer ZH du 22.8.2006, ZR 106 (2007) 237 N 59, c. 3.6 ; OGer LU du 12.7.1999, JAR 2000 403, c. 2.1 ; EGLI (2004), 41 ; KLETT (2001), 1295.

745 TF du 3.9.2009, 4A_522/2008, c. 3.1, RSPC 2010 12 : la maxime inquisitoire sociale n'a aucune influence quant à l'objet du litige, qui reste à la libre disposition des parties. Sur la maxime de disposition, cf. supra N 265.

746 Voir les exemples que donne EGLI (2004), 43, notamment celui du travailleur qui réclame le paiement d'heures supplémentaires, le tribunal constatant que celles-ci ont été entièrement compensées en périodes de congé, mais que la totalité du droit aux vacances n'a pas été épuisée : le juge ne peut pas conseiller l'employé de réclamer des prétentions à ce titre. Voir également, en matière de LEg, les exemples cités par KLETT (2001), 1295, notamment le suivant : si le travailleur prétend que son licenciement est discriminatoire, le juge doit établir les faits relatifs audit licenciement mais n'a pas à se pencher sur d'éventuelles discriminations qui auraient pu avoir lieu pendant les relations contractuelles. Voir également OGer BL du 17.10.1995, JAR 1996 350 ; KGer GR du 18.10.1982, PKG 1982 N 13.

747 RYTER, 152. Voir également AppGer BS du 14.5.1982, BJM 1983 164.

748 TF du 29.3.2006, 4C.36/2006, c. 3.2, RSPC 2006 352.

749 SARBACH (2001), 147.

750 Cf. supra N 283 et n. 733.

286 L'application de la maxime inquisitoire ne devrait pas permettre au juge d'attirer l'attention de l'une ou l'autre des parties sur d'éventuelles erreurs dans l'application du droit, par exemple dans l'hypothèse où le travailleur se fonde sur un délai de congé d'un mois alors qu'un délai de deux mois est en réalité applicable[751]. Admettre l'inverse reviendrait à autoriser le juge à vérifier la régularité des prétentions invoquées par les parties, ce qui va à l'encontre du principe de la maxime de disposition.

287 La maxime inquisitoire sociale ne concerne que la manière de conduire le procès et de réunir les faits et moyens de preuve pertinents[752]. Elle ne porte pas sur la question de l'ouverture ou de la clôture de la procédure[753], ni sur la façon dont les conclusions doivent être formulées, le tribunal ne devant pas conseiller les parties sur des questions d'ordre procédural[754].

bac. L'offre et l'administration de preuves

288 Le juge n'est pas lié par les offres de preuve des parties et peut refuser leur administration, par une appréciation anticipée des preuves, s'il estime qu'elles ne sont manifestement pas pertinentes[755]. En effet, la maxime inquisitoire sociale ne permet pas d'étendre à bien plaire l'administration des preuves et de recueillir toutes les preuves imaginables[756]. De même, elle n'oblige pas le juge à auditionner un témoin auquel la partie requérante a expressément renoncé[757] ou qui était proposé comme moyen de preuve d'un autre fait que le fait litigieux, à l'égard duquel la partie a été clairement invitée à présenter des offres de preuve[758]. En revanche, si une partie a offert de fournir d'autres moyens de preuve encore dans le cas où celles déjà administrées ne suffiraient pas, le tribunal ne peut pas constater l'absence de preuves du fait contesté s'il n'a pas attiré l'attention de la partie sur l'insuffisance des éléments de preuve à disposition ni ne lui a permis d'en proposer de nouveaux[759].

---

751 *Contra* : EGLI (2004), 44.

752 TF du 3.9.2009, 4A_522/2008, c. 3.1, RSPC 2010 12 ; TF du 2.12.2004, 4C.340/2004, c. 4.1 (non publié à l'ATF 131 III 243).

753 ZK-STAEHELIN/VISCHER, N 33 ad art. 343 CO.

754 TF du 2.12.2004, 4C.340/2004, c. 4.1 (non publié à l'ATF 131 III 243).

755 TF du 26.7.2010, 4A_295/2010, c. 2.2.2 ; TF du 4.2.2010, 4D_144/2009, c. 3.3 ; TF du 3.7.2009, 4A_173/2009, c. 4.2 ; TF du 4.5.2006, 4C.23/2006, c. 2.2 ; TF du 6.1.2004, 5C.228/2003, c. 3.2 ; TF du 9.1.1995, JAR 1996 198, c. 3b ; OGer LU du 24.8.2000, JAR 2001 415, c. 5.

756 ATF 125 III 231, c. 4a, JdT 2000 I 194 ; TF du 26.7.2010, 4A_295/2010, c. 2.2.2 ; TF du 1.2.2010, 4A_448/2009, c. 2.2 ; TF du 12.2.2001, 4C.301/2000, c. 2a ; TF du 17.7.2000, 4C.50/2000, c. 4b : « Ouvrir la porte à des lancers de ballon d'essais probatoires n'est pas le but de la disposition invoquée, laquelle tend notamment à accélérer la procédure ».

757 OGer BL du 16.8.1994, disponible sur www.baselland.ch.

758 OGer LU du 12.7.1999, JAR 2000 403, c. 2.1.

759 TF du 23.3.2007, 4C.441/2006, c. 4.3, commenté par BOHNET in DB 2008 N 24.

289 Le juge peut également ordonner de lui-même les mesures d'instruction qu'il estime utiles, telles que la production d'une pièce ou l'audition d'un témoin, quand bien même elles n'auraient pas été proposées par l'une ou l'autre des parties[760]. Il doit cependant respecter le droit d'être entendu de celles-ci, c'est-à-dire qu'elles doivent avoir la possibilité non seulement de prendre connaissance des preuves administrées et de se déterminer à leur sujet, mais aussi de s'expliquer avant qu'une décision d'instruction ne soit prise par le juge[761].

Dans une affaire où le tribunal des prud'hommes genevois avait rendu une ordonnance préparatoire invitant les défenderesses à fournir certaines pièces, notamment la comptabilité complète de la société ainsi que le rapport de révision, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CP, le Tribunal fédéral a considéré que cette ordonnance violait le droit d'être entendu des défenderesses : d'une part, celle-ci n'était pas susceptible d'un recours immédiat et, d'autre part, elle imposait la production de pièces dans un délai relativement bref (30 jours) et sous la menace des peines de l'art. 292 CP, sans que les parties puissent faire valoir d'objections à leur sujet, en particulier au regard du secret d'affaires, et exiger cas échéant que des mesures soient prises en vue de la sauvegarde de celui-ci[762].

290 Si la maxime inquisitoire sociale ne modifie pas les règles relatives au fardeau de la preuve (art. 8 CC)[763], elle ne fait pas non plus obstacle au principe de la libre appréciation des preuves par le tribunal (art. 157 CPC)[764]. Elle ne peut par conséquent servir à remettre en cause la façon dont celui-ci a établi les faits ou apprécié les preuves[765].

bb. Exception : en cas de représentation par un mandataire professionnel

291 Le but de la maxime inquisitoire sociale étant notamment de compenser un rapport de force entre les parties ou une disproportion dans les moyens de procéder, son application se justifie d'autant moins que la partie est assistée par un avocat ou un autre mandataire professionnel[766], par exemple un agent d'affaires breveté ou un membre d'une association professionnelle. En pareil

---

760 TF du 3.9.2009, 4A_522/2008, c. 3.1, RSPC 2010 12 ; OGer ZH du 10.4.1997, ZR 97 (1998) 231 N 98 ; SARBACH (2003), 99 ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, N 31 ad art. 343 CO.

761 TF du 26.10.1998, SJ 1999 I 186, c. 2.

762 Ibid.

763 TF du 4.5.2006, 4C.23/2006, c. 2.2 ; TF du 12.2.2001, 4C.301/2000, c. 2a ; KGer BL du 15.10.2002, JAR 2003 482, c. 2 ; KGer GR du 17.1.1988, JAR 1990 119, c. 1 ; BSK-PORTMANN, N 18 ad art. 343 CO ; EGLI (2004), 43 s. ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, N 35 *i.f.* ad art. 343 CO. Sur le fardeau de la preuve de l'art. 8 CC, voir infra N 580 ss.

764 Cf. infra N 618.

765 ATF 130 III 102, c. 2.2 ; 130 III 145, c. 3.1.2 ; TF du 8.11.2007, 4A.259/2007, c. 3.2.

766 Message CPC, 6956. La jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 343 al. 4 CO retenait le même principe : TF du 3.9.2009, 4A_522/2008, c. 3.1, RSPC 2010 12 ; TF du 28.4.2008, 4D_15/2008, c. 2.4, JAR 2009 236 ; TF du 31.5.2006, 4C.52/2006, c. 3.2 ; TF du 1.3.2006, 4C.395/2005, c. 4.3, DTA 2006 266, RSPC 2006 355 ; TF du 31.3.2003, 4C.143/2002, c. 3 ; TF du 11.2.2000, 4C.392/1999, c. 2c. Sur la représentation professionnelle, voir infra N 330 ss.

cas, le tribunal doit appliquer la maxime inquisitoire sociale *avec retenue*[767], en ce sens qu'il doit toujours attirer l'attention des parties sur les lacunes du dossier, par exemple lorsque les moyens de preuve sont jugés insuffisants, et les inviter à le compléter, mais il ne peut ordonner d'office des mesures d'instruction même si l'audition d'un témoin ou la production d'une pièce lui paraîtrait utile[768]. Cette application avec retenue se rapproche du devoir d'interpellation accru du tribunal au sens de l'art. 247 al. 1 CPC[769]. Elle diffère toutefois de celui-ci sur un point, celui de pouvoir retenir des faits qui n'ont été allégués par aucune des parties.

292 S'il se justifie que le tribunal applique la maxime inquisitoire sociale de manière moins stricte lorsque les parties sont assistées d'un mandataire professionnel, puisque l'on peut attendre de celui-ci qu'il connaisse la manière de conduire un procès et partir du principe qu'il agit dans l'intérêt de son client, la solution peut dans certains cas être difficile à appliquer. En effet, lorsque seule l'une des parties est assistée d'un mandataire, le tribunal ne peut ordonner des mesures d'instruction qu'en faveur de la partie dénuée de conseil. Or il n'est pas toujours aisé de savoir à l'avance à qui profitera l'administration d'une preuve, notamment lorsqu'il s'agit de l'audition de témoins. Il faut par conséquent admettre qu'en cas de doute, le juge puisse ordonner d'office la mesure, même si elle s'avère par la suite bénéficier à la partie adverse[770]. En revanche, si par exemple l'employé(e) qui invoque une discrimination salariale est assisté(e) d'un avocat, le tribunal ne pourra pas ordonner d'office la mise en œuvre d'une expertise, qui doit être invoquée par la partie[771].

bc. Maxime inquisitoire et assistance judiciaire gratuite

293 La maxime inquisitoire sociale ne remplace pas le droit à l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite lorsque les conditions de celles-ci sont réunies[772]. En effet, le Tribunal fédéral considère d'une part que la maxime inquisitoire sociale impose un devoir de collaboration des parties dans l'établissement des faits et la production de moyens de preuve et, d'autre part, que le juge est lié par les

767 BSK ZPO-MAZAN, N 19 ad art. 247 CPC ; Message CPC, 6956 : « le tribunal peut et doit faire preuve de retenue » ; TF du 3.9.2009, 4A_522/2008, c. 3.4, RSPC 2010 12 ; TF du 28.4.2008, 4D_15/2008, c. 2.4, JAR 2009 236 ; TF du 1.3.2006, 4C.395/2005, c. 4.3, DTA 2006 266, RSPC 2006 355 ; TF du 31.3.2003, 4C.143/2002, c. 3 ; TF du 11.2.2000, 4C.392/1999, c. 2c ; dans les quatre derniers arrêts cités, le TF retenait même que le juge n'avait pas à attirer l'attention de la partie assistée sur les lacunes du dossier et à lui donner la possibilité de le compléter.

768 TF du 3.9.2009, 4A_522/2008, c. 3.4, RSPC 2010 12, suivi d'une note de DIETSCHY.

769 Cf. supra N 279.

770 SARBACH (2003), 141 s., considère même que le principe d'égalité suppose que la maxime inquisitoire soit appliquée de la même manière à l'égard des deux parties.

771 Cf. infra N 695.

772 TF du 3.5.2007, 4A_36/2007, c. 2.3.1, RSPC 2007 384.

conclusions des parties et ne doit pas instruire un état de fait non allégué par celles-ci. Il relève également que cette maxime n'autorise pas le tribunal à conseiller les parties sur des questions d'ordre procédural ni sur la manière de formuler leurs conclusions. Partant, son application n'enlève en rien la nécessité de se faire représenter, lorsque les conditions du droit à l'assistance judiciaire gratuite sont remplies[773].

c. Casuistique

ca. Violation de la maxime inquisitoire sociale

294 Lorsque l'employeur fait valoir que son ex-employé, qui occupait le poste d'agent d'assurance, lui a causé un *préjudice* de par son inactivité pendant le délai de congé et réclame à cet égard des dommages-intérêts en vertu de l'art. 321a CO, l'échec de la preuve de la quotité du préjudice subi ne peut lui être opposé s'il a produit au tribunal un certain nombre de pièces tendant à démontrer le nombre de contrats d'assurance conclus mensuellement par son ex-employé depuis le début de son engagement jusqu'au terme du délai de congé. En effet, si la cour cantonale éprouve encore des doutes sérieux sur les moyens de preuve destinés à établir le montant du dommage, il lui appartient d'inviter l'employeur à présenter les justificatifs et documents comptables nécessaires, sous peine de violer le principe de la maxime inquisitoire sociale[774].

295 Si des employés travaillant dans le domaine de la construction invoquent qu'ils ont été licenciés de manière abusive en raison de leur *appartenance à une organisation syndicale*, alors que l'employeur motive les congés sur la base de *problèmes financiers*, le tribunal ne peut pas admettre la thèse avancée par l'employeur au seul motif que le marché de la construction connaissait effectivement des difficultés économiques à l'époque où les faits se sont produits. En effet, il ne peut pas se fonder sur la situation générale prévalant dans le domaine de la construction mais doit se pencher sur la situation particulière de l'entreprise en cause, en administrant les moyens de preuve offerts par les parties ou, cas échéant, en les ordonnant d'office[775].

296 Lorsque la partie adverse invoque une *créance en compensation* et propose l'audition de témoins ou la mise en œuvre d'une expertise pour l'établir, le juge viole le principe de la maxime inquisitoire sociale s'il refuse d'administrer l'un ou l'autre de ces moyens de preuve sans motivation valable[776]. De même, en matière de LEg, lorsque le travailleur invoque une *discrimination salariale*, le Tribunal fédéral considère que si l'équivalence entre les diverses fonctions

773 Cf. infra N 517 ss.
774 TF du 26.3.2002, 4P.297/2001, c. 2a.
775 TF du 9.1.1995, JAR 1996 198, c. 5b.
776 Voir en matière de bail, TF du 18.9.2006, 4C.212/2006, c. 3.1.3, RSPC 2007 14.

d'une même entreprise ne saute pas aux yeux ou si elle ne peut pas être établie par d'autres modes de preuve, les tribunaux cantonaux doivent ordonner des expertises sous peine de violer le principe de la maxime inquisitoire sociale[777].

cb. Respect de la maxime inquisitoire sociale

297 La maxime inquisitoire sociale n'est pas violée si les parties, toutes deux représentées par un avocat, ont chacune exposé de manière détaillée leur version des faits, de sorte que leur position est parfaitement claire, et si l'interrogatoire de l'une ou l'autre n'a été requis par aucune d'elles. En pareil cas, le tribunal n'a en principe aucun motif objectif d'éprouver des doutes au sujet du caractère complet des allégations et des offres de preuve des parties et peut se dispenser de les interpeller à cet égard[778].

298 Il n'y a pas violation de la maxime inquisitoire sociale lorsque le tribunal qui doit fixer le nombre d'*heures supplémentaires* effectuées par le travailleur se fonde sur les déclarations des parties à défaut d'autres moyens de preuve proposés, et qu'il n'a aucun motif de penser que de tels moyens existent. Peu importe que l'employeur produise par la suite, en instance de recours, un lot de quittances mensuelles de salaires et d'heures supplémentaires signées par le travailleur, puisqu'il connaissait dès le début et de manière précise les revendications du travailleur et qu'il n'a mentionné l'existence de telles quittances à aucun moment de la procédure de première instance, de sorte que le tribunal pouvait à bon droit partir du principe qu'elles n'existaient pas[779].

3. La pluralité de maximes applicables au procès

299 Qu'en est-il lorsque, dans le cadre d'un même procès, différentes maximes sont applicables ? Cette situation concerne deux types d'hypothèse : d'une part celle du cumul objectif d'actions qui entraîne l'application de la procédure ordinaire à l'ensemble du litige ; d'autre part, celle du procès soumis à la procédure simplifiée qui implique l'application de différents types de maximes selon la nature des prétentions invoquées.

300 Lorsqu'une partie entend réunir dans le cadre d'un seul procès une pluralité de prétentions qui ne sont pas toutes soumises au même type de procédure, elle peut renoncer à voir la procédure simplifiée s'appliquer et soumettre l'entier du litige à la *procédure ordinaire*[780]. Si la maxime applicable est normalement celle des débats[781], une exception doit être réservée lorsque la maxime inquisitoire sociale s'applique en fonction de la *nature de la prétention* uniquement. Ainsi,

777 ATF 133 III 545, c. 4.2. Voir également infra N 695.
778 CCass. NE du 20.8.2002, RJN 2002 144, c. 2.
779 TC FR du 4.11.1999, JAR 2000 370, c. 2d.
780 Cf. infra N 447.
781 Cf. supra N 269.

en cas de prétentions fondées sur la LEg ou la LPart invoquées concurremment à d'autres, qui relèvent des règles générales du contrat de travail ou d'un autre domaine du droit et dont la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs, le juge doit appliquer la maxime inquisitoire sociale au regard des prétentions fondées sur la LEg ou la LPart (art. 247 al. 2 lit. a et 243 al. 2 lit. a et e CPC) et la maxime des débats s'agissant des autres prétentions (art. 55 al. 1 CPC)[782]. Rien ne justifie en effet d'écarter l'application de la maxime inquisitoire sociale alors que la volonté du législateur était manifestement de l'imposer de manière générale à ce type de prétentions. En outre, même si la règle de l'art. 90 lit. b CPC – qui exige que les prétentions réunies soient soumises au même type de procédure –, a été instituée afin d'éviter un cumul de différentes procédures à l'occasion d'un même procès[783], elle n'empêche pas à notre avis l'application parallèle de plusieurs maximes. D'ailleurs, le Code prévoit expressément cette possibilité en procédure simplifiée, à l'art. 247 CPC. La même solution doit être retenue en cas de prétention reconventionnelle fondée sur la LEg invoquée dans le cadre d'un litige relevant du droit du travail soumis à la procédure ordinaire[784].

Ainsi, si le travailleur réclame une indemnité pour licenciement discriminatoire à raison du sexe ainsi que le paiement d'heures supplémentaires et de son solde de vacances non prises à hauteur de 32'000 francs, l'ensemble du litige est soumis à la procédure ordinaire mais le tribunal doit appliquer la maxime inquisitoire sociale vis-à-vis de la prétention fondée sur la LEg.

301 Si une prétention fondée sur le contrat de travail est cumulée à une autre, relevant elle aussi des relations de travail ou d'un autre domaine du droit, et qu'elles entraînent toutes deux une valeur litigieuse supérieure à 30'000 francs[785], partant l'application de la *procédure ordinaire*, la maxime inquisitoire sociale ne s'applique pas pour la partie des prétentions inférieure à ce montant. En effet, la nature des prétentions n'est en pareil cas pas seule déterminante, mais également la valeur litigieuse (cf. art. 247 al. 2 lit. b CPC). Il en va de même en cas de prétention reconventionnelle inférieure à 30'000 francs invoquée dans le cadre d'un litige soumis à la procédure ordinaire[786].

Si l'employé réclame un montant de 12'000 francs à titre d'heures supplémentaires et une indemnité de 32'000 francs à titre de licenciement abusif, la valeur litigieuse totale se monte à 44'000 francs, de sorte que la procédure ordinaire et la maxime des débats s'appliquent à l'ensemble des prétentions.

302 Lorsque le procès est soumis à la *procédure simplifiée* et qu'il concerne une pluralité de prétentions, principales ou reconventionnelles, qui ne sont pas toutes fondées sur le contrat de travail, la maxime inquisitoire sociale doit en tout cas

782 STEIGER-SACKMANN, 92. Comp., en matière de gratuité du procès, infra N 492 ss.
783 Cf. infra N 445 et la réf. en n. 1178.
784 Cf. infra N 452.
785 Cf. infra N 445.
786 Cf. infra N 452.

s'appliquer pour la partie des prétentions fondées sur le droit du travail (art. 247 al. 2 lit. a et b ch. 2 CPC), alors que pour le reste des prétentions, le juge doit appliquer le devoir d'interpellation accru déduit de l'art. 247 al. 1 CPC et ne peut notamment ordonner d'office des mesures d'instruction[787]. C'est en effet la nature des prétentions qui détermine en pareille hypothèse l'application de la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 lit. b ch. 1 CPC).

[787] HAUCK (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 24 ad art. 247 CPC. Sur le devoir d'interpellation accru du juge, voir supra N 279.

Chapitre X :
Les parties au procès

§ 21 Les parties principales

1. La qualité pour agir et la qualité pour défendre

a. Principe

303 Bien qu'opposant le plus souvent un travailleur à un employeur, la qualité pour agir ou défendre lors d'un conflit individuel de travail concerne également d'autres personnes. Il peut s'agir d'une caisse de chômage[788], d'une hoirie[789] ou de tout tiers à qui les droits du travailleur ou de l'employeur ont été cédés[790]. En effet, la nature du litige ne se détermine pas en fonction des parties au procès mais de la source de laquelle la prétention invoquée est issue[791].

304 En matière de communauté héréditaire, les droits du défunt ne passent aux héritiers que s'il ne s'agit pas d'un droit éminemment personnel, cas échéant si son titulaire l'a fait valoir de son vivant déjà[792].

Par exemple, la prétention de l'employé fondée sur l'art. 328 CO ou sur les art. 4 et 5 LEg, celle relative au droit de consulter son dossier personnel sur la base de la LPD[793], ou plus généralement celle visant à obtenir une indemnité pour tort moral, constituent des droits éminemment personnels qui ne passent aux héritiers que si le travailleur les avait fait valoir

---

788 FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.5 ad art. 343 CO ; HOHL (1999), 85 ; NUSSBAUMER, 2311 N 451 ; RUBIN, 572 ; AppHof BE du 8.8.1996, RJB 1996 685, JAR 1997 286 ; KGer SG du 29.11.1994, SGGVP 1994 121 N 52, c. b ; OGer ZH du 27.4.1988, ZR 87 (1988) N 48, c. 7. Le Tribunal fédéral applique lui aussi les dispositions spéciales de procédure prévues en droit du travail, notamment la valeur litigieuse de 15'000 francs de l'art. 74 al. 1 lit. a LTF, lorsque le litige oppose un employeur et une caisse de chômage, TF du 14.1.2010, 4A_192/2009, c. 1. Voir également infra N 353 ss.

789 Voir par exemple TC JU du 11.9.2000, RJJ 2001 145 : la communauté héréditaire réclamait le paiement des indemnités dues sur la base de l'art. 339b al. 1 et 2 CO ainsi que du salaire relativement à l'art. 338 al. 2 CO. Voir également Gew. SchiedsGer. BS du 2.11.1992, BJM 1993 298 ; CORBOZ (in CORBOZ ET AL.), N 24 ad art. 74 LTF ; REINERT (in BAKER & MCKENZIE), N 7 ad art. 34 CPC.

790 REINERT (in BAKER & MCKENZIE), N 7 ad art. 34 CPC. Cf. supra N 37.

791 EGLI (2004), 23 ; RYTER, 25 N 26 ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, N 11 ad art. 343 CO ; OGer ZH du 6.2.2007, ZR 106 (2007) 189 N 45, c. 2c ; C. app. Prud. GE du 11.1.1994, JAR 1995 303, c. 2b ; AppHof BE du 16.101989, RJB 1991 341, c. 4 ; OGer ZH du 27.4.1988, ZR 87 (1988) N 48, c. 7. Voir supra N 13 ss.

792 ATF 118 II 404, c. 3a ; 88 II 455, c. 5 ; 81 II 385, c. 2 ; 47 II 19, spéc. 21 ; TF du 4.12.2008, 5A_289/2008, c. 5.

793 ATF 120 II 118, c. 3, JdT 1995 I 141.

de son vivant déjà[794]. De même, les héritiers d'un employé défunt dont l'employeur avait résilié abusivement ou de manière immédiate injustifiée le contrat de travail ne peuvent réclamer une indemnité à sa place que si le travailleur avait clairement manifesté, de son vivant, son intention d'exercer cette prérogative[795].

305 En matière de LSE, c'est au bailleur de services et non au locataire de services que revient la qualité d'employeur[796], c'est pourquoi le travailleur prendra soin de diriger sa demande contre celui-là, qui dispose seul de la qualité pour défendre lorsque les prétentions invoquées sont fondées sur les rapports de travail.

b. Le cas particulier de la représentation des travailleurs

306 Aux termes de l'art. 3 LPart, une ou plusieurs représentations des travailleurs peuvent être formées dans les entreprises occupant au moins 50 employés. La représentation exerce alors elle-même les droits de participation. Toutefois, comme elle ne dispose pas de la personnalité juridique[797], partant de la capacité d'être partie[798], elle ne peut faire valoir le respect de ses droits en justice que par le biais des membres qui la composent, en tant que consorts nécessaires[799]. En effet, la capacité d'être partie de la représentation des travailleurs ne peut pas être déduite de l'art. 15 al. 2 LPart, qui ne mentionne que « les employeurs et les travailleurs intéressés et leurs associations », mais non la représentation des travailleurs en tant que telle[800]. En revanche, lorsque la prétention vise l'interdiction de l'inscription d'une fusion, d'une scission ou d'un transfert de patrimoine au sens des art. 28 al. 3, 50 ou 77 al. 2 LFus, le législateur a expressément attribué la qualité pour agir (« Prozessstandschaft ») à la représentation des travailleurs, qui peut alors agir en son propre nom[801]. Dans

794 ATF 118 II 404, c. 3a ; 88 II 455, c. 5 ; 81 II 385, c. 2 ; CJ GE du 3.5.1974, SJ 1975 55, c. XXXIII ; BK-BREHM, N 87 ad art. 49 CO. Certains auteurs vont plus loin et admettent la transmission aux héritiers du droit à l'indemnité pour tort moral même si le défunt ne l'a pas fait valoir de son vivant, voir BSK-SCHNYDER, N 9 ad art. 49 CO ; OFTINGER/STARK, 438 s.

795 BARBEY (Procédure), 113 s.

796 Voir notamment art. 12 al. 1 LSE : « Les employeurs (bailleurs de services) qui font commerce de céder à des tiers (entreprises locataires de services) les services de travailleurs (...) ».

797 REINERT, N 17 ad art. 28 LFus ; SUBILIA/DUC, N 9 ad art. 3 LPart ; TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, 557 N 3737 ; VISCHER, 148 ; WYLER (2010), 235.

798 Cf. supra N 208.

799 MÜLLER (1999), 140 ; STREIFF/VON KAENEL, N 11 ad art. 333a CO. Plus larges : BSK-PORTMANN, N 18 ad art. 333a CO, SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 15 LPart, et VISCHER, 148, qui reconnaissent la capacité d'être partie et d'ester à la représentation des travailleurs en tant que telle.

800 ILG, 98 s. ; MÜLLER (1999), 140. Sur ce point, cf. supra N 209.

801 AMSTUTZ/MABILLARD, N 26 ad art. 28 LFus ; BAUER, 154 s. ; REINERT, N 17 ad art. 28 LFus ; WYLER (2010), 235 ; ZK-HUBSCHMID, N 20 ad art. 28 LFus.

tous les cas, rien n'empêche la représentation d'acquérir la personnalité juridique en prenant par exemple la forme d'une association[802].

307 Lorsqu'aucune représentation des travailleurs n'a été constituée, les droits de participation sont exercés par les travailleurs directement (art. 4 LPart), leur droit d'action étant subsidiaire à celui de la représentation[803]. Certains auteurs considèrent que chacun des travailleurs bénéficie d'un droit individuel à faire valoir le respect des droits de participation[804]. Avec d'autres auteurs, il faut cependant admettre que les droits de participation appartiennent en commun à l'ensemble des employés – autrement dit, il s'agit d'un droit collectif, la notion de « travailleurs » n'apparaissant d'ailleurs qu'au pluriel dans la LPart et à l'art. 333a CO – et qu'il existe une *consorité nécessaire* entre eux[805].

308 Dans tous les cas, un ou plusieurs employés peuvent agir comme représentants de respectivement la représentation des travailleurs ou l'ensemble des travailleurs. En effet, l'art. 68 al. 1 CPC autorise la *représentation* en justice par une personne de confiance[806].

2. La différence entre qualité pour agir/défendre et légitimation active/passive

309 Même si le Tribunal fédéral les confond parfois[807], il faut distinguer les notions de qualité pour agir/défendre et de légitimation active/passive. La première, qui correspond à la titularité active/passive du droit à obtenir un jugement, relève de la procédure alors que la seconde, qui concerne la titularité de la prétention déduite en justice, relève du droit de fond[808]. Le défaut de qualité pour

802 MÜLLER (1999), 130.

803 BAUMGARTNER/WILDHABER, 1086 ; SUBILIA/DUC, N 3 ad art. 4 LPart ; VON DER CRONE ET AL., 162 s. N 420 ; WYLER (2010), 234 ; ZK FusG-HUBSCHMID, N 20 ad art. 28 LFus. Plus larges : REINERT, N 16 ad art. 28 LFus, HIRSIGER, 290 s., et ZIMMERLI (2005), 780, qui admettent également un droit individuel de chaque travailleur.

804 REINERT, N 15 ad art. 28 LFus ; BSK-PORTMANN, N 21 et 34 ad art. 333a CO ; BSK FusG-BAUMGARTNER, N 26 ad art. 28 LFus ; GEISER (2004), 867 N 2.18 ; ZK FusG-HUBSCHMID, N 20 ad art. 28 LFus.

805 BAUER, 157 ss ; CARRUZZO (2009), N 4 ad art. 333a CO ; MÜLLER (1999), 140 ; STREIFF/VON KAENEL, N 11 ad art. 333a CO ; SUBILIA/DUC, N 7 ad art. 333a CO. BAUMGARTNER/WILDHABER, 1087, SUBILIA/DUC, N 4 ad art. 4 LPart, et WYLER (2010), 236, admettent cependant qu'une majorité de travailleurs suffit.

806 Cf. infra N 334 s.

807 Voir notamment ATF 128 III 191, c. 4 ; 126 III 59, c. 1a ; 125 III 82, c. 1a, JAR 2000 396 ; 114 II 345, c. 3a ; TF du 30.4.2010, 5A_726/2009, c. 2.1, RSPC 2010 254.

808 Voir, sur la différenciation entre ces deux notions, BOHNET (RDS), 290 s. et (CPCN), N 2 ad art. 162 al. 1d CPCN ; BOHNET/SCHWEIZER, 64 s. N 138 ss ; JEANDIN (2003), 14 s. ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 161 N 24 ss.

agir/défendre entraîne l'*irrecevabilité* de la demande, le défaut de légitimation son *rejet*[809].

Par exemple, en cas de faillite, la masse dispose seule de la qualité pour continuer le procès en cours, même si le failli demeure légitimé[810]. Par conséquent, la demande introduite à l'encontre de celui-ci doit être déclarée irrecevable, faute de qualité pour défendre.

310 La question de la légitimation se pose notamment lorsqu'il s'agit de savoir si un *transfert d'entreprise* (art. 333 CO) a eu lieu, cas échéant à quelle date il a pris effet, afin de pouvoir déterminer si la personne attraite en justice par le travailleur est bien celle qui répond de la prétention invoquée[811]. Ainsi, lorsque l'employé prétend à l'existence d'un transfert d'entreprise et agit contre son nouvel employeur pour des créances échues antérieurement, sur la base de l'art. 333 al. 3 CO, le tribunal, s'il arrive à la conclusion qu'il n'y a pas eu transfert d'entreprise, doit rejeter les conclusions de la demande, au motif que le défendeur ne dispose pas de la légitimation passive. De même, la légitimation peut faire défaut lorsque la créance invoquée a fait l'objet d'une cession à un tiers, qui devient par conséquent seul légitimé[812].

3. La consorité

311 La consorité se définit comme « le fait d'agir en justice par plusieurs ou contre plusieurs »[813]. Elle peut être *active* ou *passive* suivant que le procès implique une pluralité de demandeurs ou de défendeurs, *simple* ou *nécessaire* selon qu'elle est obligatoire ou non, et *originaire* ou *subséquente* en fonction de sa formation dès le dépôt de la demande ou en cours de procédure, par jonction de causes[814].

a. La consorité nécessaire

312 La consorité est nécessaire (art. 70 CPC) lorsque le *droit matériel* exige qu'un seul jugement au fond soit rendu et impose aux parties de procéder en

809 ATF 107 II 82, c. 2a ; C. app. Prud. GE du 17.5.2004, JAR 2005 371, c. 4 ; TC JU du 9.1.1996, JAR 1998 118, c. 3 ; CJ GE du 24.6.1994, SJ 1995 214 ; BOHNET (CPCN), N 2 ad art. 162 al. 1d CPCN ; BOHNET/SCHWEIZER, 65 N 141, qui précisent en outre que lorsque tant la qualité que la légitimation font défaut, le juge déclare la demande irrecevable faute de droit d'action ; MEIER (2010), 162 ; SUTTER-SOMM (2007), 102 N 499.

810 BOHNET/SCHWEIZER, 65 N 140.

811 ATF 132 III 32, c. 4, JAR 2006 290. Pour d'autres exemples, voir notamment : C. app. Prud. GE du 21.9.2004, JAR 2005 378, c. 4 ; C. app. Prud. GE du 6.4.2000, JAR 2002 232, c. 2 ; TC VS du 25.1.1995, JAR 1996 166, c. 6.

812 Sur cette question, voir par exemple C. app. Prud. GE du 7.12.2006, JAR 2007 428, c. 5.2.

813 SCHAAD, 35.

814 SCHAAD, 47. Sur la jonction de causes, cf. infra N 376 ss.

commun[815]. Si elle n'est pas respectée, il y a défaut de qualité pour agir/défendre et la demande doit être déclarée irrecevable[816].

313 En matière de conflits de travail, il y a par exemple consorité nécessaire active lorsque l'employeur est constitué en *société simple* : les membres qui la composent doivent agir en commun (art. 544 al. 1 CO)[817]. De même en cas de *communauté héréditaire* (art. 602 al. 2 CC), les héritiers devant agir conjointement[818] (cas de l'art. 338 al. 2 CO par exemple). La possibilité d'une ratification ultérieure des consorts défaillants doit être admise, pour peu qu'elle soit expresse[819]. Les deux hypothèses présentées ci-dessus ne concernent pas la consorité passive, dans la mesure où les membres de la société simple ou les cohéritiers sont solidairement responsables entre eux (respectivement art. 544 al. 3 CO et 603 CC)[820]. Il y aurait en revanche consorité nécessaire passive par exemple lorsqu'un travailleur agit en constatation de l'existence d'une discrimination inscrite dans une convention collective de travail à l'encontre des associations patronales et syndicales qui ont participé à la définition des conditions discriminatoires (art. 5 al. 1 lit. c LEg)[821], puisque la prétention ne vise pas l'exécution d'une prestation mais la constatation d'une violation et qu'un seul jugement doit avoir lieu à l'encontre de toutes les parties contractantes.

b. La consorité simple

ba. Généralités

314 Aux termes de l'art. 71 al. 1 CPC, lorsque les devoirs et les droits de plusieurs personnes résultent de faits ou de fondements juridiques semblables, celles-ci peuvent agir ou être actionnées conjointement. A la différence de la consorité nécessaire, la consorité simple dépend de la *volonté des parties* qui peuvent aussi bien agir séparément. La consorité simple présente l'intérêt de réunir plusieurs causes en une seule et garantit par conséquent le principe d'économie

815 ATF 136 III 123, c. 4.4.1, RSPC 2010 249 ; 118 II 168, c. 2b ; BOHNET (CPCN), N 2 ad art. 27 CPCN ; GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 70 CPC ; JEANDIN (2003), 40 ; MEIER (2010), 165 ; Message CPC, 6894 ad art. 68 P-CPC ; VOGEL/SPÜHLER, 143 N 48.

816 Cf. supra N 309 et 217.

817 ATF 131 I 153, c. 5.8 ; TF du 25.1.2007, 4C.352/2006, c. 3.2.2 ; BSK ZPO-RUGGLE, N 9 ad art. 70 CPC ; CR CO II-CHAIX, N 6 ad art. 544 CO ; GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 70 CPC ; MEIER (2010), 166 ; E. STAEHELIN/SCHWEIZER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 41 ad art. 70 CPC.

818 ATF 116 Ib 447, c. 2a ; 54 II 243 ; BSK ZPO-RUGGLE, N 6 ad art. 70 CPC ; GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 70 CPC ; MEIER (2010), 166. Pour un exemple à l'occasion d'un conflit de travail, voir TC JU du 11.9.2000, RJJ 2001 145, c. 2b.

819 SCHAAD, 388.

820 BSK ZPO-WEBER, N 5 ad art. 15 CPC ; MEIER (2010), 166.

821 FREIVOGEL (in BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN), N 21 ad art. 7 LEg.

de procédure, ce qui permet notamment d'éviter que des mêmes mesures d'instruction soient ordonnées à l'occasion de procédures différentes[822]. La consorité simple peut être matérielle ou formelle[823]. Elle est *matérielle* lorsque les prétentions ont le même fondement en fait et en droit, et *formelle* lorsque le fondement des prétentions est uniquement semblable.

Il y a par exemple consorité simple *matérielle* lorsque le travailleur agit contre plusieurs personnes, ne sachant pas laquelle d'entre elles répond des créances qu'il invoque. Cette situation peut se présenter notamment suite à un transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO : l'ancien et le nouvel employeur sont tenus solidairement responsables des dettes échues dès avant le transfert des rapports de travail et jusqu'à la première échéance à laquelle ceux-ci auraient pu prendre fin (al. 3)[824]. La consorité est également matérielle lorsqu'un dommage est causé par plusieurs employés aux stocks de marchandises de l'employeur et que celui-ci agit en responsabilité (art. 321e CO) de manière conjointe à l'encontre de tous les travailleurs solidairement responsables.

Une consorité simple *formelle* doit être admise par exemple lorsqu'un employé victime de mobbing de la part d'un collègue recherche en responsabilité à l'occasion du même procès l'auteur direct de l'atteinte (art. 41 ss CO) et son employeur (art. 328 CO)[825]. La consorité est toutefois exclue dans les cas où la compétence matérielle est donnée à une juridiction spécialisée, seule compétente pour trancher la prétention découlant des relations de travail à l'encontre de l'employeur[826]. Il y a également consorité simple formelle lorsque plusieurs employés agissent ensemble envers le même employeur afin de lui réclamer le paiement de leur salaire respectif.

315 L'art. 71 al. 2 CPC limite les cas dans lesquels une consorité simple est admissible dans la mesure où les prétentions des parties doivent relever de la *même procédure* (ordinaire, simplifiée ou sommaire)[827]. D'après l'art. 93 CPC d'ailleurs, même si les prétentions des consorts sont additionnées pour déterminer la valeur litigieuse du procès (al. 1), leur addition n'a aucune influence quant à la procédure applicable, qui reste inchangée (al. 2). Dans tous les cas, rien n'empêche à notre avis qu'une partie disposant d'une prétention soumise à la procédure simplifiée renonce à celle-ci et fasse valoir sa créance de concert avec une autre partie, dans le cadre d'un procès unique soumis à la procédure ordinaire[828].

---

822 BSK ZPO-RUGGLE, N 4 ad art. 71 CPC.

823 BSK ZPO-RUGGLE, N 7 ad art. 71 CPC ; voir également les exemples donnés dans le Message CPC, 6895 ad art. 69 P-CPC : travailleurs s'opposant conjointement à un licenciement collectif, consommateurs victimes d'un produit défectueux agissant ensemble contre le fabricant ou encore coresponsables d'un dommage actionnés ensemble par le lésé.

824 Voir par exemple ATF 134 III 102 ; TF du 12.1.2009, 4A_431/2008.

825 SCHAAD, 41.

826 Voir supra N 124.

827 BSK ZPO-RUGGLE, N 3 et 16 ad art. 71 CPC ; GASSER/RICKLI, N 4 ad art. 71 CPC : « (…), dass – isoliert betrachtet – jeder einzelne Anspruch in die gleiche Verfahrensart gehört ».

828 Comp. infra N 452.

Par exemple, suite à un licenciement collectif, dix travailleurs ouvrent conjointement action contre leur employeur et réclament 5'000 francs chacun. La valeur litigieuse de chaque prétention étant inférieure à 30'000 francs, c'est la procédure simplifiée qui est applicable (art. 243 al. 1 CPC), quand bien même la valeur litigieuse de l'ensemble des prétentions est de 50'000 francs[829]. Si l'un d'eux réclamait en revanche une somme de plus de 30'000 francs, il ne serait pas admis en tant que consort, vu l'application de la procédure ordinaire vis-à-vis de sa prétention.

316 De même, c'est la valeur litigieuse propre à chaque prétention qui détermine les règles applicables au règlement des frais[830], l'idée étant que les parties ne soient pas placées dans une position plus défavorable que si elles avaient fait valoir leur prétention de manière séparée. En revanche, en matière de recevabilité d'un éventuel recours et de compétence matérielle (sauf disposition cantonale contraire), c'est la valeur litigieuse résultant de l'addition des prétentions qui doit être prise en compte (art. 93 al. 1 CPC)[831], puisque ni l'une ni l'autre situation n'est en principe préjudiciable aux parties. Toutefois, dans les cantons qui connaissent des tribunaux spécialisés, il est souhaitable que le droit cantonal détermine la compétence matérielle en fonction des valeurs litigieuses individuelles et non additionnées, sans quoi la compétence du tribunal du travail peut se voir écartée au profit de celle d'un tribunal ordinaire, situation qui serait préjudiciable aux intérêts des consorts.

317 Lorsque la compétence d'une juridiction spécialisée se limite au seul domaine du droit du travail[832], les parties peuvent agir ou être actionnées en tant que consorts uniquement si les prétentions ressortissent à ce domaine du droit. A défaut, le tribunal doit déclarer la demande irrecevable vis-à-vis de la prétention pour laquelle il n'est pas compétent[833]. S'agissant des fors, il faut également s'assurer que le caractère semi-impératif de l'art. 34 CPC soit respecté, celui-ci pouvant empêcher l'admission d'un cas de consorité[834].

---

829 Message CPC, 6895 ad art. 69 P-CPC, qui précise à cet égard qu'« en matière de droit civil social en particulier, l'application de la procédure ordinaire rendrait en fait la consorité impossible », ce que l'on comprendra aisément puisque les travailleurs auraient alors tout intérêt à agir de manière séparée pour bénéficier de la rapidité, de la gratuité et de la simplicité de la procédure.

830 BSK ZPO-RUGGLE, N 45 ad art. 71 CPC ; E. STAEHELIN/SCHWEIZER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 18 ad art. 71 CPC ; HAHN (in BAKER & MCKENZIE), N 14 ad art. 71 CPC ; comp. TF du 9.1.2002, 4P.180/2001, c. 2 *i.f.* : application par analogie de la jurisprudence rendue en matière de jonction de causes, in TF du 30.7.1997, SJ 1998 91, c. 5 ; comp. également KGer GR du 11.7.2006, PKG 2006 N 3, c. 2.

831 En matière de recevabilité du recours, comp. art. 52 LTF ; ATF 103 II 41, c. 1a et d ; TF du 30.7.1997, SJ 1998 91, c. 5 ; TF du 9.10.2008, 4A_192/2008, c. 2.

832 Voir supra N 124.

833 BSK ZPO-RUGGLE, N 17 ad art. 71 CPC. Comp. également TF du 4.12.2007, 4A_310/2007, c. 3, DTA 2008 36, JAR 2008 312 ; Ch. rec. VD du 13.9.1995, JdT 1997 III 10, c. 5a.

834 Voir supra N 112 ss.

Dans une affaire genevoise, la juridiction des prud'hommes a déclaré irrecevable la requête d'un employeur dirigée contre, d'une part, son employé et, d'autre part, la société dont celui-ci était l'actionnaire unique, société que l'employeur avait mandatée à plusieurs reprises[835]. En effet, dès lors que les relations entre ceux-ci relevaient du contrat de mandat et non de travail[836], le tribunal genevois ne pouvait se déclarer matériellement compétent. Peu importe à cet égard que le travailleur fût l'actionnaire unique de la société et que son administrateur n'eût fonctionné en réalité que comme « homme de paille », dans le but de dissimuler à l'employeur la véritable identité du mandataire avec lequel il traitait.

bb. La consorité simple active : cas d'application

318 Plusieurs situations de consorité simple active peuvent se présenter à l'occasion d'un litige relevant d'un contrat de travail, par exemple :

319 Consorité simple active *matérielle* :

- la caisse de chômage subrogée et l'employé réclament conjointement des prétentions salariales à l'encontre de l'employeur[837].

320 Consorité simple active *formelle* :

- des travailleurs s'opposent ensemble à un licenciement collectif (art. 335d ss CO)[838] ;
- des travailleurs agissent contre leur employeur en paiement de la différence de salaire due selon la convention collective de travail applicable à la branche ; dès lors qu'il s'agit d'employés au service du même employeur et occupant la même fonction dans l'entreprise, la consorité peut être admise[839] ; en effet, les prétentions présentent des traits communs qui justifient que les causes puissent être jointes, dans un souci d'économie de procédure ;
- plusieurs employés au service du même employeur, qui ont résilié leur contrat de travail pour cause d'insolvabilité de celui-ci et de non-versement des sûretés exigées (art. 337a CO), réclament ensemble des prétentions fondées sur l'art. 337b CO[840] ;
- des époux au service du même employeur, par exemple un hôtel ou un restaurant, agissent ensemble à l'encontre de celui-ci après qu'ils ont été

---

835 Solution confirmée par notre haute cour, voir TF du 4.12.2007, 4A_310/2007, c. 3, DTA 2008 36, JAR 2008 312.

836 Le TF relève d'ailleurs, c. 3.3, que les rapports entre l'employeur et la société ne pouvaient en tout cas pas relever du contrat de travail puisqu'un travailleur ne peut consister qu'en une personne physique (cf. supra N 4).

837 TC VS du 9.9.1991, RVJ 1991 319, c. 2c ; KOLLER (1995), 119. Sur le cas particulier de la caisse de chômage, voir infra N 353 ss.

838 Message CPC, 6895 ad art. 69 P-CPC ; KGer GR du 11.7.2006, JAR 2007 442 ; Ch. rec. VD du 18.3.1998, JdT 1999 III 135, c. 4b ; SCHWANDER (Beteiligung), 357.

839 Juge instructeur CCiv. VD du 15.6.1983, JdT 1983 III 71, c. II.

840 Voir par exemple l'état de fait in TF du 9.10.2008, 4A_192/2008, lit. B.

tous deux licenciés ; leurs conclusions sont en effet fondées sur des contrats de travail semblables et tendent au paiement du même type de prétentions sur la base de faits semblables[841] ;

- deux employeurs agissent contre le même travailleur au motif que celui-ci aurait violé son devoir de fidélité au sens de l'art. 321e CO pour avoir travaillé le jour auprès de l'un des employeurs et la nuit auprès de l'autre, alors qu'ils n'étaient pas au courant de cette situation de double emploi ;
- lorsqu'une organisation actionne un employeur sur la base de l'art. 7 LEg, le travailleur peut avoir avantage à agir à ses côtés si les prétentions qu'il invoque entrent dans le cadre du litige, afin notamment que celles-ci aboutissent directement et le plus vite possible[842].

bc. La consorité simple passive : cas d'application

321 En matière de consorité simple passive, les cas suivants peuvent se présenter :

322 Consorité simple passive *matérielle* :

- un employeur réclame des dommages-intérêts à ses employés suite au dommage causé conjointement par ceux-ci dans le cadre de leur travail (art. 321e CO)[843] ;
- lorsque l'employeur est constitué en société simple, celle-ci ne dispose pas de la capacité d'être partie[844] et ce sont les membres qui la composent qui doivent être actionnés ; l'employé est libre de les actionner seuls ou en commun (en tant que consorts), puisque l'art. 544 al. 3 CO institue une responsabilité solidaire entre eux, de sorte que chacun peut être recherché pour le tout (art. 144 CO) ;
- en cas de décès d'une partie, les héritiers qui forment la communauté héréditaire peuvent être, à choix, actionnés seuls ou conjointement (art. 603 al. 1 et 639 CC)[845].

323 Consorité simple passive *formelle* :

- un travailleur au service de deux employeurs différents, par exemple à raison de 50% chacun, qui a été en incapacité de travail pour cause de maladie pendant quelques mois, peut prétendre au paiement de son salaire

841 Ch. rec. VD du 26.5.1992, JdT 1993 III 59, c. 2a ; KGer GR du 19.11.1969, PKG 1969 40 N 8, c. 1.

842 FREIVOGEL (in BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN), N 35 ad art. 7 LEg. Cf. infra N 749.

843 Cf. l'exemple donné supra au N 314.

844 Cf. supra N 208 ss.

845 ATF 101 II 218, c. 2 ; 53 II 353, JdT 1928 I 212. S'agissant d'une hoirie actionnée à l'occasion d'un conflit relevant du contrat de travail, voir ATF 95 II 126. Voir également STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 166 N 41.

au sens de l'art. 324a CO à l'encontre de chacun d'eux dans le cadre d'un seul et même procès ;

- un employé peut agir contre son employeur et contre la compagnie d'assurance[846] avec laquelle celui-ci est lié pour la perte de gain maladie[847] et réclamer à leur encontre des prétentions salariales ainsi que des indemnités journalières fondées sur l'assurance-maladie complémentaire ; dans une telle situation, la prétention repose sur le même état de fait : l'obligation par l'employeur de payer le salaire de l'employé en cas d'empêchement de travailler pour cause de maladie (art. 324a CO) découle du même élément factuel que celle de l'assurance au sens de l'art. 87 LCA, soit la maladie du travailleur ; peu importe dès lors que les prétentions découlent de contrats de nature juridique différente (travail et assurance)[848] ;
- un travailleur qui s'estime avoir été victime de mobbing peut ouvrir action à l'encontre de son collègue, auteur direct de l'atteinte, sur la base des art. 41 ss CO, ainsi que de son employeur, pour violation de l'art. 328 CO[849] ;
- un employé peut agir en constatation d'une discrimination (art. 5 LEg) contre son employeur et les associations patronales et syndicales qui ont participé à la mise en place de conditions de travail discriminatoires dans le cadre d'une convention collective[850].

---

846 Il faut toutefois réserver l'hypothèse où la compétence matérielle relèverait d'une juridiction du travail, incompétente pour connaître de la prétention envers le tiers, puisque celle-ci ne se fonde pas sur le contrat de travail, cf. supra N 124. Il faut également veiller au respect des fors semi-impératifs de droit du travail, cf. supra N 115.

847 Le travailleur dispose d'une créance tant à l'égard de son employeur que de l'assurance perte de gain dès le moment où un délai de carence est prévu, pendant lequel l'employeur est tenu de payer le salaire au travailleur, l'assurance ne fournissant de prestations que plus tard, voir CCiv. VD du 11.5.2007, JAR 2008 509, c. I.

848 Voir pour un exemple sous l'empire de la procédure civile vaudoise, Ch. rec. VD du 29.9.2004, JdT 2006 III 13, c. 6.

849 Même remarque qu'à la n. 846.

850 AUBRY GIRARDIN (2005), 1064 ; FREIVOGEL (in BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN), N 20 ad art. 7 LEg. Entre l'employeur et l'association existe une consorité simple ; en revanche, le travailleur doit agir à l'encontre de toutes les parties à la convention collective en tant que consorts nécessaires, cf. supra N 313.

§ 22 L'assistance et la représentation conventionnelles des parties

1. La situation avant l'entrée en vigueur du CPC

324 La possibilité pour les parties de se faire assister d'un mandataire professionnel lors d'un conflit relevant du contrat de travail a fait l'objet de nombreux changements au fil du XX^{ème} siècle. Le principe de l'interdiction de l'assistance en justice a été inscrit à l'art. 29 de la loi fédérale du 18 juin 1914 sur le travail dans les fabriques, entré en vigueur le 1er avril 1918, pour les contestations entre ouvriers et fabricants, sauf « circonstances personnelles particulières ». Dans les années 1970, lors de l'introduction de l'art. 343 CO, le problème a été traité différemment et il a été décidé de laisser les cantons libres de régler eux-mêmes la question[851]. Dans la plupart d'entre eux, le principe de l'interdiction a été maintenu, le plus souvent à hauteur d'une certaine valeur litigieuse[852]. Dans un arrêt du 14 novembre 1979, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de savoir si cette interdiction violait le droit d'être entendu déduit de l'art. 4 aCst. Il a retenu en substance que celui-ci était respecté dès lors que la maxime inquisitoire sociale prévalait en matière de conflits de travail, mais a toutefois réservé les cas où la valeur litigieuse était importante et le cas complexe[853]. Avant l'entrée en vigueur du CPC, les cantons connaissaient par conséquent des régimes divers en matière d'assistance dans les conflits de travail, certains l'autorisant sans exceptions[854], d'autres sous certaines réserves[855].

---

851 Message CO, 417 : « Etant donné la complexité des conditions, les cantons sont mieux en mesure que la Confédération de choisir la solution la mieux appropriée en matière de représentation en justice ».

852 Ainsi par exemple : Zurich (§ 32 aZPO du 13.6.1976, abrogé au 29.10.2001), Lucerne (§ 24 aGesetz über das Arbeitsgericht du 8.3.1977, modifié au 16.6.2003), Vaud (art. 46 Loi du 17.5.1954 sur les tribunaux de prud'hommes, abrogée au 1.10.2000). Pour plus de détails, voir GULDENER (1979), 135 et n. 43.

853 ATF 105 Ia 288, c. 3b-c et 4. Voir également TF du 9.1.2007, B.142/05, c. 3.1 ; TF du 7.7.1994, JAR 1995 298, c. 2b ; TF du 12.3.1990, BJM 1991 225, c. 2 ; BOHNET/MARTENET, 1284 N 3274.

854 Voir par exemple, art. 25 aLJT VD (du 17.5.1999) ; art. 12 al. 2 aLJPH GE (du 25.2.1999) ; § 21 aGesetz über die Arbeitsgerichte SO (du 20.5.1973) ; art. 25a aLoi instituant le Conseil de prud'hommes JU (du 3.6.1983).

855 Voir par exemple art. 36 al. 1 aLJPH FR (du 22.11.1972) ; art. 39 aDécret sur les tribunaux du travail BE (du 9.11.1971).

2. La situation sous l'empire du CPC

a. La représentation et l'assistance

325 La représentation conventionnelle des parties doit être distinguée en premier lieu de la représentation légale, celle-ci concernant une partie qui ne dispose pas de la capacité d'ester[856]. Il convient en second lieu de différencier la représentation de l'assistance en justice, selon que la partie comparaît ou non à l'audience. En cas de représentation, seul le mandataire se présente ; l'assistance en justice implique en revanche la comparution de la partie et de son conseil.

b. A l'audience de conciliation

326 L'art. 204 al. 1 CPC institue une obligation de *comparution personnelle* des parties à l'audience de conciliation. Celles-ci n'ont par conséquent pas la possibilité de se faire représenter, mais uniquement celle de se faire *assister* (al. 2). L'assistance peut être le fait d'une personne de confiance[857] ou d'un conseil juridique au sens de l'art. 68 al. 2 CPC[858]. Aux termes de cette disposition, il peut s'agir d'un avocat autorisé à pratiquer la représentation en justice en vertu de la LLCA (lit. a), mais aussi, pour peu que le droit cantonal le prévoie, d'un agent d'affaires breveté (lit. b) ou d'un mandataire professionnellement qualifié si la procédure a lieu devant une juridiction spécialisée en matière de droit du travail (lit. d)[859], par exemple devant l'autorité paritaire de conciliation instituée sur la base de l'art. 200 al. 2 CPC.

327 La comparution personnelle à l'audience de conciliation est destinée à optimiser les chances de succès de celle-ci[860]. JEANDIN reste dubitatif sur ce point vu la hausse du taux de conciliation constatée par la juridiction du travail genevoise depuis que l'interdiction de se faire assister d'un avocat au stade de la conciliation a été levée[861]. A notre avis, la solution du CPC est opportune dès lors qu'elle interdit uniquement aux parties de se faire représenter, mais non de

856 Cf. supra N 211 ss.
857 Cf. infra N 333.
858 BOHNET (2010), N 29 ; BSK ZPO-INFANGER, N 5 ad art. 204 CPC ; SANDOZ, 74 N 50. Plus larges : HOFMANN/LÜSCHER (2009), 129 et HONEGGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 2 ad art. 204 CPC, selon lesquels les restrictions de l'art. 68 CPC ne s'appliquent pas.
859 Sur la qualité de représentant professionnel, cf. infra N 330 s.
860 Message CPC, 6939 ad art. 199 à 204 P-CPC : « c'est seulement dans ce cas qu'une véritable discussion peut s'engager » ; il précise en outre que malgré la possibilité offerte aux parties de se faire assister, « la personne qui assiste doit rester en retrait : les parties doivent avant tout s'exprimer elles-mêmes ». Voir également Rapport explicatif, 98 ad art. 198 A-P CPC, selon lequel la comparution personnelle est instituée « dans le but de favoriser un dialogue personnel entre les parties ».
861 JEANDIN (2003), 18 et la n. 88.

se faire assister. Si la comparution personnelle des parties doit certes être exigée, puisque celles-ci sont le mieux à même de décider si elles se satisfont de l'arrangement qui leur est proposé en audience, le mandataire qui les assiste peut les guider quant à l'opportunité d'accepter ou non l'offre transactionnelle qui est discutée[862] ; il peut ainsi tenir un rôle capital dans la négociation et la signature d'une transaction, qui n'aurait peut-être pas été acceptée sans son intervention.

328 L'art. 204 al. 3 CPC réserve certaines situations, énumérées exhaustivement, dans lesquelles la *représentation* d'une partie est autorisée à l'audience de conciliation. Outre le domicile dans un autre canton ou à l'étranger (lit. a) ainsi que l'empêchement de comparaître pour un juste motif (lit. b)[863], l'employeur peut, lorsque le litige est soumis à la procédure simplifiée (prétentions inférieures ou égales à 30'000 francs ou relevant de la LEg ou de la LPart, art. 243 CPC), se faire représenter par l'un de ses employés[864], si celui-ci est au bénéfice d'une procuration écrite l'autorisant à transiger (lit. c). A notre sens, l'autorisation de transiger doit être générale et s'étendre à l'entier des prétentions invoquées – elle ne peut par exemple pas être restreinte à un certain montant –, le déroulement de la conciliation ne devant pas se trouver modifié du fait de la présence d'un représentant à la place de l'employeur. Dans tous les cas, il faut que la partie soit informée à l'avance de la représentation de l'autre (al. 4), « de manière à ce qu'elle puisse se préparer en conséquence (règle de l'égalité des armes) »[865]. Qu'en est-il en cas de défaut d'information ? Le Code reste muet à ce sujet. A notre sens, il ne s'agit là que d'une prescription d'ordre n'entraînant aucune sanction si elle n'est pas respectée[866]. Que la partie comparaisse en personne ou qu'elle soit représentée ne met pas son adversaire dans une position telle que le renvoi de l'audience se justifierait : la préparation de celle-ci (arguments à avancer, cadre de la négociation) reste la même dans les deux cas. Cette solution nous paraît d'autant plus s'imposer qu'en cas de simple assistance en justice, le Code ne prévoit aucun devoir d'information de la partie

862 Voir également AUBERT (1990), 311, favorable à l'assistance des parties en procédure de conciliation et qui relève notamment que « l'expérience montre que la participation de tiers non directement affectés par le litige constitue souvent un facteur de conciliation ». Voir aussi HALDY (1998), 201 : « le droit d'être assisté doit être reconnu dès la première instance ».

863 Voir à ce propos BOHNET (2010), N 69.

864 Le Rapport explicatif précise à cet égard, 99 ad art. 198 A-P CPC, que les personnes choisies seront « des personnes très bien informées sur le litige ». S'agissant de la possibilité pour le représentant d'être entendu en qualité de témoin, voir infra N 622.

865 Message CPC, 6940 ad art. 199 à 204 P-CPC.

866 GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 204 CPC considèrent en revanche que la partie qui n'a pas été informée peut réclamer le renvoi de l'audience, sans qu'elle doive en supporter les frais, qui seront mis à la charge du tribunal qui a manqué à son devoir.

adverse[867]. En effet, seule la représentation nécessite d'informer préalablement le tribunal afin qu'il dispense à l'avance la partie de comparaître personnellement ; celle-ci n'est en revanche pas tenue d'indiquer au tribunal si elle viendra à l'audience assistée d'un proche ou d'un mandataire professionnel. Admettre l'inverse serait constitutif de formalisme exagéré.

c. Dans la procédure au fond

329 La *représentation* et, par voie de conséquence, l'assistance en justice, sont toujours autorisées dans le procès au fond peu importe le type de procédure applicable (ordinaire, simplifiée, sommaire) (art. 68 al. 1 CPC). Il faut réserver les cas où le tribunal ordonne la comparution personnelle des parties (al. 4), par exemple « pour des débats de transaction ou à des fins de mesures probatoires »[868]. Si les parties sont libres dans le choix du représentant qui intervient en tant que personne de confiance[869], la représentation à titre *professionnel* est quant à elle limitée à certaines catégories de personnes (art. 68 al. 2 CPC)[870].

3. La qualité pour représenter

a. La représentation à titre professionnel

330 L'art. 68 al. 2 CPC réserve la représentation professionnelle[871] en justice à certaines catégories de personnes. Les avocats sont autorisés à pratiquer la représentation en justice quelle que soit la procédure applicable (lit. a). Lorsque le procès est soumis à la procédure simplifiée ou sommaire, ou devant l'autorité de conciliation, la représentation peut aussi être le fait d'un agent d'affaires breveté, dans les cantons qui connaissent cette institution et si le droit cantonal le prévoit (lit. b)[872]. Lorsque l'affaire est portée devant une *juridiction spécialisée* en matière de contrat de travail, tels les tribunaux de prud'hommes ou les autorités paritaires de conciliation en matière de LEg au sens de l'art. 200 al. 2 CPC, le représentant peut être un « mandataire professionnellement

867 BOHNET (2010), N 74. *Contra* : GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 204 CPC, qui interprètent largement l'art. 204 al. 4 CPC en ce sens qu'il vise tant la représentation que l'assistance en justice.
868 Rapport explicatif, 36 ad art. 60 A-P CPC.
869 Message CPC, 6893 ad art. 66 P-CPC ; BOHNET/MARTENET, 407 N 937. Sur la notion de personne de confiance, cf. infra N 334 ss.
870 Cf. infra N 330.
871 Sur cette notion, voir BOHNET/MARTENET, 411 ss N 948 s.
872 Pour plus de détails, voir BOHNET/MARTENET, 1258 ss N 3199 ss.

qualifié »[873] si cela est prévu par le droit cantonal (lit. d)[874], celui-ci définissant le cercle des personnes concernées par cette notion[875]. A cet égard, il ne suffit pas que le canton utilise le terme de « tribunal de prud'hommes » ou d'« Arbeitsgericht » pour que celui-ci tombe sous le coup de la notion de juridiction spécialisée au sens de l'art. 68 CPC ; il faut dans tous les cas que le tribunal soit composé de juges (professionnels ou laïques) représentants des employeurs et des employés[876]. Ainsi par exemple, le § 83 lit. b OGB LU, qui autorise la représentation par les « Verbandsvertreter » devant l'Arbeitsgericht lucernois[877], viole à notre avis le droit fédéral.

331 Les cantons sont libres de définir plus ou moins précisément la notion de *mandataire professionnellement qualifié*. En règle générale, une telle qualité est reconnue aux personnes ne disposant pas de certificat de capacité mais ayant acquis leur(s) qualification(s) par l'expérience professionnelle[878] et disposant de solides connaissances dans le domaine juridique considéré[879]. En droit du travail, cette définition correspond en particulier aux membres d'une organisation syndicale ou patronale[880] ou d'une organisation au sens de l'art. 7 LEg, lorsqu'ils disposent de connaissances suffisantes en droit du travail[881]. Il en va de même de sociétés de protection juridique, lorsqu'elles se font représenter par des juristes –

873 Voir notamment BO CN 29.5.2008 ad art. 66 P-CPC (BO CN 2008 N 648 s.) et l'intervention de NIDEGGER : « dans la logique de la possibilité pour les cantons d'avoir des tribunaux paritaires et d'avoir des juges qui sont issus des partenaires sociaux, il s'agit de conserver également la faculté, pour des mandataires professionnellement qualifiés issus des partenaires sociaux, de pouvoir représenter les parties dans ces causes-là, par respect de la nature et de l'identité de ce type de juridiction paritaire ».

874 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 51 s. Critique : BOHNET (2010), N 24. Voir, par exemple, § 11 al. 2 lit. a Anwaltsgesetz ZH (RS ZH 215.1), jusqu'à une valeur litigieuse de 30'000 francs ; art. 9 al. 2 LiCPM BE ; art. 129 al. 2 LJ FR ; § 18 al. 1 EG ZPO AG ; art. 36 al. 3 CDPJ VD ; art. 34c LCT VS ; art. 26 al. 2 lit. b LCPH JU.

875 SCYBOZ, 15 n. 37. Voir par exemple : art. 9 al. 2 LiCPM BE : représentants professionnellement qualifiés des organisations d'employeurs et de salariés ; art. 129 al. 2 LJ FR : représentant des syndicats ou des associations patronales ; § 18 al. 1 EG ZPO AG : Verbandsfunktionäre ; art. 36 al. 3 CDPJ VD : représentants des organisations syndicales ou patronales ou, s'agissant de prétentions fondées sur la LEg, représentants des organisations visées par l'art. 7 LEg ; art. 26 al. 2 lit. b et c LCPH JU : représentants d'associations locales, régionales ou cantonales de travailleurs ou d'employeurs qui sont inscrits sur la liste tenue à cet effet par le Tribunal de première instance.

876 Cf. supra N 48.

877 Cf. supra N 43.

878 SCYBOZ, 15 n. 37.

879 TF du 28.9.2004, 1P.416/2004, c. 2.3 ; TF du 1.2.2005, 4C.403/2004, c. 3.

880 Le conseiller national NIDEGGER mentionnait expressément la notion de « mandataires professionnellement qualifiés issus des partenaires sociaux », voir BO CN 2008 N 649. Voir également C. app. Prud. GE du 1.12.2008, CAPH/209/2008, lit. c ; BOHNET (2010), N 34 ; GASSER/RICKLI, N 7 ad art. 68 CPC.

881 BOHNET/MARTENET, 417 N 958.

le plus souvent au bénéfice du brevet d'avocat – spécialisés en droit du travail[882]. Lorsque le représentant est un juriste ou un praticien d'un cabinet de conseils spécialisé en droit du travail, la qualité de mandataire professionnellement qualifié devrait également lui être reconnue[883]. En revanche, la seule qualité de juriste indépendant, sans lien avec le domaine du droit du travail, ne saurait en principe entrer dans la notion de mandataire professionnellement qualifié[884]. Dans tous les cas, à défaut de disposition cantonale précise, il convient de faire une appréciation *in concreto* afin de déterminer si le représentant dispose d'une expérience professionnelle et de connaissances juridiques suffisantes au vu des caractéristiques du litige[885].

Dans un arrêt de 2001, la Cour d'appel des prud'hommes de Genève a par exemple retenu que le seul fait pour l'intéressé, qui était employé dans une régie, de disposer d'une licence en droit n'était pas suffisant pour être considéré comme un mandataire professionnellement qualifié dès lors qu'il ne disposait d'aucune connaissance spécifique en droit du travail[886].

Dans une autre affaire, datée du 1er décembre 2008, la Cour genevoise a considéré que l'absence, de prime abord, de questions de procédure complexes ou de problèmes particuliers ressortissant au domaine concerné ne s'opposait pas à ce que le tribunal se montre exigeant quant à la preuve des qualifications requises. Selon elle, le fait pour l'intéressé d'être intervenu à plusieurs reprises dans des procédures prud'homales ne permettait pas de lui reconnaître la qualité de mandataire professionnellement qualifié une fois pour toutes, à plus forte raison lorsque les procédures conduites par ses soins avaient présenté des problèmes et des lacunes récurrentes. En l'espèce, cette qualité avait été refusée au secrétaire d'une association active dans le domaine des travailleurs, au motif qu'il ne disposait pas de compétences spécifiques suffisantes en matière de droit du travail, ne possédant aucune formation juridique autre que, d'une part, la fréquentation une quinzaine d'années auparavant d'un cours donné par un avocat actif en droit du travail et, d'autre part, la participation récente à deux conférences[887].

332 Notons encore que le Projet du Code n'allait pas si loin que l'art. 68 CPC puisqu'il autorisait la représentation professionnelle aux seuls avocats ou, dans les affaires soumises à la procédure sommaire, aux agents d'affaires brevetés ou aux représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP (art. 66 al. 2 P-CPC)[888].

882 C. app. Prud. GE du 1.12.2008, CAPH/209/2008, c. c ; BOHNET/MARTENET, 418 s. N 959 s.

883 BOHNET/MARTENET, 418 s. N 960.

884 Voir TF du 25.2.2009, 4A_598/2008, c. 1.2 et 3.3-3.4, RSPC 2009 263, dans lequel le TF n'a pas considéré la solution retenue par la cour genevoise comme inconstitutionnelle ; BOHNET/MARTENET, 418 N 959.

885 C. app. Prud. GE du 1.12.2008, CAPH/209/2008, c. b ; C. app. Prud. GE du 27.11.2001, C/8594/2001. Sur l'examen *in concreto* de la qualité de mandataire professionnellement qualifié, comp. ATF 125 I 166, c. 2b/bb, en matière administrative.

886 C. app. Prud. GE du 27.11.2001, C/8594/2001.

887 C. app. Prud. GE du 1.12.2008, CAPH/209/2008, c. b, e et d.

888 Voir BOHNET (Procédure), 14 s. et SCYBOZ, 14.

b. La « personne de confiance »

333 En procédure de *conciliation*, les parties, qui sont tenues de comparaître personnellement (art. 204 al. 1 CPC), peuvent se faire *assister* par une personne de confiance (art. 204 al. 2 CPC), autrement dit par un « profane » sans connaissances juridiques particulières, l'idée étant que le tiers qui a déjà conseillé la partie auparavant ne soit pas exclu de l'audience de conciliation et puisse y « participer activement et s'exprimer »[889]. La notion de personne de confiance doit s'interpréter de manière large[890], afin de permettre le mieux possible de créer un climat favorable à la conciliation. En droit du travail, on pense en particulier à l'employé assisté d'un membre de sa famille ou d'un collègue de travail[891], voire, de façon plus générale, d'un ami.

Par exemple, le travailleur se présente assisté de l'un de ses parents, d'un collègue ou d'un ami qui l'aurait aidé et guidé jusque-là dans ses démarches auprès de son employeur en lui prodiguant des conseils ou du soutien.

334 Dans le procès *au fond*, les parties sont autorisées à se faire *représenter*, partant également assister, par une personne de confiance de leur choix (art. 68 al. 1 CPC)[892], comme un membre de la famille, un ami ou un collègue de travail[893].

335 En pratique, il est très difficile pour le tribunal de vérifier si le tiers qui se prévaut de la qualité de « personne de confiance » entre véritablement dans cette catégorie[894]. En effet, outre le fait qu'il peut questionner la partie ou le représentant sur les liens qui les unissent, le juge n'instruira pas plus avant sur la question. Partant, l'on peut craindre que cette voie soit aisément détournée de son but et qu'une partie vienne assister d'une personne qu'elle ne connaît pas réellement mais dont elle estime que sa présence au procès pourrait lui être utile.

336 Dans tous les cas, les tiers qui revêtent la qualité de « représentant professionnel » au sens de l'art. 68 al. 2 CPC sont exclus de la notion de personne de confiance, peu importe qu'ils ne soient pas rémunérés par la partie dans le cadre du procès. Cela signifie notamment qu'un membre d'un syndicat n'est pas admis à représenter un travailleur au titre de personne de confiance, quand bien même il le ferait sans contrepartie financière.

---

889 Voir Rapport explicatif, 99 ad art. 198 A-P CPC.

890 BOHNET/MARTENET, 410 N 946.

891 GASSER, 304 ; HASENBÖHLER (2005), 86 ; comp. art. 39 al. 4 aDécret sur les tribunaux du travail BE, du 9.11.1971 : « Le travailleur peut se faire assister à l'audience par un collègue » ; art. 15 lit. a et b de l'ancienne loi portant introduction de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes BE, du 16.11.1998, selon lequel les parties pouvaient se faire représenter par un membre de leur famille ou par un ou une collègue de travail ; § 24 al. 2 lit. a aGesetz über das Arbeitsgericht LU, du 8.3.1977 : « Zusätzlich sind zur Vertretung berechtigt : a. Familienglieder ».

892 Cf. supra N 329 et les réf. en n. 869.

893 BOHNET/MARTENET, 407 N 937 : « un simple lien de fait suffit » ; SCYBOZ, 15 n. 37.

894 SANDOZ, 73 N 49.

c. La procuration

337 Le représentant doit pouvoir justifier de ses pouvoirs par une procuration écrite (art. 68 al. 3 CPC)[895], qui détermine également l'étendue de ceux-ci. Le mandant doit notamment expressément donner l'autorisation au mandataire pour transiger, se désister ou intenter un autre procès (art. 396 al. 3 CO)[896]. A l'audience de conciliation, seul un représentant autorisé à transiger peut se présenter, sans quoi celle-ci serait dépourvue de toute utilité, la conclusion d'un accord se voyant d'emblée exclue[897]. Lorsque la procuration fait défaut, le tribunal fixe un délai pour son dépôt (art. 132 al. 1 CPC)[898]. Si elle n'est pas produite dans le délai imparti, l'acte émanant du représentant doit être considéré comme nul (art. 132 al. 1 *i.f.* CPC). A l'audience, le représentant non autorisé ne peut y participer et la partie absente doit être considérée comme défaillante (art. 147 al. 1 CPC)[899].

§ 23 La participation de tiers au procès

1. L'intervention

a. L'intervention principale

338 L'intervention principale signifie qu'un tiers qui prétend avoir un *droit préférable* excluant totalement ou partiellement celui des parties puisse intervenir dans la procédure en cours (art. 73 CPC). Le tiers intervenant agit parce que le procès pendant peut porter préjudice à sa situation juridique ; autrement dit, le bien-fondé de ses prétentions aboutit au rejet total ou partiel des prétentions principales[900]. Les conclusions de l'intervenant sont en général constatatoires vis-à-vis du demandeur et condamnatoires envers le défendeur[901].

---

895 Seul le Message CPC précise que la procuration doit revêtir la forme écrite, 6894 ad art. 66 P-CPC.

896 BOHNET/MARTENET, 1067 N 2654 et les réf. citées en n. 222. *Contra* : JEANDIN (2003), 20 et la n. 98, qui considère qu'à défaut de précision contraire, la procuration englobe tout acte de procédure, y compris l'acquiescement, le retrait de la demande ou la conclusion d'une transaction.

897 Même si le Code ne prévoit expressément cette obligation que s'agissant des cas de représentation de l'art. 204 lit. c CPC, le Message CPC la prévoit de manière plus générale à tout représentant, voir 6940 ad art. 199 à 204 P-CPC.

898 La même solution est retenue à l'art. 42 al. 5 LTF.

899 Cf. infra N 552 ss.

900 TF du 7.9.2000, SJ 2001 I 81, c. 1 ; JACQUEMOUD-ROSSARI, 93 s. ; JEANDIN (2003), 62 s. ; E. STAEHELIN/SCHWEIZER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 4 ad art. 73 CPC.

901 TC VS du 9.9.1991, RVJ 1991 319, c. 2b et les réf. citées.

En cas d'intervention, le juge peut soit suspendre le procès[902], soit joindre les deux causes[903] (art. 73 al. 2, 125 lit. c, 126 al. 1 CPC).

339 L'intervention principale la plus couramment rencontrée en matière de conflits de travail est celle de la caisse de chômage subrogée aux droits de l'employé[904]. D'autres cas peuvent encore se présenter, notamment lorsque l'intervenant prétend que la créance que fait valoir le demandeur lui a été cédée[905], par exemple lorsque l'employé a cédé à un tiers une créance de salaire échue[906].

340 Il peut aussi s'agir d'un tiers qui intervient en se fondant sur un droit réel, alors que le demandeur se prévaut quant à lui d'un droit personnel[907].

Par exemple, lorsque l'employeur agit en restitution du véhicule au sens de l'art. 339a CO, et qu'il possède le véhicule sur la base d'un contrat de leasing ou de prêt, rien n'empêche respectivement le donneur de leasing ou le prêteur d'intervenir et d'invoquer l'art. 641 al. 2 CC.

b. L'intervention accessoire

341 L'intervention accessoire, qui fait l'objet des art. 74 à 77 CPC, autorise un tiers à intervenir aux côtés d'une partie s'il rend vraisemblable un *intérêt juridique* à ce que le litige soit jugé en faveur de celle-ci. L'intervenant, qui s'immisce dans le procès de sa propre initiative, n'acquiert pas la position de partie puisqu'il ne fait que soutenir les conclusions du demandeur ou du défendeur, sans en prendre pour son propre compte[908]. Il faut reconnaître l'existence d'un intérêt juridique dès lors que l'issue du litige a des incidences sur l'existence ou le contenu des rapports de droit qui lient l'intervenant à la partie principale[909]. Un résultat défavorable à la partie principale est en principe opposable à l'intervenant (art. 77 CPC).

Ainsi, le travailleur qui a causé un dommage à son employeur engage sa responsabilité civile (art. 321e CO). Dans le cadre du procès entre les deux parties liées par le rapport de travail, l'assureur responsabilité civile pourrait intervenir aux côtés de l'employé, puisqu'il a un intérêt à ce que la responsabilité de celui-ci soit dégagée. De même, si deux employés sont coresponsables du dommage causé à l'employeur mais que seul l'un d'eux est attaqué en justice, le second a un intérêt juridique évident à intervenir aux côtés de son collègue afin de le soutenir dans la cause.

---

902 Cf. infra N 538.
903 Cf. infra N 378.
904 Voir le développement à ce sujet infra N 363.
905 JEANDIN (2003), 63 ; POUDRET (1975), 36.
906 Pour la cession de créances de salaires futurs, voir art. 325 CO.
907 Voir, sur les conclusions réelles prises par l'intervenant à l'occasion d'un procès personnel, POUDRET (1975), 38.
908 GULDENER (1979), 306 ; JACQUEMOUD-ROSSARI, 95 ; JEANDIN (2003), 57 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 169 et 171 N 54 et 59.
909 BSK ZPO-FREI, N 2 ad art. 74 CPC ; JEANDIN (2003), 57 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 170 N 55.

Lorsque le litige porte sur l'interprétation d'une disposition d'une CCT, un syndicat peut par exemple avoir un intérêt à intervenir aux côtés de l'employé partie à la procédure. De même, lorsqu'une ou plusieurs associations professionnelles agissent contre un employeur en constatation d'une violation de la CCT ou d'une discrimination à raison du sexe, un employé concerné par ladite violation peut intervenir au procès afin de soutenir les conclusions de l'organisation professionnelle[910] ; en pratique, il lui est toutefois recommandé d'agir directement en exécution des droits dont il est titulaire, en qualité de consort, dans un souci de rapidité et d'économie de procédure.

2. La dénonciation

342 Aux termes de l'art. 78 al. 1 CPC, une partie peut dénoncer l'instance à un tiers si elle estime qu'elle pourrait faire valoir des prétentions à son encontre ou être le sujet de prétentions de sa part pour le cas où elle succomberait dans la procédure[911]. La dénonciation a pour conséquence de rendre le jugement opposable au dénoncé (art. 80 CPC, qui renvoie à l'art. 77 CPC), peu importe que celui-ci y ait donné suite ou non (art. 79 al. 2 CPC).

Si un travailleur est recherché en responsabilité civile par son employeur, il peut dénoncer l'instance à son assurance responsabilité civile, contre laquelle il pourrait se retourner en cas de perte du procès. De même, si le dommage causé à l'employeur a été le fait de deux employés et si seul l'un d'eux est attaqué en responsabilité, celui-ci peut dénoncer le procès au second coresponsable.

3. L'appel en cause

a. Généralités

343 L'appel en cause est traité aux art. 81 et 82 CPC. A la différence de la dénonciation, il signifie qu'une partie contraint un tiers à participer à la procédure, en prenant des conclusions à son encontre[912]. Il faut que celles-ci coïncident avec les prétentions que l'appelant pourrait prendre vis-à-vis de l'appelé dans le cas où il succomberait dans le procès principal. La requête d'appel en cause doit être déposée avec respectivement la réponse ou la réplique (art. 82 al. 1 CPC), selon qu'elle est invoquée par le défendeur ou par le demandeur ; il peut s'agir d'un acte unique ou de deux actes séparés[913]. L'appel

910 Cf. infra N 730, 735 s. et 749.

911 Sur cette institution, voir notamment BSK ZPO-FREI, N 4 ad art. 78 CPC ; JACQUEMOUD-ROSSARI, 100 ss ; JEANDIN (2003), 65 ss ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 173 s. N 64 ss ; TAKEI, 3 s.

912 DROESE, 307 ; FREI, 24 ; GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 81 CPC ; HALDY (2010), 161 N 6 ; JACQUEMOUD-ROSSARI, 103 ; MEIER (2010), 181 s. ; Message CPC, 6897 ad art. 79 et 80 P-CPC ; WEY, 61.

913 BSK ZPO-FREI, N 23 ad art. 82 CPC ; moins souple : SCHWANDER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 13 ad art. 82 CPC, qui exige un seul acte.

en cause présente l'avantage du respect du principe d'économie de procédure, puisqu'il permet de régler le sort de plusieurs prétentions impliquant les mêmes mesures probatoires dans le cadre d'un seul procès, mais aussi d'éviter le risque de jugements contradictoires[914]. Il est toutefois toujours exclu en procédure simplifiée ou sommaire (art. 81 al. 3 CPC). Si, par essence, il implique certaines dérogations aux règles ordinaires de compétence[915], encore convient-il de préciser dans quels cas celles-ci sont autorisées.

b. La compétence ratione loci

344 Vu le caractère partiellement impératif des fors prévus en matière de droit du travail (art. 34 et 35 CPC)[916], un appel en cause ne peut jamais avoir pour effet de les contourner, sans quoi l'on priverait le travailleur de la protection spéciale que le législateur a entendu lui accorder[917].

Par exemple, l'employeur est en procès avec l'un de ses clients, en raison d'un dommage que celui-ci aurait subi ; le for est à Zurich ; l'employeur veut appeler en cause le travailleur qu'il considère responsable du dommage, sur la base de l'art. 321e CO ; or l'employé exerce habituellement son activité professionnelle à Neuchâtel et habite à Bienne. Partant, vu le caractère partiellement impératif de ces deux fors, un appel en cause dans le cadre d'un procès ayant lieu à Zurich est exclu.

c. La compétence ratione materiae

ca. En fonction de la nature de la prétention

345 La condition de la compétence ratione materiae du tribunal à l'égard du tiers appelé en cause ne figure plus expressément à l'art. 81 CPC, contrairement à ce que retenaient l'Avant-projet et le Projet (art. 79 al. 1 lit. b P-CPC et 71 al. 1 A-P CPC). L'art. 79 P-CPC a en effet été modifié par le Conseil des Etats lors des délibérations parlementaires, mais uniquement dans le but d'en simplifier la rédaction[918]. C'est pourquoi il faut considérer que le législateur n'a pas entendu écarter cette condition et retenir qu'un appel en cause est exclu devant une instance spécialisée lorsque la prétention émise à l'encontre de l'appelé en cause

914 ATF 132 I 13, c. 5.3 ; TF du 18.11.2009, 4A_431/2009, RSPC 2010 122, c. 2.3, suivi d'une note d'HALDY ; BSK ZPO-FREI, N 2 ad art. 81 CPC ; DROESE, 309 ; TAKEI, 27.

915 Comme le relève SALVADÉ, 157, « le droit à l'appel en cause serait illusoire si toutes les conditions d'un procès ordinaire devaient être réunies pour que l'appelant puisse mettre en cause l'appelé ».

916 Cf. supra N 98 ss.

917 Sur la problématique de l'appel en cause et des fors en droit du travail, cf. supra N 118 et les réf. citées en n. 268.

918 Voir les interventions de WICKI et BLOCHER, BO CE 2007 509 ad art. 79 P-CPC. Voir également HALDY, note in RSPC 2008 410 s.

ne relève pas du droit du travail[919]. La problématique ne concerne en réalité que les juridictions spécialisées dont la compétence va au-delà de 30'000 francs[920], l'appel en cause étant de toute façon exclu en procédure simplifiée ou sommaire (art. 81 al. 3 CPC)[921]. L'incompétence matérielle doit être soulevée d'office par le tribunal au moment où il examine si l'appel en cause est admissible ou non (art. 82 et 59 al. 2 lit. b CPC).

346 Sous l'empire de la procédure civile cantonale, la condition de la compétence matérielle du tribunal spécialisé vis-à-vis de l'appelé en cause était également appliquée dans les cantons de Vaud et de Genève[922], qui connaissaient déjà l'institution de l'appel en cause dans leur code de procédure civile respectif. En doctrine, SALVADÉ[923] est plus nuancé puisqu'il distingue les règles impératives de compétence des règles absolues, seules celles-là empêchant un cas d'appel en cause lorsque la prétention ne relève pas de la compétence matérielle du tribunal. Son argumentation repose d'une part sur le but même de l'appel en cause, qui est de favoriser l'économie de procédure et d'éviter des jugements contradictoires[924] ; d'autre part, il soutient que seules les règles impératives de compétence doivent être absolument respectées, puisqu'elles ont été adoptées pour des considérations d'ordre public, contrairement aux règles absolues[925]. Autrement dit, quand bien même la prétention émise contre l'appelé en cause ne ressortirait pas au contrat de travail, la juridiction spécialisée serait également compétente pour en traiter. En revanche, un travailleur ne pourrait par exemple se voir appelé en cause par son employeur dans un litige opposant celui-ci à un tiers, dès lors que la compétence du tribunal de prud'hommes est impérative

---

919 BOHNET (2010), N 49 ; BSK ZPO-FREI, N 37 ad art. 81 CPC ; DROESE, 313 ; HALDY (2010), 165 N 18 ; SCHWANDER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 29 ad art. 81 CPC. Voir, s'agissant de l'art. 71 al. 1 A-P CPC, les auteurs suivants, qui en approuvaient la solution : FREI, 101 ; HALDY (2005), 447, qui précise d'ailleurs qu'« il semblerait inopportun que, dans un procès devant un tribunal de prud'hommes par exemple, l'employeur puisse appeler en cause le fournisseur d'un outil qui serait à l'origine d'un accident dont l'employé serait la victime ».

920 Cf. supra N 125 et n. 296.

921 L'appel en cause irait en contradiction avec les exigences de simplicité et de rapidité prévues dans de telles procédures, voir Message CPC, 6898 ad art. 79 et 80 P-CPC.

922 Voir, pour le canton de Vaud, les jugements rendus en matière de compétence matérielle du Tribunal des baux, Ch. rec. VD du 2.6.1999, JdT 2001 III 20, c. 3c ; Ch. rec. VD du 20.9.1983, JdT 1984 III 98, c. 2. Voir également POUDRET/HALDY/TAPPY, N 3 ad art. 88 CPC VD et TAPPY (2001), 351 et n. 27. Pour Genève, voir la décision rendue en matière de compétence matérielle du tribunal des prud'hommes, C. app. Prud. GE du 16.2.2006, CAPH/40/2006, ainsi que BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, N 4 ad art. 104 LPC GE.

923 SALVADÉ, 161 s.

924 SALVADÉ, 159.

925 SALVADÉ, 160 ss. Voir cependant l'arrêt du TF du 29.4.1968, RJN 4 I 121, c. 3, qui retient que les règles de compétence à raison de la matière sont des dispositions d'ordre public auxquelles les parties ne peuvent en principe déroger.

pour juger la prétention fondée sur les relations de travail. A notre avis, la solution de cet auteur ne doit pas être suivie : il ne se justifie pas d'imposer à un tiers qu'une juridiction matériellement incompétente tranche la prétention émise à son encontre sur la seule base de l'appel en cause. Il convient en outre de se montrer restrictif en matière d'appel en cause[926], dès lors que celui-ci n'a pas seulement pour effet d'amener le juge à trancher d'autres prétentions que les prétentions principales, mais aussi de greffer sur le litige initial un second litige opposant des parties différentes.

cb. En fonction de la valeur litigieuse

347 Compte tenu des textes du Projet et de l'Avant-Projet CPC, qui exigeaient expressément que les prétentions de l'appel en cause relèvent de la compétence matérielle du même tribunal que celui du procès initial[927], il est logique que le législateur soit resté muet quant à une éventuelle addition ou non de la valeur litigieuse des deux prétentions. Il en résulte que les prétentions ne doivent pas être additionnées[928] et que chacune d'elles doit ressortir de la compétence du même tribunal[929]. Dans l'hypothèse où la valeur litigieuse des conclusions de l'appelant va au-delà de la compétence du tribunal saisi de la cause principale, celui-ci doit d'office soulever son incompétence (art. 59 al. 1 et 2 lit. b CPC), sauf si l'appelé en cause déclare l'accepter[930]. Dans tous les cas, l'appelant peut déclarer limiter le montant de ses prétentions à l'égard de l'appelé, afin de les soumettre à la même compétence matérielle que le tribunal saisi en premier lieu.

d. Cas d'application

348 Lorsqu'un employeur est recherché en responsabilité par un tiers en raison d'un dommage commis par l'un de ses employés, il peut appeler en cause le travailleur responsable, dans la mesure où il aurait une action récursoire à son encontre, sur la base de l'art. 321e CO[931].

349 Lorsqu'un travailleur agit contre son employeur, en invoquant que son licenciement est abusif, rien n'empêche l'employeur d'appeler en cause l'employé responsable du caractère abusif du congé. En effet, si le tribunal

926 C. app. Prud. GE du 16.2.2006, CAPH/40/2006.
927 Cf. supra N 345 et la n. 918.
928 DROESE, 313 ; WEY, 65 s. *Contra* : BSK ZPO-FREI, N 38 ad art. 81 CPC.
929 DROESE, 313, et HAHN (in BAKER & MCKENZIE), N 10 ad art. 81 CPC appliquent pour leur part l'art. 94 al. 1 CPC (applicable aux prétentions reconventionnelles) par analogie et retiennent la valeur litigieuse la plus élevée comme déterminante pour la compétence du tribunal. Quant à HALDY (2010), 165 N 19, il retient une attraction de compétence en faveur du tribunal saisi de l'action principale.
930 FREI, 49. Voir, sous l'empire de la procédure civile vaudoise, SALVADÉ, 159.
931 SALVADÉ, 133 n. 495.

aboutit à l'admission des prétentions fondées sur le licenciement abusif, celui-ci aura entraîné un dommage à l'employeur (art. 321e CO)[932].

350 L'employeur actionné par son ex-employé peut appeler en cause un tiers qu'il considère être le co-employeur suite à un transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO et, de ce fait, son codébiteur solidaire[933]. De même, si le travailleur a fourni des prestations à un tiers qui s'est engagé à verser des honoraires à l'employeur pour les services rendus par l'employé, l'employeur peut appeler le tiers en cause dans le cadre de la procédure en paiement de son salaire introduite à son encontre[934].

4. La substitution

351 Il y a substitution (art. 83 CPC) lorsqu'intervient un changement dans la titularité du droit litigieux qui fait l'objet d'un procès pendant[935]. Cette situation peut survenir *de par la loi*, en cas de succession à titre universel telle que le décès ou la faillite d'une partie (respectivement art. 560 CC, 22, 52 ou 73 LFus et 207, 260 et 319 LP)[936], ou singulier, notamment selon nous en cas de subrogation de la caisse de chômage au sens de l'art. 29 LACI[937]. Elle peut aussi être le fait de la *volonté des parties* (succession à titre singulier), par exemple lorsque le demandeur cède la créance litigieuse à un tiers (art. 164 ss CO)[938]. Lorsque la substitution n'intervient pas en vertu d'une règle de droit matériel, elle n'est pas automatique et dépend du bon vouloir des parties[939].

---

932 C. app. Prud. GE du 29.5.2007, CAPH/88/2007 : en l'espèce, le travailleur invoquait le licenciement comme abusif dans la mesure où il avait été donné dans un contexte de harcèlement et de mobbing généralisé au sein de l'établissement, le directeur n'ayant pas pris de mesures pour rétablir la situation et ayant même donné, pour seules réponses aux plaintes du travailleur, la signification de son licenciement. La cour genevoise a déclaré l'appel en cause recevable, confirmant la vraisemblance d'une action récursoire de l'employeur envers le directeur responsable du dommage subséquent au licenciement abusif ; elle a par ailleurs retenu que même s'il s'agissait de volets juridiques distincts (respectivement congé abusif et responsabilité contractuelle), ceux-ci relevaient du même complexe de faits, qui pouvait notamment être instruit par l'audition des mêmes témoins.

933 C. app. Prud. GE du 13.11.2007, CAPH/178/2007 ; comp. TF du 18.11.2009, 4A_431/2009, RSPC 2010 122 ; HALDY, in RSPC 2010 126.

934 Exemple inspiré de l'arrêt C. app. Prud. GE du 16.2.2006, CAPH/40/2006.

935 BRENNER, 26 ss ; GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 83 CPC ; JACQUEMOUD-ROSSARI, 108 ; JEANDIN (2003), 24.

936 Voir notamment BRENNER, 29 s. et 118 ss ; BSK ZPO-FREI, N 37 à 49 ad art. 83 CPC ; GASSER/RICKLI, N 7 ad art. 83 CPC ; HOTTELIER, 207 ss ; JEANDIN (2003), 25 s. ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 178 s. N 77 s. ; VOGEL/SPÜHLER, 1153 s. N 94 ss.

937 Cf. infra N 360.

938 Message CPC, 6899 ad art. 81 P-CPC.

939 Art. 83 al. 1 CPC, selon lequel l'acquéreur *peut* reprendre le procès en lieu et place de la partie qui se retire. Message CPC, 6899 ad art. 81 P-CPC.

352 Dans le cas où les droits du demandeur ou du défendeur sont transférés à un tiers, celui-là perd la qualité pour agir/défendre – pour peu que le transfert ne soit pas contesté –, et les conclusions doivent être déclarées irrecevables à son égard[940]. Le tiers reprenant peut de son côté se substituer au cédant, sans qu'un accord de la partie adverse soit nécessaire (art. 83 al. 1 CPC)[941]. En revanche, si le transfert est contesté par le demandeur ou le défendeur, c'est au regard de la légitimation active/passive – et donc du fond – que la question doit être tranchée, de sorte que si le tribunal confirme l'existence du transfert, il doit prononcer le rejet des conclusions et non leur irrecevabilité[942].

Hormis le cas fréquent de substitution de la caisse de chômage de par sa subrogation légale après le versement d'indemnités au travailleur (art. 29 al. 2 et 54 al. 1 LACI)[943], on peut envisager celui du travailleur qui aurait cédé à un tiers une créance dont il dispose à l'encontre de son employeur[944].

5. Le cas particulier de la caisse de chômage

a. Les principes

353 Les art. 29 al. 2 et 54 al. 1 LACI instituent une subrogation légale de la caisse de chômage aux droits de l'employé à concurrence du montant des indemnités qui ont été versées à celui-ci. Il s'agit d'une cession légale au sens de l'art. 166 CO, c'est-à-dire opposable aux tiers sans formalité et indépendamment de toute manifestation de volonté ; elle entraîne la perte pour le travailleur respectivement de sa qualité pour agir ou de sa légitimation active, selon qu'il conteste ou non l'existence de la subrogation[945], en paiement de sa créance auprès de l'employeur, à concurrence de la part subrogée[946]. Le mécanisme de la subrogation implique que l'employé n'a jamais l'obligation de restituer les montants versés par la caisse, qui devient seule légitimée à les réclamer à l'employeur[947].

---

940 TF du 14.1.2010, 4A_192/2009, c. 5.3.2, RSPC 2010 126 ; TF du 5.5.2009, 5A_91/2009, c. 2.1, RSPC 2009 255 ; TF du 4.4.1997, SJ 1997 490, c. 4b ; BOHNET (CPCN), N 5 ad art. 25 CPCN.

941 TF du 5.5.2009, 5A_91/2009, c. 3.2, RSPC 2009 255 ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 50 ; JEANDIN (2009), 262 s.

942 BOHNET (CPCN), N 5 ad art. 25 CPCN. Sur la distinction qualité pour agir/défendre – légitimation active/passive, cf. supra N 309.

943 Voir infra N 359 s.

944 Dans les limites toutefois du respect de l'art. 325 al. 2 CO, qui interdit toute cession de créance de salaire futur, sous réserve des cas prévus à l'al. 1.

945 Cf. supra N 352.

946 ATF 125 III 8, c. 3a/cc, SJ 1999 I 273 ; TF du 14.1.2010, 4A_192/2009, c. 5.3.2, RSPC 2010 126 ; TF du 2.4.2004, 4C.259/2003, c. 4.1.

947 TF du 14.1.2010, 4A_192/2009, c. 5.2 et 5.3.2, RSPC 2010 126 ; TF du 16.5.2008, 8C_226/2007, c. 4.2.2.

354 Si l'art. 29 LACI entraîne certes un transfert des droits du travailleur à la caisse, le Tribunal fédéral refuse d'accorder à cette disposition une quelconque portée de nature procédurale[948]. Selon lui, le sens et le but de la norme s'y opposent, au motif que la subrogation, si elle tend certes à éviter à l'employé de supporter les coûts et l'engagement d'un procès, et quand bien même la caisse ne saurait en principe renoncer à réclamer sa créance vis-à-vis de l'employeur (art. 29 al. 2, 2ème et 3ème phrases, LACI), n'a pas pour vocation de fixer à la caisse le moment ou la manière d'y parvenir, en particulier de lui imposer la voie judiciaire. Par conséquent, la caisse de chômage, qui dispose de la qualité pour agir en vertu de l'art. 79 al. 2, 2ème phrase, LACI, est libre de participer à la procédure opposant l'employé et l'employeur ou d'introduire un procès distinct, parallèlement ou ultérieurement. Le Tribunal fédéral considère même que rien n'interdit à la caisse d'attendre l'issue de la procédure introduite par l'employé pour se déterminer sur l'opportunité d'une action propre, cas échéant de demander l'autorisation de renoncer à faire valoir ses droits.

355 Lorsque le tribunal ne connaît pas l'existence de la subrogation et qu'il condamne l'employeur à verser au travailleur l'entier de la créance, c'est-à-dire y compris la part dont la caisse a été subrogée, l'employeur risque de devoir payer le montant à double, s'il avait été avisé de la subrogation (art. 167 CO)[949] et si la caisse fait valoir par la suite ses prétentions en justice. Ainsi, il a tout intérêt à soulever la problématique lors du procès l'opposant à l'employé, afin que le tribunal la prenne en compte dans le calcul du montant qu'il convient d'allouer ou, le cas échéant, qu'il prononce la substitution de partie[950]. Lorsque la maxime inquisitoire sociale est applicable, le tribunal doit d'office se renseigner quant à d'éventuels versements d'une caisse de chômage, vu son obligation de s'assurer que tous les faits pertinents ont été apportés[951]. S'il ne le fait pas, l'employeur pourra former un appel ou un recours contre la décision finale en invoquant la violation de l'art. 247 al. 2 lit. b ch. 2 CPC. Lorsque le tribunal a connaissance de la subrogation, il doit déduire du montant alloué au travailleur la part qui correspond aux indemnités de chômage qui ont été versées[952], le montant brut devant être pris en compte[953]. La décision, qui n'acquiert jamais autorité de chose jugée à l'égard de la caisse, puisqu'elle n'a pas participé à la procédure[954], devrait également lui être notifiée (art. 240 CPC

948 TF du 14.1.2010, 4A_192/2009, c. 5.3.3, RSPC 2010 126.
949 HOHL (1999), 80.
950 Cf. infra N 359 s.
951 Comp. AUBERT (1987), 558 ; HOHL (1999), 82. Cf. supra N 283.
952 TF du 2.4.2004, 4C.259/2003, c. 4 et 5 ; C. app. Prud. GE du 19.8.1986, cité par AUBERT (1987), 558. En revanche, le juge ne doit pas faire modifier ses conclusions par le demandeur, voir TF du 9.1.2002, 4P.180/2001, c. 1.
953 TF du 5.12.2002, 4C.275/2002, c. 3.1, DTA 2003 94.
954 ATF 125 III 8, c. 3a/cc, SJ 1999 I 273 ; TF du 14.1.2010, 4A_192/2009, c. 5.3.3, RSPC 2010 126.

par analogie), afin qu'elle puisse le cas échéant agir à son tour contre l'employeur[955].

356 La cession intervenant de par la loi, la caisse de chômage n'a pas la possibilité de céder sa créance – à vrai dire, de la *rétrocéder* – à l'employé, à charge pour celui-ci de la faire valoir en justice[956]. Admettre la rétrocession serait d'ailleurs en contradiction avec l'un des buts de l'art. 29 LACI, qui est de préserver le travailleur d'une action judiciaire contre son ex-employeur[957].

b. La participation de la caisse au procès opposant l'employé et l'employeur

357 Si le Tribunal fédéral reconnaît certes que la caisse n'est pas tenue de participer, d'une manière ou d'une autre, à la procédure opposant l'employé et l'employeur, il le recommande néanmoins – et avec raison – dans un souci d'économie de procédure[958]. A cela s'ajoute selon nous l'avantage d'éviter le risque de jugements contradictoires. Lorsque la caisse entend participer au procès, plusieurs cas de figure sont envisageables, selon le moment auquel les prestations de chômage sont versées.

ba. Prestations versées en cours d'instance

358 Lorsque la caisse verse des indemnités de chômage au travailleur alors qu'un litige entre celui-ci et son ancien employeur est pendant, deux possibilités s'offrent à elle : la substitution de partie ou l'ouverture d'une procédure distincte, parallèlement ou ultérieurement.

359 La caisse peut *se substituer* à l'employé dans le procès pendant l'opposant à son employeur (art. 83 CPC), vis-à-vis des prétentions ayant fait l'objet de la subrogation. La substitution est partielle lorsque la caisse de chômage n'est subrogée que pour une partie de la créance réclamée par l'employé[959]. Puisqu'elle entraîne la perte pour l'employé de la titularité de sa créance à concurrence du montant subrogé[960], la substitution pour cause de subrogation légale ne suppose ni l'accord de l'employé[961] ni celui de l'employeur (art. 83

955 MUNOZ, 209 ; C. app. Prud. GE du 19.8.1986, cité par AUBERT (1987), 558.

956 TF du 16.5.2008, 8C_226/2007, c. 4.2.2 ; OGer ZH du 12.6.1980, JAR 1981 171, c. 2 ; Circulaire relative à l'indemnité de chômage édictée par le SECO, Janvier 2007, C 243 (disponible sur www.espace-emploi.ch) ; AUBERT (1986), 305, note ad N 8 ; GERHARDS, N 29 s. ad art. 29 LACI ; HOHL (1999), 81 ; HOLLENSTEIN, 1156 ch. 3 ; RUBIN, 571.

957 OGer ZH du 12.6.1980, JAR 1981 171, c. 2 ; GERHARDS, N 30 ad art. 29 LACI ; HOHL (1999), 81.

958 TF du 14.1.2010, 4A_192/2009, c. 5.3.3, RSPC 2010 126.

959 BSK ZPO-FREI, N 32 ad art. 83 CPC.

960 Cf. supra N 353.

961 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 180 N 79.

al. 4 CPC)[962]. En effet, le consentement de la partie adverse ne se justifie que lorsque celle-ci peut être désavantagée par le changement de partie ; or dans le cas où les droits litigieux sont transférés à un tiers, qui devient seul légitimé à réclamer les prétentions en justice, le défendeur ne se trouve nullement désavantagé par le remplacement du demandeur initial par le tiers subrogé[963]. C'est pourquoi la substitution peut s'opérer peu importe que l'employeur y consente.

360 Si la caisse a dans tous les cas la possibilité d'invoquer la substitution (art. 83 al. 1 CPC), la question se pose de savoir si celle-ci ne devrait pas être automatique, comme le proposent certains auteurs[964], c'est-à-dire intervenir *de plein droit* à l'instar des cas de faillite ou de décès d'une partie[965]. Dans ces deux situations en effet, la substitution intervient *de iure* en vertu d'une règle de droit matériel (art. 207, 240 et 260 LP en matière de faillite d'une partie ; 560 CC, 22 et 52 LFus s'agissant du décès d'une personne physique ou morale), et non de procédure, dès lors qu'aucune disposition du CPC n'accorde d'effet automatique à la substitution[966]. Vu la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, qui refuse d'accorder toute portée procédurale à l'art. 29 LACI, la solution de la substitution *de iure* de la caisse semble exclue[967]. A notre avis, il serait souhaitable que notre haute cour revienne sur sa jurisprudence, qui n'a d'ailleurs pas été publiée au Recueil officiel. En effet, puisque la subrogation légale implique la perte pour l'employé de sa qualité pour agir, il paraît logique que le tiers qui l'acquiert prenne immédiatement sa place au procès. C'est en outre ce que prévoit expressément l'art. 55 al. 1 LACI, applicable en cas de versement d'indemnités pour insolvabilité de l'employeur et de procédure de faillite ou de saisie pendante à son encontre. Puisque le Tribunal fédéral a lui-même déjà appliqué par analogie l'art. 55 LACI à des situations tombant sous le coup de

962 JEANDIN (2009), 262 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 104 N 3.76 et 3.77 ; Message CPC, 6899 ad art. 81 P-CPC ; Rapport explicatif, 42. *Contra* : HALDY (2009), 34 n. 89.

963 Voir TF du 19.12.2005, 4P.231/2005, c. 2, RSPC 2006 148.

964 BOHNET (CPCN), N 1 ad art. 26 CPCN ; BRENNER, 29 ; DIETSCHY (RSPC), 134 s. ; ESSEIVA/MAILLARD, 67 ad art. 85 CPC FR ; HOHL (1999), 92 ; JEANDIN (2009), 262 ; POUDRET/HALDY/TAPPY, N 2 ad art. 64 CPC VD ; RUBIN, 574 ; SCHWANDER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 38 ad art. 83 CPC. Comp. également : CCass. NE du 14.10.2009, RJN 2009 178, c. 2b ; TC FR du 12.9.2008, RFJ 2008 368, c. 2 ; TC FR du 2.10.1997, RFJ 1997 281, c. 2b/aa ; KGer SG du 29.11.1994, SGGVP 1994 121 N 52, c. a ; Ch. rec. VD du 17.9.1975, JdT 1976 III 76, c. 2c. Voir encore à ce sujet MUNOZ, 210.

965 Cf. supra N 351.

966 Message CPC, 6899 ad art. 81 P-CPC, qui précise qu'« en cas de succession universelle (…), la substitution se produit *de jure* en vertu de la loi ».

967 TF du 14.1.2010, 4A_192/2009, c. 5.3.3, RSPC 2010 126 ainsi que DIETSCHY (RSPC), 134 s. Cf. également supra N 354. Comp. encore : Ch. rec. VD du 30.1.2002, JdT 2006 III 67 ; TC VS du 9.9.1991, RVJ 1991 319, c. 3b ; OGer ZH du 27.4.1988, ZR 87 (1988) N 48 ; HALDY (2009), 34 n. 89 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 104 N 3.77 et 3.80 ; TAPPY (2006), 80.

l'art. 29 LACI[968], il ne paraît pas dénué de pertinence de procéder également de la sorte vis-à-vis de la situation procédurale de la caisse dans un procès civil pendant entre l'employé et l'employeur[969]. A cela s'ajoute encore le fait que celui-ci n'est jamais désavantagé par la substitution de la caisse, les prétentions qui lui sont réclamées demeurant identiques[970] ; au contraire, il peut même y avoir un intérêt, afin d'éviter le risque de devoir payer sa dette à double[971]. La voie de la substitution automatique s'impose également en raison de la répartition des frais du procès : d'après l'art. 106 al. 1 CPC, ils doivent être supportés par la partie succombante. Par conséquent, si l'on n'admettait pas la substitution *de iure* de la caisse, que celle-ci ne déclare pas vouloir se substituer et que l'employé ne réduise pas ses conclusions dans la mesure de la subrogation ou que celle-ci couvre l'entier du montant réclamé, le tribunal devrait déclarer la demande irrecevable, à concurrence de la part subrogée ou dans son ensemble, et condamner le travailleur à tout ou partie des frais (sauf procédure gratuite, art. 114 lit. c CPC) et dépens (art. 106 al. 1, 2ème phrase, CPC). Cette solution est particulièrement choquante au vu du but poursuivi par le mécanisme de subrogation de l'art. 29 LACI, c'est-à-dire de protéger le travailleur contre les coûts d'un procès. Par ailleurs, la subrogation vise également à éviter à l'employé la charge d'une procédure judiciaire à l'encontre de l'employeur. Or si la caisse ne se substitue pas et fait valoir ses prétentions de manière autonome, l'employé est néanmoins tenu de lui prêter assistance[972], ce qui revient à lui imposer une certaine participation à un procès. Pour cette raison encore, il est souhaitable que la caisse soit contrainte de faire valoir sa créance en même temps que le travailleur, en admettant qu'elle se substitue de plein droit à celui-ci. Des motifs liés à l'économie de procédure et aux risques de jugements contradictoires plaident également en faveur de cette solution.

361 Si la caisse ne se substitue pas à l'employé dans le procès pendant, elle garde la possibilité d'agir seule, dans une procédure distincte, parallèle ou ultérieure[973]. Le travailleur est quant à lui libre de retirer sa demande ou de poursuivre le procès, la plupart du temps après avoir diminué le montant de ses conclusions dans la mesure de la subrogation, afin notamment d'éviter de devoir supporter une partie des frais de justice (art. 106 al. 1 CPC). Si la procédure continue, le tribunal doit dans tous les cas réduire le montant alloué à l'employé à concurrence de la part subrogée. La décision rendue dans ce cadre n'acquiert jamais autorité de chose jugée vis-à-vis de la caisse. En effet, le Tribunal fédéral reconnaît que la cession d'une créance en cours de procédure peut conduire à l'extension des effets du jugement à la personne du cessionnaire si les règles de

968 ATF 120 II 365, c. 4.
969 HOHL (1999), 90 s. ; comp. TC FR du 2.10.1997, RFJ 1997 281, c. 2b/aa.
970 HOHL (1999), 91 ; RUBIN, 574.
971 Cf. supra N 355.
972 Cf. infra N 370.
973 Cf. supra N 354.

droit cantonal, c'est-à-dire, depuis le 1er janvier 2011, celles inscrites dans le CPC, le prévoient[974]. Or rien de tel n'est prévu dans le Code. Par conséquent, le jugement n'a d'effet qu'entre les parties au procès. Dans tous les cas, l'autorité de chose jugée ne saurait être opposée à une caisse de chômage qui ne connaissait pas l'existence d'une procédure pendante entre le travailleur et l'employeur, sous peine de constituer une violation crasse de son droit d'être entendue[975]. Si l'employeur a été condamné au versement de l'entier de la créance envers l'employé, il risque de devoir payer le montant subrogé à double, en tout cas aussi longtemps qu'il avait été avisé de la subrogation (art. 167 CO) ; il a ainsi tout intérêt à l'invoquer dans le cadre du procès l'opposant au travailleur, afin que le tribunal la prenne en compte dans le montant final qui doit être alloué[976].

bb. Prestations versées avant l'introduction de l'instance

362 Lorsque la caisse de chômage est subrogée aux droits de l'employé avant que celui-ci n'introduise instance, il faut distinguer selon que le montant invoqué par le travailleur comprend ou non la créance dont la caisse est devenue titulaire.

363 Lorsque les prétentions émises par l'employé devant le tribunal englobent les montants pour lesquels la caisse a été subrogée, celle-ci peut – mais ne doit pas[977] – *intervenir* au procès au sens de l'art. 73 CPC[978]. En effet, l'employé n'est plus le titulaire de l'ensemble de la créance qu'il réclame[979] et la caisse dispose d'un droit préférable excluant partiellement, à concurrence de sa subrogation, celui du travailleur. Si la caisse n'intervient pas, le tribunal doit déclarer la part des prétentions soumises à subrogation irrecevable ou mal fondée, faute respectivement de qualité pour agir ou de légitimation active de l'employé[980]. Dans tous les cas, c'est-à-dire même si l'employeur est condamné à verser au travailleur l'ensemble de la créance, la décision rendue n'acquiert jamais autorité de chose jugée à l'égard de la caisse, puisqu'un procès conduit par une personne ne disposant pas (ou plus) de la qualité pour agir ou de la

974 ATF 125 III 8, c. 3a/bb, SJ 1999 I 273.
975 TF du 14.1.2010, 4A_192/2009, c. 5.3.3, RSPC 2010 126.
976 Cf. supra N 355.
977 TF du 14.1.2010, 4A_192/2009, c. 5.3.3, RSPC 2010 126 : si l'intervention a certes l'avantage de l'économie de procédure, la caisse reste néanmoins libre de réclamer les prétentions dans une procédure séparée.
978 Sur l'intervention principale, voir supra N 338 ss.
979 ATF 125 III 8, c. 3a/cc, SJ 1999 I 273 ; TF du 14.1.2010, 4A_192/2009, c. 5.3.2, RSPC 2010 126 ; TF du 7.12.2004, 4C.356/2004, c. 3.2 ; KOLLER (1995), 120.
980 ATF 125 III 8, c. 3a/cc, SJ 1999 I 273 ; TF du 23.2.2005, C 118/04, c. 1.4.3 ; OGer LU du 6.6.2008, JAR 2009 553, c. 3 et 5.2.1 *i.f.* Sur la différenciation entre qualité pour agir et légitmation active, ainsi que ses conséquences, cf. supra N 352.

légitimation ne saurait avoir une quelconque influence sur la position du véritable titulaire des droits[981].

364 Si le travailleur ne réclame que la part de la créance dont il est titulaire, la caisse peut introduire une demande en paiement du montant auquel elle a été subrogée à ses côtés et former avec lui une *consorité* simple active, si le même type de procédure est applicable aux prétentions de chacun des consorts (art. 71 CPC)[982].

365 Dans tous les cas, la caisse a également la possibilité d'ouvrir un procès distinct, parallèlement ou ultérieurement[983]. Si les causes sont pendantes devant le même tribunal et qu'elles sont soumises au même type de procédure, elles devraient être *jointes* (art. 125 lit. c et 71 al. 2 CPC), afin non seulement de respecter le principe d'économie de procédure mais aussi d'éviter que des jugements contradictoires soient rendus[984].

bc. Prestations versées tant avant que pendant la procédure

366 Lorsque la caisse verse des prestations tant avant que pendant la procédure introduite par l'employé, qui porte sur l'entier des prétentions salariales, la caisse, si elle entend participer à la procédure, doit déclarer respectivement *intervenir et se substituer* à concurrence des montants concernés par la subrogation. Une telle solution ne pose pas de problème pratique puisque la déclaration d'intervention et celle de substitution peuvent être formulées dans un seul et même acte. Si l'on devait appliquer la substitution de plein droit[985], la caisse devrait uniquement former une requête d'intervention vis-à-vis des créances auxquelles elle a été subrogée avant que l'employé n'introduise instance.

bd. Prestations versées après la fin de la procédure

367 Si la subrogation a lieu une fois la procédure opposant l'employé à l'employeur terminée, le jugement a autorité de chose jugée à l'égard de la caisse également[986]. Selon le Tribunal fédéral en effet, « cette conséquence découle directement du droit fédéral, qui admet le transfert d'une créance avec tous ses accessoires (art. 170 CO) et reconnaît au débiteur la possibilité d'opposer au cessionnaire les exceptions qu'il aurait pu invoquer à l'égard du cédant (art. 169 CO) ». Cette hypothèse reste plutôt théorique, puisqu'elle suppose que la caisse ait payé les prestations de chômage plusieurs mois après que l'employé a fait

981 ATF 125 III 8, c. 3a/cc, SJ 1999 I 273 ; BOHNET (CPCN), N 18 ad art. 193 CPCN.
982 Sur la consorité simple, voir supra N 314 ss.
983 Cf. supra N 354.
984 HOHL (1999), 86 ; KOLLER (1995), 120 ; RUBIN, 573. Sur la jonction de causes, voir infra N 376.
985 Cf. supra N 360.
986 ATF 125 III 8, c. 3a/aa, SJ 1999 I 273 ; BOHNET (CPCN), N 18 ad art. 193 CPCN.

valoir devant elle son droit à des indemnités et qu'un procès ait pu se dérouler de manière complète avant que la subrogation ne soit intervenue.

c. L'instance introduite par la caisse seule

368 Que la caisse verse des prestations de chômage au travailleur avant ou après que celui-ci a ouvert action à l'encontre de son employeur, elle peut toujours – en tout cas aussi longtemps que la substitution automatique n'est pas retenue[987] – introduire une procédure distincte, parallèle ou ultérieure, afin de réclamer les prétentions pour lesquelles elle a été subrogée. En effet, dès lors que la subrogation entraîne la perte pour le travailleur de la titularité de la créance et, partant, de sa qualité pour agir ou de sa légitimation, il appartient à la caisse seule de la faire valoir en justice[988]. Elle bénéficie alors également des règles spéciales de procédure prévues par le CPC en matière de litige relevant du droit du travail[989], telles que les fors partiellement impératifs, la gratuité ou l'application de la maxime inquisitoire sociale.

369 Comme il s'agit en général d'une créance partielle de salaire, à concurrence du montant des prestations versées[990], une instance est dans la majorité des cas également introduite par le travailleur pour réclamer la part de salaire qui lui revient. Par souci d'économie de procédure et pour éviter des jugements contradictoires[991], la caisse devrait dans cette hypothèse agir à ses côtés en tant que consort, si leurs prétentions respectives relèvent de l'application de la même procédure (art. 71 al. 1 et 2 CPC)[992]. A défaut d'action conjointe, les causes portées devant le même tribunal devraient être jointes, si elles sont soumises à un type de procédure identique (art. 125 lit. c et 71 al. 2 CPC)[993]. Toutefois, la caisse peut selon les cas avoir un intérêt à attendre l'issue du procès opposant l'employé et l'employeur, afin de se déterminer sur l'opportunité d'une action propre, cas échéant de demander l'autorisation de renoncer à faire valoir ses droits[994]. Lorsque la caisse agit alors qu'un jugement portant sur les prétentions du travailleur est déjà entré en force, il n'y a pas autorité de chose jugée vis-à-vis de la partie de la créance dont la caisse est devenue titulaire, quand bien même l'ensemble de celle-ci a été examiné par le tribunal pour statuer[995].

---

987 Cf. supra N 360.
988 Cf. supra N 353.
989 Cf. supra N 16 et 303.
990 MUNOZ, 208.
991 TPrud. GE du 11.5.1990, JAR 1991 392, c. 2c.
992 Sur la consorité simple, voir supra N 314 ss.
993 HOHL (1999), 86 ; RUBIN, 573 ; OGer ZH du 29.6.2005, JAR 2008 520, c. 3.1.4. Sur la jonction de causes, cf. infra N 376 ss.
994 TF du 14.1.2010, 4A_192/2009, c. 5.3.3, RSPC 2010 126 ; HOLLENSTEIN, 1156.
995 Cf. supra N 361 et 363.

370 Dans le cas où la caisse agit seule, sans que le travailleur soit partie à la procédure, il faut admettre que celui-ci lui prête assistance, afin de lui indiquer les faits et les moyens de preuve pertinents[996]. Ce devoir doit être déduit des règles de la bonne foi (art. 52 CPC) ainsi que de l'art. 55 al. 1 *i.f.* LACI par analogie[997]. La caisse peut également citer le travailleur comme témoin[998]. Pour plus de sécurité, elle devrait même dénoncer le litige à l'employé, voire l'appeler en cause, lorsque celui-ci a perçu des indemnités pour insolvabilité de l'employeur (art. 51 LACI), puisqu'il peut être tenu de les rembourser si l'une des hypothèses de l'art. 55 al. 2 LACI est réalisée[999]. En revanche, lorsque la subrogation découle de l'art. 29 LACI, la caisse ne peut jamais se retourner contre le travailleur afin d'obtenir le remboursement des prestations versées[1000], de sorte que ni la dénonciation ni l'appel en cause n'entrent en ligne de compte.

d. Le droit de transiger de la caisse

371 L'art. 29 al. 2, 2ème et 3ème phrases, LACI n'autorise la caisse à renoncer à faire valoir les prétentions issues de la subrogation que dans une mesure très limitée, ce qui empêche *a priori* qu'elle puisse conclure une convention avec l'employeur[1001]. Toutefois, outre l'hypothèse où la convention prévoit que celui-ci versera à la caisse le montant exact pour lequel elle a été subrogée, une transaction peut aussi avoir lieu lorsque la caisse a été autorisée à renoncer à faire valoir ses droits par l'organe de compensation, c'est-à-dire par le SECO (art. 83 al. 3 LACI et 5 Org DFE). Un tel accord peut entrer en ligne de compte si les prétentions se révèlent manifestement injustifiées ou si les coûts de procédure s'avèrent disproportionnés par rapport au montant des prétentions invoquées (art. 29 al. 2, 3ème phrase, LACI). Si la caisse doit en principe toujours obtenir l'accord du SECO pour conclure une transaction judiciaire, celui-ci admet qu'elle se passe d'autorisation dans les cas où le tribunal ne lui accorde pas le droit de signer une transaction « sous réserve d'approbation »[1002]. Le CPC ne dit rien quant à la possibilité de conclure une transaction sous condition suspensive (art. 151 CO). Vu l'absence de règle la prohibant, rien ne permet à notre avis à une autorité de conciliation ou à un tribunal de s'opposer à un tel

996 GALLEY, 222 ; HOHL (1999), 84.
997 Pour une application par analogie de l'art. 55 LACI à l'art. 29 LACI, voir ATF 120 II 365, c. 4.
998 MUNOZ, 210.
999 HOHL (1999), 85 ; RUBIN, 573.
1000 MUNOZ, 198 s.
1001 MUNOZ, 208. Sur l'interdiction pour la caisse de renoncer à faire valoir ses prétentions, voir ATF 114 V 336, c. 6.
1002 Circulaire relative à l'indemnité de chômage édictée par le SECO, Janvier 2007, C 241 (disponible sur www.espace-emploi.ch).

arrangement[1003] ; en pareil cas, la transaction doit indiquer qu'elle est conclue à condition que la caisse produise, dans un certain délai fixé par les parties ou le tribunal, une autorisation de renoncer fournie par le SECO[1004] ; à défaut de production dans le délai, une autorisation de procéder sera délivrée au demandeur (art. 209 CPC). Dans tous les cas, lorsque la caisse transige, elle doit respecter le principe de la « symétrie des sacrifices », c'est-à-dire que la renonciation à une partie de ses prétentions ne doit pas être plus grande que celle effectuée par l'assuré[1005].

372 A notre avis, la caisse devrait toujours être autorisée à transiger lorsque le montant des prétentions est faible par rapport aux coûts entraînés par la conduite du procès, notamment au regard de l'administration des preuves, par exemple si celle-ci implique l'audition d'un nombre important de témoins ou la mise en œuvre d'une expertise. De même, une transaction doit être favorisée lorsque les chances de succès du litige sont sérieusement mises en doute, c'est-à-dire qu'un plaideur raisonnable renoncerait à poursuivre la procédure et accepterait de transiger, à l'instar de la jurisprudence rendue en matière de droit à l'assistance judiciaire gratuite[1006].

Par exemple, lorsque le motif du licenciement immédiat injustifié invoqué par l'employé prête fort à discussion ou qu'il paraît difficile à prouver, la caisse peut avoir intérêt à trouver un accord avec l'employeur et récupérer ainsi une partie du montant versé à l'employé, plutôt que de voir l'entier de ses prétentions rejeté.

[1003] Comp. GILLARD, 103 ss.

[1004] Comp. GILLARD, 105, qui donne l'exemple de la transaction conditionnelle parce que l'un des plaideurs n'avait pas le pouvoir exprès de transiger.

[1005] Circulaire relative à l'indemnité de chômage édictée par le SECO, Janvier 2007, C 241 (disponible sur www.espace-emploi.ch).

[1006] Cf. infra N 519 et les réf. jurisprudentielles citées en n. 1382, en particulier l'ATF 133 III 614, c. 5 : « un procès est dépourvu de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre, et qu'elles ne peuvent donc être considérées comme sérieuses, de sorte qu'une personne raisonnable (…) renoncerait à s'y engager (…) ».

Chapitre XI :
La division et la jonction de causes

§ 24 La division de cause

373 Aux termes de l'art. 125 lit. b CPC, le tribunal peut, pour simplifier la procédure, ordonner la division de cause. On peut envisager qu'il le fasse lorsque différentes prétentions sont invoquées par le demandeur, qui supposent des *mesures d'instruction complètement différentes*, au vu notamment des témoins à entendre ou de la mise en œuvre d'une expertise, certaines prétentions étant à même d'être tranchées à bref délai contrairement aux autres[1007].

Par exemple, le travailleur invoque d'une part une discrimination salariale à raison du sexe et d'autre part le paiement d'heures supplémentaires. Lorsque la question de la discrimination suppose la mise en œuvre d'une expertise et l'audition de nombreux témoins, alors que celle des heures supplémentaires peut être résolue rapidement, sur pièces, vu la production par l'employé d'un décompte d'heures non contesté par l'employeur, le tribunal pourrait prononcer la division de la cause.

374 La division de cause peut également être ordonnée lorsque deux *consorts* agissent ensemble en se prévalant des mêmes faits et fondements juridiques, mais que le défendeur nie le caractère identique ou semblable des prétentions respectives et réclame des mesures d'instruction complètement différentes vis-à-vis des prétentions de chacune d'elles[1008].

Tel est par exemple le cas si deux employés agissent ensemble contre l'employeur et invoquent avoir fait l'objet d'un licenciement immédiat pour le même motif prétendument injustifié ; l'employeur fait quant à lui valoir avec une certaine vraisemblance que le motif de chaque licenciement est différent ou que l'un des demandeurs lui est lié par un contrat de mandat et non de travail, si bien que les preuves à administrer ne sont pas identiques vis-à-vis de chacune des causes.

375 Lorsque la division de cause est prononcée, chaque prétention demeure soumise au tribunal compétent à raison du lieu et de la matière ainsi qu'au type de procédure applicable dans le procès initial[1009]. Rien ne justifie en effet de les modifier, la division de cause ne constituant qu'une simple commodité procédurale[1010].

1007 A. STAEHELIN (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 8 ad art. 125 CPC ; Message CPC, 6916 ad art. 123 à 125 P-CPC : « (…) en traitant d'abord les conclusions en l'état d'être jugées ».

1008 GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 125 CPC.

1009 STEIN-WIGGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 15 ad art. 93 CPC.

1010 Comp. infra N 380 et la réf. en n. 1021.

§ 25 La jonction de causes

1. Généralités

376 L'art. 125 lit. c CPC permet au tribunal d'ordonner la jonction de causes afin de simplifier le procès, laquelle suppose que trois conditions soient remplies : les causes présentent un certain *lien de connexité* entre elles, par exemple parce que les mêmes faits ou le même type de prétentions sont invoqués ou que les moyens de preuve à administrer sont identiques, elles sont portées parallèlement devant le *même tribunal*[1011] et elles sont soumises au même type de procédure applicable[1012].

Par exemple, les causes devraient être jointes lorsque le travailleur et la caisse de chômage qui a été subrogée à certains droits de celui-ci ouvrent deux procédures distinctes à l'encontre de l'employeur[1013]. De même si, suite à un licenciement collectif, plusieurs employés réclament en justice une indemnité pour licenciement abusif au sens de l'art. 336 al. 2 lit. c CO, le principe d'économie de procédure imposant de trancher l'ensemble des prétentions dans le cadre d'un procès unique.

377 La condition liée à l'identité de type de procédure se déduit des art. 71 al. 2 et 90 lit. b CPC, applicables en matière respectivement de consorité et de cumul d'actions. Autrement dit, une affaire soumise à la procédure simplifiée ne peut pas être jointe à une autre qui serait soumise à la procédure ordinaire, ou l'inverse. Il ressort notamment de la règle posée à l'art. 90 CPC que la volonté du législateur a été d'éviter le cumul des procédures dans le cadre d'un même procès[1014]. Une partie peut cependant toujours renoncer à l'application de la procédure simplifiée au profit de la procédure ordinaire et déclarer ainsi accepter la jonction des causes[1015].

Par exemple, l'employé réclame devant le tribunal des prétentions salariales, en heures supplémentaires et en vacances non prises à hauteur de 32'000 francs (procédure ordinaire) ; la caisse de chômage qui lui a été subrogée invoque dans une demande distincte une créance d'un montant de 12'000 francs (procédure simplifiée) ; les causes ne sauraient être jointes, faute d'être soumises au même type de procédure, sauf pour la caisse de déclarer renoncer à l'application de la procédure simplifiée et d'accepter la jonction des causes dans un procès unique, soumis à la procédure ordinaire.

1011 A. STAEHELIN (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 5 s. ad art. 125 CPC ; BSK ZPO-BORNATICO, N 14 s. ad art. 125 CPC ; GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 125 CPC ; comp. : OGer SH du 21.12.2006, ABSH 2006 91, c. 2c ; OGer ZH du 29.6.2005, JAR 2008 520, c. 3.1.5 ; BOHNET (CPCN), N 9 ad art. 30 *i.f.* CPCN ; FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 1 ad § 26 ZPO ZH ; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, N 3a-b ad art. 38 ZPO BE.

1012 A. STAEHELIN (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 6 ad art. 125 CPC.

1013 Voir OGer ZH du 29.6.2005, JAR 2008 520, c. 3.1. Cf. également supra N 362 et N 368 n. 993.

1014 Voir infra N 445 et la n. 1178.

1015 Cf. infra N 447.

378 La jonction de causes peut également avoir lieu suite à une intervention principale d'un tiers au procès (art. 73 al. 2 *i.f.* CPC)[1016].

379 Lorsque des actions connexes sont portées devant des *tribunaux différents*, la jonction des causes peut avoir lieu, pour peu que le tribunal saisi en premier lieu accepte que la seconde demande lui soit transmise (art. 127 al. 1 CPC), que le même type de procédure soit applicable aux deux affaires et qu'un for partiellement impératif – un accord des parties étant réservé – ou une compétence exclusive d'un tribunal spécialisé ne soit pas violé[1017].

2. La valeur litigieuse

a. Le principe

380 Lorsque les causes sont jointes, se pose la question de la valeur litigieuse du procès. Si les valeurs litigieuses doivent être additionnées s'agissant de la recevabilité d'un éventuel recours (art. 93 al. 1 et 308 al. 2 CPC)[1018], tel n'est pas le cas vis-à-vis de la détermination des frais ainsi que du type de procédure applicable[1019]. Quant à la question de la compétence matérielle du tribunal, bien qu'elle soit du ressort des cantons et que leur législation puisse prévoir l'addition des valeurs litigieuses, la compétence du tribunal spécialisé ne devrait à notre avis pas être mise en péril par une jonction de causes[1020]. Comme le relevait très justement le Tribunal cantonal valaisan dans un arrêt de 1968, la jonction de causes est « une mesure de pure commodité procédurale »[1021], c'est pourquoi les parties dont les causes sont jointes doivent garder leur indépendance et leurs prétentions ne pas former une valeur litigieuse unique.

1016 Cf. supra N 338 ss.

1017 A. STAEHELIN (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 6 s. ad art. 127 CPC ; BSK ZPO-BORNATICO, N 3 ss ad art. 127 CPC.

1018 Devant le Tribunal fédéral, art. 52 LTF ; ATF 134 III 237, c. 1.2 ; 103 II 41, c. 1a et 1d ; TF du 9.10.2008, 4A_192/2008, c. 2.

1019 Comp. : TF du 9.1.2002, 4P.180/2001, c. 2 ; TF du 30.7.1997, SJ 1998 91, c. 5 ; KGer GR du 11.7.2006, PKG 2006 N 3, c. 2. Comp. également A. STAEHELIN (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 6 ad art. 125 CPC.

1020 Sur la compétence matérielle, voir BOHNET (CPCN), N 9 ad art. 30 CPCN : les valeurs litigieuses des différentes causes ne doivent pas être additionnées et faire passer la compétence ratione materiae à un autre tribunal ; comp. OGer ZH du 29.6.2005, ZR 106 (2007) 30 N 6, c. 3.1.5. *Contra* : Ch. rec. VD du 18.3.1998, JdT 1999 III 135, c. 4b, arrêt dans lequel le tribunal de prud'hommes avait ordonné la jonction de causes introduites séparément par plusieurs travailleurs, dont les prétentions étaient toutes fondées sur le même licenciement collectif ; il avait alors décliné sa compétentce et renvoyé la cause à la Cour civile, la valeur litigieuse des causes additionnées dépassant sa compétence ; le Tribunal cantonal vaudois avait confirmé le déclinatoire.

1021 TC VS du 20.3.1968, RVJ 1968 188.

b. L'exception

381 Lorsque le demandeur a ouvert plusieurs procédures pour réclamer des prétentions qui sont toutes issues du même rapport de travail, dans le seul but de profiter des avantages procéduraux qui prévalent en cas de valeur litigieuse ne dépassant pas 30'000 francs (dispense de frais, maxime inquisitoire sociale, procédure simplifiée, cas échéant compétence matérielle d'un tribunal du travail), il convient de faire exception au principe selon lequel les valeurs litigieuses ne sont pas additionnées pour déterminer le type de procédure applicable ainsi que les règles régissant les frais[1022]. Un tel comportement est en effet contraire à la bonne foi (art. 52 CPC)[1023]. En pareil cas, le tribunal devrait joindre les causes et *additionner leur valeur litigieuse* (art. 93 al. 1 CPC par analogie).

[1022] Cf. supra N 380.
[1023] Voir infra N 408 ss et 412 ss et les exemples donnés.

Chapitre XII :
Les différentes actions

§ 26 Le gracieux

1. Le principe

382 La cause relève de la juridiction gracieuse (ou non contentieuse) lorsqu'elle implique, d'une part, l'absence de contradicteur et, d'autre part, la nécessité du concours d'une autorité pour la création, la constatation, la modification, l'extinction ou la protection de droits privés[1024]. Lorsque la procédure relève du gracieux, l'autorité saisie doit appliquer la procédure sommaire (art. 248 lit. e CPC)[1025]. Celle-ci implique notamment l'absence de procédure de conciliation préalable (art. 198 lit. a CPC), une représentation à titre professionnel plus largement admise (art. 68 al. 2 CPC), la limitation des moyens de preuve (art. 254 CPC) ainsi que l'application de la maxime inquisitoire atténuée (art. 255 lit. b CPC)[1026].

2. Cas d'application

383 En droit du travail, la procédure gracieuse s'applique par exemple :

- à la requête du travailleur tendant à la désignation d'un expert pour le contrôle des livres de comptabilité de l'employeur, dans le cadre de la rémunération fondée sur une participation au résultat de l'exploitation (art. 322a CO) ou d'un droit à une provision (art. 322c CO)[1027] ; l'art. 250 lit. b ch. 1 CPC prévoit expressément l'application de la procédure sommaire en pareils cas ;

1024 POUDRET/SANDOZ-MONOD, 4 ; SCHÜPBACH (1995), 373 N 550 et 553.

1025 Sur le for de la procédure gracieuse, cf. supra N 122.

1026 Voir BOHNET (RJJ), 268 ss.

1027 Rekurskommission TG du 5.9.1994, RBOG 1994 N 30, c. 2b ; OGer SO du 22.2.1991, SOG 1991 N 7, c. 2 ; CCiv. FR du 27.8.1984, RFJ 1984 35, c. 5. En doctrine, voir par exemple BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 15 ad art. 322a CO ; DONZALLAZ (Com-LFors), N 19 ad art. 11 LFors ; GEISER (2001), 388 N 3.33 ; JEANDIN (2000), 375 ; PIOTET, 78 ; VISSON, 41. Lorsque le travailleur entend également réclamer le paiement de sa gratification ou de sa provision, voir infra N 406.

- à la consignation en justice, par l'employeur, des sûretés fournies par le travailleur, au sens de l'art. 330 al. 3 CO (comp. art. 250 lit. a ch. 6 CPC)[1028] ;
- à la fixation, par le juge, d'un délai à l'employeur pour la fourniture de sûretés en garantie des prétentions contractuelles de l'employé (art. 337a CO et 250 lit. b ch. 2 CPC) ;
- de manière générale, en cas de demeure du créancier, lorsque le débiteur entend consigner l'objet pour se libérer de son obligation (art. 92 CO)[1029], par exemple lorsque le travailleur veut se libérer de son obligation de restitution au sens de l'art. 339a CO ; le Code prévoit expressément l'application de la procédure sommaire dans ces hypothèses (art. 250 lit. a ch. 3 CPC).

§ 27 L'action condamnatoire

1. La notion

384 L'art. 84 CPC définit l'action condamnatoire comme celle selon laquelle le demandeur agit pour « obtenir que le défendeur fasse, s'abstienne de faire ou tolère quelque chose ». Elle permet ainsi à une partie de demander l'exécution du droit dont elle prétend être la titulaire[1030]. Dans les cas où l'action tend à ce que le défendeur s'abstienne d'une activité, il faut encore que celle-ci menace de se réaliser ou de se répéter de façon imminente[1031].

2. Cas d'application

a. L'action en exécution d'une prestation positive

385 L'action condamnatoire tendant à l'exécution d'une prestation positive est la plus courante en pratique. Elle regroupe notamment toutes les actions :

- en paiement de *salaires* ou d'éléments de salaire (art. 322-326a CO) ;

[1028] DONZALLAZ (Com-LFors), N 20 ad art. 11 LFors ; GestG-ZK-MÜLLER, N 44 ad art. 11 LFors.

[1029] DONZALLAZ (Com-LFors), N 20 ad art. 11 LFors ; GestG-ZK-MÜLLER, N 44 ad art. 11 LFors ; SPÜHLER/VOCK, N 1 ad art. 11 LFors.

[1030] BOPP/BESSENICH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 2 ad art. 84 CPC ; Message CPC, 6899 ad art. 82 P-CPC.

[1031] BOPP/BESSENICH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 9 ad art. 84 CPC ; BSK ZPO-OBERHAMMER, N 10 ad art. 84 CPC ; Message CPC, 6899 ad art. 82 P-CPC qui cite l'ATF 124 III 72 (traduit au JdT 1998 I 329). Voir également ATF 128 III 96, c. 2e, JdT 2002 I 491.

- en paiement d'une indemnité pour *résiliation abusive* (art. 336a CO) ;
- en paiement d'une indemnité pour *résiliation immédiate* injustifiée (art. 337c CO) ;
- en paiement d'*heures supplémentaires* (art. 321c CO) ;
- en paiement du solde du droit aux *vacances* (art. 329d CO) ;
- en paiement de dommages-intérêts pour *responsabilité de l'employeur* (art. 328 CO) ;
- en paiement de dommages-intérêts pour *responsabilité du travailleur* (art. 321e CO) ;
- en *restitution* de tout objet ou créance qui a été remis à l'autre partie pendant les relations de travail (art. 339a CO) ;
- visant à l'établissement d'un *certificat de travail* (art. 330a CO) ;
- tendant à la remise d'un *décompte* de salaire (art. 323b al. 1 *i.f.* CO), d'une copie du compte pertes et profits en cas de participation au résultat de l'entreprise (art. 322a al. 3 CO) ou d'un décompte relatif au droit à la provision (art. 322c CO).

386 En matière de nullité du congé lorsque le contrat de travail a été *résilié en temps inopportun* (art. 336c al. 2 CO), le travailleur doit prendre des conclusions condamnatoires visant à ce que le tribunal ordonne à l'employeur de continuer à l'occuper, sous peine de la sanction prévue à l'art. 292 CP[1032], ou en paiement du salaire dès que celui-ci est exigible. L'action en constat de la nullité du congé devrait par conséquent être écartée[1033].

b. L'action en cessation ou en interdiction du trouble

387 Une action en cessation ou en interdiction du trouble peut se rencontrer en matière de *mobbing*, lorsque l'employé introduit à l'encontre de l'employeur une action en cessation de l'atteinte aux droits de sa personnalité sur la base des art. 328 CO et 28a al. 1 ch. 1 et 2 CC. La violation de ces droits permet également de réclamer des dommages-intérêts à titre de réparation du préjudice subi (responsabilité contractuelle au sens de l'art. 97 CO), de sorte que l'action en cessation de l'atteinte se double la plupart du temps d'une action tendant à l'exécution d'une prestation positive. En pratique, il est en réalité peu fréquent qu'un travailleur agisse contre son employeur en cessation de l'atteinte ; cette action suppose en effet que les relations contractuelles soient encore pendantes et les employés préfèrent en général attendre que celles-ci aient pris fin pour engager un procès et ne réclamer que des dommages-intérêts.

[1032] TF du 12.3.1992, SJ 1993 361, c. 3b/aa.
[1033] Cf. infra N 431.

388 En matière de *discrimination à raison du sexe*, une action en interdiction ou en cessation est admise sur la base de l'art. 5 al. 1 lit. a et b LEg. L'employée peut par exemple demander qu'une discrimination soit interdite lorsqu'une restructuration de l'entreprise est imminente et qu'il y a un risque que les licenciements concernent avant tout des femmes ou qu'ils portent sur des postes à temps partiels, qui sont occupés en majorité par des femmes[1034]. On peut envisager également une action en cessation d'une discrimination lorsqu'une promotion est promise à une employée à condition qu'elle ait effectué certaines tâches alors que l'employeur empêche intentionnellement leur accomplissement afin d'accorder la promotion à un autre travailleur, de sexe masculin[1035].

389 Lorsque, après la fin des relations de travail, l'employeur fournit des *renseignements inexacts* au sujet de son ex-employé à des tiers, en particulier à des employeurs potentiels, celui-ci est admis à intenter une action visant à faire interdire à l'employeur de donner des informations à son sujet, sur la base des art. 328 CO, 28 et 28a CC. Cette action peut se doubler d'une demande en dommages-intérêts (art. 49 CO), si le travailleur peut prouver que les mauvaises références ont eu des répercussions négatives sur sa capacité à retrouver un emploi[1036].

390 Lorsque les parties sont liées par une clause de *prohibition de faire concurrence* et que le travailleur la viole, l'employeur peut ouvrir une action en cessation de la contravention s'il s'en est expressément réservé le droit (art. 340b al. 3 CO)[1037].

c. L'action visant à faire tolérer quelque chose

391 Les actions visant à faire tolérer une situation sont plutôt rares en matière de conflits de travail. On peut néanmoins penser à celle introduite par le travailleur tendant à ce que l'employeur tolère l'utilisation d'une *invention* ou d'un *design* dont est contesté le point de savoir s'il a ou non été créé dans le cadre des obligations contractuelles des parties (art. 332 CO). On peut également envisager le cas d'un travailleur à *temps partiel* – par exemple à raison de 50% – qui souhaite prendre un second poste à mi-temps auprès d'une autre société, auquel son employeur s'oppose au motif que cette deuxième activité est concurrente à la sienne et viole à son sens l'art. 321a al. 3 CO. L'employé qui nierait le caractère concurrent du second mi-temps pourrait alors introduire une action tendant à ce que son employeur tolère l'exercice de cette activité.

1034 BIGLER-EGGENBERGER (in BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN), N 16 ad art. 5 LEg.
1035 CLASS/MÖSSINGER, 22 N 4.1/a.
1036 TF du 22.4.2003, 4C.379/2002, JAR 2004 245.
1037 L'employeur agira en principe par le biais de mesures provisionnelles, voire superprovisionnelles, cf. infra N 459 ss.

§ 28 L'action en paiement non chiffrée

1. Le principe et les conditions

392 L'action en paiement non chiffrée est prévue à l'art. 85 CPC : lorsqu'il est impossible pour une partie d'articuler d'entrée de cause le montant de ses prétentions, il lui revient d'indiquer une valeur litigieuse *provisoire minimale*[1038]. Cette valeur détermine la compétence du tribunal à raison de la matière (al. 1), mais aussi la procédure applicable et le montant des avances de frais[1039]. Dès qu'il est en mesure de le faire, le demandeur doit chiffrer ses conclusions de manière précise (al. 2). Il le fera soit *une fois l'administration des preuves terminée*, soit *dès la remise par le défendeur des informations requises*[1040] – en fonction du motif invoqué pour justifier la demande non chiffrée –, mais au plus tard avant la clôture des débats principaux[1041]. Le nouveau montant prétendu doit être consigné au procès-verbal (art. 235 al. 1 lit. d CPC), soit directement lors d'une audience, soit par le biais d'un acte (art. 130 CPC) adressé au tribunal. Même si la valeur litigieuse nouvellement calculée dépasse la compétence du tribunal saisi, la cause lui reste soumise[1042].

393 Selon le Tribunal fédéral, des conclusions non chiffrées peuvent être admises lorsque les bases de calcul de la créance ne peuvent résulter que de la procédure d'administration des preuves ou lorsque le tribunal dispose d'un pouvoir d'appréciation[1043]. Notre haute cour précise que cette seconde hypothèse ne vaut que si le droit matériel confère au juge un pouvoir d'appréciation en matière de fixation de l'état de fait déterminant. Un pouvoir d'appréciation qui porte uniquement sur les conséquences juridiques de la prétention, par exemple lorsque le travailleur réclame le paiement d'une indemnité pour licenciement abusif au sens de l'art. 336a al. 2 CO ou le versement d'une indemnité pour licenciement avec effet immédiat sans justes motifs au sens de l'art. 337c al. 3

1038 Comp. par exemple l'ATF 131 III 243, c. 5, JdT 2006 I 320, dans lequel le demandeur avait, à tort, indiqué une valeur litigieuse maximale et non minimale, puisqu'il avait conclu « au versement d'une somme à déterminer par le tribunal, mais d'un montant inférieur à 30'000 francs ».

1039 BOPP/BESSENICH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 18 ad art. 85 CPC ; BSK ZPO-OBERHAMMER, N 7 ad art. 85 CPC ainsi que FREI/WILLISEGGER, N 6 *i.f.* ad art. 221 CPC ; GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 85 CPC ; MEIER (Unbezifferte), 29 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 184 N 4.

1040 Par exemple dès que l'employeur aura fourni au travailleur le décompte nécessaire au calcul de sa provision (art. 322c CO), cf. infra N 400.

1041 BSK ZPO-OBERHAMMER, N 9 ad art. 85 CPC. Le tribunal est en effet lié par les conclusions des parties et ne peut octroyer plus que ce qui est demandé, cf. supra N 265.

1042 Voir supra N 156 et n. 375.

1043 ATF 131 III 243, c. 5.1, JdT 2006 I 320 ; 116 II 215, c. 4a, JdT 1991 I 34. Cf. infra N 398 ss.

CO, n'est pas suffisant[1044]. Le Tribunal fédéral fonde son raisonnement sur l'absence de relation particulière entre les incertitudes liées au pouvoir d'appréciation du tribunal et le résultat encore inconnu de l'administration des preuves. Certains auteurs mettent toutefois en évidence le risque déraisonnable, notamment au regard des dépens, qui pèse sur le demandeur qui doit chiffrer ses prétentions de manière précise quand bien même le tribunal dispose d'un pouvoir d'appréciation vis-à-vis des conséquences juridiques applicables dans le cas d'espèce[1045]. En réalité, il s'agit d'un risque inhérent à tout procès que de devoir compter avec de telles incertitudes[1046].

2. La sanction en cas de non-réalisation des conditions

394 Si le juge considère que les conditions de l'art. 85 CPC ne sont pas remplies et que les conclusions peuvent d'entrée de cause être chiffrées de manière précise, il lui appartient d'interpeller le demandeur et de lui fixer un délai pour qu'il détermine précisément le montant réclamé (art. 56 et 132 CPC)[1047], en lui indiquant également qu'à défaut, le montant minimum réclamé dans la demande sera seul pris en compte.

3. Les conclusions reconventionnelles non chiffrées

395 Lorsque le défendeur oppose des conclusions reconventionnelles, il peut également se prévaloir de l'art. 85 CPC et n'indiquer qu'un montant minimal, puis chiffrer ses prétentions de manière précise ultérieurement, après la remise des documents utiles ou l'administration des preuves[1048].

4. L'abus de droit à invoquer l'action en paiement non chiffrée

396 Le demandeur pourrait dans certains cas être tenté d'ouvrir une action en paiement non chiffrée d'un montant minimum inférieur à 30'000 francs dans le seul but de voir la cause soumise à un tribunal du travail et à une procédure simple, gratuite et conduite dans le respect de la maxime inquisitoire sociale. Cet inconvénient doit toutefois être relativisé : s'il ressort manifestement des éléments de la demande que le montant minimum réclamé est fictif et n'a été

1044 ATF 131 III 243, c. 5.2, JdT 2006 I 320 ; TF du 19.12.2006, 4P.214/2006, c. 2.4, DTA 2007 28 ; Trib. app. TI du 29.1.2008, JAR 2009 620, c. 3.2-3.3 ; KOLLER (2006), 450. *Contra* : Trib. app. TI du 16.9.1998, JAR 1999 256 ; STREIFF/VON KAENEL, N 6 ad art. 336a CO.

1045 LOOSLI, 17 et 80 ; NORDMANN, 313 ; STREIFF/VON KAENEL, N 6 ad art. 336a CO ; VISCHER, 245 n. 102.

1046 ATF 131 III 243, c. 5.2, JdT 2006 I 320.

1047 BOHNET (RDS), 276 ; LOOSLI, 123.

1048 LOOSLI, 117.

porté à moins de 30'000 francs que dans le but de bénéficier des avantages procéduraux qui en découlent, le demandeur fait preuve d'abus de droit (art. 52 CPC), et le tribunal doit l'y rendre attentif (art. 56 CPC). S'il persiste malgré tout à ne réclamer qu'un montant minimum, le tribunal saisi devrait appliquer les règles de procédure relatives à la valeur litigieuse telle qu'elle ressort des éléments du dossier et non des conclusions du demandeur ; s'il s'avère qu'elle dépasse la compétence du tribunal, celui-ci doit se déclarer incompétent, la règle spéciale de l'art. 85 al. 2 CPC ne trouvant pas à s'appliquer.

397 Est également problématique l'hypothèse où, alors que la valeur litigieuse de la demande principale est inférieure à 30'000 francs, le défendeur invoque l'art. 85 CPC pour fixer le montant de ses conclusions reconventionnelles et porte celles-ci à une valeur litigieuse minimale de moins de 30'000 francs, dans le seul but de les faire trancher dans le cadre du procès entamé par le demandeur, soumis à la procédure simplifiée[1049]. Lorsque les conditions d'une action non chiffrée sont réalisées, il paraît difficile d'éviter qu'une telle situation se produise. Elle a néanmoins le mérite de respecter le principe d'économie de procédure, ce qui n'est pas toujours le cas en matière de reconvention vu la règle restrictive de l'art. 224 al. 1 CPC[1050].

5. Cas d'application

398 Des prétentions non chiffrées peuvent être prises en cas de *responsabilité civile* du travailleur (art. 321e CO) ou de l'employeur (art. 328 CO), lorsque le juge peut apprécier le montant du dommage sur la base de l'art. 42 al. 2 CO[1051] parce que celui-ci est impossible à établir de manière précise[1052] ; le demandeur peut alors chiffrer le montant exact réclamé seulement après que les preuves ont été administrées et les faits établis[1053]. Une action en paiement non chiffrée est également envisageable lorsque le dommage ne peut être chiffré précisément parce que l'infraction dure encore et que celui-ci s'accroît, par exemple si la violation de la clause de *prohibition de faire concurrence* est pendante. Dans tous les cas, si le demandeur dispose d'emblée des éléments nécessaires pour

---

1049 Aux termes de l'art. 224 al. 1 CPC en effet, une demande reconventionnelle ne peut être introduite par le défendeur que si elle relève de la même procédure que la demande principale, cf. infra N 450.

1050 Cf. infra N 451.

1051 ATF 131 III 243, c. 5.1, JdT 2006 I 320 ; 116 II 215, c. 4a, JdT 1991 I 34 ; 112 Ib 334, c. 1, JdT 1987 I 182.

1052 Soit les preuves font défaut, soit leur administration ne peut être exigée du lésé en raison de la disproportion entre les coûts qu'elle implique et le montant du dommage : ATF 105 II 87, c. 3, JdT 1980 I 17 ; TF du 4.5.2006, 4C.184/2005, c. 4.2.1, RSPC 2006 276 ; TF du 1.4.2005, 4C.22/2005, RSPC 2005 415.

1053 BSK ZPO-OBERHAMMER, N 10 ad art. 85 CPC ; VOGEL (1992), 59 s.

déterminer le montant de son dommage, il doit l'indiquer et ne peut invoquer l'art. 85 CPC[1054].

399 Le seul fait que le juge ait la possibilité de statuer en équité ne signifie pas encore que l'employé puisse invoquer une action en paiement non chiffrée. Par exemple, en matière d'*heures supplémentaires*, si les tribunaux appliquent fréquemment l'art. 42 al. 2 CO par analogie pour trancher le nombre d'heures effectuées[1055], l'employé connaît, lui, d'emblée leur quotité de manière suffisamment précise, les ayant lui-même accomplies, de sorte qu'il ne peut se prévaloir d'un manque d'information à cet égard.

400 Lorsque le travailleur prétend au paiement de sa *participation au résultat* ou de sa *provision* sans disposer des informations nécessaires à leur calcul, en particulier les décomptes au sens des art. 322a et 322c CO, il peut user de l'action en paiement non chiffrée afin de ne préciser le montant réclamé de manière exacte qu'après que la partie adverse lui aura fourni les pièces utiles ou que certains moyens de preuve auront été administrés[1056].

6. Exemples de conclusions

401 Lorsque le demandeur entend introduire une demande en paiement non chiffrée, il peut l'exprimer dans la partie « Conclusions » de sa demande, selon le modèle suivant[1057] :

> Conclusions
>
> Plaise au Tribunal :
>
> I. Condamner le défendeur à payer au demandeur un montant brut de fr. […], sous déduction des cotisations sociales légales et conventionnelles, avec intérêt à 5% l'an dès le […], à titre de participation au résultat, montant minimum qui pourra être augmenté une fois les preuves administrées[1058].

402 La référence à l'art. 85 CPC peut également être introduite sous une rubrique séparée, se présentant par exemple comme suit :

> Valeur litigieuse
>
> Le demandeur se réserve le droit d'augmenter le montant de sa conclusion I après que les preuves auront été administrées[1059], conformément à l'art. 85 CPC.

403 Si la demande en paiement est précédée de celle en remise de documents (action échelonnée[1060]), par exemple de la copie du compte de pertes et profits (art. 322a

---

1054 LOOSLI, 71.
1055 Cf. infra N 676.
1056 MEIER (2010), 223 et (HAVE), 12. Cf. infra N 403.
1057 Voir LOOSLI, 111.
1058 Respectivement : (…) montant minimum qui pourra être augmenté après que le défendeur aura fourni les pièces utiles au calcul du montant litigieux.
1059 Ibid.
1060 Cf. infra N 404 ss.

al. 2 et 3 CO) ou du décompte relatif au droit à une provision (art. 322c al. 1 CO), la demande principale peut être non chiffrée au sens de l'art. 85 CPC, notamment si le tribunal a refusé d'allouer la prétention en remise de documents, l'action échelonnée étant alternative ou cumulative à l'action en paiement non chiffrée[1061]. En outre, d'autres moyens de preuve peuvent encore être nécessaires au calcul du montant dû. En cas de cumul de l'action échelonnée à l'action en paiement non chiffrée, les conclusions de la demande peuvent s'articuler ainsi :

Conclusions

Plaise au Tribunal :

A titre préalable :

I. Condamner le défendeur à remettre au demandeur une copie du compte pertes et profits de l'entreprise ainsi que tout autre document utile au calcul de sa participation au résultat.

Principalement :

II. Condamner le défendeur à payer au demandeur le montant brut de fr. […], sous déduction des cotisations sociales légales et conventionnelles, avec intérêt à 5% l'an dès le […], montant minimum qui pourra être augmenté une fois que les documents de la conclusion I auront été remis au demandeur ou que les preuves auront été administrées.

§ 29 L'action échelonnée

1. Le principe

404 L'action échelonnée se définit comme celle permettant au demandeur qui ignore l'étendue de son droit, du fait que les informations nécessaires se trouvent dans la sphère d'influence du défendeur, de prendre une conclusion principale en exécution d'une prestation et une seconde, accessoire, en communication de renseignements ou en reddition de comptes[1062]. Lorsque les deux prétentions sont introduites dans le cadre du même procès, cela permet de respecter le principe d'économie de procédure[1063]. L'action échelonnée se justifie

---

1061 BOPP/BESSENICH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 9 ad art. 85 CPC ; GASSER/RICKLI, N 5 ad art. 85 CPC ; MEIER (2010), 223 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 184 N 6.

1062 ATF 123 III 140, c. 2b, JdT 1998 I 22 : « L'action échelonnée vise à faciliter l'exercice, par le demandeur, d'un droit dont il ignore l'étendue, pour autant que cette ignorance repose sur des faits qui se trouvent dans la sphère du défendeur. (…) La prestation réclamée constitue la conclusion principale, tandis que sa détermination chiffrée au travers de la reddition de compte constitue la conclusion accessoire » ; 116 II 215, c. 4a, JdT 1991 I 34 ; HOHL (Tome I), 61 N 221 ; LEUMANN LIEBSTER, 40 s. ainsi que 91 s. ; MEIER (Unbezifferte), 15 s. ; Message CPC, 6900 ad art. 83 P-CPC ; STAEHELIN/ STAEHELIN/ GROLIMUND, 184 N 6 ; VOGEL/SPÜHLER, 189 N 6; VOGEL (1992), 63. Sur la formulation des conclusions, cf. supra N 403.

1063 ATF 123 III 140, c. 2b, JdT 1998 I 22 ; 116 II 215, c. 4a, JdT 1991 I 34.

uniquement lorsque le demandeur n'est pas à même de chiffrer de manière précise sa prétention principale avant que la conclusion accessoire soit exécutée[1064]. La prétention principale fait souvent l'objet d'une demande en paiement non chiffrée au sens de l'art. 85 CPC[1065]. Dans tous les cas, la valeur litigieuse du procès se détermine en fonction de celle relative à la prétention principale uniquement, la conclusion accessoire ne constituant qu'un moyen nécessaire pour permettre la réalisation de la prétention principale[1066] ; si l'on additionnait les valeurs litigieuses, l'action échelonnée perdrait d'ailleurs de son intérêt, puisque le demandeur pourrait avoir avantage à introduire deux actions distinctes.

Par exemple, le travailleur réclame le paiement de son salaire, qui doit être calculé selon un pourcentage d'une vente conclue par l'employeur avec un tiers. S'il ne connaît pas le montant final de la vente, il peut prendre une conclusion préalable en communication dudit montant et une conclusion principale en paiement de son salaire, dont le montant sera précisé une fois la conclusion accessoire exécutée.

405 En cas d'action échelonnée, le tribunal doit se prononcer en premier lieu sur la prétention accessoire et rendre un jugement partiel[1067]. Celui-ci peut faire l'objet d'un recours indépendant, par la voie de l'appel au niveau cantonal et du recours en matière civile au niveau fédéral, la décision devant être interprétée comme une décision finale[1068]. En cas d'octroi de la conclusion accessoire et de non-exécution de celle-ci par le défendeur, le tribunal doit tenir compte de ce comportement dans le cadre de son appréciation des preuves[1069] ; il doit également retenir le montant minimum avancé par le demandeur comme valeur litigieuse déterminante pour le calcul des frais et le type de procédure applicable ; en revanche, le demandeur doit être enjoint d'indiquer le montant maximal auquel il prétend, au plus tard une fois les preuves administrées, afin que le tribunal ne statue pas *ultra petita*[1070]. Si la prétention préalable est refusée,

---

1064 LEUMANN LIEBSTER, 183 ss ; VOGEL (1992), 62.

1065 Cf. supra N 392 ss, spéc. N 403. BSK ZPO-OBERHAMMER, N 13 ad art. 85 CPC ; GASSER/RICKLI, N 5 ad art. 85 CPC ; MEIER (Unbezifferte), 15 s. ; Message CPC, 6900 ad art. 83 P-CPC.

1066 BOPP/BESSENICH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 21 ad art. 85 CPC ; LEUMANN LIEBSTER, 225 s. ; STEIN-WIGGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 24 ad art. 91 CPC.

1067 ATF 123 III 140, c. 2, JdT 1998 I 22 ; comp. LEUMANN LIEBSTER, 174 ; VOGEL/SPÜHLER, 389 N 149.

1068 LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 149 N 6.13 ; comp. ATF 123 III 140, c. 2c, JdT 1998 I 22 (rendu sous l'empire de l'OJ) : « la conclusion accessoire en communication de renseignements ou en reddition de comptes permet principalement au demandeur de chiffrer sa créance et de poursuivre la procédure. Si le recours indépendant contre le jugement partiel portant sur la conclusion accessoire n'était pas admissible, le défendeur pourrait contrecarrer l'accomplissement du devoir de rendre compte en arguant que le jugement partiel n'est pas entré en force et ainsi bloquer la procédure » ; VOGEL (1992), 63. Cf. infra N 817.

1069 LEUMANN LIEBSTER, 204. Cf. infra N 619.

1070 VOGEL (1992), 63.

le tribunal doit fixer un délai au demandeur pour qu'il détermine le montant exact qu'il entend réclamer[1071].

2. Le cas particulier du droit à la provision ou à la participation au résultat

406 Lorsque le travailleur prétend au paiement de sa participation au résultat (art. 322a CO) ou de sa provision (art. 322b CO), il peut agir par le biais d'une action échelonnée, composée d'une conclusion préalable en remise des pièces utiles (copie du compte de pertes et profits ou décompte, art. 322a al. 2 et 3 et 322c al. 1 CO), afin de pouvoir déterminer la somme à laquelle il peut prétendre, et d'une conclusion principale en paiement de sa participation ou de sa provision[1072]. Les art. 322a al. 2 et 322c al. 2 CO lui permettent également de réclamer la nomination d'un expert qui puisse procéder au contrôle des documents ; celle-ci, qui relève de la juridiction gracieuse, est soumise à la procédure sommaire[1073]. Deux procédures distinctes, qui peuvent être parallèles ou successives, doivent par conséquent avoir lieu. Dans le premier cas, les conclusions du demandeur tendant à la remise du décompte ou des comptes de l'employeur indiqueront que celle-ci le sera « en mains de l'expert qui aura été désigné par le juge dans le cadre de la procédure introduite par requête du [date] ». Dans le second, les conclusions préciseront d'emblée le nom de l'expert auprès duquel les documents devront être remis.

§ 30 L'action partielle

1. L'action partielle proprement dite

407 On parle d'action partielle proprement dite (« echte Teilklage ») lorsque le débiteur ne réclame *qu'une partie de la créance invoquée* (art. 69 CO)[1074]. L'art. 86 CPC la prévoit expressément pour peu que la prétention soit divisible[1075]. Cette possibilité découle du principe de la libre disposition de l'objet du litige (art. 58 al. 1 CPC)[1076]. Le demandeur peut en effet avoir avantage à limiter la somme qu'il réclame afin de réduire le montant de ses frais,

---

1071 BSK ZPO-OBERHAMMER, N 15 ad art. 85 CPC.

1072 MEIER (2010), 307. Cf. supra N 403. Il peut également prétendre à la remise de ces décomptes par le biais d'une preuve à futur, cf. infra N 698 ss, spéc. N 700 vis-à-vis de la solution la plus avantageuse.

1073 Cf. supra N 382 s.

1074 BOPP/BESSENICH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 4 ad art. 86 CPC ; HOHL (Tome I), 66 N 257 ; SCHMID (2002), 780 ; WÜTHRICH, 21 ss.

1075 Voir BERTI (2010), 41 s.

1076 BSK ZPO-OBERHAMMER, N 1 ad art. 86 CPC ; Message CPC, 6900 ad art. 84 P-CPC.

voire même bénéficier de la gratuité du procès si ses conclusions ne dépassent pas 30'000 francs (art. 113 al. 2 lit. d et 114 lit. c CPC)[1077], mais aussi de voir s'appliquer la procédure simplifiée (art. 243 al. 1 CPC)[1078]. L'action partielle peut également se justifier en cas d'issue incertaine du procès ou de solvabilité douteuse du débiteur[1079]. A cela s'ajoute encore l'intérêt pour une partie de ne porter en justice que les prétentions pour lesquelles elle dispose de moyens de preuve suffisants[1080].

Ainsi, le travailleur qui prétend au paiement d'heures supplémentaires peut renoncer à invoquer l'entier de celles qu'il estime avoir accomplies et ne réclamer que le nombre d'heures dont il est sûr de pouvoir apporter la preuve.

408 Certains problèmes se posent lorsqu'une partie introduit une action partielle sans pour autant renoncer au solde de sa prétention. En effet, si cette situation présente le danger de voir rendus des jugements contradictoires[1081], elle a surtout pour inconvénient de permettre au demandeur d'éluder certaines règles de procédure, au regard de la compétence matérielle du tribunal, du type de procédure applicable, des frais ainsi que des voies de recours ouvertes[1082]. C'est pourquoi il se justifie de limiter les cas dans lesquels une action partielle est admissible[1083] et de l'exclure lorsqu'une partie agit de manière *contraire à la bonne foi* (art. 52 CPC). Il en va ainsi du demandeur qui introduit une demande partielle dans le seul but de bénéficier des avantages procéduraux liés à une valeur litigieuse inférieure ou égale à 30'000 francs (procédure simplifiée, gratuité, maxime inquisitoire sociale, cas échéant compétence matérielle d'un tribunal spécialisé) ou de priver le défendeur d'une voie de recours faute pour la valeur litigieuse d'être atteinte (voir p. ex. art. 308 al. 2 CPC ou art. 74 al. 1 lit. a LTF)[1084]. Peu importe que le défendeur ait la possibilité d'opposer une prétention en constatation de droit négative, dès lors que l'art. 224 al. 1 CPC n'admet la reconvention que si celle-ci ressortit à la même procédure que celle

---

1077 Cf. supra N 152.

1078 BERTI (2010), 42 ; GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 86 CPC ; HENSCH, 540 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 159 N 6.40.

1079 BSK ZPO-OBERHAMMER, N 4 ad art. 86 CPC ; FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 20 ad § 17 ZPO ZH ; GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 86 CPC ; LUTZ, 46.

1080 BOPP/BESSENICH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 6 ad art. 86 CPC ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 198 N 37.

1081 OGer AG du 8.1.1982, AGVE 1982 45, JAR 1985 320, c. b.

1082 ATF 99 II 172, c. 2, JdT 1974 I 263 ; Ch. rec. VD du 2.11.2005, JdT 2008 III 99, c. 5a.

1083 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 39, vont jusqu'à considérer que l'introduction d'une action partielle implique, sauf cas exceptionnels, la renonciation implicite aux autres prétentions.

1084 BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, 332 N 11 *i.f.* ad art. 343 CO ; EGLI (2004), 33 ; ESSEIVA/MAILLARD, 5 ad art. 4 CPC FR ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 39 ; HOHL (Tome II), 198 N 2594 ; MEIER (2010), 220 ; SCHÜRER, I/14.2, 7 ; STREIFF/VON KAENEL, N 7 ad art. 343 CO ; TAPPY (2001), 362 ; WÜTHRICH, 27 s. ; OGer LU du 6.6.2008, JAR 2009 553, c. 5.1. Moins restrictifs : BOPP/BESSENICH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 7 ad art. 86 CPC.

de la prétention principale[1085]. La mauvaise foi doit être retenue lorsque le demandeur n'a aucun *intérêt objectif* à diviser le montant réclamé[1086] et qu'il sait d'emblée qu'il introduira un second procès afin de faire valoir le solde de sa créance. Le motif objectif peut par exemple consister dans le fait que le justiciable ne sait pas si la créance qu'il invoque à quelque chance de succès, vu notamment les difficultés d'ordre probatoire qu'elle implique, ou s'il ne connaissait pas l'étendue de ses droits faute d'avoir été assisté d'un mandataire professionnel lors du premier procès.

Prenons l'hypothèse suivante : le travailleur réclame le paiement d'un mois de salaire qui ne lui a pas été versé par son employeur ; le salaire mensuel brut convenu entre les parties se monte à 35'000 francs. S'il dispose comme moyen de preuve d'un contrat de travail écrit, de fiches de salaires ou encore de tout autre document attestant du versement régulier de 35'000 francs de la part de l'employeur, l'employé n'a aucun motif objectif d'introduire deux procédures distinctes, par hypothèse l'une à raison de 30'000 francs et l'autre de 5'000 francs. En revanche, s'il a conclu un contrat de travail oral, qu'il n'a encore jamais reçu de versement de la part de l'employeur, il ne peut être reconnu de mauvaise foi s'il use de l'action partielle, vu l'incertitude quant à la preuve du bien-fondé de sa créance.

Lorsque le demandeur fait valoir dans une première procédure le paiement de son salaire jusqu'au terme ordinaire de congé et qu'il fait correspondre celui-ci à un délai d'un mois alors qu'il se rend compte par la suite que le délai de congé applicable était en réalité de trois mois et qu'il introduit à cette fin une nouvelle demande[1087], il ne commet pas d'abus de droit s'il n'était pas assisté d'un mandataire professionnel lors de la première procédure. Dans l'hypothèse inverse, il ne pourrait se prévaloir d'un comportement conforme à la bonne foi alors que le mandataire professionnel dispose des connaissances juridiques nécessaires pour déterminer d'emblée le délai de congé applicable.

Si le travailleur réclame 15'000 francs pour des heures supplémentaires alors que l'employeur lui oppose reconventionnellement 50'000 francs à titre de réparation du dommage, la reconvention n'est pas admise vu l'application de la procédure simplifiée vis-à-vis de la prétention principale et de la procédure ordinaire au regard de la demande reconventionnelle[1088]. L'employeur pourrait alors être tenté de réduire le montant de sa reconvention à 30'000 francs et d'ouvrir parallèlement un second procès pour réclamer le solde de sa créance (20'000 francs), l'avantage étant qu'au final la procédure simplifiée

---

[1085] HENSCH, 540 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 199 N 38. Tel n'était pas le cas sous l'empire de l'art. 343 CO, puisque son al. 1, 2ème phrase, précisait que « le montant de la demande détermine la valeur litigieuse, sans égard aux conclusions reconventionnelles ». Voir à cet égard Ch. rec. VD du 3.4.1996, JdT 1999 III 55, c. 3c ; TC FR du 15.1.1991, JAR 1993 267, c. II.a ; OGer AG du 8.1.1982, AGVE 1982 45, JAR 1985 320, c. b ; TAPPY (JdT), 106. *Contra* : HOHL (Tome II), 199 N 2597 ; COTTER, 93, reprenant à cet égard une jurisprudence bâloise : AppGer BS du 20.12.1976, RSJ (73) 1977 125 N 45, c. 2 : « … mit dem in Art. 343 Abs. 2 OR verwendeten Begriff des Widerklagebegehrens offensichtlich nur die Widerklage gemeint ist, mit der der Beklagte der Klage einen eigenen, selbständigen Leistungsanspruch gegenüberstellt. Hievon unterscheidet sich die negative Feststellungswiderklage… ».

[1086] Dans le même sens : PORTMANN (2004), 547, qui exige un « sachlich begründetes Interesse ».

[1087] Gew. SchiedsGer. BS du 10.1.1985, BJM 1987 234, JAR 1987 353.

[1088] Cf. infra N 450 s.

s'applique vis-à-vis de l'entier de sa prétention. En pareil cas, il agirait de manière contraire à la bonne foi puisque, en divisant le montant de ses conclusions, le seul but consiste à voir l'ensemble de sa créance soumise à la procédure simplifiée.

409 Les limites imposées à l'action partielle, fondées sur l'abus de droit du demandeur, sont à notre avis conformes au but que le législateur a voulu conférer à l'art. 86 CPC, soit celui de permettre au demandeur de réduire ses frais judiciaires ou de ne porter en justice que la partie de la prétention pour laquelle la situation juridique est claire[1089]. Lors de la procédure de consultation de l'AP-CPC d'ailleurs, les problématiques liées à l'abus de droit[1090] et à la gratuité de la procédure[1091] en cas d'action partielle ont expressément été mises en évidence.

410 Lorsque l'action partielle est *abusive*, elle peut entraîner des conséquences différentes suivant qu'une seule ou deux procédures ont été ouvertes. Si le demandeur a introduit deux demandes distinctes devant le même tribunal, les causes devraient être jointes et la valeur litigieuse ramenée au total des deux prétentions réclamées[1092]. Si les causes sont pendantes devant des tribunaux différents, le second tribunal saisi doit transmettre la demande au premier (art. 127 CPC)[1093] ; si celui-ci n'accepte pas le transfert, le demandeur doit au moins être sanctionné au niveau des frais (comportement téméraire, art. 115 CPC)[1094], dans le cadre de l'une des procédures ou des deux. En revanche, lorsqu'une seule demande partielle a été introduite mais qu'il résulte clairement du comportement du demandeur qu'il entend ne pas renoncer au reste de sa prétention[1095], par exemple s'il déclare limiter le montant de ses prétentions pour rester dans la compétence du tribunal saisi – peu importe qu'il ait ou non « réservé ses droits pour le surplus » –, le tribunal devrait interpeller le demandeur (respectivement art. 56 ou 247 CPC) et lui fixer un délai pour se déterminer sur les deux possibilités qui s'offrent à lui : soit il fait valoir l'ensemble de sa prétention, de sorte que le tribunal saisi doit cas échéant se déclarer incompétent ratione materiae ou appliquer les règles de procédure relatives à une valeur litigieuse supérieure à 30'000 francs[1096] ; soit il maintient le

1089 Message CPC, 6900 ad art. 84 P-CPC.
1090 Voir l'avis de BE et TI, in Classement des réponses, 227 ss ad art. 76 A-P CPC.
1091 Voir l'avis de FR et OW, in Classement des réponses, 227 ss ad art. 76 A-P CPC, particulièrement Fribourg : « cette disposition est de nature à rendre sans effet la fixation d'une limite à la gratuité en matière de contrat de travail ».
1092 Cf. supra N 381.
1093 Cf supra N 379.
1094 Cf. infra N 499 ss.
1095 OGer TG du 4.7.1989, RBOG 1989 N 37, JAR 1991 406, c. 3.
1096 BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, 332 N 11 *i.f.* ad art. 343 CO : « une telle attitude constitue une fraude à la loi qui rend inapplicables les règles de procédure de l'art. 343 [CO] ». *Contra* : OGer TG du 4.7.1989, RBOG 1989 N 37, JAR 1991 406, c. 3, selon lequel en matières de compétence et de règles de procédure applicables, un simple doute quant à un comportement contraire à la bonne foi ne suffit pas pour que le tribunal puisse

montant de ses conclusions, le tribunal devant statuer sur celui-ci uniquement ; si le demandeur ouvre une nouvelle action par la suite, il devra être sanctionné au niveau des frais (comportement téméraire, art. 115 CPC)[1097].

2. L'action partielle improprement dite

a. Le principe

411 Il faut distinguer l'action partielle proprement dite de l'action partielle improprement dite (« unechte Teilklage »), qui concerne des prétentions qui découlent certes d'un rapport juridique identique mais qui sont *nées* ou sont *devenues exigibles à des moments différents* (p. ex. : salaires de mois différents) ou qui reposent sur des *causes juridiques distinctes* (p. ex. : prétentions salariales et en dommages-intérêts)[1098].

Il y a par exemple action partielle improprement dite lorsque le travailleur réclame une indemnité pour résiliation immédiate injustifiée au sens de l'art. 337c al. 3 CO et des dommages-intérêts pour la perte de gain subie sur la base de l'art. 337c al. 1 CO : ces deux indemnités reposent sur un fondement juridique différent, la première ayant un caractère non seulement réparateur mais également punitif[1099].

b. L'abus de droit

412 Si l'on ne peut à l'évidence exiger du demandeur qu'il réclame à l'occasion du même procès des créances qui ne sont pas toutes devenues exigibles[1100], il en va à notre avis différemment lorsque les prétentions, bien que relevant de causes juridiques distinctes, impliquent les mêmes mesures d'instruction ou posent des questions juridiques identiques, de sorte que l'ouverture de deux procédures

---

renoncer aux règles de procédure telles qu'invoquées par le demandeur, hormis s'agissant de la question des frais.

1097 Cf. infra N 499 ss.

1098 BK-REHBINDER, N 15 *i.f.* ad art. 343 CO ; COTTER, 93 s ; EGLI (2004), 33 et n. 120 ; HOHL (Tome I), 66 N 257 ; KOLLER (1995), 114 ; SCHMID (2002), 780 ; SUTTER (1986), 135 ; VON ARX, 126 s.

1099 TC VS du 18.1.2001, RVJ 2001 294, c. 4b ; BOPP/BESSENICH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 5 ad art. 86 CPC.

1100 Notamment lorsqu'il s'agit de prétentions salariales, voir par exemple OGer AG du 8.1.1982, AGVE 1982 45, JAR 1985 320, c. c. Voir aussi Ch. rec. VD du 19.12.1972, JdT 1973 III 82 : « qu'en l'espèce rien ne permet de penser que [le demandeur] ait cherché à se soustraire à la compétence d'une autorité supérieure, qu'il est vraisemblable que, lorsqu'il a réduit sa prétention pour rester dans la compétence des juges saisis, il croyait l'affaire en état d'être intégralement jugée et que ce n'est qu'en cours d'instruction que, un point ne pouvant être immédiatement établi, il a été amené à réserver son intention à ce sujet, que d'ailleurs, les gratifications dues pour 1972 n'étant pas encore arrêtées, une action partielle pouvait se justifier en l'espèce ».

parallèles contrevient au principe de l'*économie de procédure*[1101]. Il y a en pareil cas *abus de droit* de la part du demandeur (art. 52 CPC)[1102] et la jonction des deux causes, après addition des valeurs litigieuses respectives, doit à notre sens s'imposer[1103] (art. 125 lit. c ou 127 CPC) ; si les demandes n'ont pas été déposées devant le même tribunal et que le premier tribunal saisi refuse que la seconde demande lui soit transmise (art. 127 al. 1 CPC), aucune sanction ne peut être appliquée vis-à-vis des deux procédures ouvertes, le défendeur ne pouvant notamment opposer l'exception de litispendance préexistante, dès lors que celles-ci portent sur des prétentions distinctes. En revanche, lorsque la seconde demande est introduite après qu'un premier jugement a été rendu[1104], et si le demandeur a usé de l'action partielle de manière contraire à la bonne foi (art. 52 CPC), le tribunal devrait renoncer à la gratuité de la seconde procédure en application de l'art. 115 CPC (plaideur téméraire ou de mauvaise foi)[1105]. Cette solution doit être comprise principalement comme une mesure préventive, afin d'éviter que le justiciable soit tenté d'user de l'action partielle de manière abusive, ou, cas échéant, à titre de sanction.

c. L'absence d'abus de droit

413 Un abus de droit à invoquer une action partielle improprement dite ne devrait jamais pouvoir être opposé au demandeur qui n'était pas assisté par un *mandataire professionnel* lors du premier procès, de sorte que les droits qu'il fait valoir par la suite ne lui étaient pas connus à l'époque[1106]. De même, lorsque le bien-fondé d'une prétention, bien qu'impliquant des mesures d'instruction

[1101] SCHWANDER (Streitigkeiten), 206, selon lequel lorsque les prétentions ne forment pas un tout et quand bien même elles se fondent sur les mêmes rapports de travail, il ne se justifie pas d'imposer au demandeur de les réclamer dans un seul et même procès si aucun motif d'économie de procédure n'entre en ligne de compte.

[1102] Comp. : OGer LU du 4.7.2000, JAR 2001 408, c. 5.2 ; OGer UR du 7.9.2000, RBUR 2000 N 2 ; KGer FR du 2.12.1997, RFJ 1997 267, c. 4b. Voir également BOHNET (CPCN), N 9 ad art. 30 *i.f.* CPCN ; HOHL (Tome II), 199 N 2596 ; POUDRET/HALDY/TAPPY, N 1 ad art. 76 CPC VD ; STREIFF/VON KAENEL, N 7 ad art. 343 CO. *Contra* : FRANK/STRÄULI/MESSMER (Ergänzungsband), N 3 ad § 79 ZPO ZH et OGer ZH du 15.2.1984, ZR (83) 1984 N 104, c. 2a, c et d, selon lesquels il s'agit là d'une simple conséquence des règles sur la compétence matérielle du tribunal en lien avec l'application de la maxime de disposition.

[1103] Comp. : OGer AG du 19.6.2006, AGVE 2006 38, c. 2.2.2 ; BONARD, 136. Cf. supra N 381.

[1104] Peu importe que le demandeur ait expressément réservé ses droits pour le surplus à l'occasion de la première procédure : comp. TF du 21.6.1988, SJ 1988 609, c. 1d (non publié à l'ATF 114 II 279) ; *contra* : Ch. rec. VD du 2.11.2005, JdT 2008 III 99 c. 6 ; TAPPY (JdT), 108.

[1105] Comp. OGer LU du 4.7.2000, JAR 2001 408, c. 5.1.

[1106] AGer ZH du 1.2.1990, JAR 1991 400, ZR (89) 1990 N 123, c. 3.3. Voir, dans le même sens, OGer TG du 4.5.1993, RBOG 1993 65 N 2, c. 3b.

identiques à une autre qui a fait l'objet d'une procédure précédente, dépend de l'issue incertaine de l'*administration des preuves*, une action partielle ne saurait être qualifiée d'abusive, le demandeur ayant un motif objectif d'attendre l'issue du premier procès et le résultat de l'administration des preuves afin de se déterminer sur l'opportunité de faire valoir ses autres prétentions. Un abus de droit ne devrait pas non plus être retenu lorsqu'un premier procès est introduit dans le but de sauvegarder un *délai de prescription ou de péremption*, alors que les créances réclamées dans le second n'étaient pas encore exigibles lors de la première procédure.

d. Cas d'application

414 Lorsque le travailleur entend réclamer le paiement de trois mois de *salaire* à raison d'un montant total de 36'000 francs (3 x 12'000.-), il ne peut introduire deux procédures distinctes, par exemple à hauteur de 24'000 francs puis de 12'000 francs, s'il dispose d'un contrat de travail écrit ou de tout autre document attestant du paiement mensuel de 12'000 francs par l'employeur ; un tel comportement irait en contradiction avec le principe d'économie de procédure, les moyens de preuve et les questions juridiques étant identiques dans chacune des causes[1107]. En revanche, si le contrat de travail a été conclu oralement et qu'aucun salaire n'a encore jamais été versé, l'employé peut user de l'action partielle puisqu'il n'est pas certain de réussir à apporter la preuve du montant du salaire convenu. De même, si certains des salaires réclamés ne sont pas encore exigibles au moment de l'introduction de la première demande, ils peuvent être invoqués dans le cadre d'une procédure ultérieure.

415 En cas de violation de la *clause de prohibition de faire concurrence*, lorsque l'employeur entend réclamer en sus de la peine conventionnelle la réparation de son dommage supplémentaire (art. 340b al. 2, 2ème phrase, CO), il peut introduire deux demandes distinctes si le montant de celui-ci n'est pas déterminable au moment de l'introduction de la demande en paiement de la peine conventionnelle, notamment parce que l'infraction dure encore et que le dommage s'accroît[1108].

416 Le comportement du travailleur qui réclame en justice le paiement d'*heures supplémentaires*, puis, dans un procès ultérieur, une *indemnité pour licenciement abusif*, n'est en principe pas contraire à la bonne foi, quand bien même des mesures d'instruction identiques devraient être administrées, notamment l'audition des mêmes témoins. En effet, la preuve du licenciement abusif est en général difficile à apporter et le résultat de l'administration des preuves hautement incertain, de sorte que l'employé a un motif objectif d'introduire sa demande ultérieurement, après avoir dissipé ses doutes sur

[1107] BRÜHWILER, N 6c *i.f.* ad art. 343 CO.
[1108] ATF 99 II 172, c. 2, JdT 1974 I 263.

l'opportunité d'une action dans ce sens. Si les mesures d'instruction sont différentes, l'employé ne commet en tout cas pas d'abus de droit à réclamer ses diverses prétentions dans des procédures distinctes[1109].

417 Lorsque, suite à son *licenciement immédiat*, le travailleur invoque d'une part le salaire qui lui est dû jusqu'à l'échéance du délai de congé selon l'art. 337c al. 1 CO et, d'autre part, une indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO, il ne peut de bonne foi ouvrir deux procédures distinctes. En effet, l'instruction de chacune des causes porte sur le même état de fait et la résolution de la même question juridique, de sorte que l'employé n'a aucun motif justifié d'introduire deux procès séparés.

3. L'action reconventionnelle en constatation de droit négative

418 En cas d'action partielle, proprement ou improprement dite[1110], le défendeur qui entend faire porter le litige sur l'ensemble de la prétention peut introduire une prétention reconventionnelle en constatation de droit négative[1111]. Cette possibilité a le mérite d'assurer le respect du principe d'économie de procédure[1112]. Le Tribunal fédéral considère que l'intérêt digne de protection exigé comme condition de recevabilité de toute action en constatation de droit[1113] est déjà réalisé du seul fait de l'introduction d'une action partielle, le défendeur ayant à cet égard un intérêt juridique à faire constater l'inexistence de l'ensemble de la prétention[1114].

419 La possibilité de faire valoir une telle reconvention n'est ouverte que dans les limites de l'art. 224 CPC[1115], c'est-à-dire que le même type de procédure doit être applicable aux prétentions principales et reconventionnelles. Autrement dit, si le demandeur limite sa prétention à un montant inférieur ou égal à 30'000 francs pour bénéficier de la procédure simplifiée (art. 243 CPC), de la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 lit. b ch. 2 CPC) ainsi que de la gratuité du procès (art. 113 al. 2 lit. d et 114 al. 2 lit. c CPC), le défendeur n'est pas habilité

1109 CCass. NE du 29.4.2002, RJN 2002 172.

1110 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 200 N 40. Plus restrictif : SCHMID (2002), 781, qui ne l'admet que pour l'action partielle proprement dite.

1111 BSK ZPO-OBERHAMMER, N 11 ad art. 86 CPC ; HOHL (Tome II), 199 N 2597 ; Message CPC, 6900 ad art. 84 P-CPC ; WÜTHRICH, 13 ; OGer BE du 19.1.2007, JAR 2008 331, c. III.B.5.

1112 WYSS (2008), 80.

1113 Cf. infra N 425.

1114 TF du 1.5.2007, 5C.252/2006, c. 5.1, RSPC 2007 366. Voir également BERTI (2010), 44 s. ; GROLIMUND, 231 ; TAPPY (JdT), 106, qui relève « dans tous les cas un intérêt digne de protection à ne pas être exposé à un deuxième procès » ; WYSS (2008), 78 ss et les réf. citées. *Contra* : BERTI (2007), 79 s ; HUNZIKER-BLUM, 396 s.

1115 HENSCH, 540 ; Message CPC, 6900 ad art. 84 P-CPC ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 199 N 38. Voir également supra n. 1085.

à lui opposer une prétention reconventionnelle en négation de droit lorsque celle-ci implique l'application de la procédure ordinaire[1116].

4. L'autorité de chose jugée

420 En cas d'action partielle, l'autorité de chose jugée n'est acquise que sur la partie de la prétention qui a été portée devant le tribunal, mais non sur le solde de la créance[1117]. Le tribunal saisi en second lieu n'est par conséquent pas lié par la première décision rendue, peu importe que l'ensemble de la prétention ait été examiné pour statuer[1118]. Toutefois, lorsque le tribunal a rejeté la prétention formée dans le cadre d'une action partielle proprement dite, l'autorité de chose jugée vaut à l'égard de l'entier de la créance, le solde ne pouvant plus être réclamé par la suite[1119].

§ 31 L'action formatrice

421 Une action formatrice (art. 87 CPC) doit être intentée lorsque la création, la modification ou la suppression d'un droit ne peut être le fait que d'un jugement[1120]. Le droit du travail comportant bon nombre de règles impératives auxquelles les parties ne sauraient déroger contractuellement, le travailleur peut se plaindre que certaines clauses de son contrat de travail sont illicites et conclure à leur modification. Le juge, s'il constate la violation, doit modifier le texte contractuel pour le rendre conforme à la loi.

Il en va par exemple ainsi lorsque le contrat de travail prévoit un salaire inférieur au salaire minimum fixé dans une convention collective à laquelle les parties sont liées, ou, en matière de discrimination à raison du sexe, lorsque l'employée demande au juge de modifier les termes du contrat de manière à faire respecter le principe de l'égalité des salaires[1121] ou lorsqu'elle invoque l'annulation du congé au sens de l'art. 10 al. 1 LEg[1122].

1116 GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 86 CPC ; GROLIMUND, 232.

1117 ATF 125 III 8, c. 3b, SJ 1999 I 273 ; TF du 15.11.2000, 4C.233/2000, c. 3a. ; TF du 21.6.1988, SJ 1988 609, c. 1d (non publié à l'ATF 114 II 279) ; MEIER (2010), 221 ; VON ARX, 129, qui précise que la règle s'applique « sowohl bei der echten als auch bei der unechten Teilklage ».

1118 ATF 125 III 8, c. 3b, SJ 1999 I 273.

1119 BERTI (2010), 46 ss ; BSK ZPO-OBERHAMMER, N 10 ad art. 86 CPC.

1120 BOPP/BESSENICH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 3 ad art. 87 CPC ; GULDENER (1979), 211 ; HOHL (Tome I), 42 N 122 ; SCHENKER (in BAKER & MCKENZIE), N 1 s. ad art. 87 CPC ; SOGO, 7 s.

1121 Office fédéral de la justice du 24.6.1985, JAAC 50 (1986) N 40, 243.

1122 BARONE (in BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN), N 5 ad art. 10 LEg : le système de l'annulabilité « implique la nécessité pour les salariés d'agir en justice pour faire invalider le congé par le juge. A défaut, le congé déploie tous ses effets » ; PORTMANN/STÖCKLI, N 728.

422 Il y a également action formatrice lorsqu'une partie demande au tribunal de compléter le contrat en déterminant un élément secondaire (art. 2 al. 2 CO)[1123], tel que les affaires donnant droit à une provision au sens de l'art. 322b CO, la détermination du matériel de travail qui doit être fourni à l'employé au sens de l'art. 327 CO, ou encore la fixation du montant de la rémunération du travailleur, celle-ci n'ayant été prévue que dans son principe. Ces hypothèses sont toutefois hautement théoriques, puisque les parties attendent dans la plupart des cas d'être confrontées à une situation précise, dans laquelle l'une d'elles refuse d'exécuter une prestation, de sorte que l'autre doit prendre des conclusions condamnatoires à son encontre.

423 En matière de prohibition de faire concurrence, une demande formatrice est introduite lorsque le travailleur requiert du juge qu'il réduise l'étendue de la prohibition au sens de l'art. 340a al. 2 CO ou le montant de la peine conventionnelle (art. 163 al. 3 CO) prévu contractuellement[1124].

§ 32 L'action en constatation de droit

1. La notion

424 L'action en constatation de droit fait l'objet de l'art. 88 CPC. Par cette action, le demandeur requiert que le juge constate l'existence (action en constatation positive) ou l'inexistence (action en constatation négative) d'un droit. Son but est de mettre fin à un état d'incertitude ou d'insécurité[1125]. L'action en constat est en règle générale de nature non pécuniaire, par exemple en matière d'atteinte à la personnalité[1126]. Il faut néanmoins réserver certaines exceptions dans lesquelles l'intérêt à l'action peut être apprécié économiquement[1127].

2. Les conditions de recevabilité

425 Pour que l'action en constatation de droit soit recevable, il faut qu'elle remplisse la condition de l'*intérêt digne de protection* (art. 59 al. 2 lit. a CPC)[1128]. En effet,

---

1123 BOPP/BESSENICH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 8 ad art. 87 CPC ; SOGO, 87.

1124 HAEFLIGER, 82 ; MEIER (2010), 217.

1125 Voir par exemple ATF 131 III 319, c. 3.5, SJ 2005 I 449 ; BSK ZPO-OBERHAMMER, N 13 ad art. 88 CPC ; HOHL (Tome I), 43 N 129 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 192 N 25.

1126 ATF 102 II 161, c. 1 ; 95 II 481, c. 1 ; TF du 26.10.2009, 5A_603/2009, c. 2, RSPC 2010 169 ; TF du 22.5.2006, 5C.1/2006, c. 1.1 (non publié à l'ATF 132 III 641).

1127 Cf. supra N 197 s. et infra N 718 ss.

1128 ATF 135 III 378, c. 2.2, RSPC 2009 240 ; 133 III 282, c. 3.3, JdT 2008 I 147 ; 114 II 253, c. 2a, JdT 1989 I 333 ; TF du 12.5.2009, 4A_551/2008, c. 3.1, RSPC 2009 365. Sur l'intérêt digne de protection, cf. supra N 203 s.

si celui-ci est d'emblée réalisé en matière d'action condamnatoire ou formatrice, tel n'est pas le cas de la demande en constat, sauf lorsque la loi la prévoit expressément (p. ex. art. 28a al. 1 ch. 3 CC, 5 al. 1 lit. c LEg, ou encore 15 al. 1 LPD)[1129]. Selon le Tribunal fédéral en effet, le demandeur doit avoir un intérêt personnel à l'action, c'est-à-dire que la constatation demandée doit lui être utile, la procédure judiciaire n'ayant pas pour fonction de trancher des questions juridiques abstraites sans effet sur des rapports de droit concrets[1130]. Un intérêt juridique existe lorsque les rapports de droit entre les parties sont peu clairs et que cette incertitude peut être supprimée par la constatation judiciaire de leur existence ou de leur contenu[1131].

426 En principe, l'action en constatation de droit est *subsidiaire* à l'action condamnatoire ou formatrice : le demandeur ne peut prétendre avoir un intérêt digne de protection à la constatation alors qu'il peut immédiatement exiger l'exécution de la prestation[1132].

Le Tribunal fédéral a par exemple retenu qu'il n'y avait pas d'intérêt juridique pour une association professionnelle à faire constater la validité d'un contrat collectif de travail pour une certaine période – correspondant à l'échéance du délai de résiliation des contrats pour lesquels l'employeur avait mis un terme –, dès lors que le litige ne pouvait plus porter que sur le paiement des prestations non encore fournies en vertu du contrat, une action en paiement étant à cet égard suffisante ; peu importait par ailleurs que l'action condamnatoire n'appartienne pas à l'association en question mais aux employés directement[1133].

427 Ce principe de subsidiarité souffre d'exceptions, lorsque la violation qui doit être constatée dure et que le dommage qui en découle s'accroît encore et ne peut déjà être chiffré de manière exacte[1134] ou lorsque, parallèlement à l'action condamnatoire, la constatation permet d'éviter de nouveaux procès en condamnation pour des prestations périodiques ultérieures[1135].

1129 TF du 26.5.2003, 4C.7/2003, c. 5 ; GASSER/RICKLI, N 1 et 3 ad art. 88 CPC ; HABSCHEID (2002), 271 ; Message CPC, 6901 ad art. 86 P-CPC. Sur l'action en constatation d'une atteinte à la personnalité, cf. infra N 435 ss.

1130 ATF 122 III 279, c. 3a, JdT 1998 I 605.

1131 ATF 135 III 378, c. 2.2, RSPC 2009 240 ; 131 III 319, c. 3.5, SJ 2005 I 449, RSPC 2005 385 ; 96 II 129, c. 2, JdT 1971 I 263 ; TF du 12.5.2009, 4A_551/2008, c. 3.1, RSPC 2009 365.

1132 ATF 135 III 378, c. 2.4, RSPC 2009 240 ; 123 III 49, c. 1a, JdT 1998 I 659 ; 122 III 279, c. 3a, JdT 1998 I 605 ; 114 II 253, c. 2a, JdT 1989 I 333 ; 97 II 371, c. 2, JdT 1973 I 56 ; TF du 12.5.2009, 4A_551/2008, c. 3.1, RSPC 2009 365 ; TF du 4.11.2004, 4C.341/2004, c. 2.1 ; TF du 26.5.2003, 4C.7/2003, c. 5 ; TPrud. Lausanne, JAR 2006 531, c. C/a. Voir également BOHNET (RDS), 288 s. ; BSK ZPO-OBERHAMMER, N 17 ad art. 88 CPC ; GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 88 CPC ; HABSCHEID (2002), 271 s.

1133 ATF 77 II 344, c. 3, JdT 1952 I 181.

1134 ATF 99 II 172, c. 2, JdT 1974 I 263 ; TF du 3.7.2003, 2C.5/1999, c. 4.3 ; BSK ZPO-OBERHAMMER, N 18 ad art. 88 CPC. Cf. également infra N 429.

1135 TF du 5.1.1999, SARB 2/2000 849 N 130, c. 3a : en l'espèce, les travailleurs prétendaient aux mêmes droits en matière de facilités de transport que ceux accordés par l'employeur (compagnie aérienne) aux employés retraités, l'action en constatation visant celle du

3. Cas d'application

a. L'action en constatation de droit positive

aa. En matière de hausse de salaire

428 Si l'employé prétend que son salaire a fait l'objet d'une augmentation, il doit prendre des conclusions condamnatoires vis-à-vis de ses salaires échus. Il peut toutefois également conclure à la constatation de la hausse vis-à-vis de ses créances futures[1136]. Il s'agit pour lui de faire constater de manière définitive le fondement juridique de ses prétentions salariales pour les prestations futures, dès lors que l'action partielle n'entraîne pas autorité de chose jugée sur le principe de la hausse[1137].

ab. En matière de clause de prohibition de faire concurrence

429 L'employeur peut avoir un intérêt immédiat à agir en constatation de la violation d'une clause de prohibition de concurrence lorsque celle-ci est toujours pendante au moment de l'ouverture de l'action, partant que le montant du dommage s'accroît encore et ne peut être chiffré de manière précise[1138].

430 Lorsque les circonstances d'espèce ont entraîné la perte pour l'employeur de tout intérêt à la clause[1139], celle-ci tombe (art. 340c al. 1 CO) et le travailleur peut requérir du juge qu'il constate ce défaut d'intérêt[1140]. L'employé peut également prétendre à la constatation de la nullité de la clause (art. 20 CO)[1141]. En revanche, il n'a pas d'intérêt digne de protection à faire constater que le montant de la peine conventionnelle convenu est excessif, puisqu'une telle

principe de l'égalité de traitement ; ATF 123 III 49, c. 1a, JdT 1998 I 659 ; 84 II 685, c. 2, JdT 1959 I 486 ; TF du 12.5.2009, 4A_551/2008, c. 3.1, RSPC 2009 365.

1136 TF du 4.11.2004, 4C.341/2004, c. 2.3.

1137 Cf. supra N 420.

1138 ATF 99 II 172, c. 2, JdT 1974 I 263 ; comp. également TF du 3.7.2003, 2C.5/1999, c. 4.3.

1139 TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, 577 N 3867, donnent l'exemple de l'employeur qui oriente sa production ou ses affaires dans un autre domaine que celui visé par la clause ; WYLER (2008), 616, celui des secrets de fabrication brevetés qui seraient tombés dans le domaine public ; l'Arbeitsgericht de Zurich retient quant à lui que l'employé qui quitte l'entreprise pour aller travailler chez un concurrent en même temps que son chef qui, lui, n'est pas soumis à une clause de prohibition de concurrence et qui en sait plus que l'employé en question, n'est plus soumis à la clause, voir AGer ZH du 17.2.1997, ZR 99 (2000) 223 N 94.

1140 STREIFF/VON KAENEL, N 10 *i.f.* ad art. 340b CO, relèvent toutefois qu'en pratique, les procès durent généralement plus longtemps que l'interdiction de faire concurrence ; TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, 577 N 3867 ; WYLER (2008), 616.

1141 ATF 23 I 739, c. 3 ; comp. ATF 96 II 129, c. 2, JdT 1971 I 263 ; HAEFLIGER, 82 s. La prétention peut aussi se présenter sour la forme d'une constatation négative, cf. infra N 443.

constatation tend uniquement à lui permettre de déterminer quelles seraient les conséquences d'une violation de la clause[1142].

ac. En matière de résiliation du contrat en temps inopportun

431 Lorsque l'employé a été congédié mais que la résiliation est intervenue en temps inopportun, le congé est nul (art. 336c al. 2, 1ère phrase, CO), de sorte que le contrat de travail est maintenu. L'employé dispose-t-il d'une action en constatation de la nullité du congé ? Dans une première jurisprudence, le Tribunal fédéral y a répondu par la négative, considérant que l'employé devait en pareil cas prendre une conclusion condamnatoire visant à ce que le tribunal ordonne à l'employeur de continuer à l'occuper, sous peine de la sanction prévue à l'art. 292 CP, cas échéant en paiement du salaire dû[1143]. Dans un arrêt ultérieur, notre haute cour a en revanche admis l'action en constat de la nullité du congé[1144]. La première solution retenue est selon nous celle qui doit être suivie, sous peine de voir violé le principe de subsidiarité de l'action en constatation[1145].

432 Qu'en est-il lorsque seule la durée du délai de congé tombe sur un temps inopportun (art. 336c al. 2, 2ème phrase, CO) ? L'employé dispose-t-il d'un intérêt à la constatation du report des effets du congé, c'est-à-dire de la poursuite des rapports de travail ? L'Obergericht de Saint-Gall a admis un intérêt légitime du travailleur à savoir si et jusqu'à quelle date les relations de travail perdurent[1146]. A notre avis, il convient d'appliquer la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle l'action en constatation est subsidiaire à l'action condamnatoire[1147] et admettre en pareil cas que l'employé prétende à sa réintégration dans l'entreprise ou au versement de son salaire[1148]. En outre, même si le délai de congé n'a pas encore expiré au moment où le travailleur introduit sa demande, celui-ci dispose néanmoins d'une action condamnatoire, tendant à ordonner à l'employeur de continuer à l'occuper après l'expiration dudit délai.

1142 ATF 69 II 76, c. 1, JdT 1943 I 406 ; COTTI, 351 N 898.

1143 TF du 12.3.1992, SJ 1993 361, c. 3b.

1144 TF du 14.4.2008, 1C_64/2008, c. 1.

1145 Comp. également ATF 84 II 685, c. 4, JdT 1959 I 486 et TF du 4.4.2003, 4C.357/2002, c. 1.2. Si l'action en constat devait néanmoins être admise par le tribunal, nous renvoyons le lecteur au N 198 supra s'agissant du calcul de la valeur litigieuse d'une telle demande.

1146 OGer SG du 11.8.1995, JAR 1996 341. Cet arrêt ne mentionne pas l'arrêt du TF cité à la n. 1143.

1147 Cf. supra n. 1132 ; comp. également ATF 84 II 685, c. 4, JdT 1959 I 486.

1148 Si l'action en constat devait néanmoins être admise par le tribunal, voir supra N 197 s'agissant de la valeur litigieuse à lui accorder.

ad. En matière de congé abusif ou immédiat injustifié

433 Comment régler le cas de l'action en constatation du caractère abusif du congé (art. 336 CO) ? Quand bien même certains admettent sa recevabilité de manière générale dès que le travailleur y a un intérêt[1149], elle devrait être a priori exclue lorsqu'une action en versement d'une indemnité au sens de l'art. 336a CO est ouverte, vu son caractère subsidiaire[1150]. Au vu des conséquences pénibles d'un licenciement, en termes d'atteintes à la personnalité et à l'avenir économique de l'employé, il faut néanmoins admettre la possibilité d'une action en constat lorsque le travailleur déclare expressément renoncer à toute indemnité en argent et se suffire de la constatation du caractère abusif du congé[1151]. Une action en constat est en outre toujours recevable lorsque l'action condamnatoire n'est pas ouverte, par exemple parce que le travailleur a laissé échoir le délai de 180 jours prévu à l'art. 336b al. 2 CO ou qu'il n'a pas respecté les exigences formelles de l'art. 336b al. 1 CO[1152], et que l'employé démontre un intérêt digne de protection[1153]. Ces principes s'appliquent *mutatis mutandis* en cas d'action en constatation du congé donné de façon discriminatoire au sens de la LEg (renvoi de l'art. 9 LEg à l'art. 336b CO)[1154].

434 La même solution doit être retenue en matière d'action en constatation du caractère injustifié du licenciement immédiat (art. 337c CO) : dès lors que l'action condamnatoire est ouverte, celle en constat est exclue[1155], sauf si l'employé déclare expressément renoncer à toute indemnisation en argent et s'il peut démontrer un intérêt digne de protection, par exemple que le licenciement immédiat lui porte préjudice de manière durable[1156].

1149 KGer SZ du 30.1.2001, JAR 2003 290, c. 3c ; NORDMANN, 314, l'admet lorsque le licenciement abusif provoque pour le travailleur un dommage continuel, qui ne peut être écarté que par une action en constatation de droit ; TROXLER, 145 s., l'admet dès lors que le travailleur y a un intérêt digne de protection, par exemple lorsque la constatation du caractère abusif aurait pour effet de corriger les motifs du licenciement.

1150 TF du 15.3.1988, SJ 1988 587 N 9, c. 4 ; STREIFF/VON KAENEL, N 8 *i.f.* ad art. 336a CO. Plus radical : ZK-STAEHELIN, N 8 ad art. 336b CO, qui l'exclut dans tous les cas, considérant qu'elle est dénuée de sens puisque la seule sanction au congé abusif réside dans l'indemnisation du travailleur.

1151 KGer SZ du 30.1.2001, JAR 2003 290, c. 3c ; TROXLER, 145, retient que la renonciation par le travailleur à une indemnisation ne doit pas lui porter préjudice.

1152 ATF 136 III 96, c. 2.2 ; KGer SZ du 30.1.2001, JAR 2003 290, c. 3b-c ; BK-REHBINDER, N 2 ad art. 336b CO ; STREIFF/VON KAENEL, N 3 ad art. 336b CO.

1153 Sur la question de la valeur litigieuse à accorder à cette prétention, cf. supra N 199.

1154 NORDMANN, 322. Sur la question de la valeur litigieuse à accorder à cette prétention, cf. supra N 199.

1155 TF du 4.4.2003, 4C.357/2002, c. 1.2.

1156 STREIFF/VON KAENEL, N 4 *i.f.* ad art. 337c CO. Sur la question de la valeur litigieuse à accorder à cette prétention, cf. supra N 199.

ae. En matière d'atteinte à la personnalité ou de protection des données

435 Lorsque la demande porte sur la constatation d'une atteinte à la personnalité ou de la violation de la personnalité au sens de la LPD, l'intérêt digne de protection existe d'emblée dans les cas où l'atteinte est toujours actuelle, puisqu'une action en constat est expressément prévue par la loi (art. 28a al. 1 ch. 3 CC et 15 al. 1 LPD)[1157]. En revanche, s'il s'agit de faire constater une situation passée, des conditions supplémentaires doivent être remplies, soit non seulement que l'atteinte produise encore des effets au moment du prononcé du jugement mais encore que celui-ci soit un moyen approprié pour les faire cesser[1158].

436 L'action en constatation étant de nature non pécuniaire[1159], comment faut-il qualifier des prétentions visant tant la constatation de l'atteinte que des dommages-intérêts à titre de réparation morale ? Le Tribunal fédéral considère que la cause doit être traitée dans son ensemble et la qualifie de non pécuniaire, au motif que la conclusion tendant au paiement d'une indemnité revêt un caractère accessoire[1160]. En d'autres termes, vu l'absence de valeur litigieuse, la cause sera soumise à la procédure ordinaire (art. 219 et 243 *a contrario* CPC)[1161]. Cette solution n'est pas très heureuse lorsque la prétention en argent est d'un montant inférieur ou égal à 30'000 francs, partant qu'elle impliquerait par elle-même l'application de la procédure simplifiée (art. 243 al. 1 CPC) ; en pareil cas, le demandeur peut avoir intérêt à renoncer à son action constatatoire au profit d'une action condamnatoire unique.

437 En matière de mobbing, WENNUBST reconnaît de manière générale au mobbé un intérêt légitime à une action en constatation lorsqu'il s'agit pour lui de savoir si l'atteinte subie était illicite, afin de déterminer s'il y a lieu ou non d'agir en réparation[1162]. A notre avis, lorsque l'atteinte ne perdure plus, seule l'action en dommages-intérêts peut être intentée, vu le caractère subsidiaire de l'action en constat.

af. En matière de discrimination fondée sur la LEg

438 L'action en constatation de l'existence d'une discrimination à raison du sexe au sens des art. 3 et 4 LEg est toujours ouverte, même si une action condamnatoire ou formatrice peut être intentée parallèlement, par exemple en paiement du

---

1157 Cf. supra N 425 et n. 1129.

1158 ATF 127 III 481, c. 1c, JdT 2002 I 426 ; TF du 26.5.2003, 4C.7/2003, c. 5, et les réf. citées.

1159 ATF 127 III 481, c. 1a, JdT 2002 I 426 ; 102 II 161, c. 1, JdT 1978 I 237 ; TF du 26.10.2009, 5A_603/2009, c. 2, RSPC 2010 169 ; TF du 22.5.2006, 5C.1/2006, c. 1.1 (non publié à l'ATF 132 III 641) ; TF du 16.8.2001, 5C.15/2001, c. 1.

1160 TF du 26.11.2008, 5A_328/2008, c. 1 ; TF du 3.9.2008, 5A_205/2008, c. 2.3, RSPC 2009 179 ; TF du 22.5.2006, 5C.1/2006, c. 1.1 (non publié à l'ATF 132 III 641).

1161 Cf. infra N 763.

1162 WENNUBST, 121 n. 1.

salaire ou en modification du contrat, puisque l'art. 5 al. 1 lit. c LEg la prévoit expressément, aussi longtemps que le trouble que la discrimination a créé subsiste. Une employée peut ainsi demander qu'un juge constate que son activité, comparée à celle d'un collègue masculin, n'est pas suffisamment rémunérée[1163]. Même si la discrimination a cessé, une action en constat demeure ouverte si celle-là entraîne toujours des conséquences pénibles pour celui qui l'a subie (art. 5 al. 1 lit. c LEg).

Par exemple, l'employée a été exclue d'une formation continue, seuls les hommes ayant pu y prendre part, de sorte que les informations qu'elle a manqué d'acquérir peuvent lui porter préjudice dans le cadre de son avenir professionnel, de l'accomplissement de son travail ainsi que du niveau de son salaire[1164].

439 En matière de discrimination à l'embauche ou dans la résiliation du contrat, une action en constat est en principe toujours exclue, vu l'art. 5 al. 2 LEg qui n'ouvre la voie qu'au paiement d'une indemnité dans ces cas[1165]. DECOPPET admet quant à lui l'action en constat du travailleur qui se voit pénalisé dans ses candidatures du fait que les employeurs potentiels ont été, d'une manière ou d'une autre, informés du refus précédent d'embauche, celui-ci ayant eu lieu de manière discriminatoire à raison du sexe. A notre avis, seule une action en versement d'une indemnité est ouverte, conformément à l'art. 5 al. 2 LEg. L'employé garde toutefois un intérêt à la constatation de la discrimination s'il déclare renoncer au versement de toute indemnité ou qu'une telle action n'est plus ouverte et qu'il parvient à démontrer un intérêt digne de protection[1166].

ag. En matière d'action en restitution

440 Lorsque l'employeur exige la restitution de ce qui a été respectivement acquis ou remis au travailleur pendant les relations de travail (art. 321b et 339a CO) et que celui-ci prétend détenir un droit de rétention (art. 895 ss CC)[1167], l'employé peut agir reconventionnellement en constatation de ce droit[1168].

b. L'action en constatation de droit négative

ba. En matière d'action partielle

441 L'action en constatation de droit négative se rencontre notamment en cas d'action partielle, lorsque le défendeur prend des conclusions reconventionnelles visant à faire constater par le tribunal l'inexistence de la créance dans son entier.

1163 Office fédéral de la justice du 24.6.1985, JAAC 50 (1986) 243 N 40.
1164 CLASS/MÖSSINGER, 23 N 4.1/c.
1165 DECOPPET, 24.
1166 Cf. supra N 433.
1167 Sur le droit de rétention du travailleur, voir WYLER (2008), 115 s., 275 ss et 584 s.
1168 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 196 N 31.

Le Tribunal fédéral considère en effet que l'intérêt digne de protection existe du seul fait de l'introduction d'une action partielle par le demandeur[1169].

bb. En matière de transaction pour solde de tout compte

442 Lorsque les parties ont conclu une transaction pour solde de tout compte du fait de leurs relations de travail, le débiteur peut avoir un intérêt à faire constater l'existence de la transaction si la partie adverse le menace d'introduire une procédure portant sur une prétention découlant du contrat de travail[1170].

bc. En matière de clause de prohibition de faire concurrence

443 Un travailleur peut, après la fin des rapports de travail et alors qu'il entend exercer une nouvelle activité, faire constater par le juge que celle-ci ne tombe pas sous le coup de la clause de prohibition de faire concurrence le liant à son ex-employeur[1171]. On peut également envisager une action de l'employé visant à faire constater que la clause de prohibition de concurrence n'est pas valable, parce qu'elle ne respecte pas les conditions posées par la loi, par exemple qu'elle est contraire à l'art. 27 CC, aux art. 340 ss CO, à l'art. 5 ou 7 LCart, ou encore à l'art. 8 LCD[1172].

§ 33 Le cumul objectif d'actions

444 Aux termes de l'art. 90 CPC, plusieurs prétentions peuvent être émises contre un même défendeur dans le cadre d'une seule procédure (cumul objectif[1173]), à condition que la compétence matérielle du tribunal soit respectée pour chacune d'elles et que le même type de procédure leur soit applicable. La condition de la compétence ratione materiae a une importance particulière en matière de conflits de travail dans les cantons qui connaissent des tribunaux spécialisés, dès lors que ceux-ci ne peuvent traiter d'autres domaines du droit[1174]. Il faut encore que les règles de for soient respectées (art. 15 CPC)[1175]. Le cumul d'actions ne suppose pas nécessairement une connexité entre les diverses prétentions, sauf

---

1169 TF du 1.5.2007, 5C.252/2006, c. 5.1, RSPC 2007 366 ; ATF 42 II 696, c. 4, JdT 1917 I 322. Voir supra N 418 s.

1170 TF du 22.1.2003, 4C.138/2002, c. 3.3.

1171 COTTI, 350 N 896 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 191 N 21.

1172 ATF 23 I 739, c. 3 ; comp. ATF 96 II 129, c. 2, JdT 1971 I 263 ; COTTI, 350 N 897. La prétention peut aussi se présenter sour la forme d'une constatation positive en nullité de la clause, cf. supra N 430 n. 1141.

1173 Sur la notion de cumul objectif, voir RAPP, 23 ss, spéc. 39 pour un exemple en droit du travail ; VON ARX, 75 ss.

1174 Cf. supra N 124.

1175 Cf. supra N 116 s.

lorsqu'elles entraînent une attraction de compétence à raison du lieu (art. 15 al. 2 CPC)[1176].

445 La condition liée au fait que le même type de procédure soit applicable vis-à-vis de chacune des prétentions doit être comprise au regard de la nature de la prétention et non de sa *valeur litigieuse*. Autrement dit, une prétention inférieure à 30'000 francs peut être cumulée à une autre, supérieure à ce montant, et entraîner l'application de la procédure ordinaire pour l'ensemble du litige (addition des valeurs litigieuses selon l'art. 93 al. 1 CPC)[1177]. Admettre le contraire reviendrait à vider le principe d'économie de procédure de toute substance, par exemple si le demandeur qui prétend au paiement de 15'000 francs à titre de solde de son droit aux vacances et au versement de 35'000 francs à titre d'heures supplémentaires devait introduire deux demandes distinctes. La règle de l'art. 88 CPC doit par conséquent être comprise comme l'impossibilité de cumuler l'application de plusieurs types de procédure lors d'un même procès[1178], mais non d'empêcher une partie de réunir plusieurs prétentions, lorsque la procédure applicable se définit uniquement en fonction de la valeur litigieuse. L'art. 93 al. 1 CPC prévoit d'ailleurs que les valeurs litigieuses des prétentions cumulées sont additionnées, alors que son al. 2 spécifie qu'en matière de consorité simple uniquement, le type de procédure applicable se définit en fonction des prétentions de chacun des consorts. Par conséquent, c'est le montant additionné des conclusions cumulées qui détermine en fin de compte à quelle procédure la cause est soumise[1179].

Si l'employé prétend par exemple au paiement de 12'000 francs d'arriérés de salaires, de 4'000 francs à titre de solde de son droit aux vacances et de 32'000 francs d'heures supplémentaires, il peut introduire une seule demande, le procès étant soumis à la procédure ordinaire vu la valeur litigieuse additionnée de 48'000 francs.

446 Lorsque la *nature de la prétention* soumet celle-ci à un certain type de procédure, peu importe la valeur litigieuse, le cumul d'actions est impossible si la même procédure n'est pas applicable vis-à-vis des autres prétentions invoquées[1180]. La situation concerne notamment les litiges relevant du contrat de travail, lorsqu'une prétention est fondée sur la LEg ou la LPart, soumise à la procédure simplifiée sans égard à la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 lit. a et e CPC). Autrement dit, l'art. 90 CPC appliqué strictement exclut que des prétentions relevant de la LEg ou de la LPart soient invoquées concurremment à d'autres prétentions fondées sur les règles ordinaires du contrat de travail, ou sur

[1176] Message CPC, 6903 ad art. 88 P-CPC ; TAPPY (2008), 196.
[1177] BSK ZPO-RÜEGG, N 5 ad art. 93 CPC ; GASSER/RICKLI, N 10 s. ad art. 90 CPC ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 155 s. N 6.29. Lorsque les prétentions ne découlent pas toutes du contrat de travail, voir infra N 494 s'agissant du règlement des frais.
[1178] HOFMANN/LÜSCHER (2009), 42.
[1179] GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 93 CPC ; HENSCH, 540 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 155 s. N 6.29.
[1180] GASSER/RICKLI, N 11 ad art. 90 CPC ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 156 N 6.29.

un autre domaine du droit, lorsque celles-ci dépassent un montant de 30'000 francs, partant entraînent l'application de la procédure ordinaire (art. 219 et 243 al. 1 *a contrario* CPC). En pareil cas, deux demandes distinctes doivent être introduites.

Par exemple, le demandeur réclame des heures supplémentaires pour 20'000 francs, des vacances non prises pour 15'000 francs, ainsi qu'une indemnité pour harcèlement sexuel. Les prétentions fondées sur les règles ordinaires de droit du travail impliquant l'application de la procédure ordinaire (valeur litigieuse totale de 35'000 francs), la prétention fondée sur la LEg doit être invoquée dans le cadre d'un procès séparé.

447 La règle posée à l'art. 90 CPC, si elle permet certes de garantir le respect des règles de procédure spéciales instaurées en matière de LEg et de LPart, est à notre avis trop restrictive lorsqu'elle est appliquée à la lettre. Il conviendrait par conséquent d'autoriser le demandeur à soumettre l'entier de son litige à la procédure ordinaire et à renoncer à l'application de la procédure simplifiée pour la part des prétentions auxquelles celle-ci se rapporte. La solution s'impose en premier lieu pour des raisons d'économie de procédure. Par ailleurs, elle ne semble pas s'opposer à l'art. 90 CPC puisque la disposition vise principalement à empêcher que plusieurs types de procédure soient simultanément appliqués dans le cadre d'un même procès[1181]. Rien n'indique en revanche que le législateur ait entendu interdire aux parties de renoncer à l'application de l'un ou l'autre type de procédure. On pourrait également appliquer par analogie le principe posé à l'art. 35 al. 2 CPC, qui admet qu'une élection de for soit conclue après la naissance du différend, en ce sens que l'employé peut choisir, au moment d'ouvrir action, de cumuler les prétentions qu'il réclame dans le cadre d'une seule demande et de renoncer au type de procédure spécial institué vis-à-vis de certaines de ses prétentions. En réalité, la portée d'une telle renonciation et les conséquences qui en découlent pour le demandeur sont de peu d'importance, puisque d'une part tant la maxime inquisitoire sociale que la dispense de frais demeurent applicables à l'égard des prétentions fondées sur la LEg ou la LPart[1182] et que, d'autre part, un procès selon les règles de la procédure ordinaire doit dans tous les cas être introduit pour la partie des prétentions qui ne repose pas sur l'une ou l'autre de ces dispositions.

Si l'on reprend l'exemple précédent (N 446), l'ensemble des prétentions devrait pouvoir être invoqué dans le cadre du même procès, soumis à la procédure ordinaire (valeur litigieuse totale dépassant 30'000 francs).

448 Dans tous les cas, un cumul d'actions est possible lorsque sont réclamées concurremment une prétention fondée sur la LEg ou la LPart et une prétention fondée sur les règles ordinaires de droit du travail (ou d'un autre domaine du droit) d'un montant inférieur ou égal à 30'000 francs[1183], c'est-à-dire dès le

[1181] Cf. supra N 445 et la réf. en n. 1178.

[1182] Cf. respectivement supra N 300 et infra N 492 ss.

[1183] Le demandeur peut cas échéant décider de limiter le montant de ses prétentions à 30'000 francs, cf. supra N 152.

moment où la procédure simplifiée est applicable à chacune des prétentions. Il convient en pareil cas d'appliquer la procédure simplifiée pour l'ensemble du litige, peu importe que la valeur litigieuse totale dépasse 30'000 francs[1184]. En effet, vu l'absence de valeur litigieuse déterminante pour l'application de la procédure simplifiée en matière de LEg, il convient de ne pas tenir compte de celle-ci dans le cadre de l'appréciation de la valeur litigieuse totale[1185]. Cela se justifie d'autant plus lorsque le litige tombe essentiellement sous le coup de la LEg[1186].

Ainsi, dans l'hypothèse où le travailleur prétend à son solde du droit aux vacances pour 6'000 francs et à une indemnité pour licenciement discriminatoire à raison du sexe à hauteur de 29'000 francs, les deux prétentions peuvent être invoquées dans le cadre d'un seul procès, soumis à la procédure simplifiée.

§ 34 La demande reconventionnelle

1. Le principe

449 Le for de la reconvention est régi par l'art. 14 CPC qui impose que celle-ci soit connexe à la demande principale[1187]. La compétence matérielle du tribunal est réglée par les art. 94 al. 1 et 224 al. 2 CPC, qui la déterminent en fonction de la valeur litigieuse des prétentions la plus élevée[1188]. D'après l'art. 224 al. 1 CPC, les demandes principale et reconventionnelle doivent être soumises au même type de procédure (ordinaire, simplifiée, sommaire)[1189]. Enfin, aux termes de l'art. 94 al. 2 CPC, le calcul des frais s'effectue après addition des prétentions principale et reconventionnelle, sauf si elles s'excluent l'une l'autre[1190].

2. L'identité de procédure applicable

a. Le principe

450 Selon l'art. 224 al. 1 CPC, la demande reconventionnelle n'est admissible que si elle est soumise à la même procédure que celle de la demande principale ; à

1184 TAPPY (2008), 168.
1185 Comp. en matière de frais, infra N 493.
1186 Cf. infra N 492.
1187 Cf. supra N 108 ss.
1188 Cf. supra N 163 ss.
1189 Voir Rapport explicatif, 47 ad art. 80 AP-CPC, qui donne un exemple en matière de litige de droit du travail et qui relève que sans cette règle, « la protection sociale particulière de la procédure simplifiée serait annulée ». Voir cependant infra N 450 s.
1190 Cf. infra N 487.

défaut, elle doit être déclarée irrecevable[1191]. En d'autres termes, la règle signifie en principe que :

- si la prétention principale est soumise à la procédure simplifiée, elle ne peut jamais se voir opposer une reconvention soumise à la procédure ordinaire ou sommaire[1192] ;

  Par exemple, le demandeur réclame le paiement de créances salariales à raison de 12'000 francs (procédure simplifiée, art. 243 al. 1 CPC) ; l'employeur lui oppose une prétention reconventionnelle à titre de réparation du dommage à hauteur de 32'000 francs (procédure ordinaire, art. 219 et 243 *a contrario* CPC) ; le tribunal doit prononcer l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle, faute d'identité de procédure applicable.

  De même, si la demande principale porte sur des prétentions fondées sur la LEg ou la LPart, la procédure simplifiée lui est applicable quelle que soit la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 lit. a et e CPC), de sorte qu'une éventuelle prétention reconventionnelle non fondée sur la LEg ou la LPart ne pourrait en tout cas pas dépasser la limite de 30'000 francs (art. 243 al. 1 CPC), peu importe que les conclusions principales, elles, la dépassent.

- si la demande principale est soumise à la procédure ordinaire, la reconvention n'est pas admise lorsqu'elle implique l'application des règles de la procédure simplifiée ou sommaire[1193] ;

  Ainsi, lorsque la prétention principale porte sur un montant supérieur à 30'000 francs (procédure ordinaire applicable), une créance inférieure à ce montant ou relevant de la LEg ou la LPart ne peut lui être opposée reconventionnellement, étant soumise à la procédure simplifiée (art. 243 al. 1 et 2 lit. a et e CPC).

- si la demande principale est soumise à la procédure sommaire, une prétention reconventionnelle soumise à la procédure simplifiée ou ordinaire est irrecevable[1194].

  Par exemple, l'employeur introduit une requête de mesures provisionnelles en cessation de l'activité exercée par son ex-employé en violation de la clause de prohibition de faire concurrence (procédure sommaire, art. 248 lit. d CPC) ; l'employé ne peut pas lui opposer reconventionnellement le paiement de créances salariales (procédure ordinaire ou simplifiée selon le montant réclamé).

1191 Cf. supra N 234.

1192 BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 4 ad art. 224 CPC ; HAUCK (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 13 ad art. 243 CPC ; GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 224 CPC ; HENSCH, 539 ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 59 et 139 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 158 N 6.36 ; Message CPC, 6947 ad art. 221 P-CPC ; voir encore Rapport explicatif, 47 ad art. 80 AP-CPC, qui propose précisément un exemple en droit du travail. Voir également infra N 452.

1193 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 59 et 139 ; Rapport explicatif, 47 ad art. 80 AP-CPC : « Il serait donc impossible d'associer une demande reconventionnelle, qui doit être jugée en procédure simplifiée, une action principale qui relève de la procédure ordinaire ». *Contra* : GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 224 CPC, selon lesquels lorsque la procédure ordinaire s'applique aux prétentions principales, une prétention reconventionnelle soumise à la procédure simplifiée est admissible ; voir également infra N 452.

1194 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 59 et 139 s.

451 Le principe de l'art. 224 al. 1 CPC reprend l'idée retenue à l'ancien art. 343 al. 2, 2ème phrase, CO, aux termes duquel « le montant de la demande détermine la valeur litigieuse, sans égard aux conclusions reconventionnelles ». Celle-ci tendait à éviter que le demandeur soit privé des avantages de la procédure simple, rapide et gratuite du fait de l'augmentation de la valeur litigieuse à un montant supérieur à 30'000 francs suite à l'introduction par le défendeur de conclusions reconventionnelles, alors qu'il était possible que celles-ci ne soient pas bien fondées[1195]. A la différence du CPC toutefois, l'art. 343 CO permettait sans réserve au défendeur d'opposer des prétentions reconventionnelles, la valeur litigieuse de celles-ci n'étant simplement pas prise en compte. L'art. 224 al. 1 CPC exclut en revanche toute reconvention lorsque les prétentions ne sont pas soumises au même type de procédure et impose dès lors l'ouverture d'un second procès. Ce système met sérieusement à mal le principe d'économie de procédure, à plus forte raison lorsque le même tribunal est compétent ratione valoris[1196]. C'est pourquoi le défendeur peut selon les cas avoir intérêt à respectivement réduire ou augmenter le montant de ses prétentions, en fonction de celui de la demande principale, afin de les soumettre au même type de procédure. Cette solution peut lui être favorable au vu des coûts et du temps que suppose une action en justice. Il lui est en outre possible d'opposer la partie de sa créance à laquelle il renonce à titre de compensation, c'est-à-dire pour le cas où les conclusions du demandeur seraient admises[1197].

b. L'exception en cas de renonciation ou d'acceptation

452 La règle de l'art. 224 al. 1 CPC, si elle est appliquée strictement, a pour inconvénient de voir violé dans un nombre important de cas le principe d'économie de procédure. C'est pourquoi le défendeur qui oppose une prétention reconventionnelle soumise à la procédure simplifiée doit à notre avis pouvoir renoncer à l'application de celle-ci, de sorte que l'ensemble du litige sera traité selon les règles de la procédure ordinaire[1198]. En revanche, lorsque la prétention reconventionnelle suppose l'application de la procédure ordinaire alors que la procédure simplifiée s'applique à la demande principale, la reconvention ne peut être admise que si le demandeur initial l'accepte

1195 ATF 115 II 366, c. 3, JdT 1990 I 80 ; CR CO I-AUBERT, N 7 ad art. 343 CO ; STREIFF/VON KAENEL, N 6 ad art. 343 CO ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, N 24 ad art. 343 CO.

1196 S'agissant des cantons connaissant des tribunaux du travail compétents sans égard à la valeur litigieuse, cf. supra N 125. Voir à ce propos la remarque de TAPPY (2008), 198 n. 92.

1197 Principe de l'« *Eventualverrechnung* ». Sur cette notion, cf. BSK-PETER, N 5 vor Art. 120-126 CO ; SCHMID (2008), 5 ; ZIMMERLI (2003), 113.

1198 BOHNET (2010), N 47 ; GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 224 CPC. S'agissant de la maxime applicable, cf. supra N 300 *i.f.* et 301.

expressément. Dans tous les cas, le type de procédure applicable à la demande principale ne saurait être modifié.

Par exemple, l'employée prétend à une indemnité pour licenciement discriminatoire à raison du sexe ; l'employeur lui oppose une prétention reconventionnelle de 32'000 francs à titre de réparation d'un dommage causé dans le cadre de son travail ; le procès principal est régi selon les règles de la procédure simplifiée, alors que la reconvention est soumise à la procédure ordinaire, de sorte qu'elle devrait être déclarée irrecevable ; l'employée peut toutefois accepter qu'elle soit traitée dans le cadre du procès principal, c'est-à-dire qu'elle soit soumise à la procédure simplifiée également, par exemple par le biais d'une déclaration expresse à l'audience.

3. La connexité

453 L'art. 224 CPC n'exige pas que les prétentions principale et reconventionnelle soient connexes, seul l'art. 14 CPC l'imposant au regard du for[1199]. C'est dire qu'une prétention reconventionnelle non connexe à la principale peut être introduite si les règles de compétence ratione loci entraînent un for identique pour les deux prétentions[1200] ou si le défendeur l'accepte tacitement, sauf cas de for impératif ou semi-impératif.

4. La compétence matérielle du tribunal

454 Lorsque les prétentions principale et reconventionnelle sont soumises au même type de procédure, cela ne signifie pas encore qu'elles sont de la compétence matérielle du même tribunal. Lorsque celle-ci se détermine en fonction de la *valeur litigieuse*, la valeur la plus élevée doit être prise en compte (art. 94 al. 1 CPC), de sorte que les deux demandes seront le cas échéant transmises au tribunal compétent (art. 224 al. 2 CPC)[1201].

455 Comment faut-il régler le cas des tribunaux spécialisés dont la compétence se détermine en fonction de la *nature* de la cause et est limitée aux litiges relevant du droit du travail[1202] ? Le CPC ne réglant pas spécifiquement la question, il faut retenir qu'à défaut de disposition d'organisation judiciaire cantonale contraire, la juridiction du travail connaîtra également de la prétention reconventionnelle quand bien même elle ressortirait à un autre domaine du droit[1203], dans un souci d'économie de procédure. De même, lorsqu'une juridiction ordinaire est saisie

---

1199 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 197 N 34.

1200 Message CPC, 6947 ad art. 221 P-CPC.

1201 Cf. supra N 163.

1202 Cf. supra N 124.

1203 MEIER (2010), 31 et 71, qui considère même qu'une disposition cantonale contraire violerait le droit fédéral, qui n'impose pas l'identité de compétence matérielle à la demande reconventionnelle ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 197 N 33. D'un avis différent : DÜRR (in BAKER & MCKENZIE), N 9 ad art. 224 CPC ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 324 N 207.

de la demande principale et que la prétention reconventionnelle se fonde sur des rapports de travail, la compétence du tribunal ordinaire pourra être remise en cause uniquement si le droit cantonal le prévoit[1204].

5. Le renvoi à une procédure séparée

456 Selon l'art. 125 lit. c CPC, le tribunal peut renvoyer la demande reconventionnelle à une procédure séparée s'il estime que la procédure principale s'en trouverait simplifiée, le but étant d'éviter que l'introduction de la demande reconventionnelle rende le procès trop complexe et trop long[1205].

Par exemple, les prétentions principales portent sur le paiement de salaires et ne supposent pas de mesures d'instruction particulières, le tribunal pouvant statuer sur pièces uniquement, alors que les conclusions reconventionnelles, qui se fondent sur la réparation du dommage causé à l'employeur, nécessitent une administration des preuves plus importante, par exemple l'audition de plusieurs témoins ou la mise en œuvre d'une expertise.

§ 35 L'objection de compensation

457 Le défendeur peut toujours invoquer une créance en compensation au sens des art. 120 ss CO. Si des problèmes peuvent se poser en matière de for et de compétence matérielle[1206], le type de procédure applicable reste dans tous les cas inchangé de même que la maxime ou les règles régissant les frais, puisque la compensation ne tend jamais à la condamnation de la partie vis-à-vis de laquelle elle est invoquée et n'a d'influence que sur le montant qui peut être alloué au demandeur.

§ 36 La requête de mesures provisionnelles ou superprovisionnelles

1. Les mesures provisionnelles

a. Le principe

458 Les mesures provisionnelles sont traitées aux art. 13 et 261 ss CPC. La procédure sommaire s'applique à leur égard (art. 248 lit. d CPC). Deux

[1204] MEIER (2010), 31.
[1205] Rapport explicatif, 65 ad art. 115 AP-CPC.
[1206] Cf. supra respectivement N 111 et 126 ss.

conditions, cumulatives, doivent être réalisées pour que le juge les ordonne (art. 261 CPC) :

- la *violation vraisemblable actuelle ou imminente* d'un droit (lit. a) ; la vraisemblance signifie que le juge, en se fondant sur des éléments objectifs, doit avoir l'impression que le fait invoqué s'est produit ou va se produire sans pour autant exclure qu'il ait pu ou puisse en aller différemment[1207] ;
- un risque de *préjudice difficilement réparable* (lit. b)[1208] ; le juge doit se fonder sur les moyens de preuve immédiatement disponibles et procéder à une pesée des intérêts contradictoires des parties, en appréciant les désavantages respectifs selon que la mesure est acceptée ou refusée. Une mesure d'exécution anticipée doit être admise de façon restrictive et est par conséquent soumise à des exigences plus strictes[1209].

b. Cas d'application

ba. Les mesures provisionnelles en matière de prohibition de concurrence

459 Lorsque les parties sont liées par une clause de prohibition de faire concurrence, l'employeur peut requérir des mesures provisionnelles afin que le tribunal interdise à son ancien employé d'exercer l'activité concurrente sous peine de la sanction prévue à l'art. 292 CP[1210], pour peu que le droit à l'exécution de la clause ait été réservé expressément par les parties (art. 340b al. 3 CO)[1211]. Le

---

1207 ATF 132 III 715, c. 3.1, JdT 2009 I 183 ; 132 III 140, c. 4.1.2 ; 130 III 321, c. 3.3, JdT 2005 I 618 ; 130 III 145, c. 4.2 ; 104 Ia 408, c. 4 ; KGer SG du 11.6.2007, JAR 2008 454, c. II/1b ; BSK ZPO-GUYAN, N 10 ad art. 157 CPC ; BÜHLER (2010), N 15 ss ; HOHL (2000), 129 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 355 N 11.194.

1208 Sur cette question, voir notamment ATF 133 III 360, c. 9.2.1, SJ 2007 I 482 (rés.) ; BOHNET (2008), 287 s. ; BSK ZPO-SPRECHER, N 25 ss ad art. 261 CPC ; GULDENER (1979), 577 s. ; Message CPC, 6961 s. ad art. 257 P-CPC.

1209 ATF 131 III 473, c. 2.3, RSPC 2006 69 ; KGer SG du 11.6.2007, JAR 2008 454, c. II/1b. Cf. infra N 461.

1210 BOHNY (1989), 168 ; COTTI, 352 s. N 902 ss ; HAEFLIGER, 78 et 87 ; Message CPC, 6962 ad art. 258 P-CPC ; STREIFF/VON KAENEL, N 9 ad art. 340b CO. Si le travailleur a lui-même créé son entreprise, le tribunal ne doit interdire l'activité que dans la mesure de l'activité concurrente spécifique et ne doit pas imposer la fermeture de la société, voir BOHNY (1989), 168. S'agissant du for applicable, cf. supra N 120.

1211 TF du 28.9.1981, JAR 1982 226, c. c ; BezGer Visp du 8.3.1996, RVJ 1997 274, c. 4b ; OGer ZH du 16.10.1979, JAR 1981 179, c. 3 ; OGer SO du 25.9.1979, JAR 1981 177, c. a. Selon ces arrêts, une interprétation stricte de la clause doit être retenue. *Contra* : C. app. Prud. GE du 12.8.1981, SJ 1982 330, c. 7c, JAR 1983 225 : « lorsqu'il est dit dans le contrat que le paiement éventuel de la peine conventionnelle ne libère pas le travailleur de l'obligation de continuer à exécuter le contrat et d'observer la prohibition de faire concurrence, le contrat doit être compris en ce sens que si ledit travailleur persiste à violer la prohibition conventionnelle de faire concurrence, il peut être contraint de cesser son activité ». Cette interprétation extensive de la clause, vivement critiquée (voir notamment

Tribunal fédéral considère dans tous les cas que le juge saisi des mesures provisionnelles est tenu d'examiner la validité matérielle de la clause de prohibition de faire concurrence[1212].

460 Au vu de l'urgence, du côté de l'employeur, de faire cesser la contravention, celui-ci a en principe intérêt à agir par le biais de mesures provisionnelles[1213]. Compte tenu de la durée d'un procès, WYLER va même jusqu'à considérer que l'employeur serait de mauvaise foi en ne réclamant pas l'exécution de l'interdiction par le biais de mesures provisionnelles, de sorte que celui-ci se verrait en pareil cas définitivement privé de la possibilité de la réclamer[1214]. Bien que la voie des mesures provisionnelles doive constituer la règle, l'employeur peut avoir des motifs justifiés de ne pas procéder de la sorte, au vu notamment du montant élevé de sûretés qu'il peut être astreint à fournir (art. 264 al. 1 CPC)[1215]. De plus, il s'expose à devoir payer des dommages-intérêts au défendeur s'il s'avère que les mesures provisionnelles n'étaient pas justifiées et qu'il ne parvient pas à prouver qu'elles ont été demandées de bonne foi (art. 264 al. 2 CPC) ; la mauvaise foi devrait être retenue dans de rares cas seulement, lorsque l'employeur devait manifestement savoir que l'exécution réelle de la clause ne pouvait être requise, par exemple parce qu'il dispose de connaissances juridiques ou qu'il a déjà été confronté au même problème vis-à-vis d'un autre collaborateur.

461 L'exécution anticipée doit être accordée de façon exceptionnelle[1216], lorsqu'elle paraît indispensable, par exemple parce que le requérant est menacé d'une perte importante de clientèle[1217] ou que le litige n'a plus d'intérêt au-delà du stade des mesures provisionnelles, notamment si le délai maximal de trois ans de l'art. 340a al. 1 CO ou celui prévu contractuellement sera selon toute apparence expiré à l'issue de la procédure au fond[1218]. Le juge doit être convaincu du droit à l'exécution de la clause et ne pas l'ordonner à la légère, au vu des conséquences importantes qu'elle entraîne[1219]. L'art. 340b al. 3 CO pose par

---

la note de SCHMIDT in SJ 1982 335), a été abandonnée par la suite, voir TPrud. GE du 12.9.1986, JAR 1988 365, c. b. Pour un exemple de clause contractuelle réservant l'exécution de l'interdiction, voir RUDOLPH (TREX), 334 N 3.

1212 ATF 131 III 473, c. 2.3, RSPC 2006 69.

1213 NEERACHER, 121 ; RUDOLPH (TREX), 336, « [l]e droit à une action en exécution n'offre une protection juridique efficace à l'employeur dont les droits ont été bafoués que si ce dernier peut y recourir dans le cadre de mesures provisionnelles. Si l'employeur ne disposait que de la procédure ordinaire, il ne disposerait d'un jugement exécutoire qu'au terme de la durée d'interdiction ».

1214 WYLER (2008), 613.

1215 Sur la question des sûretés, voir infra N 472 ss.

1216 ATF 131 III 473, c. 3.2, RSPC 2006 69.

1217 ATF 125 III 451, c. 3c, JdT 2000 I 163.

1218 ATF 131 III 473, c. 2.3, RSPC 2006 69 ; BezGer Bülach du 19.10.1995, JAR 1997 228, c. 6a.

1219 HOHL (1992), 589.

ailleurs deux conditions à l'action en exécution de la clause : elle doit être justifiée d'une part par les intérêts lésés ou menacés de l'employeur et, d'autre part, par le comportement du travailleur[1220].

462 Afin que la première condition soit remplie, l'employeur doit rendre *vraisemblable* que l'activité déployée par son ex-employé risque de lui causer un *dommage difficilement réparable* ; la preuve stricte de l'existence d'un dommage s'opposerait en effet dans la plupart des cas à ce que des mesures provisoires puissent être ordonnées[1221]. A cette fin, l'employeur peut par exemple définir de manière concrète les secrets d'affaires qui sont concernés[1222] ou le nom d'un ou de plusieurs client(s) important(s) qu'il risque de perdre[1223]. Plus la durée de l'interdiction qui reste à courir est brève, moins l'employeur parviendra à démontrer un intérêt à l'exécution réelle[1224]. Dans sa pesée des intérêts, le juge doit prendre en compte les conséquences financières pour chacune des parties dans le cas où les mesures provisionnelles seraient respectivement accordées ou refusées. Il doit également accorder de l'importance à l'intérêt qu'a l'employeur à éviter que la clause ne devienne sans effet de par l'écoulement du temps au vu de la durée d'un procès au fond. Du côté du travailleur, il tiendra compte de la perte d'expérience encourue pendant la période d'interdiction[1225]. Un intérêt prépondérant de l'employeur à l'exécution réelle de la clause par voie de mesures provisionnelles doit en tout cas être admis lorsque le dommage qu'il subit ou risque de subir est nettement supérieur au montant de la peine conventionnelle[1226]. A l'inverse, lorsque la peine conventionnelle couvre déjà largement la majeure partie du dommage, l'intérêt à l'exécution réelle tombe[1227].

463 La seconde condition, cumulative, posée par l'art. 340b al. 3 CO a trait au *comportement du travailleur*. Lorsque celui-ci est contraire à la bonne foi, l'action en exécution de la clause de prohibition de faire concurrence doit être

---

1220 TF du 28.9.1981, JdT 1982 I 170, c. 3 : « il suffit que l'importance des intérêts lésés ou menacés de l'employeur et le comportement du travailleur justifient l'interdiction ».

1221 ATF 103 II 120, c. 4, JdT 1978 I 77 ; TF du 28.9.1981, JdT 1982 I 170, c. 3 ; CCiv. VD du 12.8.2008, JAR 2009 651, c. IV/d ; BezGer Winterthur du 11.7.1995, SARB 2/1997 137 N 23, c. 1.

1222 BOHNY (1989), 167.

1223 KGer SZ du 10.7.2006 (non publié), RK1 2006 26, c. 4a/bb.

1224 HAEFLIGER, 76 ; NEERACHER, 119.

1225 ATF 131 III 473, c. 3.2, RSPC 2006 69.

1226 FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 3.4 ad art. 340b CO ; NEERACHER, 119 ; KGer SG du 11.6.2007, JAR 2008 454, c. II/2a ; OGer ZH du 22.5.2003, JAR 2005 475, c. 4.2 ; AppGer BS du 21.3.1988, JAR 1991 300, c. 2 ; OGer ZH du 20.12.1985, ZR 85 (1986) N 67, c. 3d.

1227 KGer SZ du 10.7.2006 (non publié), RK1 2006 26, c. 4a/cc ; HAEFLIGER, 76 ; ZK-STAEHELIN, N 17 ad art. 340b CO.

admise[1228]. On trouve à cet égard divers exemples dans la doctrine et la jurisprudence, notamment les suivants :

- le nouvel employeur paie le montant de la peine conventionnelle[1229] ou il finance le procès qui oppose l'employé à son ancien employeur pour la violation de l'interdiction de concurrence[1230] ;
- l'employé dispose encore de matériel ou de documents de son ancien employeur et les utilise[1231] ;
- le travailleur débauche des clients de son ex-employeur en usant d'affirmations fallacieuses[1232] ;
- l'employé a un comportement particulièrement contraire à la bonne foi avant ou pendant la dissolution des rapports de travail[1233], ou il abandonne son poste de façon immédiate et injustifiée[1234] ;
- l'employé déplace son lieu de travail dans une zone frontalière proche mais poursuit toutefois son activité réelle dans l'ancienne région de travail[1235] ;
- le travailleur n'informe pas l'employeur de sa future activité concurrente, alors même que celui-ci lui demande expressément, à plus d'une reprise, quand et auprès de qui il prendra sa nouvelle fonction[1236].

464 Les cas énumérés ci-dessus ne sont qu'exemplatifs et le comportement du travailleur doit être apprécié selon chaque circonstance d'espèce, le juge devant également tenir compte du comportement de l'employeur[1237]. En outre, l'accumulation d'éléments en soi de peu d'importance peut aboutir à considérer l'attitude de l'employé comme abusive[1238]. S'il prononce la mesure, le tribunal devrait l'assortir de la menace de la sanction de l'art. 292 CP en cas d'inexécution (art. 267 CPC).

1228 ATF 103 II 120, c. 3a, JdT 1978 I 77 ; COTTI, 272 s. N 702 ss ; HAEFLIGER, 77 ; RUDOLPH (TREX), 335 N 2.

1229 ATF 103 II 120, c. 3a, JdT 1978 I 77 ; RUDOLPH (TREX), 335 N 2b ; ZK-STAEHELIN, N 18 ad art. 340b CO.

1230 RUDOLPH (TREX), 335 N 2b et n. 27.

1231 ATF 103 II 120, c. 3a, JdT 1978 I 77 ; AppGer BS du 21.3.1988, JAR 1991 300, c. 2 ; HAEFLIGER, 77.

1232 ATF 103 II 120, c. 3a, JdT 1978 I 77 ; AppGer BS du 21.3.1988, JAR 1991 300, c. 2 ; HAEFLIGER, 77 ; NEERACHER, 120.

1233 ATF 103 II 120, c. 3a, JdT 1978 I 77 ; TF du 27.10.1995, JAR 1997 223, c. 2b : le travailleur était déjà actif, alors que les relations de travail étaient encore pendantes, dans la préparation et la formation d'une société concurrente, de concert avec un autre collaborateur de l'employeur et avait également déjà approché les clients de celui-ci.

1234 RUDOLPH (TREX), 335 N 2b ; ZK-STAEHELIN, N 18 ad art. 340b CO.

1235 RUDOLPH (TREX), 335 N 2b ; STREIFF/VON KAENEL, N 8 ad art. 340b CO.

1236 AppHof BE du 17.9.2001, JAR 2002 321, c. II.8.

1237 RUDOLPH (TREX), 335 N 2b.

1238 TF du 27.10.1995, JAR 1997 223, c. 2d ; AppHof BE du 17.9.2001, JAR 2002 321, c. II.7 ; NEERACHER, 121 ; RUDOLPH (TREX), 335 N 2b.

bb. Les mesures provisionnelles visant à obtenir certaines informations

465 En matière de droit à une *participation au résultat* (art. 322a CO) ou à une *provision* (art. 322b CO), le travailleur peut requérir du juge qu'il ordonne à l'employeur de lui fournir les documents utiles au calcul du montant dû (respectivement art. 322a al. 2 et 3 et 322c CO)[1239]. La prétention peut prendre la forme de mesures provisionnelles lorsqu'il y a un risque que les documents en cause soient détruits. La requête peut également prendre la forme d'une preuve à futur (art. 158 CPC), l'avantage pour le requérant étant qu'il ne lui appartient pas de prouver le risque que les pièces soient détruites[1240].

466 Lorsqu'il entend réclamer la délivrance de *codes d'accès informatiques* de la part de son employé, l'employeur peut utiliser la voie des mesures provisionnelles s'il rend vraisemblable d'une part le besoin d'en disposer sans délai sous peine de subir un dommage difficilement réparable et, d'autre part, le fait que le logiciel ou l'invention en cause lui appartient.

Par exemple, la délivrance de la clé informatique permettant d'accéder aux sources d'un logiciel développé par le travailleur peut être requise par l'employeur qui a conclu avec un tiers un contrat de livraison et d'installation du logiciel en question[1241], le risque de préjudice difficilement réparable pouvant être rendu vraisemblable au vu d'une éventuelle action en exécution du contrat, cas échéant en réparation du dommage, de la part du tiers contractant.

467 L'octroi des mesures provisionnelles doit toutefois être admis de manière restrictive dans un tel cas, dès lors qu'elle entraîne d'ores et déjà l'exécution de la prestation[1242]. Le tribunal peut par conséquent limiter la portée de l'injonction, par exemple en restreignant l'étendue du droit d'utilisation des codes par l'employeur[1243].

bc. Les mesures provisionnelles en cas d'action en restitution

468 En matière d'actions en restitution (art. 339a CO), la partie peut prendre des mesures provisionnelles tendant à la consignation, au séquestre ou à la mise sous scellés du bien (art. 262 lit. b et 267 CPC)[1244], ou à l'interdiction d'en disposer sous peine de la sanction de l'art. 292 CP (art. 262 lit. a et 267 CPC), lorsqu'existe par exemple un risque que le défendeur détruise l'objet litigieux ou le vende à un tiers.

1239 WYLER (2008), 164.
1240 Cf. infra N 698.
1241 Voir CCass. NE du 24.9.1998, RJN 1998 113.
1242 Cf. supra N 458 et n. 1209.
1243 CCass. NE du 24.9.1998, RJN 1998 113, c. 5.
1244 Voir BOHNET (2008), 289 ; HABSCHEID (1981), 407 ; Message CPC, 6962 ad art. 258 P-CPC.

bd. Les mesures provisionnelles tendant au paiement du salaire

469 Un tribunal peut-il ordonner le versement d'une somme d'argent par voie de mesures provisionnelles ? La question n'est pas sans intérêt en matière de contrat de travail puisque le versement provisoire du salaire, ou d'une partie de celui-ci, pourrait être réclamé par le travailleur qui ne dispose plus des ressources suffisantes pour garantir son minimum vital. Le Code règle expressément le problème à l'art. 262 lit. e, en réservant exhaustivement cette possibilité aux cas où la loi la prévoit[1245]. Le droit du travail ne réservant rien de tel, des mesures provisionnelles tendant au versement du salaire, ou de toute autre somme d'argent, doivent d'emblée être rejetées par le tribunal. Si, à première vue, la solution peut paraître sévère vis-à-vis d'un travailleur qui ne disposerait même pas de son minimum vital, cet inconvénient est en réalité pallié, d'une part, par les voies de droit offertes en matière de LP[1246] et, d'autre part, par la possibilité d'introduire une procédure dite de « protection dans les cas clairs » au sens de l'art. 257 CPC[1247].

be. Les mesures provisionnelles en matière de congé annulable (art. 10 LEg)

470 Lorsque le travailleur réclame l'annulation de son licenciement en se fondant sur l'art. 10 LEg, le tribunal peut ordonner sa réintégration provisoire dans l'entreprise, lorsque les conditions d'annulation du congé sont selon toute vraisemblance réalisées (al. 3, 2ème phrase). Il s'agit d'une mesure provisionnelle[1248] qui doit être réclamée par le travailleur, le juge ne pouvant l'ordonner d'office[1249]. Dans tous les cas, le droit d'être entendu (art. 53 al. 1 CPC) de l'employeur doit être respecté, la situation ne présentant jamais une urgence suffisante pour que le juge y renonce[1250]. S'il prononce la mesure, le tribunal devrait l'assortir de la menace de la sanction de l'art. 292 CP en cas

[1245] Pour des exemples, voir GASSER/RICKLI, N 4 ad art. 262 CPC ; Message CPC, 6962 ad art. 258 P-CPC.
[1246] Voir à ce sujet SENTI, 219 ss.
[1247] Voir infra N 479 s.
[1248] TF du 30.9.2009, 4A_328/2009, c. 1 ; BARONE, 161 ; KLETT (1996), 180 ; NORDMANN, 328 ; PORTMANN (2000), N 1124 ; RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 45 ad art. 10 LEg ; SUBILIA/DUC, N 11 ad art. 10 LEg.
[1249] Expression de la maxime de disposition, cf. supra N 265. Du même avis : BARONE (in BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN), N 37 ad art. 10 LEg, qui renvoie à HABSCHEID (1981), 410 ; KLETT (1997), 256 ; PORTMANN/STÖCKLI, N 730 ; SUBILIA/DUC, N 11 ad art. 10 LEg. *Contra* : NORDMANN, 328 s. et RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 46 ad art. 10 LEg, qui considèrent que la prétention en réintégration découle implicitement de celle en annulation du congé.
[1250] SUBILIA/DUC, N 13 ad art. 10 LEg ; WYLER (2008), 560.

d'inexécution (art. 267 CPC)[1251]. Si l'employeur refuse de réintégrer le travailleur, celui-ci est en droit, après avoir vainement offert ses services, de réclamer le paiement de son salaire (cas de demeure de l'employeur au sens de l'art. 324 CO)[1252].

bf. Les mesures provisionnelles tendant à l'interdiction de l'inscription au RC d'une fusion, d'une scission ou d'un transfert de patrimoine

471 La représentation des travailleurs peut déposer une requête de mesures provisionnelles tendant à l'interdiction de l'inscription d'une fusion, d'une scission ou d'un transfert de patrimoine (respectivement art. 28 al. 3, 50 et 77 al. 2 LFus)[1253], après avoir formé opposition par écrit auprès de l'office du registre du commerce (art. 162 al. 1 ORC). Elle doit alors rendre vraisemblable la violation de ses droits de participation. Avec WYLER, il faut admettre que le tribunal n'accorde la mesure qu'en cas de vices matériels substantiels, vu les conséquences importantes que l'interdiction de l'inscription peut entraîner, celle-ci ayant un effet constitutif sur l'opération visée[1254]. Si la requête est accordée, il est dans l'intérêt de la société en cause de rétablir une situation conforme au droit, puis de requérir à son tour des mesures provisionnelles tendant à la révocation de l'interdiction de l'inscription[1255].

c. La fourniture de sûretés

472 Aux termes de l'art. 264 CPC, le tribunal peut astreindre le requérant à fournir des sûretés si l'octroi des mesures provisionnelles risque de causer un dommage à l'intimé. A notre avis, le montant des sûretés devrait être déterminé en fonction de la somme à laquelle le requérant pourrait être condamné si une demande de dommages-intérêts à son encontre aboutissait suite à l'octroi de mesures provisionnelles injustifiées (cf. art. 264 al. 2 CPC).

473 Le dépôt de sûretés doit selon nous en tout cas être ordonné lorsque la mesure vise l'exécution anticipée de la prétention, en particulier lorsque la mesure constitue une entrave à l'activité commerciale du défendeur[1256].

Par exemple, lorsque l'employeur réclame l'exécution réelle de la clause de prohibition de faire concurrence, le juge devrait exiger qu'il fournisse des sûretés, au vu des conséquences financières importantes qu'engendre l'octroi de la mesure vis-à-vis du travailleur[1257].

[1251] DECOPPET, 39 ; RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 51 ad art. 10 LEg.

[1252] COSSALI SAUVAIN (1999), 86 ; RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 52 ad art. 10 LEg.

[1253] WYLER (2008), 426 ; ZK FusG-HUBSCHMID, N 28 ad art. 28 LFus.

[1254] WYLER (2008), 426, et (2010), 238.

[1255] SUBILIA/DUC, N 9 ad art. 333a CO ; WYLER (2008), 427.

[1256] Comp. : CCiv. VD du 24.2.1981, JdT 1982 III 102, c. III ; Ch. rec. VD du 10.4.1987, RSPI 1990 81, c. VI.

474 Lorsque la mesure provisionnelle tend à l'exécution réelle d'une *clause de prohibition de faire concurrence*, la question du montant des sûretés que doit fournir l'employeur fait l'objet de divergence d'opinions. De l'avis de NEERACHER, il convient d'estimer le dommage matériel et immatériel que le travailleur subirait du fait de l'octroi injustifié de la mesure. Cet auteur considère à cet égard que ce montant dépassera en général le revenu hypothétique que l'employé aurait réalisé au cours de la période d'interdiction, du fait notamment que celui-ci bénéficie de moins d'expérience professionnelle que si l'interdiction provisoire n'avait pas été prononcée[1258]. Selon STREIFF/VON KAENEL, les sûretés devraient en tout cas atteindre le montant d'un an de salaire du travailleur[1259]. BOHNY estime au contraire qu'elles ne doivent jamais dépasser un tel montant[1260]. En jurisprudence, le Kantonsgericht de Schwyz a, dans un cas d'espèce, estimé à 140'100 francs le montant des sûretés qui devaient être fournies en se fondant sur le salaire annuel qu'aurait touché l'employé auprès de son nouvel employeur si l'interdiction n'avait pas été prononcée[1261]. Avec NEERACHER, il convient à notre sens de procéder à un calcul hypothétique du dommage que subira le travailleur du fait de l'exécution réelle de la clause, en prenant en compte d'une part la perte de salaire entraînée par celle-ci et, d'autre part, les inconvénients engendrés au niveau tant professionnel que moral.

475 Lorsque la mesure provisionnelle ne vise que le maintien provisoire d'une situation existante, des sûretés n'ont en règle générale pas lieu d'être[1262].

Par exemple, si la requête du travailleur vise à l'annulation du congé et à sa réintégration provisoire au sein de l'entreprise (art. 10 LEg), on voit mal en quoi pourrait consister le dommage dont souffrirait l'employeur dès lors que, bien qu'il ait certes été redevable du salaire de l'employé pendant la période de réintégration, une prestation de travail lui a été fournie en contrepartie[1263].

2. Les mesures superprovisionnelles

476 S'il existe un danger particulièrement imminent, une partie peut requérir des mesures superprovisionnelles, qui seront prononcées avant que la partie adverse ne soit entendue (art. 265 CPC).

L'employeur peut notamment invoquer l'octroi de mesures supreprovisionnelles afin d'empêcher qu'un secret d'affaires soit divulgué ou des documents commerciaux utilisés par son ex-employé, à plus forte raison lorsqu'a été conclue entre les parties une clause de

1257 HAEFLIGER, 87 ; HENSCH, 546 s. ; NEERACHER, 127 s.
1258 NEERACHER, 127.
1259 STREIFF/VON KAENEL, N 9 ad art. 340b CO.
1260 BOHNY (1997), 165 n. 227.
1261 KGer SZ du 10.7.2006 (non publié), RK1 2006 26, c. 7b/bb.
1262 BOHNET (CPCN), N 211 ad art. 132 CPCN.
1263 BARONE, 161 ; NORDMANN, 329 ; RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 70 ad art. 10 LEg.

prohibition de faire concurrence[1264]. Les mesures peuvent également viser à protéger l'une des parties contre l'utilisation par l'autre d'une invention ou d'un design sur lequel la titularité des droits d'auteur est controversée. Enfin, dans le cadre d'une action en restitution (art. 339a CO), la mesure superprovisionnelle peut être octroyée lorsqu'existe un risque imminent de destruction ou de vente de l'objet litigieux. Elle peut encore viser à la délivrance de codes d'accès informatiques, ou à tout le moins l'interdiction pour l'employé de les utiliser.

477 Lorsque le défendeur entend s'opposer au prononcé d'une mesure superprovisionnelle, un recours n'est possible qu'après que le juge aura auditionné le défendeur et statué sur la mesure provisionnelle (art. 265 al. 2 CPC)[1265]. La décision sur mesure superprovisionnelle n'est par conséquent pas directement susceptible d'appel ou de recours[1266].

478 Dans l'hypothèse où une partie peut craindre qu'une mesure superprovisionnelle soit ordonnée à son encontre, elle peut déposer un *mémoire préventif* (art. 270 CPC), afin de garantir son droit d'être entendu[1267]. Par mesure de prudence, celui-là devrait être déposé devant tous les tribunaux potentiellement compétents pour ordonner de telles mesures[1268].

Ainsi, l'employé qui craint de voir son employeur réclamer des mesures superprovisionnelles en exécution de la clause de prohibition de faire concurrence, notamment parce que celui-ci l'a menacé de cesser son activité sous peine d'agir en justice, a tout intérêt à déposer un mémoire préventif qui explique en quoi sa nouvelle activité ne tombe pas sous le coup de la clause[1269].

§ 37 La protection dans les cas clairs

1. Le principe

479 Aux termes de l'art. 257 CPC, le demandeur a la possibilité de demander la « protection dans les cas clairs ». Celle-ci suppose l'application de la procédure sommaire (art. 248 lit. b CPC). Elle est en outre toujours ouverte en matière de conflits de travail dès lors que ceux-ci sont soumis à la maxime de

---

1264 KGer SZ du 10.7.2006 (non publié), RK1 2006 26, c. 4 ; Trib. app. TI du 19.11.2004, JAR 2005 448 ; BK-REHBINDER, N 12 ad art. 340b CO.

1265 BOHNET (2008), 294 ; GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 265 CPC ; Message CPC, 6964 ad art. 261 P-CPC.

1266 Comp. : ATF 120 Ia 61, c. 1 ; TF du 23.7.2010, 5A_473/2010, c. 1.1 ; TF du 8.1.2008, 5A_678/2007, c. 3, RSPC 2008 185. Cf. également infra N 825 et les réf. en n. 2227.

1267 GÜNGERICH, 32 ; KLINGLER, 283 s. ; LEUPOLD, 1077 et 1080 ; Message CPC, 6965 ad art. 266 P-CPC.

1268 C'est-à-dire auprès des tribunaux compétents à raison du lieu et de la matière, voir supra N 119 ss ; HESS-BLUMER, 167 ; KLINGLER, 289. Sur l'opportunité d'adresser un exemplaire auprès de chaque tribunal potentiellement compétent, voir BOHNET (2008), 298 s.

1269 RUDOLPH (TREX), 337.

disposition[1270], partant que l'exclusion de la protection dans les cas clairs lorsque prévaut la maxime d'office (art. 257 al. 2 CPC) ne les concerne pas. Deux conditions, cumulatives[1271], doivent être réalisées[1272]. D'une part, l'état de fait ne doit pas être litigieux ou doit pouvoir être prouvé de façon immédiate (lit. a) ; autrement dit, celui-ci est susceptible d'être établi sans peine, le plus souvent par titres exclusivement[1273]. D'autre part, le cas visé doit présenter une situation juridique claire (lit. b). D'après le Message CPC, la situation juridique est claire lorsque « sur la base d'une doctrine et d'une jurisprudence éprouvées, la norme s'applique au cas concret et y déploie ses effets de manière évidente »[1274]. La situation juridique n'est en revanche pas claire lorsque l'application de différentes normes, qui s'excluent l'une l'autre, entre en considération pour la résolution de la cause[1275]. La procédure de protection dans les cas clairs a pour avantage de permettre au demandeur d'obtenir rapidement une décision ayant autorité de chose jugée[1276].

2. Cas d'application

480 La protection dans les cas clairs peut notamment être envisagée, sous réserve d'opposition ou de mauvaise foi de la part du défendeur[1277], lorsque :

- le travailleur réclame le versement de salaires (art. 322 et 323 CO)[1278] ; il lui suffit de fournir au tribunal une copie de ses fiches de salaires[1279] ou d'un

1270 Cf. supra N 265.
1271 Comp. : BÜRGI/SCHLÄPFER/HOTZ/PAROLARI, N 7 ad § 164/165 ZPO TG ; FRANCK/STRÄULI/MESSMER, N 11 ad § 222 ZPO ZH.
1272 Pour plus de détails, voir BOHNET (2008), 280 ss.
1273 Message CPC, 6959 ad art. 253 P-CPC. BOHNET (2008, 281), ALBERTI (104) et HOFMANN (BSK ZPO, N 13 ad art. 257 CPC) n'excluent pas l'audition de témoins amenés directement par les parties à l'audience ; comp. également LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (1999), N 3c ad art. 197 ZPO SG. Voir encore STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 357 N 54.
1274 Message CPC, 6959 ad art. 253 P-CPC. Voir aussi : ALBERTI, 105 ss ; GULDENER (1979), 158 n. 15 ; MEIER (2010), 374. Comp. également : ATF 118 II 302, c. 3 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (1999), N 3a ad art. 197 ZPO SG ; MERZ, N 10b/aa ad § 164 ZPO TG ; SCHMID (1991), 115 ss.
1275 Comp. : LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (1999), N 3a ad art. 197 ZPO SG ; STUDER/RÜEGG/EIHOLZER, N 3 ad § 226 ZPO LU.
1276 BOHNET (RJJ), 289 ; BRÖNNIMANN (2009), 91 ; Message CPC, 6959 ad art. 253 P-CPC ; comp. HOHL (1994), 297 N 915.
1277 Cf. infra N 481 s.
1278 Le Message CPC indique expressément que la protection dans les cas clairs vaut en matière de créances pécuniaires, de sorte à ce que le créancier puisse obtenir rapidement une mainlevée définitive lorsque le débiteur ne conteste pas le jugement, 6959 ad art. 253 P-CPC.
1279 ALBERTI, 115.

extrait de son compte bancaire attestant du paiement régulier, pendant plusieurs mois, par l'employeur d'un certain montant ;

- l'employé réclame la différence de salaire entre le salaire minimum obligatoire selon la CCT applicable à la branche et celui qui lui a effectivement été versé par l'employeur ; la prétention peut en effet être établie par pièces (copie du contrat de travail, des fiches de salaires et des dispositions de la CCT applicables) ;
- le travailleur prétend à la remise d'un décompte relatif à son droit à une participation ou à une provision (art. 322a al. 1 et 322c al. 1 CO)[1280] ; seule suffit une copie du contrat de travail prévoyant l'octroi de l'une ou de l'autre ;
- l'employé prétend à l'établissement d'un certificat de travail (art. 330a CO) ; la prétention doit uniquement viser le principe de la délivrance d'un certificat de travail et non le contenu de celui-ci, faute alors de constituer un cas clair ;
- l'employeur n'ayant pas respecté entièrement son devoir d'information au sens de l'art. 330b CO, l'employé réclame que soient précisés par exemple la durée hebdomadaire du travail, le droit à d'éventuels suppléments salariaux ou l'indication de sa fonction exacte au sein de l'entreprise ;
- l'employeur réclame la restitution du matériel de travail qui a été fourni à l'employé ou du véhicule qui lui a été remis dans le cadre des relations contractuelles (art. 339a CO)[1281] ; il suffit qu'il présente tout document, par exemple le contrat de travail, indiquant les objets qui ont été remis au travailleur lors de son engagement ou ultérieurement.

3. L'opposition de la partie adverse

481 Si la partie adverse conteste les faits et que son objection est rendue vraisemblable[1282], parce que le demandeur ne peut amener immédiatement des preuves suffisantes[1283] ou que le défendeur présente des contre-preuves, la protection dans les cas clairs ne peut pas être accordée et la requête doit être déclarée irrecevable[1284].

1280 ALBERTI, 114 s. ; comp. FRANCK/STRÄULI/MESSMER, N 23b et 25 ad § 222 ZPO ZH.

1281 BOHNET (RJJ), 284 ; BSK ZPO-HOFMANN, N 18 ad art. 257 CPC ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 357 N 55 ; comp. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (1999), N 2c ad art. 197 ZPO SG.

1282 GASSER/RICKLI, N 7 ad art. 257 CPC ; Message CPC, 6959 ad art. 253 P-CPC ; comp. BÜRGI/SCHLÄPFER/HOTZ/PAROLARI, N 6 ad § 164/165 ZPO TG.

1283 ALBERTI, 105 ; BOHNET (RJJ), 284 ; comp. Rekurskommission TG du 27.9.1999, RBOG 1999 168 N 26, c. 3a.

1284 Comp. SCHMID (1991), 112.

Par exemple, l'employeur affirme que les salaires ont été versés et rend vraisemblable qu'ils l'ont été de la main à la main ou sur un autre compte (bancaire ou postal) que celui dont l'extrait produit par le demandeur est issu. Ou il conteste que son entreprise ou le travailleur en cause soit soumis à la CCT invoquée par celui-ci pour prétendre à un solde de salaire dû selon le montant minimum prévu, et apporte des explications plausibles à cet égard.

4. La non-opposition ou l'opposition manifestement contraire à la bonne foi

482 La protection dans les cas clairs doit être admise lorsque, d'une part, l'état de fait est clair et que, d'autre part, la partie adverse ne s'y oppose pas ou s'y oppose de manière manifestement contraire à la bonne foi[1285].

Ainsi, si l'employeur se contente de réfuter la thèse du demandeur sans fournir d'explications quant à sa version des faits, il ne la rend pas vraisemblable.

483 Le défaut du défendeur ne signifie pas encore qu'il ne conteste pas l'état de fait ; en pareil cas, le tribunal doit statuer sur la base des éléments en sa possession (art. 223 al. 2 par analogie et 234 al. 1 CPC)[1286].

5. Les conséquences de l'absence de « cas clair »

484 Lorsque le tribunal saisi considère que les conditions de la protection dans les cas clairs ne sont pas réalisées, il déclare la requête irrecevable (art. 257 al. 3, 59 al. 1 et 60 CPC)[1287]. Celle-ci est néanmoins introductive d'instance (art. 62 al. 1 CPC) et le demandeur dispose du délai d'un mois pour réintroduire une demande, soumise à la procédure ordinaire ou simplifiée, c'est-à-dire en principe précédée d'une requête de conciliation, afin de maintenir l'instance à la date du dépôt de la requête en cas clair (art. 63 al. 2 CPC)[1288]. Cette possibilité permet notamment à la partie qui invoque le cas clair de sauvegarder un délai de péremption ou de prescription quand bien même le tribunal refuserait d'y voir l'existence d'un cas clair.

Par exemple, le travailleur réclame la différence entre le minimum CCT applicable à la branche et le salaire qu'il a perçu pendant les cinq années précédentes ; le tribunal déclare la requête de cas clair irrecevable et l'employé réintroduit sa demande dans le mois qui suit,

---

[1285] Message CPC, 6959 ad art. 253 P-CPC ; comp. STUDER/RÜEGG/EIHOLZER, N 3 ad § 226 ZPO LU : « Eine einfache Bestreitung genügt allerdings nicht ».

[1286] BOHNET (RJJ), 284.

[1287] BOHNET (RJJ), 289 ; BSK ZPO-HOFMANN, N 9 ad art. 257 CPC ; GASSER/RICKLI, N 8 ad art. 257 CPC ; GULDENER (1979), 588 ; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, 455 N 22 ; comp. également : FRANCK/STRÄULI/MESSMER, N 26 ad § 222 ZPO ZH ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (1999), N 3d ad art. 197 ZPO SG ; SCHMID (1991), 109. Cf. supra N 234.

[1288] BOHNET (RJJ), 287 s. ; GASSER/RICKLI, N 8 ad art. 257 CPC.

auprès de l'autorité de conciliation compétente ; la date du dépôt de la requête en cas clair est sauvegardée et le délai de prescription des prétentions calculé en fonction de cette date.

Chapitre XIII :
Les frais et l'assistance judiciaire

§ 38 Les frais judiciaires et les dépens

1. Généralités

a. La notion de frais et le devoir d'information du tribunal

485 L'art. 95 CPC définit la notion de « frais », qui couvre d'une part les frais judiciaires et, d'autre part, les dépens (al. 1). Son al. 2 délimite le cercle des *frais judiciaires*. Il s'agit des émoluments de justice ainsi que des frais liés à l'administration des preuves et à une éventuelle traduction. Quant aux dépens, ils concernent les débours[1289] ainsi que le défraiement d'un représentant professionnel (al. 3). Lorsque la partie n'est pas assistée d'un mandataire professionnel[1290], l'art. 97 CPC impose au tribunal un devoir d'information quant aux frais[1291] présumés du procès et à l'assistance judiciaire ; dans les procédures gratuites, les parties doivent être mises en garde sur les conséquences d'un comportement téméraire[1292]. Ces informations devraient être indiquées dans un courrier adressé au demandeur après l'introduction de sa demande ou le cas échéant dans le cadre de la notification de la demande au défendeur, voire au plus tard dans l'acte de citation à comparaître à la première audience fixée[1293]. L'art. 97 CPC est particulièrement profitable au travailleur qui conduit lui-même son procès – notamment lorsque la procédure simplifiée ou sommaire est applicable – en ce sens qu'il permet d'éviter les mauvaises surprises en cas de perte du procès et de condamnation au versement de dépens

---

1289 Tels par exemple les frais de port, de voyage, de téléphone, ou encore de photocopies, cf. BSK ZPO-RÜEGG, N 17 ad art. 95 CPC, Message CPC, 6905 ad art. 93 et 94 P-CPC ainsi que SUTER/VON HOLZEN (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 31 ad art. 95 CPC.

1290 Même si le Code utilise le terme d'« avocat », il faut à notre avis élargir la notion à tout mandataire professionnel, celui-ci ayant également la faculté d'informer la partie au sujet des frais. Plus restrictifs : SUTER/VON HOLZEN (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 5 ad art. 97 CPC.

1291 Le texte français parle à tort de « dépens » ; en effet, tant dans la version en français du Projet que dans les textes finaux allemand et italien, il est fait mention des frais dans leur ensemble (« *Prozesskosten* » ; « *spese giudiziarie* »).

1292 Cf. infra N 499 ss.

1293 BSK ZPO-RÜEGG, N 3 ad art. 97 CPC ; SUTER/VON HOLZEN (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 9 et 15 ad art. 97 CPC. Plus large : KUSTER (in BAKER & MCKENZIE), N 5 ad art. 97 CPC, qui admet que l'information soit donnée par oral.

à l'employeur[1294]. La violation de l'art. 97 CPC peut être invoquée dans le cadre d'un appel ou d'un recours contre la décision finale[1295].

b. Les sûretés en garantie des dépens

486 Aux termes de l'art. 99 al. 1 CPC, le demandeur peut être astreint à fournir des *sûretés en garantie des dépens* si l'un des cas prévus aux lit. a à d est réalisé, soit par exemple lorsque le demandeur ne possède pas de domicile en Suisse ou s'il y a un risque considérable que les dépens ne soient pas versés. L'al. 3 réserve certaines hypothèses où la fourniture de sûretés est d'emblée exclue, notamment lorsque le litige porte sur la LEg ou la LPart (lit. a). Il est regrettable que l'exception ne vise pas les autres causes relevant du droit du travail soumises à la procédure simplifiée, ce d'autant que le Message CPC lui-même indique que l'obligation de fournir des sûretés est exclue dans les « procédures sociales »[1296]. Un travailleur dans une situation financière précaire pourrait dès lors renoncer à faire valoir ses prétentions en justice lorsque l'issue du procès est incertaine, au vu notamment des difficultés liées à la preuve (par exemple vis-à-vis des heures supplémentaires effectuées ou du caractère abusif du licenciement), de peur de devoir fournir des sûretés. Des dispositions cantonales peuvent toutefois exclure le paiement de dépens dans les procédures de droit du travail d'une valeur litigieuse inférieure ou égale à 30'000 francs (art. 116 CPC)[1297] et écarter ainsi la fourniture de sûretés en la matière.

c. Les prétentions reconventionnelles

487 Lorsque le défendeur oppose une *prétention reconventionnelle*, la valeur litigieuse de celle-ci est additionnée à celle de la demande principale pour le calcul des frais, à moins que les deux prétentions s'excluent, c'est-à-dire que l'admission de l'une entraîne nécessairement le rejet de l'autre (art. 94 al. 2 CPC). Toutefois, lorsque la valeur litigieuse de la prétention principale ou reconventionnelle la plus élevée (art. 94 al. 1 CPC) est inférieure ou égale à 30'000 francs mais que les valeurs litigieuses additionnées dépassent ce montant (art. 94 al. 2 CPC), le procès demeure soumis à la dispense du paiement des frais judiciaires. En effet, le principe de l'addition des valeurs litigieuses ne vaut que si le procès nécessite de calculer des frais, c'est-à-dire lorsque la valeur de la prétention la plus élevée est supérieure à 30'000 francs. Le défendeur ne pourra ainsi jamais faire échec à la gratuité de la procédure en opposant une conclusion

[1294] Le travailleur ne risque en tout cas pas de devoir supporter les frais judiciaires, seuls les dépens pouvant être mis à la charge des parties lorsque la valeur litigieuse est inférieure ou égale à 30'000 francs (art. 114 lit. c CPC), cf. infra N 490 ss.
[1295] BSK ZPO-RÜEGG, N 5 ad art. 97 CPC.
[1296] Message CPC, 6906 ad art. 96 et 97 P-CPC.
[1297] Cf. infra N 498.

reconventionnelle à une prétention inférieure ou égale à 30'000 francs, ce d'autant plus que le même type de procédure doit être applicable aux prétentions principale et reconventionnelle (art. 224 al. 1 CPC) et que le montant de 30'000 francs délimite aussi bien la procédure ordinaire et simplifiée (art. 243 al. 1 CPC) que la perception ou non de frais judiciaires (art. 114 lit. c CPC).

Par exemple, le travailleur réclame 12'000 francs et l'employeur lui oppose une prétention reconventionnelle à hauteur de 22'000 francs. La valeur litigieuse à prendre en compte pour déterminer le type de procédure applicable et les règles régissant les frais est celle de 22'000 francs (prétention la plus élevée, art. 94 al. 1 CPC). Puisque la valeur est inférieure à 30'000 francs, les parties sont dispensées du paiement des frais judiciaires. Aucuns frais n'étant dus, les valeurs litigieuses ne doivent pas être additionnées pour les calculer.

2. La dispense de frais

a. En procédure de conciliation

aa. La dispense de frais judiciaires

488 Aux termes de l'art. 113 al. 2 CPC, il n'est pas perçu de *frais judiciaires* devant l'autorité de conciliation lorsque la valeur litigieuse de la cause ne dépasse pas 30'000 francs (lit. d) ou lorsque les prétentions sont fondées sur la LEg ou la LPart (lit. a et e). Le même système était retenu avant l'entrée en vigueur du CPC (art. 343 al. 3 CO, 12 al. 2 LEg et 15 al. 3 LPart).

ab. La dispense de dépens

489 L'art. 113 al. 1 CPC exclut de manière générale l'allocation de *dépens* en procédure de conciliation. Celle-ci ayant pour but d'amener les parties à trouver un terrain d'entente et « d'éviter une action formelle »[1298], la solution inverse ne serait guère envisageable. La dispense du paiement de dépens vaut même en cas de comportement téméraire (art. 115 CPC *a contrario*)[1299].

b. Dans la procédure au fond

ba. La dispense de frais judiciaires

baa. Le principe

490 Dans les procès au fond, l'art. 114 CPC dispense les causes de droit du travail d'une valeur litigieuse inférieure ou égale à 30'000 francs (lit. c) et celles relevant de la LEg et de la LPart sans égard à la valeur litigieuse (lit. a et d) de la

[1298] BSK ZPO-RÜEGG, N 2 ad art. 113 CPC ; Message CPC, 6911 ad art. 111 P-CPC.

[1299] BOHNET (2010), N 93 ; JENNY (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 2 ad art. 115 CPC. *Contra* : SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 167 N 16 s.

perception de frais judiciaires. La même solution était retenue sous l'ancien droit, aux art. 343 al. 3 CO, 12 al. 2 LEg et 15 al. 3 LPart.

491 Selon le Tribunal fédéral, la gratuité doit également s'appliquer aux litiges portant sur des *points accessoires de procédure*[1300], tels par exemple l'inobservation de délais, l'incompétence ratione loci ou materiae du tribunal[1301], le refus d'octroi de l'assistance judiciaire gratuite[1302], la requête en récusation d'un juge[1303] ou celle en fixation des honoraires de l'avocat[1304]. En revanche, lorsqu'une question de droit du travail ne se pose qu'à titre *préjudiciel* et que le fond relève d'un autre domaine du droit, telle une contestation de l'état de collocation, la procédure n'est pas gratuite[1305]. La dispense de frais ne vaut par conséquent que lorsque le conflit répond à la définition du « litige relevant du droit du travail »[1306].

bab. En cas de pluralité de prétentions portant sur des fondements distincts

492 Etant donné la dispense du paiement des frais judiciaires dans toutes les causes relevant de la LEg ou de la LPart, sans égard à la valeur litigieuse, comment faut-il régler le cas où la demande contient plusieurs prétentions dont l'une est fondée sur la LEg ou la LPart et l'autre, d'un montant supérieur à 30'000 francs, sur les dispositions générales du contrat de travail[1307] ? Sous l'empire des art. 343 CO et 12 LEg, la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral n'a pas toujours été très cohérente. Celui-ci a parfois admis la gratuité du procès dont certaines des prétentions seulement relevaient de la LEg[1308]. Il a également posé le principe selon lequel il ne suffisait pas que l'une des prétentions soit fondée sur la LEg pour entraîner de fait la dispense de frais[1309], de sorte que la gratuité devait être retenue uniquement si le litige tombait *essentiellement* sous le coup

1300 ATF 135 III 470, c. 3 ; 104 II 222, c. 2, JdT 1979 I 143.
1301 ATF 104 II 222, c. 2, JdT 1979 I 143 : in casu, la plainte portait sur le fait que la citation ne respectait pas le délai d'assignation fixé dans la loi mais aussi que la demande relevait du tribunal de prud'hommes *in corpore* et non du président seul.
1302 TF du 26.4.2004, 4P.74/2004, c. 3 ; TF du 5.4.2004, 4P.53/2004, c. 4.
1303 C. cass. NE du 20.9.2006, CCC.2006.77.
1304 TF du 9.7.2004, 4C.123/2004, c. 7.
1305 ATF 135 III 470, c. 3 ; 131 III 451, c. 3, JdT 2006 II 129.
1306 Cf. supra N 13 ss, en particulier N 28 sur la question de la qualification du contrat.
1307 L'ensemble du litige peut alors être porté devant le tribunal dans le cadre d'un seul et même procès, soumis à la procédure ordinaire, cf. supra N 447.
1308 TF du 31.5.2005, 4C.109/2005, c. 5 ; TF du 12.10.2004, 4C.276/2004, c. 8 et 4P.178/2004, c. 5.
1309 TF du 27.2.2006, 4C.321/2005, c. 10.2, JAR 2007 190 : « il ne suffit pas d'élever une prétention liée à un soi-disant harcèlement sexuel pour obtenir la gratuité de toute une procédure visant essentiellement à l'octroi de dommages-intérêts et autres indemnités dans une contestation de droit du travail d'une valeur litigieuse supérieure à 30'000 fr ».

de la LEg ou de la LPart[1310]. A notre avis, cette seconde solution est convaincante, sans quoi il suffirait que le demandeur invoque une prétention fondée sur l'une de ces lois dans le seul but de bénéficier de la gratuité du procès. Pour déterminer la prétention prépondérante du litige, il convient de prendre en compte l'importance des prétentions invoquées, en fonction notamment de la valeur litigieuse de chacune d'elles[1311] ou de l'intérêt qu'elles représentent pour le demandeur.

493 Lorsque la cause ne ressortit pas principalement à la LEg ou à la LPart, la part relative aux prétentions fondées sur celles-ci doit dans tous les cas être déduite du montant déterminant pour le calcul des frais[1312]. En effet, la volonté du législateur a été de soumettre sans restriction les prétentions fondées sur l'une de ces dispositions à la gratuité, de sorte qu'il apparaît exclu que des frais soient calculés sur cette base.

Ainsi, si le demandeur prend des conclusions fondées sur une discrimination à raison du sexe à hauteur de 25'000 francs et d'autres reposant sur des vacances non prises ainsi que des heures supplémentaires à raison de 35'000 francs, les frais doivent être calculés sur la base d'une valeur litigieuse de 35'000 francs et non de 60'000 francs.

494 Les mêmes principes s'appliquent lorsque la cause porte d'une part sur des prétentions de droit du travail d'un montant inférieur à 30'000 francs et, d'autre part, sur des prétentions, principales ou reconventionnelles, fondées sur un autre domaine du droit qui n'est pas soumis à la gratuité[1313]. Le juge doit en effet déterminer le caractère prépondérant du litige. Si les prétentions ne concernent pas principalement le contrat de travail, le montant y relatif doit néanmoins être déduit de la valeur litigieuse totale.

Par exemple, lorsque l'employé prétend à une indemnité pour licenciement abusif à raison de 20'000 francs ainsi qu'au remboursement d'un prêt à hauteur de 6'000 francs, le litige porte de manière prépondérante sur les relations de travail et la dispense de frais doit être appliquée à l'entier de la cause. Si, en revanche, le travailleur réclame 2'000 francs à titre d'heures supplémentaires et 25'000 francs à titre de remboursement d'un prêt, la cause ne ressortit pas principalement au droit du travail, les frais devant toutefois être calculés sur la base d'une valeur litigieuse de 25'000 francs et non de 27'000 francs.

1310 TF du 12.2.2008, 4A_455/2007, c. 9 ; TF du 27.2.2006, 4C.321/2005, c. 10.2, JAR 2007 190 ; C. app. Prud. GE du 2.10.2007, CAPH/156/2007, c. 6. *Contra* : STEIGER-SACKMANN (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 13 ad art. 12 LEg, pour laquelle les règles générales de procédure applicables en matière de conflits de travail, et non celles relatives à la LEg, s'appliquent dès le moment où d'autres pretentions sont invoquées concurremment à celle-ci.

1311 TF du 12.2.2008, 4A_455/2007, c. 9 ; TF du 27.2.2006, 4C.321/2005, c. 10.2, JAR 2007 190 ; C. app. Prud. GE du 2.10.2007, CAPH/156/2007, c. 6. Dans ces arrêts, le montant des prétentions fondées sur la LEg était nettement supérieur aux autres.

1312 C'est ce qu'avait très justement retenu la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes genevoise, voir C. app. Prud. GE du 18.5.2005, cité in TF du 27.2.2006, 4C.321/2005, c. 10.2, JAR 2007 190 ; STEIGER-SACKMANN (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 13 ad art. 12 LEg.

1313 Voir également supra N 17 et les réf. en n. 42.

bac. En cas de diminution des conclusions

495 Puisque le montant de 30'000 francs détermine le seuil de gratuité d'une procédure en droit du travail, il amène fréquemment le travailleur à réduire ses conclusions à hauteur de cette somme[1314]. Le demandeur peut par exemple diminuer le montant réclamé entre la procédure de conciliation et celle au fond afin de bénéficier de la dispense de frais[1315]. De même, lorsque le défendeur acquiesce sur certaines prétentions lors de la phase de conciliation, les frais doivent être calculés par la suite en fonction de la valeur litigieuse après déduction du montant reconnu[1316]. Ainsi, si la valeur litigieuse est réduite à moins de 30'000 francs, la procédure devient gratuite.

bad. En cas d'augmentation des conclusions

496 Lorsque le demandeur décide d'augmenter le montant de ses prétentions en cours de procédure, il peut le faire dans les limites posées à l'art. 227 al. 1 CPC, notamment si le même type de procédure demeure applicable[1317]. Le seuil de 30'000 francs étant déterminant vis-à-vis tant de la dispense des frais (art. 114 lit. c CPC) que du type de procédure applicable (ordinaire ou simplifiée, art. 243 al. 1 CPC), la gratuité ne peut jamais être remise en cause du fait de l'augmentation des conclusions. La jurisprudence du Tribunal fédéral rendue avant l'entrée en vigueur du CPC prévoyait pour sa part qu'une augmentation des conclusions entraînait la perception des frais de justice en cas de dépassement du seuil de gratuité[1318].

bae. Le système retenu devant le Tribunal fédéral

497 Sous l'empire de l'OJ et de l'art. 343 CO, le Tribunal fédéral retenait que la gratuité déduite de l'al. 3 de cette disposition devait également s'appliquer aux affaires portées devant lui[1319]. Avec l'entrée en vigueur de la LTF, le législateur n'a pas repris complètement le principe puisque, selon lui, une procédure ne doit plus être absolument gratuite[1320]. Il a néanmoins souhaité garantir que les frais demeurent modérés dans les procès à caractère social[1321]. L'art. 65 al. 4 LTF prévoit ainsi un émolument fixé indépendamment de la valeur litigieuse et variant entre 200 et 1'000 francs maximum. Il s'applique notamment à tous les

1314 Voir notamment Avis du Conseil fédéral, Initiative parlementaire : Droit du travail, Augmentation de la valeur litigieuse pour les procédures gratuites, FF 2000 4497, 4498 s.
1315 Cf. infra N 810.
1316 Comp. ATF 115 II 30, c. 5b, JdT 1989 I 601 (rés.).
1317 Cf. infra N 800 ss.
1318 TF du 21.10.1996, SJ 1997 149, c. 4.
1319 ATF 115 II 30, c. 5a, JdT 1989 I 601 (rés.) ; 113 Ia 107, c. 5 ; 100 II 358, c. a, JdT 1975 I 621 ; 98 Ia 561, c. 6a.
1320 Message LTF, 4131.
1321 Message LTF, 4131.

litiges relevant de la LEg indépendamment de la valeur litigieuse (lit. b)[1322] ainsi qu'à ceux fondés sur le contrat de travail lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 francs (lit. c)[1323]. Le montant de l'émolument judiciaire peut être porté à un maximum de 10'000 francs lorsque des motifs particuliers le justifient (al. 5), tels qu'une valeur litigieuse importante[1324], l'ampleur particulière du travail à fournir par le Tribunal fédéral[1325] ou la complexité extraordinaire du litige[1326]. L'une ou l'autre de ces situations peut se rencontrer en matière de procès fondé sur la LEg, en particulier lorsqu'il porte sur une prétendue discrimination salariale[1327], de sorte que la partie qui entend recourir devrait prendre cet élément en considération. En sus de l'émolument judiciaire s'ajoutent encore dans tous les cas les frais liés aux copies des mémoires, les frais de traduction – sauf celle des langues officielles – ainsi que ceux liés aux indemnités d'experts ou de témoins (art. 65 al. 1 LTF). Cette règle fait par conséquent exception au principe de gratuité de la mise en œuvre d'une expertise dans un procès relevant de la LEg ou du droit du travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 francs[1328], lorsque l'expertise est ordonnée dans le cadre du recours devant le Tribunal fédéral[1329].

bb. La dispense de dépens

498 L'art. 114 CPC se rapporte aux frais judiciaires uniquement et ne dispense pas la partie qui succombe de verser des *dépens*. L'art. 116 CPC tempère cependant le principe en permettant aux cantons de prévoir « des dispenses de frais plus larges ». Bien que le Message CPC utilise la notion de « frais judiciaires »[1330], la disposition concerne en réalité les frais dans leur ensemble, c'est-à-dire également les dépens[1331], comme l'indique d'ailleurs le texte légal lui-même[1332]. Ainsi, les cantons sont libres d'exclure le paiement de dépens dans les procédures de droit du travail, par exemple jusqu'à une certaine valeur litigieuse, et de réserver ou non les cas de témérité[1333].

1322 Voir TF du 5.2.2007, 4C.289/2006, c. 7.

1323 Voir TF du 4.8.2009, 4A_541/2008, c. 7 ; TF du 26.2.2009, 4A_579/2008, c. 3 ; TF du 11.9.2008, 4A_152/2008, c. 8.2 ; TF du 9.8.2007, 4A_170/2007, c. 6.

1324 DONZALLAZ (Com-LTF), N 1900 ad art. 65 LTF.

1325 CORBOZ (in CORBOZ ET AL.), N 40 ad art. 65 LTF.

1326 SEILER (in SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH), N 32 ad art. 65 LTF.

1327 STEIGER-SACKMANN (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 48 ad art. 12 LEg.

1328 Cf. supra N 490.

1329 SEILER (in SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH), N 23 ad art. 65 LTF ; STEIGER-SACKMANN (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 49 et n. 91 ad art. 12 LEg.

1330 Message CPC, 6912 ad art. 114 P-CPC.

1331 GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 116 CPC ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 68.

1332 Le texte français parle de « frais », le texte allemand de « Prozesskosten » et le texte italien de « spese giudiziarie ».

1333 Voir par exemple § 25 EG ZPO AG. Selon l'art. 39 al. 3 LCPH JU, « le juge statue sur les dépens selon l'équité ».

c. La témérité ou la mauvaise foi

499 Aux termes de l'art. 115 CPC, les frais judiciaires peuvent être mis à la charge de la partie *téméraire* ou de *mauvaise foi* alors même que la procédure est soumise au principe de gratuité. Le CPC a ainsi repris le système qui prévalait sous l'empire de l'art. 343 CO[1334].

500 Les termes employés pour définir la notion de témérité sont variés. On parle du « fait d'intenter consciemment une action hasardeuse »[1335], d'une « action dénuée de tout fondement » entreprise de manière « manifestement contraire aux règles de la bonne foi »[1336], de l'engagement d'une procédure « manifestement dépourvue de toute chance de succès et dont un plaideur raisonnable s'abstiendrait »[1337], du fait de « procéder sans fondement ou abusivement » cherchant ainsi « à nuire à l'autre partie »[1338], ou encore du fait de « soutenir en procédure une thèse si évidemment mal fondée que toute personne tant soit peu raisonnable n'oserait la soutenir »[1339]. Dans tous les cas, tant le Tribunal fédéral que la doctrine majoritaire considèrent que la témérité doit être admise de manière exceptionnelle uniquement[1340]. Avec SCHÜRCH[1341], la témérité devrait en réalité être appliquée sans trop de retenue afin de pallier les effets pervers de la gratuité du procès. Si elle doit toujours s'apprécier selon les circonstances du cas d'espèce[1342], diverses situations amènent en général à la retenir, dont les plus courantes sont énumérées ci-après[1343].

501 A l'instar de la gratuité, la notion de témérité s'applique également aux litiges portant sur des points accessoires de procédure[1344]. Les frais seront par exemple mis à la charge de la partie qui a requis la récusation d'un juge alors que celle-ci était à l'évidence infondée[1345].

502 Le juge n'est pas dans l'obligation de mettre à la charge de la partie téméraire l'ensemble des frais judiciaires ; il peut par exemple les limiter aux frais

---

1334 Art. 343 al. 3, 2ème phrase, CO : « toutefois, le juge peut infliger une amende à la partie téméraire et mettre à sa charge tout ou partie des émoluments et frais judiciaires ». Voir également Message CPC, 6911 ad art. 113 P-CPC.
1335 RYTER, 127 N 257 s.
1336 ATF 106 II 152, c. 4.
1337 ABBET, 224.
1338 RYTER, 128 N 261.
1339 Ch. rec. VD du 8.6.2009, affaire n° 301/I, c. 2a ; Ch. rec. VD du 15.11.1983, JdT 1984 III 76, c. 3.
1340 ATF 106 II 152, c. 4 ; BRÜHWILER, N 8 ad art. 343 CO ; KOLLER (1995), 67 ; STREIFF/VON KAENEL, N 11 ad art. 343 CO ; SUBILIA/DUC, N 30 ad art. 343 CO. EGLI (2004), 39 s., se demande si les tribunaux ne sont pas un peu trop restrictifs à cet égard.
1341 SCHÜRCH, 228 et 230.
1342 COTTER, 72 ; RYTER, 128 N 261.
1343 Cf. infra N 503 à 510.
1344 Cf. supra N 491.
1345 C. cass. NE du 20.9.2006, CCC.2006.77.

dépensés en lien avec le comportement contraire à la bonne foi, telles les indemnités versées aux témoins dont l'audition s'est révélée non pertinente[1346]. Par ailleurs, lorsque le tribunal estime que la procédure introduite est à la limite de la témérité, il doit préférer la gratuité du procès[1347].

ca. Le défaut

503 Lorsque le *demandeur* ne comparaît pas à l'audience sans disposer de justes motifs, son comportement doit être considéré comme téméraire[1348]. Quant à l'absence du *défendeur*, elle n'implique pas en tant que telle un cas de témérité dans la mesure où les règles régissant le défaut la sanctionnent déjà[1349].

cb. La mise en garde par le tribunal

504 Lorsque le demandeur a d'entrée de cause été mis en garde par le tribunal quant au caractère vraisemblablement infondé de l'ensemble ou de la majeure partie de ses prétentions, il peut être considéré comme téméraire s'il poursuit néanmoins la procédure[1350].

505 De même, lorsque les prétentions de la demande paraissent bien-fondées et que le défendeur refuse de transiger alors même que le tribunal l'a mis en garde sur la faiblesse de son argumentation et sur les coûts démesurés engendrés par la poursuite du procès, il risque de voir son comportement taxé de téméraire.

Par exemple, un employé réclame le paiement de 700 francs à titre de solde de salaire ; l'employeur rétorque que ce montant a été retranché du salaire en raison du dommage causé par le travailleur dans l'accomplissement de son travail ; à l'audience de conciliation, l'employeur offre 350 francs à titre de transaction mais refuse de monter au-delà, considérant qu'il s'agit d'un cas de responsabilité civile du travailleur au sens de l'art. 321e CO ; le tribunal informe l'employeur d'une part des conditions restrictives appliquées par la jurisprudence dans ce domaine et, d'autre part, des coûts démesurés qu'impliquerait une administration des preuves comparée au seul montant de 350 francs qui sépare encore les parties.

1346 TF du 23.5.2005, 4C.91/2005, c. 3.

1347 TF du 6.4.2001, 4C.187/2000, c. 7.

1348 BSK-PORTMANN, N 15 ad art. 343 CO ; EGLI (2004), 39 ; JENNY (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 9 ad art. 115 CPC ; SCHÄTTI, 112 ; SCHÜRCH, 228 et 230 ; STREIFF/VON KAENEL, N 11 ad art. 343 CO ; Gew. SchiedsGer. BS du 29.3.1992, JAR 1983 292. Voir aussi infra N 561, 563 et 567.

1349 EGLI (2004), 39 ; RYTER, 127 N 259 ; comp. ESSEIVA/MAILLARD, 14 ad art. 9 CPC FR. Sur les conséquences du défaut de la partie défenderesse, voir infra N 562 (procédure de conciliation) et N 567 (procédure au fond).

1350 Gew. SchiedsGer. BS du 10.7.1978, BJM 1979 284 ; PORTMANN (2000), N 940 ; SUTTER (1986), 139 ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, N 28 ad art. 343 CO.

cc. Le comportement contraire à la bonne foi en cours de procédure

506 En cours de procès, une partie peut agir de manière contraire à la bonne foi lorsqu'elle *prolonge* la procédure[1351] ou cause des *frais inutilement*, par exemple :

- en ne fournissant pas les preuves supplémentaires qu'elle s'était proposée d'apporter après avoir réclamé à cet effet qu'une seconde audience soit fixée[1352] ;
- en persistant à ce que certains moyens de preuve soient ordonnés qui s'avèrent par la suite inutiles[1353], tels que l'audition de nouveaux témoins qui se révèlent sans pertinence[1354] ;
- au bénéfice d'une assurance de protection juridique, en refusant une proposition de transaction à des conditions favorables et en poursuivant le procès, alors qu'elle devait savoir que les moyens de preuve offerts ne permettraient pas de corroborer sa version des faits[1355].

507 S'agissant en particulier du *défendeur*, il peut agir de façon contraire à la bonne foi lorsque, par exemple :

- il conteste sa légitimation passive après l'audience des débats principaux seulement[1356] ;
- il se désintéresse totalement de la cause et ne fournit pas les pièces dont la production a été ordonnée par le tribunal ou il donne sciemment des indications erronées[1357] ;
- il se voit régulièrement attrait en justice et toujours pour le même type de prétentions et se désintéresse chaque fois de la procédure, en omettant notamment de s'expliquer ou en ne comparaissant pas[1358].

1351 BSK-PORTMANN, N 15 ad art. 343 CO ; OGer LU du 23.11.1998, JAR 1999 381, c. 4.

1352 BRÜHWILER, N 8 ad art. 343 CO ; Gew. SchiedsGer. BS du 25.7.1985, JAR 1987 356 : en l'espèce, l'employé avait été congédié de façon immédiate pour abandon de poste ; il avait argué lors de la première audience avoir été malade et avait proposé de fournir une attestation de son médecin ; renseignements pris auprès du médecin en question, il s'est avéré que le travailleur n'était jamais allé le consulter, ce que celui-ci a ensuite admis lui-même lors de la seconde audience.

1353 KOLLER (1995), 68. Voir également TF du 23.5.2005, 4C.91/2005, c. 3.3.

1354 L'art. 108 CPC prévoit expressément que les frais causés inutilement doivent être mis à la charge de la partie qui les a causés. Le Message CPC se réfère à cet égard à la notion de témérité notamment, 6909 ad art. 106 P-CPC. Voir également ABBET, 225, qui admet que lorsque le procédé téméraire émane d'un mandataire professionnel, les frais causés inutilement peuvent être mis personnellement à sa charge.

1355 Ch. rec. VD du 28.2.2005, cité par DUCRET/OSOJNAK, N 6 ad art. 41 LJT.

1356 EGLI (2004), 39 ; STREIFF/VON KAENEL, N 11 ad art. 343 CO ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, N 28 ad art. 343 CO.

1357 AGer ZH du 27.4.1994, ZR 96 (1997) N 97 ; KOLLER (1995), 68.

1358 AGer ZH du 11.9.2001, ZR 101 (2002) 242 N 78 ; EGLI (2004), 40.

508 Est également téméraire la partie qui commet, dans le cadre du procès civil, un acte *pénalement répréhensible* qui a pour effet d'allonger la procédure ou de compliquer l'administration des preuves.

Par exemple, le défendeur produit un faux contrat de travail devant le tribunal qui suspend la cause jusqu'à droit connu au pénal ; le défendeur se voit ensuite condamné pour faux dans les titres et la cause civile est reprise plusieurs mois ou années après seulement[1359].

cd. Le comportement contraire à la bonne foi en instance de recours

509 L'autorité de recours peut reconnaître la témérité d'une partie qui se prévaut devant elle de faits ou de moyens de preuve qui auraient pu être invoqués en première instance déjà[1360].

ce. Les prétentions dénuées de fondement

510 L'action doit être qualifiée de téméraire lorsque les prétentions sont *objectivement et subjectivement* dénuées de tout fondement[1361]. L'élément subjectif signifie que la partie devait ou pouvait connaître le caractère déraisonnable de sa demande. Le Tribunal fédéral pose à cet égard une présomption que des allégations formulées sans le moindre fondement l'ont été de mauvaise foi[1362]. Une telle présomption doit en tout cas s'appliquer lorsque la partie est assistée d'un mandataire professionnel[1363] ou qu'elle dispose de connaissances juridiques particulières[1364] ; à défaut, la témérité ne devrait être retenue qu'en cas de mauvaise foi manifeste[1365], par exemple du travailleur qui :

- prétend au paiement d'heures supplémentaires qu'il sait n'avoir jamais effectuées ;
- réclame le paiement de son solde du droit aux vacances après avoir eu la possibilité de le prendre pendant les relations de travail mais y avoir renoncé, ou l'avoir en réalité déjà pris[1366] ;

1359 TPrud. de l'arrondissement de l'Est vaudois du 1.4.2010.

1360 EGLI (2004), 39 ; KOLLER (1995), 68 ; AppGer BS du 16.10.1984, JAR 1986 248, BJM 1985 283.

1361 BK-REHBINDER, N 20 ad art. 343 CO ; BRÜHWILER, N 8 ad art. 343 CO ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, N 28 ad art. 343 CO.

1362 TF du 23.5.2005, 4C.91/2005, c. 3.3.

1363 BK-REHBINDER, N 20 ad art. 343 CO ; BRÜHWILER, N 8 ad art. 343 CO ; EGLI (2004), 39. Voir également ABBET, 224.

1364 OGer LU du 26.11.1993, JAR 1994 313 ; COTTER, 73.

1365 BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 13 ad art. 343 CO, qui considèrent que la témérité ne peut être opposée à la partie non assistée et ignorante du droit, sauf lorsque ses prétentions sont manifestement contraires à la bonne foi ; Gew. SchiedsGer. BS du 27.6.1983, BJM 1985 283.

1366 ATF 106 II 152.

- invoque un licenciement immédiat injustifié après s'être rendu coupable d'un comportement pénalement répréhensible en lien avec sa place de travail (par exemple, vol auprès de son employeur[1367], penchant pédophile de celui qui travaille dans une école[1368]) ;
- invoque l'application d'une convention collective alors qu'il a signé un accord avec son employeur excluant expressément son application[1369].

3. La répartition des frais

a. Le principe

511 Selon l'art. 106 CPC, les frais sont mis à la charge de la partie qui succombe. Cela signifie que lorsqu'une partie obtient partiellement gain de cause, elle devra supporter une partie des frais.

Dans une affaire où le demandeur avait succombé sur un montant d'environ 16'800 francs et le défendeur sur 8'400 francs, la clé de répartition 2/3 – 1/3 a été appliquée par le Tribunal fédéral[1370].

Dans un arrêt où les deux parties avaient succombé dans leur recours respectif, l'une à concurrence de 30'000 francs et l'autre de 15'000 francs, les dépens globaux à payer, estimés à 3'000 francs, ont été ventilés à raison de 2'000 francs pour la première et de 1'000 francs pour la seconde (les parties étant dispensées du paiement des frais judiciaires vu la valeur litigieuse inférieure à 30'000 francs)[1371].

512 Lorsqu'une partie « n'obtient que très partiellement gain de cause », le Tribunal fédéral considère qu'il convient de procéder à une répartition des frais par 3/4 – 1/4[1372].

Dans un recours au Tribunal fédéral, un employeur qui s'était vu condamné par les instances cantonales à verser à son ancien employé la somme de 119'996 francs, correspondant à 99'996 francs d'indemnité pour licenciement abusif et à 20'000 francs de tort moral, concluait à sa libération. Notre haute cour a partiellement admis le recours en ce sens qu'elle a condamné le défendeur à payer un montant de 109'996 francs, après avoir réduit l'indemnité pour tort moral de 20'000 à 10'000 francs. Les frais de la cause ont été mis à la charge de l'employeur-recourant, qui n'avait « que très partiellement obtenu gain de cause », à raison de 3/4 du montant total[1373].

1367 TF du 19.10.2006, 4C.185/2006, c. 2 ; COTTER, 73.
1368 KGer AR du 21.7.2000, ARGVP 2000 102, c. 2.
1369 ATF 106 II 45, c. 4.
1370 TF du 19.1.2001, 4C.239/2000, c. 4.
1371 TF du 22.5.2006, 4C.60/2006, c. 10.3.
1372 Voir par exemple TF du 16.6.2005, 4C.84/2005, c. 9, et TF du 21.5.2003, 4C.62/2003, c. 6.
1373 TF du 16.6.2005, 4C.84/2005, c. 8 et 9.

513 L'art. 106 al. 1 CPC précise encore que lorsqu'une partie acquiesce, retire ses prétentions ou voit sa demande jugée irrecevable, elle doit être considérée comme succombante, autrement dit supporter les frais de la cause.

b. Les exceptions

514 L'art. 107 CPC atténue le principe posé à l'art. 106 CPC en admettant dans certaines hypothèses une *répartition des frais en équité*. Selon l'art. 107 lit. a CPC, celle-ci peut avoir lieu lorsque le demandeur n'obtient gain de cause que sur le principe de ses prétentions mais non sur leur montant, qui dépend dans une large mesure de l'appréciation du tribunal ou qui est difficile à chiffrer. La première hypothèse vise notamment les cas où l'autorité judiciaire est admise à statuer en équité sur la base de l'art. 42 al. 2 CO[1374], par exemple lorsqu'elle apprécie le nombre d'heures supplémentaires effectuées par l'employé[1375].

515 La seconde hypothèse, soit celle où les prétentions sont difficiles à chiffrer, peut concerner des cas où leur montant dépend d'un événement futur. Ainsi en ira-t-il du travailleur qui introduit une demande en indemnité pour résiliation immédiate injustifiée sans connaître le montant qui devrait être imputé sur celle-ci (art. 337c al. 2 CO), ne sachant pas s'il retrouvera une activité avant le terme ordinaire du délai de congé, cas échéant le montant du gain qu'il aura retiré. Dans l'hypothèse où le jugement fixant l'indemnité est rendu avant le moment auquel le contrat aurait normalement dû prendre fin, le Tribunal fédéral retient que le juge statue *ex æquo et bono* en application de l'art. 42 al. 2 CO, puisque la question d'une éventuelle imputation selon l'art. 337c al. 2 CO demeure indécise[1376]. C'est pourquoi, quand bien même le demandeur obtient gain de cause sur le fond, il peut n'obtenir qu'un montant réduit de ses conclusions si le revenu retiré de l'activité professionnelle retrouvée est important. Il se justifie par conséquent de calculer les frais en prenant en compte le montant qui aurait été réclamé si le demandeur avait connu la somme à imputer. Pour plus de sécurité, le demandeur devrait indiquer dans ses conclusions que le montant réclamé l'est « sous réserve d'une réduction ultérieure de la demande dans le cas où un nouvel emploi devait débuter avant l'échéance du délai ordinaire de congé »[1377].

516 A côté des hypothèses spécifiques (art. 107 lit. a à e CPC), le Code prévoit de manière générale la répartition des frais en équité si des « circonstances particulières rendent la répartition en fonction du sort de la cause inéquitable »

[1374] Cf. infra N 606.
[1375] Cf. infra N 676.
[1376] TF du 12.6.2001, 4C.100/2001, c. 6d.
[1377] STREIFF/VON KAENEL, N 14 ad art. 337c CO ; OGer ZH du 15.4.1986, JAR 1988 330, c. 4.

(lit. f), telle par exemple l'inégalité économique entre les parties[1378], en particulier lorsque l'employé dispose de revenus modestes alors que son employeur réalise un chiffre d'affaires annuel très élevé[1379]. Le seul fait que la partie qui succombe invoque ne disposer que de moyens très modestes et se trouver dans une situation financière momentanément difficile ne suffit cependant pas à justifier une dispense de frais si elle n'a fait aucune demande d'assistance judiciaire[1380].

§ 39 L'assistance judiciaire

517 Conformément aux art. 29 al. 3 Cst. et 117 CPC, l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite est subordonné à deux conditions : une situation d'*indigence* de la partie qui la requiert et un certain degré de *chances de succès* des prétentions invoquées.

518 La première condition suppose que la partie ne dispose pas des revenus ou de la fortune nécessaires pour engager le procès sans que son existence soit gravement mise en péril. Pour calculer si les ressources du requérant sont suffisantes, il convient de prendre en compte le minimum vital prévu par le droit des poursuites augmenté de 10 à 30%, suivant les impôts en cours[1381].

519 Quant à la seconde condition, elle implique que les chances de succès ne soient pas notablement inférieures aux risques d'échec, c'est-à-dire qu'une personne raisonnable et de condition aisée ne renoncerait pas à engager le procès en raison des frais qu'elle s'exposerait à devoir supporter. En d'autres termes, si les chances de succès sont égales ou légèrement inférieures aux risques d'échec, l'assistance judiciaire gratuite doit être accordée[1382].

520 Si l'octroi de l'assistance judiciaire entraîne la dispense du paiement de l'avances de frais, de sûretés et des frais judiciaires (art. 118 al. 1 lit. a et b CPC), il peut également signifier la *commission d'office d'un avocat*[1383]. Celle-ci doit être admise en cas de nécessité pour le requérant, au vu notamment de la difficulté de la cause, de l'incapacité de la partie à procéder seule ou du fait que

---

1378 BSK ZPO-RÜEGG, N 2 ad art. 107 CPC ; Message CPC, 6909 ad art. 105 P-CPC.
1379 Comp. GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 107 CPC.
1380 Comp. TF du 4.5.2010, 4A_54/2010, c. 3 (non publié à l'ATF 136 I 290).
1381 Message CPC, 6912 ad art. 115 P-CPC ; ATF 124 I 1, c. 2a, JdT 1999 I 60 ; 106 Ia 82, c. 3 : la prise en compte du minimum LP ne suffit pas, les données individuelles de chaque cas devant être prises en considération.
1382 EMMEL (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 13 ad art. 117 CPC ; GASSER/RICKLI, N 6 ad art. 117 CPC ; Message CPC, 6913 ad art. 115 P-CPC ; ATF 133 III 614, c. 5 ; 122 I 267, c. 2b, JdT 1998 I 618, et les réf. citées ; 119 Ia 251, c. 3b, JdT 1996 I 343 ; TF du 14.5.2010, 4A_178/2010, c. 6.
1383 Même si le texte légal parle de « conseil juridique », il fait référence aux seuls avocats, voire aux avocats-stagiaires, cf. BOHNET/MARTENET, 689 N 1674.

la partie adverse est elle-même assistée par un mandataire[1384]. A notre avis, la nomination d'un avocat doit aussi être admise lorsque l'employeur est représenté par une personne bénéficiant de connaissances juridiques particulières[1385], dans un souci d'égalité des armes[1386]. Pour apprécier la nécessité de nommer un avocat d'office, il convient de se demander si, dans une situation identique, une personne raisonnable et de bonne foi, disposant de ressources financières suffisantes, ferait ou non appel à un avocat[1387].

521 Selon le Tribunal fédéral, le fait que les contentieux de droit du travail soient soumis à une procédure simple et rapide – en particulier par la mise à disposition de formulaires pour introduire la demande ainsi que par l'application de la maxime inquisitoire sociale – n'empêche pas qu'une partie puisse bénéficier de l'assistance judiciaire gratuite[1388]. D'une part, la maxime inquisitoire sociale connaît certaines limites, notamment quant à la possibilité pour le tribunal de prodiguer des conseils en matière de procédure[1389], et, d'autre part, elle ne dispense pas les parties de collaborer à la présentation des faits et à la proposition des moyens de preuve pertinents[1390]. En revanche, le seul fait qu'une partie ait des difficultés à s'exprimer dans la langue du procès ne lui permet pas de prétendre à l'assistance d'un avocat, la désignation d'un interprète pouvant être ordonnée par le tribunal (comp. art. 95 al. 2 lit. d CPC)[1391].

1384 EMMEL (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 9 ad art. 118 CPC ; GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 118 CPC ; Message CPC, 6913 ad art. 116 CPC. S'agissant du fait pour l'autre partie d'être assistée d'un mandataire professionnel, il est expressément mentionné à l'art. 118 al. 1 lit. c CPC.

1385 KGer SG du 21.2.1985, JAR 1986 244, c. 3d ; comp. FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 4.14 ad art. 343 CO.

1386 ATF 131 I 350, c. 4 ; 112 Ia 7, c. 2b, JdT 1987 I 57.

1387 TF du 28.3.2008, 4A_87/2008, c. 3.2, JAR 2009 207, qui cite CORBOZ BERNARD, Le droit constitutionnel à l'assistance judiciaire, SJ 2003 II 67-89, 81.

1388 TF du 28.3.2008, 4A_87/2008, c. 3.2 et 3.3, JAR 2009 207 ; TF du 3.5.2007, 4A_36/2007, c. 2.3.1, RSPC 2007 384 ; ATF 122 III 392, c. 3c, s'agissant de la maxime d'office.

1389 TF du 3.5.2007, 4A_36/2007, c. 2.3.1, RSPC 2007 384. Voir supra N 285 à 287.

1390 TF du 28.3.2008, 4A_87/2008, c. 3.2, JAR 2009 207. Voir supra N 284.

1391 Prés. Cour de justice en matière d'assistance juridique GE du 18.1.2008, in TF du 28.3.2008, 4A_87/2008, lit. B (état de fait) ; Gew. SchiedsGer. BS du 6.8.1985, BJM 1987 230.

Chapitre XIV :
L'acquiescement, le désistement et la transaction

§ 40 L'acquiescement

522 Lorsqu'une procédure est introduite à son encontre, le défendeur peut acquiescer sur tout ou partie des prétentions qui lui sont réclamées[1392]. L'art. 241 CPC précise à cet égard que l'acquiescement qui est consigné au procès-verbal doit être signé par les parties (al. 1) et entraîne les mêmes effets qu'une décision entrée en force (al. 2). Lorsque l'acquiescement porte sur l'entier des conclusions, la cause est rayée du rôle (al. 3). S'agissant des frais, la partie qui acquiesce doit être considérée comme partie succombante, partant en supporter la charge (art. 106 al. 1 CPC).

523 Si l'acquiescement ne porte que sur une partie des prétentions, le procès continue pour le surplus, sans que la valeur litigieuse soit modifiée ni, par conséquent, le type de procédure applicable (comp. art. 227 al. 3 CPC)[1393]. Il faut toutefois réserver l'acquiescement qui interviendrait pendant la procédure de conciliation (art. 208 CPC)[1394].

524 Lorsque, en cours de procédure, le défendeur paie le montant ou exécute la prestation qui est réclamée, le tribunal doit retenir l'acquiescement du défendeur et non le retrait des prétentions par le demandeur, quand bien même celui-ci formulerait lui-même qu'il n'entend pas poursuivre la procédure, devenue sans objet. Cette règle s'impose principalement au regard de la répartition des frais : il semblerait injuste qu'un désistement d'action soit retenu et que les frais soient mis à la charge du demandeur (art. 106 al. 1 CPC), alors qu'en exécutant la prestation réclamée, le défendeur a implicitement admis que celle-ci était justifiée, les frais devant en toute logique être mis à sa propre charge (comp. art. 106 al. 1, 2ème phrase, CPC)[1395].

Par exemple, si, à l'audience, les parties informent le tribunal que la somme faisant l'objet du litige a été versée dans l'intervalle, le tribunal doit consigner l'acquiescement au procès-verbal, le faire signer par les parties (art. 241 al. 1 CPC) et rayer la cause du rôle.

525 Plus épineux est le cas de figure où seul le demandeur comparaît à l'audience et informe le tribunal que les prétentions qu'il réclame ont été exécutées dans l'intervalle par la partie défenderesse. Puisque l'art. 241 al. 1 CPC impose que

---

1392 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 403 N 20.

1393 Comp. KGer SZ du 1.3.1985, EGVSZ 1985 92, en matière de maxime applicable au procès. Cf. infra N 810.

1394 ATF 115 II 30, c. 5b, JdT 1989 I 601 (rés.). Voir à ce propos supra N 151.

1395 BOHNET (CPCN), N 2 ad art. 175 CPCN ; comp. Juge instructeur NE du 7.12.1987, RJN 1987 84.

l'acquiescement consigné au procès-verbal soit signé par les parties, il faut admettre que le tribunal ne peut seul le constater et rayer la cause du rôle. C'est pourquoi, en pareille hypothèse, il devrait rendre un jugement allouant les prétentions au demandeur, sous déduction du versement déjà intervenu. Quant aux frais, ils devront être mis à la charge du défendeur, considéré comme partie succombante (art. 106 al. 1, 1ère phrase, CPC), cas échéant par application analogique de la règle régissant l'acquiescement (art. 106 al. 1, dernière phrase, CPC) ou plus généralement encore sur la base du pouvoir de répartition en équité du tribunal (art. 107 al. 1 lit. e CPC).

526 Le défendeur qui conteste ultérieurement la validité de l'acquiescement peut introduire une procédure de révision (art. 328 al. 1 lit. c CPC)[1396]. Les motifs invoqués à son appui ressortiront dans la majorité des cas à la lésion ou aux vices de la volonté (art. 21 ss CO)[1397].

Le travailleur peut par exemple se prévaloir d'une crainte fondée s'il paie le montant réclamé par l'employeur après que celui-ci l'a menacé de le licencier. Un cas de dol peut de son côté être invoqué si, à l'audience, l'employé présente une fiche de décompte d'heures supplémentaires, signée par son responsable, et si l'employeur apprend par la suite que le document avait été falsifié.

§ 41 Le désistement

1. Le désistement d'action

527 Le demandeur peut en tout temps retirer ses prétentions ou une partie seulement d'entre elles[1398]. La demande ne peut être réintroduite ultérieurement que si elle n'avait pas encore été notifiée au défendeur, si celui-ci accepte le retrait (art. 65 CPC), ou encore si le désistement a eu lieu pour cause d'incompétence du tribunal saisi[1399]. Dans ce dernier cas, si l'acte est réintroduit dans le mois qui suit le retrait, la litispendance est maintenue à la date du premier dépôt (art. 63 al. 1 CPC). En résumé, si le retrait a lieu avant la notification de la demande au défendeur, celle-ci peut être réintroduite ultérieurement. Il en va de même si le retrait intervient pour cause d'incompétence du tribunal et si l'acte est réintroduit dans le mois suivant. En revanche, si le demandeur retire ses prétentions après que la demande a été notifiée au défendeur, il peut les réintroduire pour autant que le défendeur l'accepte. Dans tous les cas, la loi prévoit que la partie qui se désiste doit supporter les frais du procès (art. 106

[1396] Cf. infra N 847.
[1397] HOFMANN/LÜSCHER (2009), 203 ; Message CPC, 6987 ad art. 326 P-CPC. Cf. infra N 847.
[1398] BSK ZPO-INFANGER, N 1 ad art. 65 CPC ; Message CPC, 6892 ad art. 63 P-CPC ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 403 N 20.
[1399] Message CPC, 6893 ad art. 63 P-CPC.

al. 1 CPC). Lorsque le retrait intervient à l'audience, il est consigné au procès-verbal et doit être signé par les parties (art. 241 al. 1 CPC). Il vaut décision entrée en force, la cause étant rayée du rôle (art. 241 al. 2 et 3 CPC).

528 Ces considérations ne valent que pour les procédures introduites devant le *tribunal*. Celles émises devant l'*autorité de conciliation* peuvent être retirées en tout temps, sans conséquence[1400], sauf en cas de retrait « inconditionnel » consigné au procès-verbal au sens de l'art. 208 al. 1 CPC[1401]. Les frais doivent également être mis à la charge du demandeur en cas de retrait de sa requête de conciliation (art. 207 al. 1 lit. a CPC).

529 Pour contester le fait qu'un désistement soit valablement intervenu, le demandeur ne dispose que du moyen tiré de la révision (art. 328 al. 1 lit. c CPC). A ce titre, les motifs invoqués ressortiront en général à la lésion ou aux vices de la volonté au sens des art. 21 ss CO[1402].

Par exemple, le travailleur retire sa demande en paiement du salaire après que son employeur lui a présenté un document bancaire attestant que le montant réclamé avait été versé ; l'employé apprend par la suite que le document en question avait été falsifié et constate qu'aucun versement n'a été effectué.

2. Le désistement d'instance

530 Le désistement d'instance n'est réglé nulle part dans le Code, l'art. 65 CPC ne concernant que le désistement d'action. Il faut néanmoins déduire de cette disposition, par une interprétation *a contrario*, que le désistement d'instance est possible à l'égard d'une procédure introduite devant un tribunal *incompétent* ou lorsque l'*acte introductif* n'a pas encore été notifié au défendeur. Lorsque la demande a déjà été notifiée à la partie adverse et que le for est dispositif, l'employé-demandeur prendra garde au fait que l'employeur-défendeur pourrait lui opposer le fait qu'il aurait accepté tacitement le for, partant que le tribunal n'était pas incompétent. En effet, si le désistement d'instance a pour effet qu'il n'emporte pas autorité de chose jugée[1403], tel n'est pas le cas du désistement d'action (art. 241 al. 2 CPC)[1404]. En pareil cas, le demandeur aurait intérêt à attendre un prononcé d'irrecevabilité plutôt que de se désister.

Prenons l'hypothèse suivante : un employeur ouvre action en réparation du dommage causé par l'un de ses employés devant le tribunal de Lausanne, lieu qui ne correspond ni au domicile ni au lieu habituel de l'activité professionnelle du travailleur. Il peut se désister

---

1400 GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 65 CPC ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 46 s. ; REYMOND (2008), 52.

1401 GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 65 CPC ; HALDY (2009), 63 et n. 163 ; REYMOND (2008), 53.

1402 GASSER/RICKLI, N 4 ad art. 328 CPC ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 203 ; Message CPC, 6987 ad art. 326 P-CPC. Voir également infra N 847.

1403 TF du 27.6.2002, 4P.94/2002, c. 3.1 ; comp. également art. 177 al. 2 aCPCN (du 30.9.1991).

1404 Cf. supra N 527.

d'instance, même si sa requête a déjà été notifiée au défendeur, puisqu'il a saisi un tribunal incompétent et que le for est partiellement impératif. En revanche, lorsqu'un travailleur se désiste d'une instance introduite à l'encontre de son employeur à Neuchâtel, alors que tant le siège de la société que le lieu habituel de travail se trouve à Bienne, il court le risque de se voir opposer de la part de l'employeur le fait que celui-ci aurait accepté tacitement le for, partant qu'il s'agit d'un désistement d'action et non d'instance.

§ 42 La transaction

1. La transaction judiciaire

531 Lorsque les parties trouvent, à l'audience, un terrain d'entente, la transaction est consignée au procès-verbal et signée par les parties (art. 241 al. 1 CPC) ; elle vaut décision entrée en force et entraîne la radiation de la cause du rôle (al. 2 et 3)[1405]. La transaction doit également régler la question de la répartition des frais entre les parties (art. 109 al. 1 CPC). A défaut, ceux-ci doivent être répartis en fonction de la partie qui succombe (art. 106 CPC), de celle qui les a causés inutilement (art. 108 CPC) ou encore en équité (art. 107 CPC) (art. 109 al. 2 CPC). Pour contester le fait qu'une transaction judiciaire soit valablement intervenue, le demandeur ne dispose que du moyen tiré de la révision (art. 328 al. 1 lit. c CPC). A ce titre, les motifs invoqués ressortiront en général à la lésion ou aux vices de la volonté au sens des art. 21 ss CO[1406].

532 Lorsqu'une transaction est signée par les parties hors audience, elle peut être transmise à l'autorité de conciliation, ou le cas échéant au tribunal, afin que le juge en prenne acte et raie la cause du rôle ; la convention a alors valeur de transaction judiciaire[1407].

2. La transaction extrajudiciaire

533 En cas de transaction extrajudiciaire, c'est-à-dire celle que les parties renoncent à faire enregistrer par le juge[1408], il est mis fin au procès par un retrait de la demande[1409]. La transaction n'a pas valeur de jugement ; en effet, l'art. 328 al. 1 lit. c CPC ne soumet à révision que la transaction « judiciaire ». Les frais étant mis à la charge du demandeur (art. 106 al. 1, 2ème phrase, CPC), celui-ci devrait

[1405] Voir toutefois, s'agissant d'une transaction portant sur des droits non disponibles, infra N 760 s.
[1406] Comp. : ATF 132 III 737, c. 1.3 ; 110 II 44, c. 4c, JdT 1985 I 155 ; TF du 15.7.2008, 5A_337/2008, RSPC 2009 17 ; GILLARD, 167. Cf. infra N 847.
[1407] Voir GILLARD, 152 ss.
[1408] GILLARD, 43.
[1409] TAPPY (2008), 224. Sur le retrait de la demande, cf. supra N 527 ss.

prendre en compte ce fait dans le cadre des négociations et de l’accord trouvé avec la partie défenderesse.

Chapitre XV :
La suspension de la procédure

§ 43 La suspension du procès

1. Généralités

534 Aux termes de l'art. 126 CPC, le procès peut être suspendu pour des motifs d'opportunité, notamment lorsque le sort de la cause dépend de celui d'un autre procès pendant. La suspension doit répondre à un véritable besoin, tel que celui d'éviter des jugements contradictoires[1410]. Le tribunal doit par conséquent procéder à une mise en balance des intérêts divergents des parties, soit d'une part favoriser la rapidité du procès et, d'autre part, permettre une économie de procédure grâce aux éléments d'instruction communs et éviter le risque de décisions contradictoires[1411]. Dans les cas limites, le principe de célérité doit l'emporter[1412].

535 La décision *accordant* la suspension peut faire l'objet d'un recours au sens des art. 319 ss CPC (art. 126 al. 2 CPC) alors que le recours contre la décision *refusant* de prononcer la suspension n'est ouvert que si celle-ci risque de causer au recourant un préjudice difficilement réparable, au sens de l'art. 319 lit. b ch. 2 CPC[1413]. Cette possibilité devrait rester purement théorique dans la mesure où l'on peine à voir en quelle circonstance une décision refusant de suspendre pourrait entraîner une situation difficilement réparable pour une partie, le moyen pouvant être soulevé dans un recours contre la décision finale[1414]. Le Tribunal fédéral a pour sa part eu l'occasion de retenir que la décision refusant d'accorder la suspension ne constituait pas un cas de « préjudice irréparable » ouvrant la voie du recours contre une décision incidente au sens de l'art. 93 al. 1 lit. a LTF,

---

1410 A. STAEHELIN (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 3 ad art. 126 CPC ; Message CPC, 6916 ad art. 123 à 125 P-CPC.

1411 Voir TF du 16.9.2003, 4P.143/2003, c. 2.2, SJ 2004 I 146 ; C. app. Prud. GE du 14.2.2005, CAPH/35/2005, c. 2.2 et 3.2 ; C. cass. NE du 30.5.2005, CCC.2004.157, c. 2 ; C. cass. NE du 4.5.2004, CCC.2004.52, c. 2 et 3.

1412 ATF 119 II 386, c. 1b ; A. STAEHELIN (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 4 ad art. 126 CPC.

1413 Le texte allemand est plus précis, puisqu'il prévoit que « Die Sistierung ist mit Beschwerde anfechtbar ». A. STAEHELIN (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 8 ad art. 126 CPC ; HALDY (2009), 14 n. 24 ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 199 et n. 353. Cf. infra N 841 s.

1414 Le Message CPC mentionne par exemple que la contestation de l'administration erronée d'une preuve ou la récusation d'un témoin doit être soulevée dans le recours contre la décision finale et ne constitue pas un cas de « préjudice difficilement réparable », 6984 ad art. 316 P-CPC ; comp. également Ch. rec. VD du 10.3.2006, JdT 2008 III 38, c. 1b, et la note de TAPPY, 42.

puisque, d'une part, elle peut être attaquée avec la décision finale, et, d'autre part, un dommage de pur fait comme l'allongement de la procédure ou l'accroissement des frais n'entre pas en ligne de compte[1415].

536 Outre les cas déduits de l'art. 126 CPC, dans lesquels le juge peut – mais ne doit pas – ordonner la suspension[1416], d'autres situations peuvent se présenter, à l'occasion desquelles la loi impose au tribunal de suspendre la procédure (par exemple, art. 207 LP ou 214 al. 3 CPC).

2. La litispendance préexistante

537 En cas de litispendance préexistante devant un autre tribunal, le juge saisi en second lieu devrait suspendre la procédure jusqu'à ce que le tribunal premièrement saisi soit entré en matière sur le fond. Avec BOHNET, il faut admettre que le seul prononcé sur la compétence du tribunal ne suffit pas, l'intérêt à l'action pouvant renaître en cas d'irrecevabilité de la demande pour un autre motif[1417]. Cet auteur relève également que la suspension n'a pas lieu automatiquement, de par la loi, mais doit être déduite de l'application de l'art. 126 CPC, qui la recommande pour des motifs d'opportunité[1418].

3. La requête d'intervention

538 En cas de requête d'intervention principale (art. 73 CPC)[1419], le tribunal peut[1420] suspendre la procédure jusqu'à droit connu sur les prétentions de l'intervenant, afin d'éviter que des jugements contradictoires soient rendus[1421]. Un tel risque existe puisque ce type d'intervention suppose qu'un tiers prétende avoir un droit préférable excluant totalement ou partiellement celui de la partie principale.

539 Si, en matière d'intervention pour cause de cession de créance ou de subrogation, on doit préférer la jonction de causes à la suspension, celle-ci devrait en revanche être prononcée dès que l'intervenant invoque des prétentions réelles par opposition à celles de nature personnelle qui sont réclamées dans la demande initiale[1422].

1415 TF du 15.8.2008, 4A_241/2008.
1416 Voir les cas énumérés infra aux N 537 ss.
1417 BOHNET (RDS), 256. Voir également supra N 220.
1418 BOHNET (RDS), 257.
1419 Sur l'intervention principale, voir supra N 338 ss.
1420 Il s'agit d'une possibilité offerte et non d'une obligation, cf. HOFMANN/LÜSCHER (2009), 53.
1421 Message CPC, 6895 ad art. 71 P-CPC.
1422 Cf. supra N 340 et l'exemple cité.

4. La faillite d'une partie

540 Lorsqu'une partie tombe en faillite, le procès civil auquel elle est partie est suspendu pour peu qu'il influe sur l'état de la masse en faillite (art. 207 al. 1 LP)[1423]. En d'autres termes, lorsque le défendeur est attaqué en paiement d'une somme d'argent (par exemple, créances salariales, d'heures supplémentaires, de vacances non prises, de dommages-intérêts pour responsabilité contractuelle) ou en exécution d'une prestation (par exemple, en restitution du véhicule) tendant à faire diminuer ses actifs ou augmenter ses passifs[1424], le procès doit être suspendu[1425]. En revanche, si par exemple seule la remise d'un certificat de travail ou de pièces comptables (notamment pour le calcul d'une participation au résultat ou d'une provision) est réclamée par l'employé, la suspension n'a pas lieu d'être, la prétention n'ayant aucune incidence sur l'état de la masse.

541 L'art. 207 al. 1 *i.i.* LP réserve les cas d'urgence, dans lesquels la suspension du procès civil ne doit pas être prononcée. Aucune situation de ce genre n'est toutefois envisageable en matière de litiges relevant du contrat de travail. Le Tribunal fédéral a notamment eu l'occasion de préciser que la procédure introduite en paiement de salaires ne revêtait pas la qualité d'urgence et devait dans tous les cas être suspendue. Selon lui en effet, même si les prétentions salariales étaient allouées, il faudrait attendre l'issue de la procédure de faillite pour en assurer le paiement[1426].

5. Le procès pénal pendant

542 Lorsqu'une procédure pénale est pendante, il arrive que l'issue de celle-ci puisse avoir des répercussions sur le sort du procès civil, notamment lorsque l'instruction pénale est susceptible de faciliter la preuve de faits déterminants dans le cadre de l'action civile[1427]. En pareille hypothèse, le juge civil devrait – mais ne « doit » pas[1428] – suspendre la cause jusqu'à droit connu dans le procès pénal[1429]. Dans le domaine qui nous occupe, plusieurs situations peuvent se

---

1423 BSK ZPO-BORNATICO, N 6 ad art. 126 CPC. Certains tribunaux cantonaux admettent que l'art. 207 LP s'applique également par analogie en cas d'homologation d'un concordat par abandon d'actifs (art. 317 ss LP) : C. app. Prud. GE du 20.10.2003, CAPH/213/2003 et TC VS du 15.12.2000, RVJ 2002 201, c. 2.

1424 ATF 133 III 377, c. 5, SJ 2007 I 443.

1425 Même s'il s'agit d'un cas de suspension de par la loi, celle-ci suppose une décision formelle du tribunal concerné, voir FREUNDLER, 64.

1426 ATF 133 III 377, c. 7, SJ 2007 I 443.

1427 Ch. rec. VD du 17.2.1999, JdT 1999 III 66, c. 3a ; Ch. rec. VD du 6.7.1993, JdT 1993 III 113, c. 3c ; Ch. rec. VD du 28.11.1966, JdT 1967 III 55 ; C. cass. NE du 4.5.2004, CCC.2004/52, c. 2.

1428 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 32.

1429 CJ GE du 1.10.1982, SJ 1983 54, c. 3 ; CJ GE du 22.3.1968, SJ 1970 170.

présenter dans lesquelles la question de la suspension pour cause de procès pénal pendant se pose. Nous évoquons les plus courantes ci-après.

543 Lorsque le comportement du travailleur qui fait l'objet de la plainte pénale constitue également le juste motif de *congé immédiat* dont se prévaut l'employeur, la procédure civile devrait être suspendue[1430], pour peu toutefois que les faits reprochés soient suffisamment graves pour justifier un licenciement immédiat. Si le tribunal civil considère de toute manière que tel n'est pas le cas, la suspension n'a pas lieu d'être. De même en va-t-il lorsque les faits peuvent directement être rapportés par un autre mode de preuve comme le témoignage.

544 Si la plainte pénale porte sur la validité de *certificats d'incapacité de travail* (escroquerie, faux dans les titres), le procès civil devrait être suspendu lorsque le litige a trait à un *congé donné en temps inopportun*, dès lors que le sort réservé au certificat médical a une incidence directe sur la validité du congé intervenu. De même lorsqu'une résiliation immédiate injustifiée pour *abandon de poste* est invoquée par l'employé : si le certificat s'avère être un faux, l'abandon d'emploi pourrait être retenu et la résiliation fondée. Il faut toutefois réserver l'hypothèse où la validité de la résiliation immédiate dépend également de la résolution de questions supplémentaires, par exemple de savoir si le travailleur n'avait pas été dispensé par l'employeur de reprendre son travail ou s'il n'était pas exigé de celui-ci qu'il somme l'employé de le faire, de sorte que d'autres mesures d'instruction devraient de toute façon être mises en place et que le sort du procès pénal ne scellerait pas à lui seul celui de la procédure civile[1431].

545 Lorsque, d'une manière générale, la *validité d'un document* dont se prévaut une partie est contestée par l'autre, qui a déposé plainte pénale pour faux dans les titres, la procédure civile devrait être suspendue[1432] pour peu que la preuve ne puisse pas être apportée d'une autre manière, par exemple par témoignage(s), et que la validité du document en cause soit déterminante pour la résolution du litige.

Ainsi, si une partie conteste avoir signé un contrat de travail dérogeant à une disposition légale ou à une CCT, savoir si le contrat constitue un faux dans les titres ou non permet de déterminer quel régime (légal ou contractuel) doit être appliqué pour résoudre la cause civile (par exemple quant au nombre d'heures de travail par semaine à effectuer, au nombre de vacances accordées, au paiement des frais de déplacement, etc.).

1430 Voir par exemple, C. app. Prud. GE du 14.2.2005, CAPH/35/2005, c. 3 ; C. cass. NE du 30.5.2005, CCC.2004.157, c. 2 : en l'espèce, la suspension a été refusée dès lors que le tribunal des prud'hommes disposait déjà du dossier du juge d'instruction, comprenant les procès-verbaux d'interrogatoire de toutes les personnes susceptibles de fournir des informations relatives à la cause ainsi que le rapport de police comprenant les bandes d'enregistrement de la caisse de l'employeur.

1431 Ch. rec. VD du 12.3.2008, in TF du 15.8.2008, 4A_241/2008.

1432 BSK ZPO-BORNATICO, N 13 ad art. 126 CPC. Comp. également : art. 258 al. 2 aCPCN (du 30.9.1991), et BOHNET (CPCN), N 2 ad art. 258 CPCN ; art. 242 aCPC BE (du 7.7.1918).

546 Si une procédure pénale pour *faux témoignage* est ouverte à l'encontre d'un témoin à entendre ou déjà entendu dans le cadre de la procédure de droit du travail, celle-ci peut être suspendue si les faits relatés par le témoin en question sont propres à influencer directement le sort de la cause[1433].

547 La suspension peut encore être prononcée lorsque le comportement faisant l'objet de la procédure pénale est lié aux prétentions civiles parce que le défendeur en déduit des prétentions *reconventionnelles* ou invoque la *compensation.*

Par exemple, si, après la fin des relations contractuelles, le travailleur réclame le salaire afférent à la période pour laquelle il a été dispensé de l'obligation de travailler alors que l'employeur nie la créance au motif que, durant cette période, l'employé a gravement violé son devoir de diligence et de fidélité et qu'une plainte pénale a été déposée à ce titre (par exemple pour gestion déloyale ou faux dans les titres), le procès civil mérite d'être suspendu[1434] : si les actes reprochés sont avérés, le droit au salaire pourrait être compensé avec le dommage subi par l'employeur.

6. Les négociations ou la médiation pendante(s)

a. Les négociations

548 En cas de pourparlers transactionnels, les parties peuvent requérir du tribunal qu'il suspende la procédure jusqu'à leur terme, afin de ne pas perturber la bonne marche de la discussion. La suspension se justifie notamment par le fait que la procédure de conciliation doit se dérouler sur une durée de douze mois au maximum (art. 203 al. 4 CPC)[1435].

b. La médiation

549 Si les parties requièrent la mise en œuvre d'une médiation, l'art. 214 al. 3 CPC prévoit que la procédure est suspendue jusqu'à la révocation de la requête par une partie ou la communication du terme de la médiation. Dans cette situation, la suspension du procès a lieu de par la loi et non sur requête d'une partie.

7. Le procès pendant dirigé par une organisation

550 Lorsqu'une demande a été introduite par une organisation, par exemple pour faire constater la violation d'une convention collective ou une discrimination à

1433 BSK ZPO-BORNATICO, N 13 ad art. 126 CPC. Comp. également art. 253 aCPCN (du 30.9.1991) et 218 aCPC VD (du 14.12.1966) ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (1999), N 3b ad art. 62 ZPO SG.

1434 CCass. NE du 4.5.2004, CCC.2004/52, c. 3.

1435 Le Message CPC mentionne expressément la possibilité pour le tribunal de suspendre la cause dans un tel cas, 6939 ad art. 199 à 204 P-CPC.

raison du sexe[1436], le ou les employés directement concernés peuvent avoir avantage à attendre l'issue du procès collectif avant d'introduire une demande individuelle en exécution de la prestation ou en dommages-intérêts. Si l'action individuelle est soumise à des délais de péremption, elle peut devoir être introduite alors que le jugement relatif à l'action collective n'a pas encore été rendu. En pareil cas, il se justifie de suspendre la procédure individuelle[1437], afin d'empêcher qu'il soit procédé à des mêmes mesures d'instruction dans le cadre de procès distincts ou que des jugements contradictoires soient rendus, mais également de permettre à l'employé de retirer sa demande si la violation n'est pas constatée et d'éviter la conduite d'un procès par avance voué à l'échec.

Par exemple, l'action relative à une discrimination à raison du sexe lors de l'embauche ou dans la résiliation du contrat doit être introduite dans les 180 jours suivant la fin des rapports de travail, sous peine de péremption (art. 8 et 9 LEg, 336b CO). Les prétentions du travailleur doivent être introduites dans ce délai mais le procès peut être suspendu jusqu'à droit connu sur la procédure introduite par une organisation contre le même employeur.

8. Autres

551 L'art. 126 CPC offre la faculté pour le juge d'ordonner la suspension pour des motifs d'opportunité. Par conséquent, chaque partie garde en toute circonstance la possibilité de requérir la suspension de la cause, par exemple en raison d'une maladie grave, de l'incapacité momentanée de correspondre avec son mandataire ou de la mise en œuvre, dans le cadre d'un autre procès pendant, d'une expertise dont les résultats peuvent avoir une influence sur le sort de la cause[1438]. Le tribunal peut l'ordonner ou la refuser selon sa libre appréciation. La requête de suspension peut également émaner conjointement des deux parties, mais demeure soumise à l'acceptation du juge[1439].

Dans une affaire vaudoise où l'employeur avait requis la suspension de la procédure prud'homale pour une période limitée de quelques mois dans le but de ne pas compromettre la négociation d'une nouvelle convention collective et, par là même, la paix du travail, la suspension, après avoir été admise en première instance, avait été refusée par l'autorité de recours au motif que la prétention principale du travailleur (en indemnité pour licenciement abusif) ne concernait que lui seul et était étrangère aux problèmes à résoudre par les négociateurs de la CCT[1440]. On peut en revanche considérer que lorsque l'affaire relève du conflit collectif de travail et porte sur une question faisant l'objet de négociations entre partenaires patronaux et syndicaux, la cause pourrait être suspendue jusqu'au terme de celles-ci.

1436 Sur l'action collective, cf. infra N 726 ss.

1437 RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 31 ad art. 9 LEg.

1438 LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (1999), N 4b ad art. 62 ZPO SG ; POUDRET/HALDY/TAPPY, N 4 ad art. 123 CPC VD, et les réf. citées.

1439 Plus restrictif : MEIER (2010), 392, qui admet qu'en cas de requête commune des parties, le juge est tenu de prononcer la suspension, sous réserve d'un éventuel abus de droit.

1440 Ch. rec. VD du 6.7.1993, JdT 1993 III 113, c. 3c.

Chapitre XVI :
Le défaut

§ 44 La notion et les conséquences du défaut

1. Le principe

a. La définition et les conséquences

552 L'art. 147 al. 1 CPC donne une définition générale du défaut : est réputée défaillante la partie qui omet d'accomplir un acte de procédure dans le délai légal ou judiciaire prescrit ou qui ne comparaît pas à l'audience à laquelle elle a été citée.

553 Aux termes de l'art. 147 al. 2 CPC, sauf disposition contraire[1441], la procédure doit être poursuivie sans qu'il soit tenu compte du défaut, c'est-à-dire notamment que le tribunal peut rendre une décision (comp. art. 148 al. 3 CPC). Les parties doivent être informées des conséquences d'un éventuel défaut (art. 147 al. 3 CPC) ; l'indication sera contenue dans une notification du tribunal impartissant un délai à une partie pour déposer un acte ou dans la citation à comparaître à une audience[1442]. Faute d'information, les conséquences du défaut ne peuvent pas être appliquées[1443].

554 L'art. 148 CPC permet à une partie de se faire relever de son défaut (« *restitutio in integrum* »[1444]) lorsque celui-ci n'est imputable à aucune faute de sa part ou à une faute légère seulement[1445]. Il suffit que la partie rende *vraisemblable* l'absence de faute ou l'existence d'une faute légère, et que la requête soit déposée dans les dix jours suivant la fin de l'empêchement. L'*absence de faute* vise notamment les cas de service militaire, de maladie, d'accident ou encore de deuil récent[1446]. L'existence d'une *faute légère* est en revanche plus difficile à

1441 Cf. infra N 560 ss en procédure de conciliation et N 567 ss dans la procédure au fond.

1442 HALDY (2009), 66 n. 171 ; TAPPY (2008), 217.

1443 BSK ZPO-GOZZI, N 20 ad art. 147 CPC ; GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 147 CPC ; HALDY (2009), 66 ; JACQUEMOUD-ROSSARI, 130 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 243 N 11.

1444 GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 148 CPC ; Message CPC, 6920 ad art. 145 à 147 P-CPC.

1445 Comp., sous l'empire de la procédure civile cantonale, § 199 GVG ZH (vom 13. Juni 1976) et 34b ZPO BS (vom 8. Februar 1875).

1446 ATF 112 V 255, c. 2a ; BSK ZPO-GOZZI, N 20 ss ad art. 148 CPC ; MARBACHER (in BAKER & MCKENZIE), N 7 et 9 ad art. 148 CPC ; comp. Ch. rec. VD du 13.7.1995, JdT 1997 III 14, c. 3b.

définir et doit s'apprécier en fonction de chaque cas d'espèce[1447]. Elle impose dans tous les cas aux tribunaux de ne pas retenir un degré de diligence très élevé pour admettre la restitution[1448]. Par conséquent, il y a faute légère lorsqu'un même comportement, dans des circonstances identiques, ne saurait être reproché à un homme faisant preuve de *diligence moyenne*[1449]. Lorsque la partie est assistée d'un mandataire professionnel, l'existence d'une faute légère doit être admise plus restrictivement[1450].

L'existence d'une faute légère doit par exemple être admise lorsque la partie ne comparaît pas au motif que son véhicule est tombé en panne, qu'elle a été prise dans un bouchon alors qu'elle se rendait au tribunal, même si elle pouvait s'attendre à une certaine surcharge de trafic, ou encore qu'elle n'a pas trouvé l'endroit où se trouve le tribunal ou la salle d'audience[1451]. En revanche, ne constitue pas une faute légère l'oubli d'une partie ou de son représentant de se présenter à une audience, à tout le moins lorsqu'il est systématique, sous réserve d'un élément justificatif supplémentaire tel que la maladie[1452] ou une situation de stress importante. La faute légère ne doit pas non plus être admise en cas de perte, par la partie, de l'agenda dans lequel était notée la date de l'audience[1453], puisqu'il lui suffit de contacter le greffe du tribunal afin de s'informer à ce sujet. Si, en revanche, la date d'audience a été mal reportée dans l'agenda, la faute légère doit être admise[1454].

555 Si le tribunal refuse de relever la partie de son défaut, celle-ci peut invoquer le moyen tiré d'un empêchement justifié dans le cadre respectivement d'un appel ou d'un recours contre la décision finale ou incidente (art. 308 ou 319 CPC)[1455].

b. La consorité

556 Lorsque la cause présente un cas de consorité, se pose la question des conséquences du défaut de l'un des consorts uniquement. Si la consorité est

1447 BSK ZPO-GOZZI, N 11 ad art. 148 CPC ; MARBACHER (in BAKER & MCKENZIE), N 6 ad art. 148 CPC ; Rapport explicatif, 74 ad art. 143 AP-CPC. Comp. également : KassGer ZH du 31.3.2008, ZR 107 (2008) 225 N 61, c. II/1.b ; HAUSER/SCHWERI, N 32 ad § 199 GVG ZH.

1448 Comp. HAUSER/SCHWERI, N 30 ad § 199 GVG ZH.

1449 Comp. : KassGer ZH du 26.6.2006, AA060035, c. 4.2 ; Handelsgericht ZH du 22.3.1999, ZR 99 (2000) 65 N 21, c. 2. Comp. également A. STAEHELIN (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 8 ad art. 148 CPC.

1450 BSK ZPO-GOZZI, N 11 ad art. 148 CPC ; A. STAEHELIN (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 8 ad art. 148 CPC. Comp. également TAPPY (2010), 447 N 130.

1451 MARBACHER (in BAKER & MCKENZIE), N 7 ad art. 148 CPC. Comp. également OGer TG du 21.2.1995, RBOG 1995 198 N 49, c. 2c, le § 70 de l'ancien code de procédure civile turgovien ne retenant que l'absence de faute et non la faute légère.

1452 Comp. : HAUSER/SCHWERI, N 35 ad § 199 GVG ZH ; Gew. SchiedsGer. BS du 30.10.1986, BJM 1987 228.

1453 Comp. KELLER/STAMPFLI, 24 ad § 89 ZPO SO.

1454 BOHNET (2010), N 79 ; TAPPY (2010), 447 N 128.

1455 BSK ZPO-GOZZI, N 11 ad art. 149 CPC. Plus restrictif : TAPPY (2010), 450 N 141 s.

nécessaire[1456], l'art. 70 al. 2 CPC prévoit que les actes de procédure accomplis en temps utile par l'un des consorts valent également pour le consort défaillant. A notre avis, la notion d'« acte de procédure » doit être comprise dans un sens large et inclure également la comparution à l'audience[1457]. Cela signifie qu'en cas de défaut d'un consort, la comparution de l'autre vaut représentation. Une *restitutio in integrum* au sens de l'art. 148 CPC ne saurait par conséquent entrer en ligne de compte, le réappointement d'une nouvelle audience remplaçant la précédente étant en particulier exclu, pour des motifs d'économie et de rapidité de procédure essentiellement. Il faut néanmoins excepter les hypothèses où la comparution personnelle des parties est exigée[1458].

557 En matière de consorité *simple*[1459], l'art. 71 al. 3 CPC institue une indépendance de chaque consort dans la conduite du procès, qui vise notamment le défaut de comparution[1460]. A notre avis, cela signifie qu'en cas d'empêchement justifié du consort défaillant, le réappointement d'une nouvelle audience, qui remplace la première, concerne également le ou les consort(s) non défaillant(s), dès lors qu'une seule et même procédure est conduite vis-à-vis de tous. Toutefois, lorsque le procès regroupe un nombre important de parties et que celles-ci font successivement défaut, le tribunal ne devrait pas chaque fois accorder la *restitutio in integrum*, afin de ne pas retarder inutilement la procédure[1461].

2. Le défaut de comparution à une audience

558 Le défaut de comparution doit s'entendre comme l'absence d'une partie à l'audience, un simple retard alors que celle-ci n'a pas été levée doit être « excusé » par le tribunal et la partie admise à y prendre part, sous peine de constituer du formalisme excessif[1462]. En revanche, lorsqu'une partie est absente et qu'elle se fait représenter par une personne ne disposant pas d'une procuration valable, elle doit être considérée comme défaillante[1463].

1456 Cf. également infra N 564. S'agissant des cas de consorité nécessaire en droit du travail, voir supra N 312 s.

1457 Voir, dans ce sens, l'avis émis par le canton du Jura lors de la procédure de consultation, in Classement des réponses, 198 ad art. 62 AP-CPC.

1458 Cf. infra N 564.

1459 Cf. également infra N 565. Sur la notion de consorité simple, voir supra N 314 ss.

1460 JACQUEMOUD-ROSSARI, 91 ; JEANDIN (2003), 38.

1461 Le Message CPC mentionne expressément que le procès ne doit pas être inutilement retardé, 6920 ad art. 145 à 147 P-CPC.

1462 BSK ZPO-GOZZI, N 9 ad art. 147 CPC, qui parle d'un retard de 15 minutes ; LEUENBERGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 3 ad art. 234 CPC, propose d'admettre un retard de 30 minutes ; TAPPY (2008), 217 n. 132 ; plus nuancé : BOHNET (2010), N 78.

1463 Cf. supra N 337.

Lorsqu'aucune partie ne se présente, il faut admettre que le tribunal attende environ 15 minutes avant de prononcer leur défaut[1464].

559 Le défaut ne peut être prononcé que si la partie a été *valablement citée*. Le tribunal doit par conséquent vérifier cette circonstance, et, si tel n'est pas le cas, fixer une nouvelle audience ; les frais encourus ne sauraient alors être mis à la charge des parties, le tribunal devant seul les supporter (art. 107 al. 2 CPC)[1465]. Pour être valable, la citation à comparaître doit être *notifiée* (art. 136 lit. a CPC), c'est-à-dire envoyée par pli recommandé ou d'une autre manière contre accusé de réception (art. 138 al. 1 et 3 CPC)[1466], sous réserve d'une notification électronique ou par voie édictale (art. 139 et 141 CPC)[1467], à la partie, l'un de ses employés ou une personne de plus de 16 ans vivant dans le ménage commun (art. 138 al. 2 CPC) ou à son représentant (art. 137 CPC), dix jours au moins avant la date à laquelle se tiendra l'audience (principe de l'expédition, art. 134 CPC). Elle doit en outre contenir tous les éléments figurant à l'art. 133 CPC, sauf si l'erreur est sans conséquence, telle la dénomination erronée de la partie adverse qui peut être connue par le biais de la demande annexée à la citation[1468].

a. En procédure de conciliation

560 Devant l'autorité de conciliation, les parties ont une obligation de comparution personnelle (art. 204 al. 1 CPC), sous réserve de certaines exceptions (al. 3), notamment celle de l'employeur qui se fait représenter par l'un de ses employés disposant d'une procuration expresse lui accordant tous pouvoirs de transiger (lit. c)[1469].

561 Vu l'obligation de comparution personnelle, la conciliation n'est pas possible lorsqu'une partie fait défaut et des règles spéciales dérogeant à la règle générale de l'art. 147 al. 2 CPC ont été prévues par le Code. En cas de *défaut du demandeur*, la requête est réputée retirée et la cause rayée du rôle (art. 206 al. 1 CPC). Le demandeur défaillant peut toutefois se faire *relever de son défaut*, si celui-ci n'est imputable à aucune faute de sa part ou à une faute légère

[1464] INFANGER (BSK ZPO, N 6 ad art. 206 CPC), l'admet en procédure de conciliation. En revanche, dans le procès au fond, FREI/WILLISEGGER (BSK ZPO, N 7 ad art. 234 CPC) nient une obligation de respecter un délai d'attente. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 335 N 11.127, estiment pour leur part qu'un délai de 30 minutes doit être accordé avant que le défaut ne soit prononcé. TAPPY (2010), 428 N 63, parle quant à lui de « quelques minutes ».

[1465] BSK ZPO-INFANGER, N 5 ad art. 206 CPC ; comp. BOHNET (2000), 52.

[1466] BOHNET/BRÜGGER, 311 ss.

[1467] Sur la notification par voie électronique, voir BRÜGGER, 328 ss. Sur la notification par voie édictale, voir BOHNET/BRÜGGER, 323 ss.

[1468] BOHNET (2000), 45.

[1469] Voir à cet égard supra N 328.

seulement (art. 148 CPC)[1470] ; en pareil cas, une nouvelle audience de conciliation doit être fixée. Le retrait de la requête n'a aucune conséquence quant à la possibilité pour le demandeur de la réintroduire ultérieurement[1471], aussi longtemps qu'aucun délai péremptoire ne s'y oppose[1472]. Les frais doivent être mis à la charge du demandeur défaillant (art. 207 al. 1 lit. b CPC). Lorsque la procédure est gratuite (en matière de LEg, de LPart ou lorsque la valeur litigieuse est inférieure ou égale à 30'000 francs, art. 113 al. 2 lit. a, d et e CPC), il convient à notre avis de mettre également les frais à la charge du demandeur défaillant (art. 207 al. 1 lit. b CPC par analogie) – sauf empêchement justifié –, en qualifiant le défaut de comportement téméraire ou de mauvaise foi au sens de l'art. 115 CPC[1473]. Cela permet d'éviter qu'une partie introduise une demande puis se désintéresse du sort de celle-ci après avoir trouvé une solution extrajudiciaire avec le défendeur, se sachant à l'abri de devoir supporter les coûts du procès. Le principe devrait en particulier être retenu lorsque des frais particuliers ont été mis en place en vue de l'audience de conciliation, tels que la convocation d'un interprète.

562 Lorsque *le défendeur est défaillant*, la procédure suit son cours (art. 206 al. 2 CPC). Autrement dit, une autorisation de procéder est délivrée à la partie demanderesse (art. 209 CPC), cas échéant une proposition de jugement est formulée par l'autorité de conciliation, dans les cas où la cause relève de la LEg ou où la valeur litigieuse est inférieure à 5'000 francs (art. 210 lit. a et c CPC), ou une décision est rendue si la valeur litigieuse ne dépasse pas 2'000 francs (art. 212 CPC). Le défendeur défaillant peut toutefois se faire *relever de son défaut*, si celui-ci n'est imputable à aucune faute de sa part ou à une faute légère seulement (art. 148 CPC)[1474] ; en pareil cas, une nouvelle audience de conciliation doit être fixée.

563 Lorsque *les deux parties sont défaillantes*, la cause est rayée du rôle (art. 206 al. 3 CPC), les frais devant être mis à la charge du demandeur (art. 207 al. 1 lit. b CPC) sauf si la procédure est gratuite (art. 113 al. 2 lit. a, d et e CPC). Il convient à cet égard d'émettre les mêmes réserves qu'en matière de défaut du demandeur uniquement[1475], les frais devant à notre avis être mis à la charge de celui-ci sauf empêchement justifié (art. 115 et 207 al. 1 lit. b, par analogie,

---

[1470] HONEGGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 4 ad art. 206 CPC. *Contra* : WYSS (in BAKER & MCKENZIE), N 2 ad art. 206 CPC. Pour plus de détails sur la *restitutio in integrum*, voir supra N 554.

[1471] BOHNET (2010), N 76 ; GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 206 CPC ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 131 ; HONEGGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 5 ad art. 206 CPC. Voir également supra N 528 et n. 1400.

[1472] BOHNET (2010), N 76 ; BSK ZPO-INFANGER, N 10 ad art. 206 CPC ; HONEGGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 5 ad art. 206 CPC. Cf. supra N 235 ss.

[1473] Cf. supra N 503.

[1474] Voir supra N 554.

[1475] Cf. supra N 561 *i.f.*

CPC)[1476]. La requête peut être réintroduite ultérieurement[1477], aussi longtemps qu'aucun délai péremptoire ne s'y oppose[1478]. En outre, l'une des parties – ou les deux – peut se faire *relever de son défaut*, si celui-ci n'est imputable à aucune faute de sa part ou à une faute légère seulement (art. 148 CPC)[1479] ; en pareil cas, une nouvelle audience de conciliation doit être fixée.

564 En matière de *consorité nécessaire*[1480], le défaut de l'un des consorts demandeurs entraîne la radiation de la cause du rôle (art. 206 al. 1 CPC), vu l'obligation de comparution personnelle devant l'autorité de conciliation (art. 204 al. 1 CPC) ; la demande peut toutefois être réintroduite ultérieurement, sous réserve de péremption du droit, par exemple en cas de licenciement abusif (art. 336b al. 2 CO)[1481]. A notre avis, le juge devrait pouvoir dispenser l'un des consorts de comparution personnelle et l'autoriser à se faire représenter par le ou les autres consorts lorsqu'une requête dans ce sens a été formulée par le défaillant avant l'audience et que la présence de celui-ci ne semble pas indispensable pour que la conciliation aboutisse[1482], ou lorsque le défendeur ne s'oppose pas à la tenue de l'audience en l'absence de l'un des consorts.

565 Lorsque la *consorité* est *simple*[1483] et si l'un des consorts demandeurs fait défaut, le procès continue pour la partie présente[1484] (art. 71 al. 3 CPC) alors qu'il prend fin vis-à-vis du défaillant (art. 206 al. 1 CPC). Celui-ci peut alors réintroduire sa requête ultérieurement, sauf péremption de la prétention qu'il invoque[1485] ; si les causes, toutes deux non conciliées, sont ensuite portées devant le même tribunal, elles pourront le cas échéant être jointes par celui-ci[1486].

Par exemple, lorsqu'un travailleur et une caisse de chômage déposent une requête de conciliation conjointement mais que l'employé ne se présente pas à l'audience, la procédure suit son cours entre l'employeur et la caisse. Si le travailleur réintroduit sa requête de conciliation, que celle-ci n'aboutit pas et qu'il dépose ensuite une demande au fond devant le tribunal saisi par la caisse, les causes devraient être jointes, dans un souci d'économie de procédure.

1476 SCHÜRCH, 228 et 230.
1477 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 131 ; HONEGGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 7 ad art. 206 CPC.
1478 HONEGGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 7 ad art. 206 CPC. Cf. supra N 235 ss.
1479 Voir supra N 554.
1480 Sur la notion de consorité nécessaire, voir supra N 312 s.
1481 Cf. supra N 561. Sur la péremption, voir supra N 235 ss.
1482 JACQUEMOUD-ROSSARI, 89.
1483 Sur la notion de consorité simple, voir supra N 314 ss.
1484 GULDENER (1979), 304 ; JEANDIN (2003), 38.
1485 Cf. supra N 561.
1486 Cf. supra N 376 ss.

b. Dans le procès au fond

ba. A une audience d'instruction

566 En cas de défaut de l'une des parties ou des deux lors *des débats d'instruction*[1487], le procès suit son cours (art. 147 al. 2 CPC)[1488] et le tribunal doit ordonner les mesures d'instruction[1489], cas échéant déjà y procéder[1490]. Si la partie défaillante fait usage de son droit de restitution de l'art. 148 CPC et que le tribunal y donne suite, une nouvelle audience doit être fixée, au cours de laquelle les mêmes mesures d'instruction seront discutées, cas échéant les mêmes preuves administrées, notamment l'audition des mêmes témoins[1491].

bb. Aux débats principaux

567 Lorsqu'*une partie* fait défaut aux *débats principaux*, lors desquels ont lieu les premières plaidoiries, l'administration des preuves ou les plaidoiries finales[1492], la procédure suit son cours (art. 147 al. 2 et 234 al. 1 CPC). Autrement dit, le tribunal administre les preuves, en ordonne d'autres, d'office (art. 153 CPC en procédure ordinaire et art. 247 al. 2 CPC en procédure simplifiée) ou sur requête de la partie présente, entend celle-ci plaider, et statue selon les actes de procédure en ses mains, les moyens de preuve administrés et les allégations de la partie présente[1493]. Toutefois, si la partie défaillante se fait relever de son défaut (art. 148 CPC), une nouvelle audience doit être fixée, lors de laquelle les mêmes actes de procédure auront lieu, en particulier l'administration des mêmes preuves.

568 Si les *deux parties sont défaillantes*, la cause est rayée du rôle et les frais sont répartis de manière égale entre chacune d'elles (art. 234 al. 2 CPC). Si la procédure est gratuite (litiges relevant de la LEg, de la LPart, ou dont la valeur litigieuse est inférieure ou égale à 30'000 francs, art. 114 lit. a, c et d CPC), on devrait admettre que le défaut constitue un cas de comportement téméraire au sens de l'art. 115 CPC et répartir les frais équitablement entre les parties (art. 115 et 234 al. 2 CPC par analogie)[1494]. Lorsque la cause est rayée du rôle, il s'agit d'un cas d'application de l'art. 242 CPC et la décision n'emporte pas

[1487] Voir, pour plus de détails sur ce type d'audience, infra N 773.
[1488] BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 11 ad art. 226 CPC.
[1489] GASSER/RICKLI, N 6 ad art. 148 CPC ; TAPPY (2008), 217.
[1490] HOFMANN/LÜSCHER (2009), 141.
[1491] TAPPY (2008), 217 s. et n. 134.
[1492] Voir, pour plus de détails sur ce type d'audience, infra N 774.
[1493] BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 10 ss ad art. 234 CPC ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 142 ; LEUENBERGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 6 et 8 ad art. 234 CPC.
[1494] SCHÜRCH, 228 et 230. Cf. supra N 503 et N 561 *i.f.*

autorité de chose jugée sur les prétentions en question[1495], qui peuvent être réintroduites ultérieurement[1496], aussi longtemps qu'aucun délai péremptoire ne s'y oppose[1497]. En outre, si l'une des parties – ou les deux – se fait relever de son défaut (art. 148 CPC), une nouvelle audience doit être fixée.

569 Si plusieurs audiences se succèdent, les conséquences du défaut visent chacune d'elles de manière indépendante[1498]. Ainsi, lorsque les deux parties font défaut lors de la deuxième ou troisième audience d'administration des preuves, ou de l'audience des plaidoiries finales, la cause est rayée du rôle quand bien même la procédure est déjà bien avancée, avec pour conséquence notamment de mettre sérieusement à mal le principe d'économie de procédure si les prétentions sont réintroduites par la suite.

bc. A une audience combinant plusieurs fonctions

570 Lorsque la tenue d'une seule et même audience remplit à la fois la fonction de débats d'instruction et de débats principaux[1499], les conséquences du défaut seront à notre avis celles relatives à la seconde. Le Code institue en effet à l'art. 234 CPC des règles spéciales, qui dérogent aux règles de la partie générale et qui sont par conséquent applicables en premier lieu. Les parties doivent cependant toujours être averties avant la tenue de l'audience de la double fonction de celle-ci[1500] ; si tel n'est pas le cas, les effets du défaut seront ceux du type d'audience qui avait été annoncé.

[1495] GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 234 CPC et N 1 s. ad art. 242 CPC ; LEUENBERGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 10 ad art. 234 CPC ; Message CPC, 6950 ad art. 224 à 230 P-CPC et 6953 ad art. 237 et 238 P-CPC.
[1496] BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 18 ad art. 234 CPC ; TAPPY (2008), 219.
[1497] Cf. supra N 235 ss.
[1498] HOFMANN/LÜSCHER (2009), 142.
[1499] Cf. infra N 776.
[1500] HOFMANN/LÜSCHER (2009), 140 s.

Chapitre XVII :
La preuve

§ 45 Le droit à la preuve et l'administration des preuves

1. Le droit à la preuve

a. Le principe

571 Le principe du droit à la preuve, qui découle de celui d'être entendu (art. 14 par. 1 Pacte ONU II, 6 par. 1 CEDH, 29 al. 2 Cst., 53 CPC), est consacré à l'art. 152 CPC. Le droit à la preuve ne signifie pas qu'une partie puisse obtenir l'administration de tous les moyens de preuve qu'elle invoque, le tribunal ayant la possibilité de limiter les mesures d'instruction lorsque celles-ci paraissent trop abondantes ou inutiles[1501]. En revanche, le tribunal ne doit pas refuser des mesures d'instruction pour le seul motif d'économie procédurale, notamment parce que la valeur litigieuse du procès est peu élevée[1502].

Par exemple, lorsque le travailleur réclame l'audition de plusieurs témoins, destinés à prouver l'existence d'un licenciement abusif, le tribunal peut en restreindre le nombre lorsque certains d'entre eux ne paraissent pas pertinents ou ne feront que répéter ce que d'autres auront déjà expliqué. Il réservera dans un premier temps leur audition et ne la refusera formellement qu'après avoir entendu les premiers témoins et considéré que la cause est en état d'être jugée.

b. La preuve illicite

572 Lorsqu'une preuve a été obtenue de manière illicite, par exemple parce qu'elle l'a été suite à la commission d'une infraction ou qu'elle porte atteinte à la personnalité d'une partie ou d'un tiers, le tribunal doit procéder à une pesée des intérêts entre la recherche de la vérité et la protection du bien lésé par

---

1501 GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 152 CPC ; Message CPC, 6922 ad art. 150 P-CPC, qui cite l'arrêt TF du 17.11.2005, 5P.296/2005, c. 4.2.2 : « Art. 29 Abs. 2 BV steht insbesondere einem Übergehen von Beweisen auf Grund einer (stillschweigenden) vorweggenommenen Beweiswürdigung nicht entgegen » ; voir également : ATF 131 III 222, c. 4.3 ; 129 III 18, c. 2.6 ; 127 III 519, c. 2a ; TF du 9.5.2007, 4P.288/2006, c. 3.1, RSPC 2007 374 ; TF du 18.8.2005, 4P.143/2005, c. 2.2, RSPC 2006 41 ; TF du 30.7.2004, 4C.193/2004, c. 1.2, RSPC 2005 270. En doctrine, voir HASENBÖHLER (2007), 380 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 260 N 23 ; VOUILLOZ, N 13, selon lequel l'appréciation anticipée par le tribunal permet de corriger l'exercice excessif du droit à la preuve.

1502 EGLI (2004), 44 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 259 N 21.

l'obtention illicite[1503]. Le principe découle de l'art. 152 al. 2 CPC. Avec certains auteurs, il convient néanmoins d'admettre qu'une preuve obtenue suite à la commission d'une infraction pénale dont la partie est l'auteur ou le complice ne soit en tout cas pas retenue par le juge civil[1504]. En effet, on ne peut pas d'une part punir pénalement l'auteur de l'infraction et, d'autre part, le faire profiter de celle-ci dans le cadre d'un procès civil. Partant, la balance des intérêts fondée sur l'art. 152 al. 2 CPC ne devrait trouver à s'appliquer que lorsque l'infraction a été commise par un tiers, sans que la partie en cause y soit liée d'une quelconque manière, ou lorsque la preuve est illicite uniquement parce qu'elle constitue une atteinte à la personnalité de l'autre partie. L'ordonnance accordant l'administration d'une preuve illicite peut être attaquée par le biais d'un recours[1505].

Par exemple, les correspondances confidentielles, les pièces comptables ou le dossier médical qui ont été subtilisés par la partie adverse ne peuvent pas être retenus à titre de moyens de preuve. En revanche, l'enregistrement vidéo de l'employé pris en flagrant délit de voler dans la caisse puis licencié avec effet immédiat doit être admis en tant que moyen de preuve, après que le tribunal a procédé à une balance des intérêts en présence, si la vidéo a été prise par un autre collaborateur de l'entreprise, qui l'a ensuite remise à l'employeur pour lui signaler la chose, et non par l'employeur directement.

573 En droit du travail, un cas particulier de preuve illicite mérite d'être discuté : celui des *systèmes de surveillance* dont l'entreprise est équipée, tels que caméra vidéo, enregistrements des conversations téléphoniques ou équipement GPS des véhicules. De tels systèmes sont interdits lorsqu'ils sont utilisés afin de surveiller le comportement des travailleurs[1506]. Par conséquent, la possibilité pour l'employeur de les utiliser comme moyen de preuve dans ce cadre doit être admise avec retenue, sans quoi l'on détournerait *de facto* le but de l'installation. Le juge doit ainsi toujours procéder à une balance des intérêts en présence, c'est-à-dire entre la recherche de la vérité d'une part et la protection de la personnalité

[1503] Message CPC, 6922 ad art. 150 P-CPC ; RÜEDI, 92 ss N 184 ss ; comp. : TF du 17.2.2000, 5P.308/1999, c. 4a ; TF du 18.12.1997, SJ 1998 301, c. 2 ; FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 5 ss ad § 140 ZPO ZH ; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, N 2a ad art. 221 ZPO BE.

[1504] EDELMANN (in BÜHLER/EDELMANN/KILLER), N 28 ad Vorbem. §§ 198-269 ZPO AG ; GAILLARD, 666 ; HABSCHEID (1993), 189 ; REYMOND (2008), 58. *Contra* : Message CPC, 6922 ad art. 150 P-CPC, qui exclut uniquement les preuves obtenues par le biais d'une atteinte à l'intégrité personnelle, par exemple par l'utilisation de menace ou de violence, mais non en revanche « une pièce "simplement" dérobée », si l'établissement de la vérité l'exige ; WALDER (1993), 191 ss.

[1505] Cf. infra N 842.

[1506] Le système mis en place à des fins de surveillance du comportement des employés constitue une atteinte à la personnalité des travailleurs et viole les art. 328 CO, 6 LTr ou encore 26 OLT 3. Il peut en revanche viser d'autres buts tels que la prévention de risques d'accident, la protection et la sécurité des personnes et des biens, l'organisation et la planification du travail ou encore la facturation à la clientèle, voir ATF 130 II 425, c. 3 et 4, et WYLER (2008), 304.

du travailleur d'autre part. Peu importe à cet égard que l'employé ait été au courant de l'existence du système de surveillance, puisque sa mise en place ne le vise pas directement. Dans tous les cas, si le système de surveillance permet d'apporter la preuve de la commission d'une infraction, l'employeur peut s'en remettre à la juridiction pénale[1507] et le procès civil peut être suspendu jusqu'à droit connu au pénal[1508] ; le cas échéant, le jugement pénal pourra ensuite être produit en tant que moyen de preuve.

Ainsi, si un employé sous surveillance vidéo est licencié avec effet immédiat après avoir été filmé en train de voler un objet appartenant à l'employeur et si celui-ci se prévaut de la bande vidéo comme moyen de preuve du juste motif du congé immédiat, la cause civile devrait être suspendue jusqu'à droit connu au pénal, en tout cas aussi longtemps que d'autres moyens de preuve ne suffisent pas pour statuer sur le caractère immédiat injustifié du licenciement[1509].

Dans une affaire genevoise, un travailleur, qui avait connaissance du fait que les conversations téléphoniques du service dans lequel il travaillait étaient enregistrées, avait été licencié oralement le dernier jour de son temps d'essai ; il avait alors immédiatement appelé sa compagne pour lui faire part de son licenciement. Par la suite, l'employé avait ouvert action contre son employeur en invoquant que le congé lui avait été signifié après la fin de son temps d'essai. L'employeur s'était par conséquent prévalu de l'enregistrement téléphonique pour apporter la preuve de la date du licenciement. Le moyen de preuve avait été considéré comme illicite et refusé par la cour genevoise[1510]. A raison selon nous, dès lors que la conversation téléphonique était de nature privée, partant que l'employeur utilisait l'enregistrement non seulement d'une manière contraire à son but, mais encore en violation de la sphère privée de l'employé. Il appartenait ainsi à l'employeur de présenter d'autres moyens de preuve, cas échéant de souffrir son manque de diligence dans la manière de licencier son employé.

c. La protection des intérêts des parties ou de tiers

574 Selon l'art. 156 CPC, le tribunal doit prendre garde à ne pas porter atteinte à des intérêts dignes de protection des parties ou de tiers, en assurant en particulier la sauvegarde de secrets d'affaires. Selon le Tribunal fédéral, ceux-ci couvrent les données techniques, organisationnelles, commerciales et financières qui sont spécifiques à l'entreprise, qui peuvent avoir une incidence sur le résultat

---

[1507] Le juge pénal est admis à se fonder sur la preuve apportée par un enregistrement d'une videosurveillance, même si l'employé n'était pas au courant de l'existence de celle-ci, la violation d'une norme de droit civil n'ayant pas pour effet de rendre illicite dans le procès pénal le moyen de preuve obtenu par ce biais. Voir TF du 12.11.2009, 6B_536/2009, c. 2.2 (en l'espèce, bijouterie zurichoise qui avait installé une vidéosurveillance dans sa chambre des coffres sans en informer son personnel ; victime d'un vol, elle avait accusé une des employées et s'était prévalue de l'enregistrement vidéo comme moyen de preuve).

[1508] Cf. supra N 542 ss.

[1509] Cf. supra N 543 s.

[1510] C. app. Prud. GE du 30.4.1996, cité par GAILLARD, 650 n. 3.

commercial et que l'entrepreneur veut garder secrètes[1511]. En pareils cas, les documents concernés peuvent être caviardés[1512] ou mis à la connaissance du tribunal uniquement, à charge pour celui-ci d'en retranscrire les éléments déterminants[1513].

Peuvent notamment être caviardés certains éléments de la comptabilité de l'entreprise, tels que le nom des clients ou des autres collaborateurs, ou certains passages d'un échange de lettres ou de courriels, lorsque ces informations sont considérées comme confidentielles ou sans rapport avec l'objet du litige. En revanche, si ces éléments sont pertinents pour le jugement à rendre, l'employeur ne peut invoquer un secret d'affaires ; il ne peut par exemple pas s'opposer à la production de sa comptabilité au motif que les revenus des autres employés seraient divulgués lorsqu'une participation au résultat a été convenue entre les parties et que le mode de fixation de celle-ci dépend de la qualité du travail des collaborateurs de l'entreprise[1514].

Dans le cas où la production du dossier médical de l'employé est réclamée, il est possible que seuls le tribunal ou les conseils des parties puissent le consulter, sans que l'employeur y ait lui-même accès[1515].

2. L'administration des preuves

575 Lorsque s'applique la *maxime des débats*[1516], la preuve doit être administrée sur les faits pertinents et contestés (art. 150 al. 1 CPC). L'art. 153 al. 2 CPC réserve toutefois la possibilité pour le tribunal d'administrer d'office la preuve d'un fait non contesté mais pour lequel il éprouve des doutes sérieux.

Par exemple, suite à un accident professionnel, un travailleur prétend au paiement de prétentions salariales relatives à sa période d'incapacité de travail et agit tant contre son employeur que l'assurance perte de gain. Or le travailleur et l'employeur se sont mis d'accord sur une date fictive, postérieure à celle de l'accident, afin que le salaire soit pris en charge par l'assurance perte de gain, celle-ci n'ayant été contractée par l'employeur qu'après la survenance de l'accident. En cas de doute, le juge peut administrer d'office des moyens de preuve pour déterminer la date exacte à laquelle l'accident s'est produit.

576 S'il s'agit d'appliquer la *maxime inquisitoire sociale*[1517], le tribunal administre d'office les moyens de preuve (art. 153 al. 1 et 247 al. 2 CPC), les parties étant toutefois tenues de collaborer[1518].

[1511] TF du 8.6.2010, 4A_195/2010, c. 2.2, qui renvoie aux ATF 109 Ib 47, c. 5c, et 103 IV 283, c. 2b.

[1512] GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 156 CPC ; HALDY (2009), 50 ; HASENBÖHLER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 9 ad art. 156 CPC ; Message CPC, 6924 ad art. 153 P-CPC.

[1513] HALDY (2000), 104 ; comp. TF du 8.6.2010, 4A_195/2010, c. 2.2, et TF du 3.6.1987, SJ 1988 49, c. 4e.

[1514] TF du 8.6.2010, 4A_195/2010, c. 2.2.

[1515] Voir HALDY (2000), 104, et HASENBÖHLER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 9 ad art. 156 CPC.

[1516] Cf. supra N 269 ss.

[1517] Cf. supra N 272 ss.

[1518] Cf. supra N 284 ss.

§ 46 Le degré et le fardeau de la preuve

1. Le degré de la preuve

a. La preuve stricte

577 En principe, une preuve est considérée comme apportée si le juge est *convaincu* de l'exactitude d'une allégation de fait, c'est-à-dire que d'éventuels doutes quant à la réalité du fait apparaissent comme insignifiants[1519].

b. La vraisemblance prépondérante

578 Dans certains cas, le degré de la preuve est ramené à la haute vraisemblance (ou vraisemblance prépondérante). Celle-ci signifie que le tribunal ne conçoive plus de *doutes sérieux* quant à l'existence de la prétention alléguée ou que les doutes subsistants apparaissent faibles[1520]. Autrement dit, la réalisation de l'état de fait prétendu doit apparaître comme une « quasi-certitude » aux yeux du tribunal et non uniquement comme une possibilité, c'est-à-dire que celui-ci ne tient pas une hypothèse différente comme entrant raisonnablement en considération[1521].

c. La simple vraisemblance

579 Lorsque la preuve est ramenée à la simple vraisemblance, le juge doit, en se basant sur des éléments objectifs, avoir *l'impression* que le fait invoqué s'est produit, sans pour autant devoir exclure la *possibilité* qu'il ait pu en aller différemment[1522].

1519 ATF 133 III 153, c. 3.3 ; 128 III 271, c. 2b/aa, JdT 2006 I 606 ; 118 II 235, c. 3c, SJ 1992 590 ; TF du 13.4.2010, 4A_37/2010, c. 4.2 ; BSK ZPO-GUYAN, N 8 ad art. 157 CPC ; BÜHLER (2010), N 6 ss ; HOHL (1994), 111 N 364 et 117 s. N 383 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 263 s. N 9.160. Cette catégorie comprend aussi bien la conviction du juge que la « vraisemblance confinant à la certitude » (en allemand : « eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit »), voir BÜHLER (2010), N 6 ss.

1520 ATF 130 III 321, c. 3.2, JdT 2005 I 618.

1521 ATF 133 III 462, c. 4.4.2 ; 133 III 81, c. 4.2.2 : « La vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importantes plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération » ; 132 III 715, c. 3.1, JdT 2009 I 183 ; 128 III 271, c. 2b/bb, JdT 2003 I 606 ; 122 III 219, c. 3a, JdT 1997 I 246 ; BERGER-STEINER, 131 s. N 05.13 et 217 s. N 06.08 ; BSK ZPO-GUYAN, N 9 ad art. 157 CPC ; BÜHLER (2010), N 11 ss ; HOHL (1994), 146 N 458 ; GASSER/RICKLI, N 6 ad art. 157 CPC ; LEUENBERGER (2000), 121 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 265 N 9.163.

1522 ATF 132 III 140, c. 4.1.2 ; 130 III 321, c. 3.3, JdT 2005 I 618 : « Un fait est déjà établi comme vraisemblable lorsque certains éléments parlent en faveur de son existence, même si le tribunal tient encore pour possible qu'il ne se soit pas produit. » ; 120 II 393, c. 4c,

2. Le fardeau de la preuve

a. Le principe

aa. La définition, la portée et les exceptions

580 Aux termes de l'art. 154 CPC, l'ordonnance de preuve doit indiquer à qui incombe la preuve ou la contre-preuve de chaque fait. Le principe du fardeau de la preuve est ancré à l'art. 8 CC : il appartient à la partie qui allègue un fait de le prouver. Autrement dit, la partie qui fait valoir une prétention contractuelle, telle que le droit au paiement du salaire, au versement d'une gratification, à la fourniture de matériaux de travail ou encore au paiement d'une indemnité pour licenciement abusif ou immédiat injustifié, doit prouver l'existence de celle-ci. Si la partie adverse objecte que la prétention a été exécutée ou qu'elle n'a en réalité jamais existé, c'est à elle que revient la charge de la preuve de ce fait[1523].

581 Si le principe découlant de l'art. 8 CC s'applique de manière générale, même lorsque prévaut la maxime inquisitoire sociale[1524], il connaît des exceptions dans certains domaines dans lesquels respectivement un renversement[1525] ou un allègement[1526] du fardeau de la preuve est prévu.

582 Lorsque le fait allégué est *notoire*, il n'a pas à être prouvé (art. 151 CPC)[1527]. Un fait est notoire lorsqu'il est connu de manière générale par le public ou par le juge[1528], notamment parce qu'il peut être contrôlé par des publications accessibles à chacun, tel par exemple le taux de conversion des monnaies[1529] ou une inscription dans la Feuille officielle suisse du commerce, dans sa version imprimée ou informatique[1530], ou encore dans la Feuille officielle cantonale[1531]. La présomption de connaissance par le juge ne vaut que pour les faits intervenus dans le cadre de la procédure devant le même tribunal et dans la même cause ;

JdT 1995 I 571 ; BSK ZPO-GUYAN, N 10 ad art. 157 CPC ; BERGER-STEINER, 132 s. N 05.15 ; GASSER/RICKLI, N 5 ad art. 157 CPC.

1523 ATF 128 III 271, c. 2a/aa, JdT 2003 I 606 ; 125 III 78, c. 3b, SJ 1999 I 385.

1524 Cf. supra N 290 et n. 763.

1525 Cf. infra N 596 ss.

1526 Cf. infra N 605 ss.

1527 Comp. : ATF 135 III 88, c. 4.1, RSPC 2009 163 ; 131 III 153, c. 3.4, RSPC 2007 176 ; TF du 2.7.2009, 5A_62/2009, c. 2.1 ; TF du 16.2.2007, 4P.170/2006, c. 2.3, RSPC 2007 398.

1528 ATF 135 III 88, c. 4.1, RSPC 2009 163 ; TF du 2.7.2009, 5A_62/2009, c. 2.1 ; BSK ZPO-GEHRI, N 10 s. ad art. 55 CPC ; GASSER/RICKLI, N 1 ss ad art. 151 CPC ; SCHWEIZER, in RSPC 2007 399.

1529 ATF 135 III 88, c. 4.1, RSPC 2009 163 ; TF du 12.4.2010, 5A_519/2009, c. 2.3.

1530 TF du 2.7.2009, 5A_62/2009, c. 2.1.

1531 BOHNET (CPCN), N 2 ad art. 219 al. 2 CPCN ; POUDRET/HALDY/TAPPY, N 7 ad art. 4 al. 2 CPC VD ; REYMOND (2008), 56.

par conséquent, les éléments contenus dans un dossier pénal ne sont pas censés être connus du juge civil[1532].

Ainsi, si les parties ont prévu que le salaire était payable en euros et que le travailleur réclame diverses prétentions salariales en justice, calculées en monnaie suisse, le taux de conversion appliqué n'a pas à être prouvé puisqu'il s'agit d'un fait notoire. Il en va de même dans l'hypothèse de la faillite de l'employeur qui a été publiée dans la Feuille officielle. En revanche, l'existence et les circonstances d'un vol qui a fait l'objet d'une procédure pénale ne sont pas un fait notoire et doivent être invoquées par l'employeur qui s'en prévaut afin par exemple de justifier le licenciement avec effet immédiat de l'employé.

ab. Cas d'application

583 Lorsque l'employé invoque le paiement de son *salaire*, il doit démontrer l'existence d'un contrat de travail et le montant du salaire convenu. L'employeur qui s'oppose à la prétention doit de son côté prouver soit que le contrat a pris fin, soit que le salaire a été versé[1533]. Si le travailleur prétend au paiement de ses *heures supplémentaires*, il lui appartient de prouver qu'il en a effectuées et en quelle quotité[1534].

584 En cas d'*empêchement de travailler* au sens de l'art. 324a CO, il revient à l'employé qui l'invoque d'en apporter la preuve[1535].

585 Si l'employé invoque le paiement du solde de son droit aux *vacances*, il doit prouver d'une part l'obligation contractuelle de l'employeur de lui en accorder et, d'autre part, la quotité à laquelle il a droit. De son côté, l'employeur doit démontrer que des jours de vacances ont déjà été pris ou compensés et établir leur quotité[1536], ou encore, le cas échéant, qu'ils auraient pu l'être pendant le délai de congé[1537].

586 Le travailleur qui réclame la délivrance d'un *certificat de travail* doit apporter la preuve des éléments qu'il souhaite voir figurer dans le texte[1538]. S'il réclame sa

---

1532 BOHNET (CPCN), N 1 ad art. 219 al. 2 CPCN ; comp. CCass. NE du 4.3.1976, RJN 6 I 409, c. 2.

1533 ATF 125 III 78, c. 3b, SJ 1999 I 385.

1534 Cf. infra N 670.

1535 TF du 27.7.2010, 4A_289/2010, c. 3.2 ; TF du 15.2.2005, 4C.346/2004, c. 4.1 ; TF du 12.12.1995, JAR 1997 132, c. 3b/aa ; SCHÖNENBERGER, 64 ; SUBILIA/DUC, N 120 s. ad art. 324a CO ; WYLER (1998), 103.

1536 ATF 128 III 271, c. 2a/bb, JdT 2003 I 606 ; TF du 4.2.2010, 4D_144/2009, c. 5.2. Cf. également infra N 678.

1537 Voir sur cette question : ATF 128 III 271, c. 4, JdT 2003 I 606 ; TF du 13.9.2007, 4A_127/2007, c. 6.1, JAR 2008 264 ; TF du 30.9.2005, 4C.193/2005, c. 3.2 (non publié à l'ATF 131 III 623) ; WYLER (2008), 346 s.

1538 JANSSEN, 161 ; SUBILIA/DUC, N 16 ad art. 330a CO. Plus souples : FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.21 ad art. 330a CO et Kantonsgerichtspräsident AR du 28.6.1999, ARGVP 1999 103, c. 1c, qui admettent que la prestation du travailleur est présumée être de bonne qualité ; seule revient à celui-ci la charge de la preuve d'une prestation de très bonne

rectification, il doit apporter la preuve de l'existence de faits différents de ceux contenus dans le certificat qui lui a été remis[1539]. Il appartient en revanche à l'employeur de prouver qu'un certificat de travail a déjà été remis à l'employé, si celui-ci allègue n'en avoir jamais reçu[1540].

587 Lorsque le travailleur invoque l'existence d'un *mobbing* ou d'une autre violation du devoir de l'employeur de *protéger sa personnalité* (art. 328 CO), il doit en apporter la preuve[1541].

588 Le travailleur qui se prévaut de l'art. 336c CO doit démontrer en quoi le licenciement est intervenu en *temps inopportun*. Si l'employeur conteste la date de réception du congé par l'employé, il lui appartient de la prouver[1542].

589 En cas de prétentions fondées sur un *licenciement immédiat injustifié*, il appartient à l'employé de prouver l'existence d'une résiliation immédiate[1543]. C'est en revanche à l'employeur qui se prévaut de justes motifs de congé d'apporter la preuve de leur existence[1544] ainsi que des circonstances justifiant une réduction des indemnités au sens de l'art. 337c al. 2 et 3 CO[1545].

590 Lorsque le travailleur invoque l'existence d'un *licenciement abusif*, il doit démontrer l'existence du ou des motif(s) abusif(s) dont il se prévaut[1546].

591 L'employeur qui, suite à la prétendue violation par le travailleur d'une clause de *prohibition de faire concurrence*, réclame le paiement de la peine conventionnelle, a la charge de la preuve de la violation de l'interdiction de faire concurrence ainsi que du montant de la peine conventionnelle convenu ;

---

qualité, alors qu'il reviendrait au contraire à l'employeur de démontrer que celle-ci était insuffisante.

1539 TF du 13.9.2007, 4A_127/2007, c. 7.1, JAR 2008 264 ; TF du 5.9.2003, 4C.129/2003, c. 6.1, JAR 2004 308 ; CARRUZZO (2009), 407 N 12 ad art. 330a CO ; SUBILIA/DUC, N 13 s. ad art. 330a CO.

1540 TF du 5.9.2003, 4C.129/2003, c. 6.1, JAR 2004 308 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 22 ad art. 330a CO.

1541 DUNAND (2006), 25 s. ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.48 ad art. 328 CO. Sur la preuve du mobbing, cf. infra N 688 ss.

1542 TF du 3.9.2009, 4A_236/2009, c. 2.1 : la preuve de la notification d'un acte et de la date à laquelle celle-ci a été effectuée est à la charge de celui qui entend en tirer une conséquence juridique. Or en matière de contrat de travail, les effets du congé ne se déploient qu'après que celui-ci a été reçu par le travailleur. Partant, c'est à l'employeur qu'il appartient de prouver à partir de quel moment le congé a déployé ses effets.

1543 TF du 13.4.2010, 4A_37/2010, c. 4.1 ; TF du 12.1.2009, 4A_431/2008, c. 4.3.1.2, DTA 2009 134.

1544 ATF 130 III 213, c. 3.2, JdT 2004 I 223 ; TF du 4.5.2006, 4C.23/2006, c. 4.1 ; TF du 8.2.2006, 4C.365/2005, c. 6.1 ; WYLER (2008), 519.

1545 ATF 96 II 52, c. 3 ; 78 II 441, c. 6c ; TF du 7.5.2010, 4A_570/2009, c. 7.3 ; WYLER (2008), 519 ; ZK-STAEHELIN, N 25 ad art. 337c CO.

1546 ATF 130 III 699, c. 4.1 ; 123 III 246, c. 4b, JdT 1998 I 300 ; 121 III 60, c. 3b, JdT 1996 I 47 ; DUNAND (2003), 58 ; SCHMID (2000), 22. Cf. également infra N 682.

l'employé qui entend réduire le montant de celle-ci (art. 163 al. 3 CO) doit quant à lui en prouver le caractère excessif[1547].

592 Si l'employeur invoque que l'employé lui a causé un *dommage* et réclame sa réparation au sens de l'art. 321e CO, il doit prouver la violation par le travailleur de ses devoirs contractuels, le dommage subi ainsi que le lien de causalité entre la violation et le dommage ; la faute est quant à elle présumée (art. 97 al. 1 CO), de sorte qu'il appartient à l'employé de démontrer le cas échéant qu'aucune faute ne lui est imputable[1548].

593 Lorsque l'employeur se plaint d'un *abandon de poste* du travailleur et réclame la réparation du dommage qu'il a subi (et non l'indemnité forfaitaire prévue par l'art. 337d al. 1 CO), il doit prouver l'existence et l'étendue de l'ensemble du dommage auquel il prétend, et non seulement la part excédant l'indemnité forfaitaire[1549].

b. La contre-preuve et la preuve du contraire

594 Le Tribunal fédéral a déduit de l'art. 8 CC un droit à la *contre-preuve*[1550], soit la faculté, pour la partie qui ne supporte pas le fardeau de la preuve, d'établir l'existence de faits susceptibles d'infirmer le bien-fondé des allégations qui forment l'objet de la preuve principale[1551]. Le juge n'a pas à être absolument convaincu du caractère concluant de la contre-preuve, seul suffit que celle-ci affaiblisse la preuve principale[1552]. Le droit à la contre-preuve signifie notamment que le tribunal viole l'art. 8 CC s'il tient pour exactes des allégations

---

1547 OGer AG du 24.11.1983, JAR 1986 171.

1548 TF du 28.3.2007, 4P.10/2007, c. 2, JAR 2008 177 ; TF du 15.11.2007, 4A_332/2007, c. 3.1, JAR 2008 301, DTA 2008 41 ; TF du 7.9.2004, 4C.195/2004, c. 2.1 ; TF du 17.8.1998, JAR 1999 292, c. 3 ; Trib. app. TI du 6.6.2003, JAR 2004 545, c. 1 ; KGer VS du 24.3.1993, JAR 1995 87, c. 5a ; DUNAND (2008), 90 s. N 53 s. ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.15 ad art. 321e CO ; STREIFF/VON KAENEL, N 13 ad art. 321e CO ; SUBILIA/DUC, N 6 ad art. 321e CO ; WYLER (2008), 138 ; ZK-STAEHELIN, N 32 ad art. 321e CO.

1549 OGer SH du 16.5.2003, RJB 2005 141, c. 3b ; Kantonspräsident AR du 19.1.2000, ARGVP 2000 89, c. 2 ; STREIFF/VON KAENEL N 8 ad art. 337d CO. Lorsque l'employeur réclame uniquement l'indemnité forfaitaire, cf. infra N 601.

1550 ATF 133 III 81, c. 4.2.2 ; 129 III 18, c. 2.6 ; 126 III 315, c. 4a ; TF du 6.6.2006, 4C.260/2005, c. 2.1 ; TF du 5.8.2005, 4C.456/2004, c. 2.1. Voir à ce propos la note de TREZZINI, in RSPC 2005 272 ss.

1551 ATF 133 III 81, c. 4.2.2 ; 120 II 393, c. 4b, JdT 1995 I 571 ; 115 II 305, JdT 1990 I 90 ; TF du 30.7.2004, 4C.193/2004, c. 1.2, RSPC 2005 270 ; TF du 31.3.2003, 4C.384/2002, c. 2.1.

1552 ATF 133 III 81, c. 4.2.2 ; 120 II 393, c. 4b, JdT 1995 I 571 ; 76 II 188, c. 3, JdT 1951 I 324 ; TF du 29.11.2001, 5C.229/2001, c. 1a. Voir également BÜHLER (2010), N 10 ; GASSER/RICKLI, N 6 ad art. 154 CPC ; GULDENER (1979), 328 ; SCHWEIZER, note in RSPC 2007 274 ; TREZZINI, note in RSPC 2005 272 s.

non prouvées et contestées par la partie adverse, s'il refuse l'administration de contre-preuves portant sur un fait pertinent[1553], ou encore s'il considère certes la preuve principale comme ébranlée par la contre-preuve mais retient néanmoins la version de la partie ayant la charge de la preuve au motif que les allégations contraires n'ont pas été prouvées[1554].

Par exemple, l'employé réclame le paiement de son salaire et se prévaut de son contrat de travail pour déterminer le montant convenu avec l'employeur ; si celui-ci invoque s'être entendu par la suite sur un montant différent avec le travailleur, il peut apporter des éléments permettant au juge de douter de l'exactitude du montant indiqué dans le contrat de travail, notamment par le biais de témoignages attestant que de nouvelles négociations salariales ont eu lieu après le signature du contrat. Il peut également apporter la preuve exacte du montant convenu en produisant les fiches des salaires qui ont régulièrement été versés.

595 La contre-preuve doit être distinguée de la *preuve du contraire*. Celle-ci sert en effet à renverser une présomption légale et doit être considérée comme une preuve principale[1555] ; elle doit par conséquent convaincre le juge de l'inexistence du fait présumé et non seulement affaiblir celui-ci.

Ainsi, puisque l'art. 6 LEg présume l'existence d'une discrimination à raison du sexe rendue vraisemblable, il appartient à l'employeur d'établir la preuve de l'absence de discrimination[1556]. De même, si l'employé réclame le paiement de salaires et produit son contrat de travail comme moyen de preuve, l'employeur peut se prévaloir de quittances de paiement au sens de l'art. 88 CO, qui permettent de présumer l'extinction de la dette ; il revient alors à l'employé d'apporter la preuve du contraire, c'est-à-dire de l'absence de paiement[1557].

c. Le renversement du fardeau de la preuve

596 Certaines dispositions légales ou contractuelles font exception au principe de l'art. 8 CC et prévoient un renversement du fardeau de la preuve : la partie qui conteste le fait invoqué à son encontre doit le prouver.

ca. En matière d'heures supplémentaires (art. 321c CO)

597 Une convention collective, un contrat-type ou individuel de travail, ou encore un règlement d'entreprise peut imposer à l'employeur de tenir un registre des

[1553] ATF 133 III 295, c. 7.1, JdT 2008 I 160 ; 130 III 591, c. 5.4, JdT 2006 I 131 ; TF du 4.5.2006, 4C.23/2006, c. 2.2 ; TF du 17.10.2005, 4C.24/2005, c. 8.1.

[1554] ATF 120 II 393, c. 4b, JdT 1995 I 571 ; TF du 30.7.2004, 4C.193/2004, c. 1.2, RSPC 2005 270.

[1555] ATF 120 II 393, c. 4b, JdT 1995 I 571 ; TF du 29.11.2001, 5C.229/2001, c. 1a ; GASSER/RICKLI, N 6 ad art. 154 CPC ; GULDENER (1955), 61 et (1979), 323 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 220 N 9.26 ; SCHMID (2000), 17 ; SCHWEIZER, note in RSPC 2007 274 ; VOGEL/SPÜHLER, 256 N 23.

[1556] Cf. infra N 611 ss.

[1557] TF du 17.1.2000, 4P.200/1999, c. 2c.

heures de travail effectuées par les employés, à défaut de quoi le fardeau de la preuve est renversé[1558]. Partant, si l'employeur a omis de tenir un tel décompte et que l'employé réclame le paiement de ses heures supplémentaires, il appartient à l'employeur de prouver que les heures réclamées ne sont pas dues, sans quoi les prétentions du travailleur doivent lui être allouées.

Dans sa version de 1992, la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés prévoyait à son art. 82 ch. 5 que si l'obligation de tenir les décomptes n'était pas respectée, l'employeur devait faire la preuve que les heures supplémentaires exigées n'étaient pas dues[1559].

cb. En matière d'incapacité de travail (art. 324a/336c CO)

598 Le contrat de travail ou une convention collective peut prévoir que le travailleur n'apporte la preuve de son incapacité de travail après quelques jours d'absence au travail seulement[1560]. Dans une telle hypothèse, on admet qu'il y a un renversement du fardeau de la preuve en faveur de l'employeur. En effet, s'il appartient en principe au travailleur de prouver son incapacité de travailler (art. 8 CC), partant son droit au salaire (art. 324a al. 1 CO) ou l'existence d'un congé donné en temps inopportun (art. 336c CO), l'employeur qui conteste le fait que l'employé était empêché de travailler pendant le délai de carence relatif à la fourniture du certificat médical doit en apporter la preuve[1561]. A défaut, l'incapacité doit être présumée et respectivement le droit au salaire accordé ou le congé considéré comme donné en temps inopportun.

Par exemple, l'art. 26 al. 1 de la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés (état au 1er janvier 2009) prévoit que l'employé est tenu de présenter un certificat médical à son employeur après le quatrième jour d'empêchement de travailler seulement.

1558 BREGNARD-LUSTENBERGER, 229 s. ; SCHMID (2004), 481 N 2 ; STREIFF/VON KAENEL, N 10 ad art. 321c CO.

1559 Voir à cet égard TF du 23.9.2008, 4A_86/2008, c. 4.2, JAR 2009 353 ; TF du 19.8.2008, 4A_40/2008, c. 3.3.3, RSPC 2009 158 ; TF du 8.3.2004, 4C.7/2004, c. 2.2.3 ; TF du 11.6.1999, SARB 2000 999 N 155, c. 1 ; KGer SG du 8.5.2007, SGGVP 2007 166 N 53, c. 2b ; KGer SG du 30.8.2001, JAR 2002 155, c. 6.

1560 FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.19 ad art. 324a CO.

1561 Gew. SchiedsGer. BS du 16.8.2007, BJM 2009 114, c. b/ba ; Gew. SchiedsGer. BS du 24.1.1983, JAR 1984 134 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 18 *i.f.* ad art. 324a CO ; BSK-PORTMANN, N 24 ad art. 324a CO ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.19 ad art. 324a CO ; GEISER (2003), 333 N 2.65 ; SCHMID (2004), 481 N 2 ; STREIFF/VON KAENEL, N 12 ad art. 324a/b CO ; ZK-STAEHELIN, N 11 ad art. 324a CO. *Contra* : BRÜHWILER, N 9a ad art. 324a CO, qui considère uniquement que l'employé ne doit pas être tenu à des exigences de preuve trop strictes.

cc. En cas de congé donné au représentant élu des travailleurs (art. 336 al. 2 lit. b CO)

599 Lorsqu'un congé est donné au représentant élu des travailleurs au sein d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à celle-ci, il est présumé abusif, sauf pour l'employeur de prouver qu'il disposait d'un motif justifié (art. 336 al. 2 lit. b CO). Le principe fait exception à la règle générale selon laquelle il appartient au travailleur de prouver le caractère abusif de son licenciement[1562]. Il a également pour effet d'inverser le système général de la liberté de licenciement, puisqu'il interdit en principe le licenciement d'un employé représentant élu, sauf si l'employeur parvient à démontrer un motif justifié[1563]. Cette protection accrue vise à garantir une représentation efficace des intérêts des travailleurs par le représentant, sans que celui-ci doive craindre de se voir congédié[1564]. La notion de motif justifié qui peut être invoqué par l'employeur est toutefois interprétée de manière large et ne correspond pas au juste motif du licenciement immédiat au sens de l'art. 337 CO[1565]. En effet, le congé peut découler d'une part du comportement même du salarié, qui porterait atteinte à la « morale du travail » ou violerait les dispositions légales, contractuelles ou issues d'un règlement d'entreprise et rendrait ainsi difficile la poursuite de la collaboration entre les parties[1566] : absences répétées et non excusées, non-observation continuelle des instructions, comportement pénalement répréhensible, manque de compétences[1567]. D'autre part, le motif du licenciement peut également être fondé sur des éléments objectifs, notamment économiques, comme la mauvaise marche des affaires ou le manque de travail[1568]. Le Tribunal fédéral précise à cet égard que nul n'est besoin que les mesures de restructuration touchent en premier lieu les autres travailleurs par rapport au représentant élu, et permet ainsi à l'employeur de prendre les « mesures les plus efficaces et les plus socialement admissibles »[1569]. En revanche, le motif économique ne doit pas constituer un simple prétexte, par exemple lorsque le poste en question est repourvu ultérieurement par un

1562 ATF 130 III 699, c. 4.1. Cf. infra N 682 ss.
1563 AUBRY GIRARDIN (2007), 63.
1564 ATF 133 III 512, c. 6.1, JdT 2008 I 29.
1565 Ch. rec. VD du 4.4.1995, RSJ (92) 1996 243, c. b ; AGer OW du 4.12.1991, JAR 1992 224, c. 2b ; CCiv. NE du 28.1.1991, RJN 1991 46, c. 2b ; comp. ATF 130 III 353, c. 2.2.1, JdT 2005 I 12 et 92 II 31, c. 2b, JdT 1967 I 155, rendus en matière de juste motif du congé en lien avec la cessation d'une clause de prohibition de faire concurrence ; AUBRY GIRARDIN (2007), 63 ; DUNAND (2003), 72 ; STREIFF/VON KAENEL, N 12 ad art. 336 CO.
1566 AGer ZH du 27.3.1992, JAR 1993 203, c. 3a.
1567 CCiv. NE du 28.1.1991, RJN 1991 46, c. 2b.
1568 ATF 133 III 512, c. 6.1-6.3, JdT 2008 I 29 ; TF du 17.11.1994, JAR 1995 154, c. 1b ; AGer ZH du 28.4.1993, JAR 1994 202 ; AUBRY GIRARDIN (2007), 63.
1569 ATF 133 III 512, c. 6.1-6.3, JdT 2008 I 29.

nouveau collaborateur. D'après notre haute cour toujours, il n'y pas de motif justifié de licenciement lorsque la perte de rendement du travailleur s'explique par la charge supplémentaire supportée par celui-ci en lien avec son activité de représentant des travailleurs[1570].

cd. En matière de congé annulable (art. 10 LEg)

600 L'art. 10 LEg prévoit l'annulabilitié d'un congé discriminatoire à raison du sexe qui ne repose sur aucun motif justifié et qui fait suite soit à une réclamation par l'employé à un supérieur ou un autre organe compétent au sein de l'entreprise, soit à l'ouverture d'une procédure de conciliation ou d'une action en justice. La protection vaut pendant toute la durée des démarches au sein de l'entreprise, durant la procédure de conciliation et cas échéant le procès au fond, ainsi que pendant le semestre suivant leur terme (al. 2). Ainsi, le licenciement intervenu pendant l'une de ces périodes est présumé être un « congé-vengeance », partant annulable, sauf pour l'employeur de prouver qu'il reposait sur un motif justifié[1571]. On assiste par conséquent à un renversement du fardeau de la preuve[1572].

ce. En matière d'abandon d'emploi (art. 337d al. 2 CO)

601 Lorsque l'employé abandonne son emploi ou n'entre pas en service sans juste motif, l'employeur peut prétendre à une indemnité correspondant au quart du salaire mensuel du travailleur (art. 337d al. 1 CO), sauf si aucun dommage n'a été subi ou que celui-ci est inférieur à l'indemnité prévue par l'al. 1 (al. 2). Si l'employeur doit apporter la preuve de l'abandon de poste injustifié (art. 8 CC), il appartient en revanche au travailleur de prouver qu'aucun dommage n'a été subi par l'employeur ou que le dommage était de moindre importance (al. 2), de sorte qu'aucune indemnité au sens de l'art. 337d al. 1 CO n'est due. Il y a ainsi un renversement du fardeau de la preuve en ce sens que le dommage est présumé réalisé tant que l'employé ne prouve pas le contraire[1573].

cf. En matière de devoir d'information de l'employeur (art. 330b CO)

602 Dans certains cas, un renversement du fardeau de la preuve peut s'articuler autour de la violation par l'employeur de son obligation d'informer au sens de

---

1570 Ibid.

1571 KLETT (ZBl), 60 ; Message LEg, 1222 ; NORDMANN, 195 et 289.

1572 NORDMANN, 195 et 289.

1573 OGer SH du 16.5.2003, RJB 2005 141, c. 3b ; Kantonspräsident AR du 19.1.2000, ARGVP 2000 89, c. 2 ; Gew. SchiedsGer. BS du 19.1.1981, BJM 1981 313 ; REHBINDER (2002), 174 s. N 369 ; STREIFF/VON KAENEL, N 4 s. ad art. 337d CO ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, N 9 ad art. 337d CO. Cf. toutefois, lorsque l'employeur ne réclame pas l'indemnité forfaitaire prévue à l'art. 337d al. 1 CO mais la réparation de l'entier de son dommage, supra N 593.

l'art. 330b CO[1574]. La disposition lui impose en effet, en cas de contrat de durée indéterminée ou supérieure à un mois, de donner à l'employé certains renseignements par écrit au sujet de leur relation contractuelle : nom des parties, date du début des rapports de travail, fonction du travailleur, éléments de salaire, durée hebdomadaire du travail. Lorsque l'employeur ne remplit pas son devoir, la seule sanction envisageable se trouve au niveau du fardeau de la preuve : celui-ci pourrait être selon les cas renversé ou allégé[1575]. A notre avis, la sanction du *renversement* du fardeau de la preuve doit être admise uniquement si l'employeur a sciemment omis de remplir son obligation (comportement contraire à la bonne foi au sens de l'art. 2 CC), dans le seul but de compliquer la preuve des prétentions en cas d'introduction d'une procédure par l'employé[1576]. En revanche, lorsque l'employeur n'a pas rempli son devoir d'information, par négligence ou parce qu'il ne connaissait pas la disposition, c'est-à-dire sans dessein de nuire à l'employé dans son fardeau de la preuve, seul un *allègement* de celui-ci en faveur du travailleur devrait être retenu.

Par exemple, l'employeur qui a *à dessein* manqué à son devoir d'information et qui conteste devant le tribunal le montant du salaire invoqué par le travailleur doit prouver qu'un montant différent avait été convenu, à défaut de quoi celui articulé par le travailleur sera pris en compte. En revanche, s'il a uniquement fait preuve de *négligence*, la preuve par l'employé est allégée, c'est-à-dire qu'il lui suffit de rendre hautement vraisemblable le montant prétendu.

603 Le principe du renversement ou de l'allègement du fardeau de la preuve en cas de violation par l'employeur de son devoir d'information au sens de l'art. 330b CO s'impose en raison de l'avantage que peut trouver celui-ci à ne pas le remplir, dans le but précisément d'éviter que ces éléments soient scellés par écrit et que la preuve en soit facilitée[1577]. La sanction du non-respect de cette obligation au niveau du fardeau de la preuve permet ainsi d'inciter l'employeur à remplir son obligation.

cg. Comportement contraire à la bonne foi (art. 2 CC)

604 Un renversement du fardeau de la preuve doit être admis de manière générale lorsque la partie adverse a un comportement contraire à la bonne foi au sens de l'art. 2 CC[1578], c'est-à-dire avant l'introduction de toute instance. Tel est le cas

[1574] Bien que l'art. 330b CO soit entré en vigueur au 1er avril 2006, il s'applique à tous les rapports de travail, même conclus antérieurement à cette date, en application de l'art. 2 Disp. trans. CC : BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 6 ad art. 330b CO ; PIETRUSZAK, N 18 ; PORTMANN (2007), 3 s., et (TREX), 297.

[1575] BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 14 ad art. 330b CO ; CARRUZZO (2009), 411 N 3 ad art. 330b CO ; SECO, in JAR 2009 108 ; PIETRUSZAK, N 38 ; PORTMANN (2007), 7, et (TREX), 299 ; VISCHER, 76. *Contra* : SUBILIA/DUC, N 5 ad art. 330b CO.

[1576] Comp. infra N 604.

[1577] Voir à ce propos BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 14 ad art. 330b CO, ainsi que PIETRUSZAK, N 39.

[1578] En cas de comportement contraire à la bonne foi en cours de procédure, cf. infra N 618.

lorsque l'employeur ou le travailleur n'accomplit pas sciemment une obligation légale ou contractuelle ou détruit intentionnellement des documents dans le seul but de rendre difficile voire impossible la réussite de la preuve dans l'hypothèse d'une action en justice, partant d'inciter la partie adverse à renoncer à faire valoir ses droits[1579].

Ainsi en va-t-il par exemple de l'employeur qui omet à dessein de tenir un relevé des heures supplémentaires de l'employé, contrairement à une disposition légale ou contractuelle qui le lui imposerait telle que les art. 46 LTr et 73 al. 1 lit. c OLT 1, alors qu'il connaît son importance, au niveau de la preuve, dans le cadre d'un procès et a ainsi pour volonté d'empêcher l'employé de réclamer ses prétentions en justice.

d. L'allègement du fardeau de la preuve

605 Dans certains cas, le législateur ou la jurisprudence admet un allègement du fardeau de la preuve, notamment lorsqu'une preuve stricte est impossible ou ne peut raisonnablement être exigée, l'idée étant de permettre au justiciable de mettre en œuvre son droit sans se heurter à des difficultés d'ordre probatoire[1580]. Les exigences de preuve sont par conséquent atténuées en faveur de la partie qui en a la charge. L'allègement du fardeau de la preuve n'a cependant pas pour conséquence de limiter les moyens de preuve et n'empêche en particulier pas que des mesures d'instruction importantes soient mises en place[1581].

da. L'art. 42 al. 2 CO

606 Selon le Tribunal fédéral, l'art. 42 al. 2 CO, qui prévoit un allègement du fardeau de la preuve du montant du dommage lorsque celui-ci ne peut pas être établi de manière exacte, peut être appliqué par analogie dans les causes où, en raison de leur nature, une preuve stricte ne peut être apportée ni raisonnablement exigée[1582]. Dans ces hypothèses, la preuve est ramenée à la *haute vraisemblance* uniquement[1583]. La disposition ne dispense cependant pas la partie de fournir au juge, dans la mesure de ses possibilités, tous les éléments de fait permettant de conclure au bien-fondé de sa prétention et d'en évaluer le montant[1584].

La jurisprudence permet par exemple l'application par analogie de l'art. 42 al. 2 CO lorsque le tribunal doit évaluer le nombre de jours de vacances non prises par l'employé[1585] ou

---

[1579] OGer TG du 30.3.2006, RBOG 2006 91 N 7, c. 2a ; BEGLINGER, 480 et 487 ss ; BK-KUMMER, N 191 ad art. 8 CC ; RUDOLPH/(LÜTHI) (in GEISER/VON KAENEL/WYLER), N 17 ad art. 46 LTr ; VOGEL/SPÜHLER, 261 N 44.

[1580] ATF 128 III 271, c. 2b/aa, JdT 2003 I 606.

[1581] BK-KUMMER, N 10 ad art. 8 CC ; STEIGER-SACKMANN (in BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN), N 51 s. ad art. 6 LEg.

[1582] ATF 128 III 271, c. 2b/aa, JdT 2003 I 606.

[1583] BÜHLER (2010), N 26 ss. Sur la notion de haute vraisemblance, voir supra N 578.

[1584] ATF 133 III 462, c. 4.4.2 ; 128 III 271, c. 2b/aa, JdT 2003 I 606 ; TF du 4.5.2010, 4A_94/2010, c. 2.4.

[1585] ATF 128 III 271, c. 2b/bb, JdT 2003 I 606. Cf. infra N 678 ss.

lorsqu'il doit déterminer l'existence[1586] ou l'ampleur[1587] des heures supplémentaires effectuées par celui-ci. L'art. 42 al. 2 CO s'applique en revanche directement s'il s'agit de fixer l'étendue de la réparation en cas de responsabilité civile du travailleur ou de l'employeur[1588].

607 Lorsque la difficulté de la preuve découle de la seule négligence d'une partie, celle-ci ne peut pas tirer profit d'un allègement du fardeau de la preuve puisque le montant de la prétention aurait pu être établi de manière précise[1589].

Ainsi, l'art. 42 al. 2 CO ne peut pas trouver à s'appliquer dans le cas où le travailleur omet de tenir une fiche de ses heures supplémentaires, alors que l'employeur avait expressément exigé qu'il en tienne une, et les réclame en justice par la suite, sans parvenir à prouver leur quotité de manière exacte[1590].

db. La preuve par indices

608 Le Tribunal fédéral admet dans certains domaines que la preuve soit apportée sur la base d'un faisceau d'indices uniquement. Il s'agit de prétentions qui, de par leur nature même – et non en raison de la situation d'espèce –, sont difficiles à prouver[1591]. En pareille hypothèse, il suffit au demandeur d'apporter la preuve de faits qui, bien qu'ils ne fondent pas en eux-mêmes la prétention, permettent de la déduire de manière fiable[1592]. Puisque la preuve par indices se justifie lorsque la prétention est difficile à prouver de par sa nature, elle implique *de facto* la possibilité pour le juge de la retenir sur la base d'une *vraisemblance prépondérante* seulement[1593].

1586 TF du 26.3.2007, 4C.307/2006, c. 3.2 ; TF du 15.6.2006, 4C.142/2005, c. 5.2 ; plus restricitf : C. app. Prud. GE du 16.6.1999, SARB 2000 959 N 149, c. 11a : il doit être « clairement prouvé que le travail excédait l'horaire normal dans une mesure déterminable ».

1587 ATF 128 III 271, c. 2b/aa, JdT 2003 I 606. Cf. infra N 675 s.

1588 ATF 110 II 344, c. 6b, pour un cas d'application de responsabilité du travailleur au sens de l'art. 321e CO.

1589 BREGNARD-LUSTENBERGER, 225 ; BRÜHWILER, 79 s. N 13 ad art. 321c CO ; KGer SG du 22.1.2003, SGGVP 2003 N 53, c. 4b/aa.

1590 KGer SG du 22.1.2003, SGGVP 2003 N 53, c. 4b/aa.

1591 HOHL (1994), 134 s. N 423 s.

1592 ATF 57 II 170 : « Der Kläger ist daher ganz auf die indirekte Beweisführung durch Indizien angewiesen, d.h. auf den Nachweis von Tatsachen, die selber den Rechtsanspruch nicht zu begründen vermögen, die aber nach ihrer regel- und erfahrungsgemässen Bedeutung einen zuverlässigen Schluss auf die Wahrheit der zum Beweis verstellten, rechtsbegründenden Tatsachen gestatten. » ; 54 II 473 ; HOHL (1994), 134 n. 145.

1593 Comp. ATF 128 III 271, c. 2b/aa, JdT 2003 I 606 ; HOHL (1994), 134 N 423 et 150 N 469. Comp. encore supra N 606.

dba. Le licenciement abusif (art. 336 CO)

609 Lorsque l'employé prétend avoir été licencié de manière abusive, le congé est présumé abusif si le travailleur fournit des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur[1594].

dbb. Le harcèlement psychologique (art. 328 CO)

610 Si le travailleur prétend avoir été victime de harcèlement psychologique sur son lieu de travail, le juge peut le retenir sur la base d'un simple faisceau d'indices convergents[1595].

dc. L'art. 6 LEg

611 L'art. 6 LEg octroie à l'employé un assouplissement dans le fardeau de la preuve en ce sens que l'existence d'une discrimination à raison du sexe liée à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et au perfectionnement professionnels, à la promotion ou encore à la résiliation des rapports de travail est *présumée* pour peu que le travailleur la rende *vraisemblable*[1596] ; il exclut en revanche de son champ d'application le harcèlement sexuel ainsi que la discrimination à l'embauche[1597]. L'allègement du fardeau de la preuve de l'art. 6 LEg suppose que l'employé fournisse au juge des indices objectifs suffisants permettant d'établir l'existence d'une discrimination, celle-ci étant rendue vraisemblable même si le tribunal tient encore pour possible son inexistence[1598]. Cela signifie notamment que l'employé qui prétend que son *congé* est discriminatoire à raison du sexe a tout intérêt à invoquer les dispositions de la LEg plutôt que l'art. 336 CO[1599], puisque celui-ci exige la haute vraisemblance du motif abusif[1600] et non sa simple vraisemblance.

612 Une *discrimination salariale* est par exemple rendue vraisemblable lorsque le salaire du travailleur est inférieur à celui d'une personne de sexe opposé occupant une fonction semblable au sein de l'entreprise avec un cahier des

---

1594 Cf. infra N 682.

1595 Cf. infra N 688.

1596 Sur la notion de vraisemblance, cf. supra N 579.

1597 Il faut néanmoins admettre dans ces domaines que le juge se contente de la haute vraisemblance : COSSALI SAUVAIN (FJS), 12. Voir également infra N 692.

1598 ATF 132 III 140, c. 4.1.2-4.2 : le juge ne doit pas « exclure qu'il puisse en aller différemment » ; 130 III 321, c. 3.3, JdT 2005 I 618 ; BSK ZPO-GUYAN, N 10 ad art. 157 CPC ; BERGER-STEINER, 132 s. N 05.15 ; GASSER/RICKLI, N 5 ad art. 157 CPC.

1599 Lors du rapport d'évaluation portant sur l'efficacité de la loi sur l'égalité, d'avril 2005, réalisé sur mandat de l'Office fédéral de la justice, il a été mis en lumière que les licenciements discriminatoires à raison du sexe n'étaient souvent ni invoqués ni traités sur la base de la LEg mais des art. 336 ss CO uniquement, voir 38, 106 et 112.

1600 Cf. infra N 682.

charges comparable[1601] ou à celui de son prédécesseur, à qualifications égales[1602], ou encore si la majorité des collaborateurs de sexe opposé a reçu un bonus mais non l'employé en question[1603]. En revanche, le fait qu'une employée exerçant une profession typiquement féminine soit moins bien rétribuée que dans une profession de référence spécifiquement masculine ou neutre du point de vue des sexes ne suffit pas à rendre la discrimination vraisemblable[1604]. De même, lorsque l'affirmation liée à la discrimination est trop vague et abstraite[1605].

613 La probabilité de l'existence d'une discrimination n'a pas besoin d'être prépondérante, c'est-à-dire qu'elle peut être inférieure à 50%[1606] ; les chances que la discrimination soit retenue *in fine* sont cependant hautement théoriques, puisqu'il suffit à l'employeur de démontrer, par le biais d'une probabilité plus importante, l'absence de toute discrimination[1607].

Ainsi, l'employée rend vraisemblable la discrimination si elle démontre qu'elle est moins bien rétribuée par rapport à un seul de ses collègues qui occupe la même fonction, quand bien même, dans les faits, 49 autres collaborateurs masculins de l'employeur touchent le même salaire qu'elle. La discrimination sera retenue par le tribunal uniquement si l'employeur ne rend pas plus vraisemblable l'absence de discrimination, en invoquant par exemple un motif objectif justifiant la différence de salaire en question et l'existence d'une symétrie salariale par rapport aux 49 autres collaborateurs.

614 Si la discrimination est rendue vraisemblable, il revient à l'employeur d'apporter la *preuve du contraire*[1608], c'est-à-dire l'absence de discrimination[1609]. Dans ce

---

1601 ATF 127 III 207, c. 3b. La comparaison avec le salaire d'un seul collègue de sexe opposé est suffisante : TF du 25.2.2009, 4A_449/2008, c. 3.1 ; AUBRY GIRARDIN (2005), 1067 ; KLETT (2001), 1296 ; STAUBER-MOSER/SAID-CRETTOL, 1371. *Contra* : CARRUZZO (2009), 303 n. 141 ad art. 328 CO.

1602 ATF 130 III 145, c. 4.2.

1603 ATF 130 III 145, c. 4.3.2.

1604 ATF 125 II 541, c. 6a, RDAF 2000 I 623.

1605 STAUBER-MOSER/SAID-CRETTOL, 1371 ; STEIGER-SACKMANN (in BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN), N 57 s. ad art. 6 LEg.

1606 Ch. rec. VD du 24.7.2001, Plädoyer 2/2002 52, c. 5b ; BERSIER (2009), 385 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.3 ad art. 6 LEg ; LEUENBERGER (2000), 123 ; STAUBER-MOSER/SAID-CRETTOL, 1371 ; STEIGER-SACKMANN (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 132 ad art. 6 LEg, et (in BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN), N 54 et 56 ad art. 6 LEg ; comp. ATF 117 II 379, JdT 1995 I 49. Voir également NORDMANN, 290, qui précise que le tribunal ne doit retenir une discrimination que si elle est vraisemblable et non *hautement* vraisemblable comme par exemple en matière de congé abusif.

1607 LEUENBERGER (2000), 123 s. Voir par exemple C. app. Prud. GE du 11.11.2009, CAPH/160/2009 (disponible sur www.leg.ch) : « En conclusion, la Cour retient que, malgré le fait que E [l'employeur] n'a pas rapporté la preuve d'une non discrimination, il ressort des pièces produites par E, notamment la grille salariale et les contrats d'autres employés masculins, (…) que la différence entre le salaire de T et celui de A ne s'expliquait pas pour des motifs liés au sexe ».

1608 Sur cette notion, voir supra N 595.

domaine en effet, la preuve porte généralement sur des faits qui se trouvent à disposition de l'employeur uniquement et qui ne sont connus que de lui[1610]. Celui-ci doit alors prouver soit l'inexistence de la discrimination[1611], soit que celle-ci est fondée sur des motifs objectifs[1612]. Dans la première hypothèse, il peut par exemple démontrer que l'employé n'effectue pas le même cahier des charges que la personne de l'autre sexe prise à comparaison[1613]. Dans la seconde, l'employeur doit d'une part apporter la preuve que la discrimination est fondée sur un but objectif, qui peut se rapporter notamment à la formation de l'employé, son ancienneté, ses qualifications, son expérience, les risques encourus, son âge, ses charges familiales, sa position de force dans la négociation salariale ou encore la situation conjoncturelle[1614] ; il doit démontrer d'autre part que le motif invoqué poursuit un but objectif répondant à un véritable besoin de l'entreprise, que les mesures discriminatoires permettent d'atteindre dans le respect du principe de proportionnalité[1615]. Il doit encore établir que la politique salariale fondée sur les motifs objectifs invoqués s'applique à l'ensemble de ses employés et non seulement au travailleur en cause[1616].

615 En pratique, chacune des parties est tenue de collaborer activement à l'administration des preuves. En effet, le procès ne doit pas être scindé en deux phases dont la première correspondrait à la preuve par l'employé de la vraisemblance de la discrimination et la seconde à la preuve par l'employeur de l'inexistence de celle-ci[1617]. Par conséquent, ce n'est qu'au terme de la procédure probatoire et au moment où le tribunal doit statuer que l'allègement du fardeau de la preuve déploie ses effets, puisqu'il s'agit alors pour le juge d'apprécier

[1609] ATF 130 III 145, c. 4.2 ; 127 III 207, c. 3b, JAR 2002 336 ; TF du 4.7.2000, 4C.463/1999, c. 5c (non publié à l'ATF 126 III 395) ; LEUENBERGER (2000), 115 ; Message LEg, 1216.

[1610] TF du 26.9.2003, 2A.556/2002, c. 7.2.

[1611] ATF 127 III 207, c. 3b.

[1612] ATF 130 III 145, c. 5.2.

[1613] AUBRY GIRARDIN (2005), 1068 ; KLETT (2001), 1297.

[1614] ATF 130 III 145, c. 5.2. Le Tribunal fédéral précise que les disparités de salaire reposant sur des occasions de négociation différentes ou sur des fluctuations conjoncturelles doivent être compensées dès que possible mais au plus tard dans le délai d'une année. Voir également à propos des motifs objectifs justifiant une discrimination : BERSIER (2009), 389, et STAUBER-MOSER/SAID-CRETTOL, 1373 s.

[1615] ATF 130 III 145, c. 5.2 ; TF du 4.7.2000, 4C.463/1999, c. 3b/ee (non publié à l'ATF 126 III 395).

[1616] ATF 124 II 436, c. 7c ; KLETT (2001), 1297.

[1617] AUBRY GIRARDIN (2005), 1068 ; BERSIER (2009), 389 ; STEIGER-SACKMANN (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 147 ss ad art. 6 LEg et (in BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN), N 62 s. ad art. 6 LEg ; STAUBER-MOSER/SAID-CRETTOL, 1372.

dans un premier temps si la discrimination a été rendue vraisemblable, puis, le cas échéant, d'examiner si l'employeur a apporté la preuve du contraire[1618].

dd. Le harcèlement sexuel (art. 4 et 5 LEg)

616 Au vu des difficultés qui sont souvent rencontrées en matière de preuve du harcèlement sexuel, un allègement du fardeau de la preuve devrait être admis en ce sens que le juge peut retenir l'existence du harcèlement sur la base d'une *vraisemblance prépondérante* seulement[1619].

de. En matière de devoir d'information de l'employeur (art. 330b CO)

617 Un allégement du fardeau de la preuve peut être admis en cas de non-observation par l'employeur de son devoir d'information au sens de l'art. 330b CO[1620]. En pareil cas, le fait allégué par le travailleur doit uniquement relever de la *haute vraisemblance*[1621].

§ 47 La libre appréciation des preuves par le tribunal

618 Aux termes de l'art. 157 CPC, le tribunal apprécie librement les preuves. Cela signifie que le tribunal décide selon sa conviction subjective personnelle si les faits se sont produits ou non, partant s'ils sont prouvés ou non[1622]. Avant l'entrée en vigueur du CPC, le même principe était posé à l'art. 343 al. 4 CO, pour les causes de droit du travail d'une valeur litigieuse ne dépassant pas 30'000 francs[1623]. Cela avait pour conséquence que le juge n'était pas lié par d'éventuelles règles cantonales conférant une force probante spéciale à certains moyens de preuve[1624].

619 Dans le cadre de son appréciation des preuves, le tribunal doit notamment prendre en considération l'attitude des parties (art. 164 CPC)[1625]. Le principe de libre appréciation des preuves permet ainsi de sanctionner la partie qui se

---

1618 STEIGER-SACKMANN (in BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN), N 64 ad art. 6 LEg.

1619 Sur la notion de haute vraisemblance, voir supra N 578. Sur la preuve du harcèlement sexuel, voir infra N 692 s.

1620 Sur cette question, voir les développements supra N 602 s.

1621 Sur la notion de haute vraisemblance, voir supra N 578.

1622 HASENBÖHLER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 8 ad art. 157 CPC ; HOHL (Tome I), 213 N 1105 ; PASSADELIS (in BAKER & MCKENZIE), N 9 ad art. 157 CPC ; VOUILLOZ, 834.

1623 ATF 103 II 276, c. 6d.

1624 TF du 20.6.2005, 4P.85/2005, c. 3 ; TF du 2.6.1997, SJ 1998 59 ; ATF 109 II 291, c. 1, JdT 1985 I 176 ; BOHNET (CPCN), N 3 ad art. 226 CPCN ; HOHL (Tome I), 213 N 1109.

1625 TF du 20.6.2005, 4P.85/2005, c. 3, RSPC 2005 405 ; BOHNET (CPCN), N 3 ad art. 224 CPCN ; GULDENER (1979), 322 ; HASENBÖHLER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 10 ad art. 157 CPC ; HOHL (Tome I), 213 N 1111 ; PASSADELIS (in BAKER & MCKENZIE), N 11 ad art. 157 CPC ; VOGEL/SPÜHLER, 267 N 68.

comporte de façon contraire à la bonne foi (art. 52 CPC) lors de l'administration des preuves[1626], par exemple parce qu'elle refuse de produire certaines pièces qu'elle est seule à détenir ou qu'elle a sciemment détruites. Le juge peut alors en tenir compte lors de l'appréciation des preuves en admettant les faits en question comme prouvés[1627], en tout cas aussi longtemps qu'aucun élément du dossier ne permette d'en douter.

Par exemple, lorsque l'employé réclame son droit à une provision ou à une participation au résultat et que l'employeur refuse de produire les documents comptables permettant d'établir le montant de celle-ci, le tribunal peut sans autre se fonder sur les chiffres articulés par l'employé. De même si le travailleur réclame le paiement de ses heures supplémentaires et que l'employeur refuse de produire les registres d'heures qu'il a tenus.

§ 48 Les différents moyens de preuve et leur valeur probante

1. Le témoignage

a. Généralités

620 Aux termes de l'art. 169 CPC, toute personne qui n'a pas qualité de partie, principale ou accessoire[1628], dans la procédure peut être entendue en tant que témoin.

Peuvent par exemple être entendus comme témoins des collaborateurs ayant travaillé ou travaillant toujours aux services de l'employeur, des amis ou des proches de l'une des parties, le nouvel employeur du travailleur, ses nouveaux collègues, son médecin, un collaborateur de la caisse de chômage chargé de traiter le dossier de l'employé congédié ou encore un membre de l'organe chargé du contrôle de l'application de la CCT.

621 Ne peuvent par conséquent être entendus en qualité de témoin le demandeur, le défendeur, l'intervenant principal (art. 73 CPC), l'intervenant accessoire (art. 74 ss CPC), l'appelé en cause (art. 81 ss CPC) et le dénoncé (art. 78 ss CPC)[1629]. L'art. 159 CPC exclut également l'audition de l'*organe d'une personne morale*, c'est-à-dire toute personne physique qui, d'après la loi ou les statuts ou l'organisation effective de la personne morale, prend part à l'élaboration de sa volonté et jouit en droit ou en fait du pouvoir de décision

[1626] Lorsque la partie a un comportement contraire à la bonne foi avant l'introduction de l'instance (art. 2 CC), on assiste en revanche à un renversement du fardeau de la preuve, cf. supra N 604.

[1627] TF du 10.2.2006, 4P.196/2005, c. 5.2, RSPC 2006 257 ; TF du 22.6.1989, JdT 1991 II 190, c. 2a ; BK-KUMMER, N 186 ad art. 8 CC ; GASSER/RICKLI, N 3 s. ad art. 164 CPC ; GULDENER (1955), 23.

[1628] GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 169 CPC ; REINERT (in BAKER & MCKENZIE), N 1 ad art. 169 CPC.

[1629] BSK ZPO-GUYAN, N 4 ss ad art. 169 CPC.

correspondant[1630]. Les fondés de procuration ne sont en revanche pas visés par cette disposition[1631].

Par exemple, les actionnaires d'une société anonyme (art. 625 CO) ou les associés d'une société à responsabilité limitée (art. 775 CO) ne peuvent être entendus en qualité de témoins.

622 Pour assurer son indépendance face à l'objet du litige, le témoin n'est pas autorisé à participer aux audiences précédant son audition (art. 171 al. 4 CPC). Le cas échéant, la possibilité de procéder à son audition devrait être maintenue, la sanction de l'inobservation de la règle devant s'exprimer au niveau de l'appréciation des preuves, c'est-à-dire que le témoignage sera apprécié avec une certaine retenue. Lorsque l'employeur est représenté par l'un de ses employés (art. 204 al. 3 lit. c CPC) ou que l'une des parties est assistée d'un autre collègue travaillant ou ayant travaillé aux services de l'employeur[1632], l'art. 171 al. 4 CPC empêche en principe que le représentant soit entendu en qualité de témoin. La partie devra par conséquent prendre en compte ce fait avant de désigner son représentant. Une exception à l'art. 171 al. 4 CPC devrait en revanche être admise au profit de la partie adverse, qui ne doit selon nous jamais être empêchée de citer le représentant en tant que témoin ; il ne se justifie nullement que celle-ci soit pénalisée par le choix de son adversaire.

623 Il appartient en principe au tribunal ou à une délégation de celui-ci de poser les questions au témoin (art. 172 CPC). Les parties ou leurs mandataires peuvent toutefois être autorisés à le questionner directement (art. 173 CPC), en particulier lorsqu'il n'existe aucun risque que la question posée soit suggestive[1633]. Le Code ne s'oppose par conséquent pas à ce que le juge, après avoir exhorté le témoin à décliner son identité, décrit ses relations personnelles avec les parties et indiqué les faits de la cause en sa connaissance (art. 172 CPC)[1634], interpelle immédiatement les parties ou leur représentant afin qu'il ou elles posent directement leurs questions[1635]. La latitude accordée par l'art. 173 CPC permet ainsi aux cantons de procéder de manière diverse, cas échéant de

1630 ATF 124 III 418, c. 1b ; 122 III 225, c. 4b. Le Message CPC précise expressément qu'il peut s'agir d'un organe de fait ou de droit, 6925 ad art. 156 P-CPC.

1631 TF du 22.2.2010, 4D_143/2009, c. 2, RSPC 2010 256 ; OGer LU du 24.3.1986, LGVE 1986 I N 20 ; Juge instructeur NE du 20.1.1976, RJN 6 I 379 ; BOHNET (CPCN), N 6 ad art. 225 CPCN.

1632 Cf. supra respectivement N 328 et 333 s.

1633 Message CPC, 6930 ad art. 166 à 173 P-CPC.

1634 Comp. OGer ZH du 21.11.1951, ZR 51 (1952) 273 N 158 et FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 4 ad § 167 ZPO ZH : la possibilité pour les parties de poser des questions complémentaires ne décharge pas le juge de son devoir de poser les questions principales imposées par la loi.

1635 BSK ZPO-GUYAN, N 4 ad art. 173 CPC, considère que l'interrogatoire « direct » devrait rester l'exception, d'une part afin d'éviter le plus possible les questions suggestives et, d'autre part, en raison du fait que le témoin répond différemment selon qu'il est interrogé par le tribunal ou par les parties.

maintenir la solution qui prévalait sous l'empire de leur code de procédure civile respectif[1636].

624 Le *contenu essentiel* du témoignage doit être consigné au procès-verbal (art. 176 CPC). Ainsi, seuls les éléments pertinents pour le sort de la cause doivent être verbalisés[1637] ; chacune des déclarations n'a ainsi pas à être retranscrite, par exemple si elle ne concerne pas l'affaire en cause ou si elle a déjà été consignée au procès-verbal, peu importe qu'elle ait été formulée différemment, sans quoi la procédure se verrait inutilement allongée[1638]. En pratique, le tribunal devrait d'office ordonner qu'il soit procédé à la lecture de la retranscription du témoignage[1639], pour permettre aux parties de requérir l'ajout d'un élément qui aurait été omis et qui leur paraît important. Les questions complémentaires requises par une partie mais refusées par le tribunal doivent également être consignées au procès-verbal (art. 176 al. 1, 2ème phrase, CPC), dans le but d'en faciliter la preuve en cas de recours[1640]. Le témoin doit signer le procès-verbal contenant ses déclarations (art. 176 al. 1, 1ère phrase, CPC). L'absence de signature n'entraîne pas l'invalidation du témoignage mais le tribunal pourra en tenir compte au niveau de la valeur probante de celui-ci[1641].

1636 Dans le canton de Vaud par exemple, l'usage voulait que les avocats posent directement leurs questions au témoin, ce alors même que l'art. 208 CPC VD (du 14.12.1966) prévoyait expressémenent de passer par le juge, voir POUDRET/HALDY/TAPPY, ad art. 208 CPC VD. A Berne, les questions étaient en revanche posées uniquement par l'intermédiaire du juge, voir art. 253 ZPO BE (du 7.7.1918) ainsi que LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, N 3 ad art. 253 ZPO BE.

1637 BSK ZPO-GUYAN, N 7 ad art. 176 CPC : « Wesentlich ist, was den Ausgang des Verfahrens beeinflussen kann » ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 90 : « il ne s'agit ni de paraphraser, ni de trop résumer les déclarations d'un témoin » ; H. WEIBEL/NÄGELI (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 5 ad art. 176 CPC ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 242 N 9.93 ; LÜSCHER/HOFMANN (2010), 264 : « Le procès-verbal consigne uniquement la substance des déclarations des personnes entendues ; il ne s'agit donc pas d'une retranscription "mot à mot" » ; comp. : art. 232 al. 3 aLPC GE (du 10.4.1987) et BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, ad art. 232 LPC GE : « il [le témoignage] doit être circonstancié, c'est-à-dire contenir tous les propos des témoins pouvant avoir une portée au regard des faits admis en preuve ou susceptibles de permettre l'appréciation du témoignage » ; art. 36 aLJT VD (du 17.5.1999) et DUCRET/OSOJNAK, N 7 s. ad art. 36 LJT, selon lesquels les déclarations doivent être résumées en ce qu'elles ont d'utile à retenir ; art. 13 al. 3, 2ème phrase, aCPC FR (du 28.4.1953).

1638 Comp. : Kassationsgericht ZH du 1.9.1988, ZR 87 (1988) 227 N 96, c. II/3b ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (1999), N 4a ad art. 100 ZPO SG.

1639 Comp. art. 44 al. 3 aLJPH GE (du 25.2.1999) et § 218, 2ème phrase, aZPO TG (du 6.7.1988).

1640 Message CPC, 6931 ad art. 166 à 173 P-CPC.

1641 GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 176 CPC ; comp. EDELMANN (in BÜHLER/EDELMANN/KILLER), N 2 ad § 230 ZPO AG.

b. Valeur probante

625 Le tribunal apprécie librement la valeur probante d'un témoignage (art. 157 CPC). Selon le Tribunal fédéral, le juge est amené à se fonder sur les propos d'un témoin uniquement si celui-ci avait la volonté et la capacité de dire la vérité[1642]. L'art. 172 lit. b CPC prévoit que le juge questionne le témoin sur ses relations avec les parties, afin qu'il puisse connaître les circonstances pouvant influencer sa crédibilité. Lorsque le tribunal doute de l'impartialité d'un témoin, les déclarations de celui-ci doivent être *appréciées avec retenue*, voire complètement écartées, selon son degré de crédibilité. Toutefois, lorsqu'un certain nombre de témoins, les uns influencés par la partie demanderesse, les autres par le défendeur, tiennent des propos identiques, le tribunal doit les tenir pour probants.

626 Lorsque le témoin est un *collaborateur de l'employeur*, son témoignage peut devoir être apprécié avec retenue, voire complètement écarté, au vu du rapport de subordination existant entre les parties[1643]. En effet, le témoin ne dispose pas d'une pleine indépendance face à son employeur lorsqu'il peut craindre de perdre son emploi[1644] ou de mettre en péril ses chances d'obtenir une promotion s'il ne témoigne pas en sa faveur[1645]. L'appréciation avec retenue peut également être de mise lorsque les rapports de travail entre l'employeur et le collaborateur appelé à témoigner ont pris fin et si le contrat a été résilié par l'employeur[1646] ou, de manière générale, si les parties se sont quittées en mauvais termes[1647]. Dans tous les cas, il faut encore que des *indices* permettent de douter du témoignage, sans quoi celui-ci doit disposer d'une pleine valeur probante[1648]. Le Tribunal fédéral reconnaît notamment que la position hiérarchique de supérieur d'une des

[1642] ATF 118 Ia 28, c. 1c, JdT 1994 IV 153 ; TF du 17.7.2001, 4P.110/2001, c. 2b/bb, JAR 2002 371.

[1643] TF du 7.5.2010, 4A_570/2009, c. 4.4 ; TF du 10.7.2007, 4P.39/2007, c. 4.3 ; TF du 18.8.2005, 4P.143/2005, c. 2.2, RSPC 2006 41 ; TF du 15.3.2005, 4P.243/2004, c. 4.3.3, RSPC 2005 264 ; TF du 17.7.2001, 4P.110/2001, c. 2b/bb, JAR 2002 371 ; comp. TF du 30.4.2003, 4P.49/2003, c. 3.2, RSPC 2005 29.

[1644] Il convient de noter à cet égard que le licenciement signifié à des fins de vengeance suite au témoignage d'un employé contraire aux intérêts de l'employeur, dans le cadre d'un procès entre celui-ci et un autre de ses employés, est abusif ; voir C. app. Prud. GE du 6.11.1987, SJ 1988 586, N 8.

[1645] TF du 30.7.2003, 4P.96/2003, c. 2.4.2.

[1646] L'employé licencié ressent en règle générale une certaine rancune envers son ex-employeur et peut avoir un esprit revanchard.

[1647] JACCOTTET TISSOT, 1516.

[1648] TF du 15.3.2005, 4P.243/2004, c. 4.3.3, RSPC 2005 264 ; TF du 5.1.2001, 4P.137/2000, c. 3a. Voir également TREZZINI, in RSPC 2005 31. Comp. encore, en matière de bail, TF du 12.7.2010, 4A_114/2010, c. 2.2.

parties au procès ne suffit pas en soi à diminuer la valeur probante de ses propos[1649].

Un tel indice existe par exemple lorsque le témoignage émane d'un collaborateur ayant eu connaissance dès le départ de la procédure introduite par le travailleur et ayant participé lui-même à son élaboration[1650].

627 L'appréciation avec retenue peut parfois avoir des conséquences redoutables pour l'issue de la cause puisqu'elle peut amener le tribunal à constater l'absence de preuve, au motif que les seuls témoignages émanent de collègues de l'employé dont il faut légitimement douter de l'impartialité. Certaines situations impliquent d'ailleurs nécessairement que le tribunal procède à l'audition des collègues de l'employé, qui se révèle être le seul moyen de preuve à disposition.

Ainsi, lorsque le travailleur invoque l'existence d'un congé abusif, le tribunal est amené à se fonder sur le témoignage des autres collaborateurs de l'employeur si celui-ci invoque comme motif de licenciement des tensions et difficultés relationnelles de l'employé au sein de l'entreprise[1651].

628 Lorsqu'un *proche d'une partie* est entendu en qualité de témoin, son témoignage ne doit être retenu que si les indications fournies sont corroborées par d'autres moyens de preuve, ceci au vu de son manque d'impartialité évident et de son intérêt éventuel sur l'issue de la cause[1652].

Lorsque l'épouse d'un travailleur qui réclame une indemnité pour licenciement abusif est entendue en qualité de témoin, son témoignage ne doit être retenu qu'en tant qu'il vient confirmer d'autres témoignages ou d'autres pièces.

c. Le témoignage par ouï-dire (« hearsay »)

629 L'art. 169 CPC impose que le témoin ait eu une *perception directe* des faits. Le Message CPC précise à cet égard qu'aucune valeur probante ne doit être accordée au témoignage par ouï-dire[1653]. Le rapport relatif à l'A-P CPC était plus nuancé, puisqu'il admettait que ce moyen de preuve puisse à tout le moins servir d'indice dans l'appréciation des preuves[1654]. De son côté, la jurisprudence du Tribunal fédéral est contradictoire[1655]. En doctrine, certains auteurs regrettent

---

1649 TF du 6.4.2010, 4A_245/2009, c. 2.2.

1650 TF du 22.12.2003, 4P.205/2003, c. 4.

1651 TF du 5.11.2002, 4P.186/2002, c. 3.2.2 : « il est difficile, lorsqu'il faut établir le motif d'un congé, de faire abstraction des déclarations du personnel d'un employeur s'agissant de faits qui sont survenus dans l'entreprise ».

1652 Ch. rec. VD du 11.6.2009, affaire n° 307/I, c. 3b : amie intime du travailleur ; KGer GR du 9.3.1989, PKG 1989 109 N 22, c. 2 : épouse de l'employé. Voir encore SCHUMACHER, 1454.

1653 Message CPC, 6930 ad art. 166 à 173 P-CPC.

1654 Rapport explicatif, 83 ad art. 160 A-P CPC.

1655 Admission du témoignage par ouï-dire : TF du 27.5.2009, 1C_418/2008, c. 2.2.4 (mobbing) : « les témoignages indirects ne sont cependant pas nécessairement exclus pour établir les actes de harcèlement » ; TF du 19.12.2006, 4P.214/2006, c. 2.2, DTA 2007 28

avec raison que le témoignage par ouï-dire soit exclu[1656], en particulier dans certains domaines, dans lesquels les faits se déroulent généralement à l'abri des regards[1657], par exemple en matière de harcèlement sexuel ou de mobbing[1658]. A notre avis, le tribunal devrait alors apprécier le témoignage avec plus ou moins de retenue, en fonction des circonstances d'espèce, notamment de l'implication émotionnelle du témoin dans l'affaire. Dans tous les cas, il accordera plus de valeur aux témoignages directs[1659].

Si le travailleur victime de harcèlement psychologique s'est confié auprès de son médecin, d'un inspecteur de l'office du travail, voire même d'un de ses collègues, le témoignage devrait disposer d'une certaine valeur probante, au vu du détachement émotionnel suffisant de ces personnes, qui ont pu apprécier la situation avec un certain recul[1660]. Tel n'est pas nécessairement le cas du conjoint ou de l'ami de la prétendue victime, dont le témoignage peut être apprécié avec une plus de retenue, notamment lorsqu'il apparaît que la réalité des événements rapportés a été biaisée – intentionnellement ou non – en raison de la forte implication émotionnelle du témoin dans l'affaire.

2. Le titre

a. Généralités

630 L'art. 177 CPC définit la notion de « titre ». Celui-ci peut prendre des formes diverses, telles qu'écrits, dessins, plans, photographies, films, enregistrements sonores ou fichiers électroniques. Autrement dit, un CD, un DVD, une clé USB, un disque dur d'un ordinateur ou encore un SMS ou un MMS d'un téléphone portable sont autant de fichiers contenant des titres qui peuvent être produits au

(harcèlement sexuel). *Contra* : TF du 22.5.2006, 4P.48/2006, c. 3.1, RSPC 2006 378, JAR 2007 265 : « le témoignage par "entendu dire" n'a pas de force probante (…), ce à plus forte raison lorsqu'il émane de personnes qui relatent les propos de la partie qui a la charge de la preuve ».

1656 BOHNET, in RSPC 2008 379, selon lequel il devrait revenir au juge d'apprécier librement un témoignage par ouï-dire ; HALDY (2009), 52 ; REYMOND (2008), 64.

1657 HALDY (2009), 52, cite l'exemple des conflits familiaux où les témoins directs font souvent défaut.

1658 En matière de mobbing, voir TF du 27.5.2009, 1C_418/2008, c. 2.2.4. En matière de harcèlement sexuel, voir TF du 19.12.2006, 4P.214/2006, c. 2.2, DTA 2007 28 : « En ce domaine, les témoins directs font souvent défaut, de sorte qu'il n'est nullement insoutenable de tenir compte d'autres indices et notamment des déclarations de personnes auxquelles la victime s'est confiée » ; CARRUZZO (2009), 293 N 16 ad art. 328 CO.

1659 TF du 6.4.2010, 4A_245/2009, c. 2.2.

1660 TF du 27.5.2009, 1C_418/2008, c. 2.2.4 : « les déclarations de témoins indirects tels qu'un médecin de famille ou un expert peuvent même être suffisantes pour prouver l'existence d'un harcèlement ». *Contra* : TF du 22.5.2006, 4P.48/2006, c. 3.1, JAR 2007 265, arrêt dans lequel, alors qu'une employée invoquait avoir été victime de harcèlement sexuel, ni le témoignage de sa psychologue, ni celui de l'inspecteur de l'Office du travail, ni celui de son amie, auxquels elle s'était confiée, ont été retenus comme probants.

tribunal en tant que moyen de preuve. A cet égard, seul le contenu constitue le titre, et non le support lui-même, le tribunal pouvant en prendre connaissance par le biais d'une inspection (art. 181 CPC)[1661]. Lorsqu'une expertise privée est mandatée, par l'une des parties ou les deux, ses résultats peuvent être produits au tribunal en tant que titre[1662].

Les titres les plus fréquemment produits par les parties lors d'un litige de droit du travail sont : le contrat de travail, le cahier des charges de l'employé, le règlement d'entreprise, les décomptes de salaires, les décomptes d'heures supplémentaires, le relevé des jours de vacances prises, les certificats médicaux, le contrat d'assurance perte de gain, des pièces comptables de l'employeur, les rapports de sécurité au travail, les courriers/e-mails d'avertissements, la lettre de résiliation des rapports de travail, celle de l'employé formant opposition au congé, les attestations de perception d'indemnités de chômage, le certificat de travail, le rapport d'une commission professionnelle vis-à-vis d'un problème d'application de la CCT applicable à la branche, enfin, de manière générale, toute correspondance, sous forme d'e-mails la plupart du temps, entre les parties ou avec des tiers.

631 Lorsque la partie adverse conteste l'authenticité du titre et qu'elle apporte des éléments permettant d'émettre des doutes sérieux à ce sujet, il appartient à celui qui se prévaut du titre d'apporter la preuve de son authenticité (art. 178 CPC et 8 CC)[1663]. La partie adverse peut également faire valoir que le titre produit a été obtenu de manière illicite[1664].

b. Valeur probante

632 Le tribunal apprécie librement la valeur probante d'un titre (art. 157 CPC)[1665], en fonction des circonstances d'espèce. Par conséquent, un titre de même nature peut dans un cas apporter la preuve du fait invoqué et, dans un autre, ne posséder aucune valeur probante.

Par exemple, lorsque l'employé est payé de la main à la main, il est admis que la quittance de salaire signée par ses soins vaut preuve de son paiement. Toutefois, si le document signé par le travailleur est en allemand et que celui-ci, d'origine étrangère, n'a aucune notion de cette langue, le tribunal peut émettre certains doutes quant à la réelle portée de la signature et retenir que le document n'a aucune force probante[1666].

633 En règle générale, un document qui a été établi unilatéralement par une partie et dont l'autre n'a jamais pris ou pu prendre connaissance dispose d'une valeur probante très faible, voire d'aucune, sauf lorsque son contenu est corroboré par

[1661] HOFMANN/LÜSCHER (2009), 92 et n. 171. Cf. infra N 638.
[1662] Cf. infra N 645.
[1663] BSK ZPO-DOLGE, N 4 ad art. 178 CPC ; Message CPC, 6931 ad art. 174 à 177 P-CPC.
[1664] Voir supra N 572 s.
[1665] Message CPC, 6931 ad art. 174 à 177 P-CPC.
[1666] C. cass. NE du 9.2.1999, CCC.1998.7501, c. 3a.

un autre moyen de preuve, tel qu'un témoignage ou une autre pièce produite par la partie adverse elle-même[1667].

Ainsi, les décomptes d'heures supplémentaires établis par le travailleur qui ne les a jamais remis à son employeur ne possèdent en principe aucune valeur probante[1668].

634 Un document établi par un tiers non directement impliqué dans le litige dispose en général d'une certaine valeur probante, vu son indépendance dans la cause. Le principe s'applique à plus forte raison lorsque le titre émane d'une autorité ou d'un service officiel.

Si le travailleur se fonde sur un rapport établi par un organe chargé du contrôle de la convention collective de travail applicable à la branche, un tel titre possède une valeur probante plus élevée qu'une simple allégation de partie, puisqu'il s'agit d'une institution paritaire formée de représentants de fédérations aussi bien syndicales que patronales[1669]. De même en va-t-il de rapports de sécurité établis par un spécialiste de la sécurité au travail au sens de l'Ordonnance du 25 novembre 1996 sur les qualifications des spécialistes de la sécurité au travail (RS 822.116), vu son indépendance certaine dans la cause.

635 Lorsqu'une partie ne fait pas suite à une ordonnance de production d'un titre en ses mains rendue par le tribunal, celui-ci peut prendre en compte ce refus de collaborer dans le cadre de son appréciation des preuves mais ne peut en revanche retenir sans autre pour établie la thèse avancée par la partie adverse (art. 164 CPC)[1670].

c. Le cas particulier des comptes et bilans de la société

636 Il arrive fréquemment que le tribunal ordonne la production de tout ou partie de la comptabilité de l'employeur. Il appartient ensuite à celui qui entend se prévaloir du contenu des pièces comptables d'indiquer les passages pertinents, en tout cas lorsque la comptabilité entière de l'entreprise lui est remise et qu'elle représente un document volumineux (art. 180 al. 2 CPC)[1671].

La production de la comptabilité de l'employeur peut être requise lorsque le travailleur prétend à une participation au résultat (art. 322a CO), à une provision (art. 322b CO) ou à une gratification (art. 322d CO), lorsqu'il s'agit d'établir si tous les collaborateurs perçoivent la même rémunération, partant l'existence ou non d'une discrimination salariale à raison du sexe (art. 3 LEg), ou encore lorsqu'il convient de résoudre la question d'un éventuel remboursement à l'employeur de la part d'une assurance (responsabilité civile, maladie ou accident) pour un motif en lien avec le travailleur.

637 Lorsque l'employeur entend préserver ses *secrets d'affaires*, il peut réclamer que certaines parties des pièces comptables, sans lien avec le litige ou devant

---

1667 Voir par exemple en matière de décompte d'heures supplémentaires, infra N 671 et la réf. en n. 1791.
1668 Cf. infra N 671.
1669 KGer GR du 9.3.1989, PKG 1989 109 N 22, c. 2.
1670 TF du 20.6.2005, 4P.85/2005, c. 3, RSPC 2005 405. Cf. également supra N 618.
1671 Message CPC, 6931 ad art. 174 à 177 P-CPC.

demeurer confidentielles, soient caviardées[1672]. En revanche, si les données contenues dans la comptabilité sont nécessaires à la résolution de la cause, l'employeur ne peut se prévaloir du secret d'affaires pour s'opposer à leur production[1673].

3. L'inspection

638 La résolution de certaines affaires suppose que le tribunal procède à une inspection, c'est-à-dire à l'*examen d'un objet ou d'un lieu*, ordonnée d'office ou sur requête d'une partie (art. 181 CPC).

Une inspection sur le lieu de travail peut par exemple se justifier en matière de responsabilité civile, lorsqu'il s'agit de déterminer si l'employeur a omis de prendre certaines mesures de sécurité (art. 328 CO, 6 LTr ou encore 11 ss et 27 OLT 3), telles que l'absence de barrières à un endroit dangereux ou des machines défectueuses, ou qu'il a violé la personnalité du travailleur (art. 328 CO), notamment par l'installation de caméras de surveillance à des emplacements peu ou non justifiés[1674].

Le tribunal peut également procéder à une inspection sur le lieu de travail lorsqu'il doit apprécier, dans le cadre d'un procès portant sur une prétendue discrimination salariale (art. 3 LEg), si l'employé(e) effectuait un travail de valeur égale par rapport à ses collègues de sexe opposé[1675].

L'inspection peut encore porter sur le contenu d'un téléphone portable ou d'un ordinateur[1676], par exemple lorsque le travailleur invoque un harcèlement sexuel de la part de son employeur (art. 4 et 5 LEg) et qu'il entend prouver celui-ci par les sms, les mms ou les e-mails qu'il a reçus.

4. L'expertise

a. La mise en œuvre d'une expertise comme moyen de preuve

639 Lorsque l'établissement de l'état de fait nécessite des connaissances spécifiques (scientifiques, techniques ou professionnelles) d'un spécialiste[1677], le tribunal peut ordonner la mise en œuvre d'une expertise, d'office ou sur requête (art. 183 CPC). Les parties doivent préalablement en être informées afin de pouvoir se déterminer, notamment quant aux coûts et à la personne à désigner comme expert (art. 183 al. 1 CPC).

1672 Cf. supra N 574.
1673 TF du 8.6.2010, 4A_195/2010, c. 2.
1674 Sur ce dernier exemple, voir TC JU du 19.9.1989, RJJ 1991 60, RSJ (86) 1990 232, JAR 1990 187, c. 4.
1675 AGer Unterrheintal du 4.6.1985, JAR 1986 201, c. 2a.
1676 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 92 n. 171.
1677 TF du 16.12.2008, 4A_478/2008, c. 4.1.

640 Une expertise peut par exemple être mise sur pied lorsque l'administration des preuves porte sur :

- une *discrimination* salariale à raison du sexe[1678] ;
- l'existence d'un cas de mobbing ou le tort moral que celui-ci a entraîné[1679], ou, de manière plus générale, la *violation de la protection de la personnalité* du travailleur, par exemple lorsqu'il s'agit de déterminer si la mise en place d'un système de surveillance est appropriée et proportionnée au but visé[1680] ;
- le nombre d'*heures de travail* effectuées par l'employé[1681] ;
- la quotité de la *participation* du travailleur *au résultat* de l'entreprise[1682] ;
- la violation d'une clause de *prohibition de faire concurrence*[1683] ;
- l'authenticité d'une *signature* apposée sur un document (contrat de travail, quittances de salaire, etc.) ;
- le *dommage* invoqué par l'une des parties du fait de l'autre, notamment la perte financière supportée par l'employeur[1684] ou par l'employé ;
- l'*incapacité de travail* de l'employé suite à un accident ou une maladie, notamment lorsque le certificat médical établi par le médecin de l'employé et celui établi par le médecin d'entreprise ne correspondent pas[1685].

641 Lorsque le litige est soumis à la procédure simplifiée et à la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 lit. a et b ch. 2 CPC), le juge peut ordonner l'expertise *d'office* – sauf si la partie est assistée d'un mandataire professionnel[1686] – et les parties n'auront pas à en supporter les coûts (art. 114 lit. a, c et d CPC). L'application de la procédure simplifiée ne fait dans tous les cas pas obstacle à la mise en œuvre d'une expertise, puisqu'il s'agit d'une procédure complète qui n'est soumise à aucune limitation dans les moyens de preuve[1687]. En procédure ordinaire, si le tribunal ordonne d'office la mise sur pied d'une expertise (art. 183 al. 1 CPC et 153 al. 2 CPC) contre l'avis des parties, il suffit que l'avance de frais ne soit pas fournie pour empêcher sa mise en œuvre (art. 102 al. 3 CPC).

1678 Cf. infra N 695.
1679 Voir par exemple TF du 21.2.2006, 4P.329/2005, c. 3, JAR 2007 184.
1680 Voir par exemple ATF 130 II 425, c. 6.6, JAR 2005 215 (système de localisation des véhicules de l'entreprise).
1681 Voir par exemple TF du 27.10.2003, 4C.174/2003 ou TF du 2.5.2005, 4P.34/2005, c. 3 : détermination par expertise des heures supplémentaires accomplies par le travailleur.
1682 TF du 3.9.2002, 4C.127/2002, c. 4 : expertise comptable mise sur pied pour déterminer la part d'intéressement au bénéfice convenu entre les parties.
1683 Voir par exemple TF du 26.4.2007, 4C.13/2007.
1684 Voir par exemple TF du 3.7.2009, 4A_173/2009.
1685 KGer BL du 11.11.2003, JAR 2004 418, c. 5c ; EGLI (2000), 1069. Cf. infra N 658 s.
1686 Cf. supra N 291 s.
1687 Message CPC, 6953.

642 Lorsque la mise en œuvre d'une expertise est requise par l'une ou l'autre des parties ou les deux, le tribunal est libre d'y donner suite selon qu'il la tient ou non pour indispensable (art. 124 al. 1 CPC).

643 Le tribunal peut également faire appel aux *connaissances spéciales* de l'un de ses membres (art. 183 al. 3 CPC)[1688], notamment dans les cantons qui connaissent des tribunaux spécialisés composés de juges issus des milieux professionnels[1689]. Dans un souci d'économie de temps et d'argent, le tribunal devrait user de cette possibilité chaque fois que l'un de ses membres dispose de connaissances suffisantes pour remplacer la mise en œuvre d'une expertise « externe ».

Par exemple, un juge employeur peut être un spécialiste de l'application de la convention collective de travail de la branche en raison de sa collaboration au sein de l'organe paritaire chargé du contrôle de son application.

644 Même si l'expert est nommé et instruit par le tribunal, les parties ont la possibilité de proposer des modifications ou compléments de questions à poser (art. 183 al. 1 et 185 al. 1 et 2 CPC). Par ailleurs, l'expert est soumis aux règles ordinaires sur la récusation (art. 183 al. 2 et 47 ss CPC)[1690]. S'agissant des *coûts*, ils doivent être avancés par la partie qui requiert la mise en œuvre de l'expertise (art. 102 al. 1 CPC) ou par les deux parties en cas de requête commune (al. 2). Dans l'hypothèse où le juge l'ordonne d'office, les frais doivent être avancés par la partie qui a la charge de la preuve (art. 102 CPC par analogie)[1691]. A l'issue du litige, les frais sont répartis en fonction du gain du procès (art. 106 al. 1 CPC)[1692]. Il faut dans tous les cas excepter les causes dans lesquelles il n'est pas perçu de frais judiciaires[1693].

645 Les parties peuvent aussi recourir à une *expertise privée* et produire ses résultats au tribunal. Il s'agit alors de la production d'un titre[1694]. Vu l'absence de tout caractère contradictoire lorsqu'elle est mandatée par une seule des parties, l'expertise privée dispose d'une faible valeur probante et doit être considérée

---

1688 Pour une critique de l'institution du « juge-expert », voir BETTEX, 264 ss.

1689 PERROULAZ (in BAKER & MCKENZIE), N 19 ad art. 183 CPC ; VOGEL/SPÜHLER, 286 N 156 ; OGer ZH du 12.5.1978, ZR 79 (1980) N 47 : « So beruht die Mitwirkung von Berufsgenossen beim Arbeitsgericht auf der Überlegung, dass diese die Verhältnisse in dem Beruf kennen und daher in vielen Fällen in der Lage sind, rechtserhebliche fachtechnische Fragen aus eigenem Wissen ohne weitere Beweiserhebung zu entscheiden ».

1690 Cf. supra N 133 ss, notam. 142.

1691 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 294 N 120. Plus large : TH. WEIBEL (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 17 ad art. 183 CPC, qui considère que le tribunal décide de la répartition selon sa libre appréciation. En revanche, HOFMANN/LÜSCHER (2009), 96, estiment que l'avance de frais doit être effectuée par les deux parties.

1692 Cf. supra N 511 ss.

1693 Cf. supra N 490.

1694 Cf. supra N 630.

comme une simple allégation de partie[1695]. Le tribunal peut cependant en tenir compte lorsque l'expertise n'est pas contestée sur certains points ou que l'expert privé, entendu en qualité de témoin, vient confirmer certains éléments de fait précis de son rapport[1696]. Lorsque l'expertise privée a été mise sur pied par les deux parties au procès, elle doit être appréciée par le tribunal de la même façon qu'une expertise judiciaire[1697].

b. La libre appréciation de l'expertise par le juge

646 Selon le principe de la libre appréciation des preuves (art. 157 CPC), le juge n'est pas lié par le résultat d'une expertise et doit l'apprécier en tenant compte également des autres preuves administrées[1698]. Selon le Tribunal fédéral toutefois, le juge ne peut pas *sans autre s'écarter* de l'avis donné par un expert mais doit motiver sa décision en se fondant sur des *motifs pertinents*[1699]. La crédibilité d'une expertise peut notamment être remise en cause lorsque[1700] :

- elle contient des *éléments contradictoires* et l'expert, dans une détermination ultérieure, vient la démentir sur des points importants ;
- l'état de fait qu'elle présente est *erroné* ou *lacunaire* ;
- elle se fonde sur des pièces dont le juge apprécie la *force probante* ou la *portée* de manière *différente*.

647 Lorsque le tribunal a des doutes sur l'exactitude d'une expertise, il doit compléter ses investigations par l'administration de *preuves supplémentaires*[1701], par exemple en demandant un complément d'expertise ou la mise en œuvre d'une seconde expertise[1702].

1695 ATF 135 III 513, c. 9.4.4 ; 132 III 83, c. 3.6, JdT 2006 I 334 ; 95 II 364, c. 2 ; TF du 3.10.2008, 5A_23/2008, c. 5.4.2 ; TF du 28.4.2008, 4A_58/2008, c. 5.3 ; TF du 29.8.2005, 4P.120/2005, c. 4.2, RSPC 2006 168 ; TF du 26.1.2005, 4P.192/2004, c. 3.5 ; TF du 30.10.2003, 4P.169/2003, c. 2.1.4, RSPC 2005 31 ; BSK ZPO-DOLGE, N 17 ad art. 183 CPC ; GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 183 CPC ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 98 ; TREZZINI, in RSPC 2005 268. Plus large : BETTEX, 213, qui considère que la valeur probante d'une expertise privée unilatérale dépend des circonstances d'espèce et que celle-ci peut par exemple emporter la conviction du juge lorsqu'elle a été établie par un expert de grande renommée.

1696 TF du 28.4.2008, 4A_58/2008, c. 5.3.

1697 ATF 86 II 129, c. 3.

1698 TF du 31.3.2008, 4D_8/2008, c. 3.2.1 ; TF du 10.7.2007, 4A_77/2007, c. 4.3.1 ; TF du 2.5.2006, 4P.17/2006, c. 3.3, RSPC 2006 380 ; BOSSHARD, 324.

1699 ATF 133 II 384, c. 4.2.3, JdT 2008 I 451 ; 130 I 337, c. 5.4.2, JdT 2005 I 95.

1700 TF du 31.3.2008, 4D_8/2008, c. 3.2.1 ; TF du 10.7.2007, 4A_77/2007, c. 4.3.1. Voir également à ce sujet BÜHLER (2007), N 5 ss.

1701 ATF 133 II 384, c. 4.2.3, JdT 2008 I 451 ; 130 I 337, c. 5.4.2, JdT 2005 I 95.

1702 BOSSHARD, 325.

Dans une affaire portant sur une prétendue discrimination salariale à raison du sexe, les conclusions de l'experte – qui aboutissaient à l'inexistence de discrimination vu l'absence d'équivalence des tâches – ont été reconnues par le Tribunal fédéral comme suffisamment douteuses pour que la cause soit renvoyée à l'instance cantonale, à charge pour celle-ci d'ordonner la mise en œuvre d'une nouvelle expertise. En effet, il ressortait de plusieurs pièces ainsi que de témoignages que l'experte avait retenu un certain nombre d'éléments de fait de manière erronée, s'agissant notamment du service dans lequel travaillait la demanderesse ou encore de sa position dans l'entreprise, de sorte que l'ensemble du rapport avait été vicié, alors que ces constatations étaient déterminantes[1703].

648 Dans les causes soumises à la *maxime inquisitoire sociale*, le tribunal peut tenir compte du résultat d'une expertise qui se fonde sur des faits qui n'ont été allégués et prouvés par aucune des parties lorsqu'il en reconnaît la pertinence[1704].

Le Tribunal fédéral a ainsi admis la valeur probante d'une expertise dont les résultats démontraient l'existence d'un cas de mobbing (comportements répétitifs, d'une certaine durée et imputables à l'employeur) quand bien même l'expert avait fondé son rapport sur des faits qui n'avaient été allégués en justice ni par l'employée ni par l'employeur, mais dont il avait eu connaissance après avoir procédé à l'audition de chacune des parties, d'une amie de l'employée et d'une ancienne collaboratrice de l'employeur.

649 Lorsque le tribunal a fait procéder à la mise en œuvre de deux ou plusieurs expertises, dont les résultats sont contradictoires et qu'il se rallie aux conclusions de l'une d'elles, il lui appartient de motiver son choix[1705].

5. Les renseignements écrits

650 Lorsque l'audition formelle d'un témoin ne paraît pas indispensable ou lorsqu'une information de la part d'une autorité ou d'un service officiel est nécessaire, le tribunal peut requérir les renseignements utiles par écrit (art. 190 CPC). Les renseignements écrits constituent ainsi un mélange entre les différents modes de preuves que sont le titre, le témoignage et l'expertise[1706]. Toutefois, contrairement au témoin ou à l'expert, les sanctions de l'art. 307 CP ne s'appliquent pas aux faux renseignements écrits ; tout au plus peuvent-ils constituer des faux dans les titres (art. 251 ou 318 CP)[1707].

Par exemple, le tribunal demande à un Office des poursuites et des faillites ou à une autorité pénale des informations concernant l'ouverture, cas échéant l'état d'avancement, d'une procédure impliquant l'une ou l'autre partie, afin de statuer sur l'opportunité d'une éventuelle suspension de la cause[1708]. De même, certains renseignements peuvent être

---

1703 TF du 10.7.2007, 4A_77/2007, c. 4.3.2.

1704 Comp. TF du 21.2.2006, 4P.329/2005, c. 3.4, JAR 2007 184. Cf. également supra N 283.

1705 TF du 31.3.2009, 4A_577/2008, c. 5.1 ; TF du 22.12.2003, 4P.205/2003, c. 2.1 ; TF du 11.11.2003, 4P.175/2003, c. 3.1.

1706 Message CPC, 6934 ad art. 187 P-CPC.

1707 BSK ZPO-HAFNER, N 6 ad art. 190 CPC ; H. WEIBEL/NÄGELI (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 8 ad art. 190 CPC ; PERROULAZ (in BAKER & MCKENZIE), N 4 ad art. 190 CPC.

1708 GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 190 CPC ; PERROULAZ (in BAKER & MCKENZIE), N 5 ad art. 190 CPC. Sur la suspension de cause, cf. supra N 540 s. et 542 ss.

requis auprès d'une caisse de chômage, notamment quant au montant des indemnités allouées à l'employé ou des motifs ayant entraîné le refus d'en verser. L'audition d'un médecin peut encore être remplacée par l'envoi d'un questionnaire à remplir sur la situation de santé de la partie, pour peu que le secret professionnel ait été levé[1709]. Enfin, un préavis fourni par un Bureau cantonal ou le Bureau fédéral de l'égalité (art. 16 al. 2 LEg) peut également être requis par le tribunal[1710].

651 Les renseignements écrits permettent d'éviter de procéder à l'audition de témoins alors que la question à résoudre peut vraisemblablement l'être par le simple envoi d'un document écrit[1711]. Cela n'empêche pas le tribunal de procéder ultérieurement à l'audition de la personne à l'origine du renseignement écrit[1712], si des informations supplémentaires ou des éclaircissements de sa part s'avèrent nécessaires.

6. L'interrogatoire et la déposition des parties

652 Si les déclarations des parties émises au cours de la procédure de conciliation et, cas échéant, de la première phase du procès – c'est-à-dire celle avant l'administration des preuves[1713] –, n'ont aucune valeur probante et servent uniquement à définir les faits contestés et non contestés, celles qui ont lieu lors de la phase probatoire peuvent constituer un moyen de preuve[1714]. En effet, lorsqu'il le juge opportun, le tribunal peut procéder à l'interrogatoire de l'une ou l'autre partie sur certains faits de la cause et soumettre la déclaration mensongère à des sanctions disciplinaires (en cas d'interrogatoire au sens de l'art. 191 CPC) ou pénales (art. 306 CP, en cas de déposition au sens de l'art. 192 CPC). La voie de la déposition doit être utilisée de manière exceptionnelle, dans le but d'éclaircir les derniers doutes qui subsistent[1715]. Puisqu'elle est susceptible d'entraîner des conséquences pénales, à l'instar du faux témoignage, la déposition acquiert une force probante plus élevée que le seul interrogatoire[1716]. L'interrogatoire ou la déposition de parties est

[1709] CHERPILLOD, 167 ; GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 190 CPC ; MEIER (2010), 317 ; Message CPC, 6934 ad art. 187 P-CPC ; PERROULAZ (in BAKER & MCKENZIE), N 9 ad art. 190 CPC ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 298 N 133.

[1710] JACCOTTET TISSOT, 1516 : « Ils [les préavis] ne donnent qu'un éclairage sur l'affaire, ils précisent les questions juridiques en discussion ».

[1711] LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 250 s. N 9.126 ; TREZZINI, 222.

[1712] BSK ZPO-HAFNER, N 5 ad art. 190 CPC ; GASSER/RICKLI, N 5 ad art. 190 CPC ; H. WEIBEL/NÄGELI (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 6 ad art. 190 CPC ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 251 N 9.126 ; Message CPC, 6934 ad art. 187 P-CPC ; VOUILLOZ, 847.

[1713] Soit jusqu'au terme des premières plaidoiries (art. 228 CPC).

[1714] LEUENBERGER (2008), 49 et 58 ; Message CPC, 6934 ad art. 188 à 190 P-CPC ; CARCAGNI ROESLER (in BAKER & MCKENZIE), N 1 ad art. 191 CPC.

[1715] GASSER/RICKLI, N 4 ad art. 192 CPC ; Message CPC, 6934 ad art. 188 à 190 P-CPC.

[1716] GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 157 et N 2 ad art. 192 CPC.

particulièrement utile vis-à-vis des *organes d'une personne morale*, vu l'interdiction de témoigner qui leur est imposée (art. 159 et 169 CPC)[1717].

653 La valeur probante des informations obtenues par interrogatoire ou déposition d'une partie est fortement réduite vu la partialité évidente de la personne interrogée, et le tribunal ne devrait les retenir que lorsqu'elles sont confirmées par le biais d'un autre moyen de preuve[1718]. S'il n'en dispose d'aucun, il peut se fonder sur les déclarations des parties en motivant le raisonnement emprunté pour fonder sa conviction[1719]. Lorsqu'une partie refuse de répondre aux questions, cas échéant par écrit en cas de défaut à l'audience, le tribunal peut prendre en compte ce comportement dans le cadre de son appréciation des preuves mais ne peut sans autre tenir pour établie la thèse avancée par la partie adverse (art. 164 CPC)[1720].

Par exemple, dans le cadre d'un procès portant sur les heures supplémentaires, le tribunal peut entendre l'employeur pour qu'il explique la pratique de l'entreprise en la matière et qu'il explicite également la systématique et les abréviations utilisées dans le décompte d'heures produit par ses soins. De même lorsque l'affaire porte sur les heures accomplies par un chauffeur poids-lourd, certaines explications concernant la comptabilisation des heures effectuées, en particulier par le biais de tachygraphes, peuvent être demandées aux parties.

§ 49 Cas d'application

1. Le certificat médical en tant que moyen de preuve

a. Généralités

654 Lorsque le litige porte sur le droit au salaire suite à une incapacité de travail de l'employé (art. 324a-324b CO), sur l'existence d'un congé donné en temps inopportun (art. 336c CO), d'un congé abusif (art. 336 ss CO) ou d'un congé immédiat injustifié pour abandon d'emploi (art. 337d CO), ou encore sur l'existence d'un mobbing (art. 328 CO) ou d'un harcèlement sexuel (art. 4 et 5 LEg), il est fréquent que le travailleur produise un ou des certificats médicaux pour en apporter la preuve. Le certificat médical a valeur de *titre* et ne doit pas être traité comme le résultat d'une expertise judiciaire, puisqu'il n'a pas été établi sur ordre du tribunal et que le médecin n'a pas été nommé par les soins de celui-ci[1721] ; tout au plus peut-il être considéré comme une expertise privée – qui

[1717] Cf. supra N 621.
[1718] HALDY (2009), 55 ; Message CPC, 6934 ad art. 188 à 190 P-CPC.
[1719] BÜHLER (2005), 466.
[1720] TF du 20.6.2005, 4P.85/2005, c. 3, RSPC 2005 405.
[1721] SUBILIA, 417.

constitue elle-même un titre[1722] – lorsqu'elle émane d'un spécialiste dans le domaine en question[1723].

b. Valeur probante

ba. Le principe

655 Même s'il apprécie librement la valeur probante du certificat médical (art. 157 CPC)[1724], qui ne constitue pas un moyen de preuve absolu[1725], le tribunal est en général tenté de retenir les informations qu'il contient comme prouvées[1726]. En effet, puisque le certificat médical est établi par un tiers dans le cadre de son activité professionnelle, qui est par conséquent soumis à certaines règles de diligence et de déontologie[1727], le juge n'a de premier abord aucune raison de douter de sa fiabilité[1728]. En réalité, la valeur probante du certificat médical devrait être appréciée avec plus de retenue par les tribunaux, ceci pour plusieurs motifs. Si un médecin peut d'une part commettre des erreurs de diagnostic[1729], il arrive également qu'il ne prenne pas la peine de procéder à un examen complet du patient et qu'il se fonde uniquement sur les dires de celui-ci, parfois même sur la base d'une simple conversation téléphonique[1730]. Certains médecins n'hésitent d'ailleurs plus à rédiger des certificats médicaux de complaisance[1731]. Il est par conséquent de plus en plus difficile pour le juge ou pour l'employeur de pouvoir sans autre se fier aux informations contenues dans le certificat médical. Etant donné les conséquences juridiques importantes que la preuve d'une incapacité de travail est susceptible d'entraîner[1732], notamment s'agissant du report des effets du congé au sens de l'art. 336c al. 2 CO, la valeur probante du certificat médical ne mérite pas d'être traitée à la légère.

1722 Cf. supra N 645.
1723 GLANZMANN-TARNUTZER, 76 ; SUBILIA, 417 ; SUBILIA/DUC, N 124 ad art. 324a CO.
1724 EGLI (2000), 1069 ; SCHÖNENBERGER, 85 s. ; SUBILIA, 424 ; ZINSLI, 44.
1725 TF du 27.7.2010, 4A_289/2010, c. 3.2 ; TF du 14.4.2008, 1C_64/2008, c. 3.4, JAR 2009 228 ; TF du 9.6.2005, 4P.101/2005, c. 6, RSPC 2005 403 ; TF du 12.12.1995, JAR 1997 132, c. 3b/aa.
1726 ZINSLI, 34 et 44 ; C. app. Prud. GE du 21.2.2007, JAR 2008 376, c. 3.1.
1727 EGLI (2000), 1069 ; REHBINDER (1991), 193. Ces auteurs parlent de « Berufsethik ».
1728 Voir WYLER (2008), 224 : « un certificat médical établi conformément aux règles élémentaires emporte la présomption de son exactitude » ; ZINSLI, 34.
1729 SCHÖNENBERGER, 97 ss.
1730 BSK ZPO-DOLGE, N 13 ad art. 177 CPC ; ZINSLI, 34 et 38. Voir également GEISER (1996), 557 : « Es kommt vor, dass Ärzte ihre Patienten relativ leichtfertig eine Arbeitsunfähigkeit bescheinigen ».
1731 REHBINDER (1991), 193 et 195 ; SUBILIA, 415, relève en particulier que « la profusion des certificats évasifs, rétroactifs, sans consultation par le médecin et qui font débuter l'incapacité à l'heure même où elle devient utile finit par faire douter a priori de la réalité de n'importe quelle incapacité de travail » ; ZINSLI, 51.
1732 Cf. infra N 664.

Par exemple le certificat médical atteste d'une incapacité de travail ayant débuté après que la résiliation du contrat a été signifiée à l'employé mais pendant la période du délai de congé, de sorte que les effets de celui-ci doivent être reportés. Ou alors, un certificat médical attestant d'une incapacité de travail de l'employé est établi quelques semaines après la date de son congé avec effet immédiat ; le travailleur ouvre action pour contester le juste motif de licenciement et prétend au paiement de son salaire jusqu'au terme du délai ordinaire de congé, dont la date est elle-même reportée suite à l'incapacité de travail.

656 Au vu de ces considérations, et quand bien même le Tribunal fédéral retient qu'il faut des raisons sérieuses pour mettre en doute la véracité d'un certificat médical[1733], les informations que celui-ci contient ne devraient être présumées exactes que si elles ne sont remises en cause ni par l'employeur ni par un élément contradictoire du dossier[1734]. Le cas échéant, des moyens de preuve supplémentaires doivent être mis en place.

657 Ainsi, lorsqu'une allégation de l'employeur ou un élément du dossier permet de douter de la véracité du certificat médical, le tribunal devrait d'office (art. 153 CPC, al. 1 en procédure simplifiée et al. 2 en procédure ordinaire) citer le médecin en qualité de *témoin*, afin qu'il s'explique d'une part sur les circonstances de la consultation médicale et, d'autre part, sur les raisons de l'incapacité de travail de l'employé[1735]. En effet, le certificat médical ne contient pas obligatoirement la cause de l'incapacité de travail, qui est couverte par le secret médical (art. 321 CP)[1736]. Lorsque le médecin est entendu comme témoin, il serait dans l'intérêt de l'employé de le délier du secret médical – sans quoi le médecin serait habilité à refuser de collaborer sur la base de l'art. 166 al. 1 lit. b CPC –, dans le but de faciliter la preuve de l'incapacité[1737]. A défaut, le tribunal pourrait en déduire que l'incapacité ne reposait en réalité sur aucun fondement ou sur un fondement insuffisant pour entraîner un arrêt de travail[1738]. Si l'audition du médecin a l'avantage d'éclaircir les faits, elle permet également de prévenir l'établissement d'un certificat de complaisance, puisqu'un médecin qui se sait menacé par les sanctions pénales découlant d'une part du faux certificat

---

1733 TF du 12.12.1995, JAR 1997 132, c. 3b/aa.

1734 SCHÖNENBERGER, 196.

1735 TF du 27.7.2010, 4A_289/2010, c. 3.1-3.2 ; TF du 21.12.2005, 4P.254/2005, c. 4.3, JAR 2006 396 ; BSK ZPO-DOLGE, N 13 ad art. 177 CPC ; SCHÖNENBERGER, 130 et 196 s. ; SUBILIA, 424 ; SUBILIA/DUC, N 142 ad art. 324a CO ; TREZZINI, note in RSPC 2005 407.

1736 TF du 12.12.1995, JAR 1997 132, c. 3b/aa ; OGer LU du 25.4.2006, JAR 2007 461, c. 2.3. Le certificat doit cependant préciser s'il s'agit d'une maladie, d'un accident ou d'une grossesse, dans le but notamment de savoir quelle assurance doit être mise en œuvre, voir SCHÖNENBERGER, 80, VUILLEUMIER, 5, et ZINSLI, 49.

1737 EGLI (2000), 1069 n. 75. NAEF, N 28, proposait d'ailleurs l'adjonction d'une lettre à l'art. 157 P-CPC (art. 160 CPC) relatif au devoir de collaboration des parties, en ce sens que celles-ci seraient tenues de délier les tiers du secret.

1738 BSK ZPO-DOLGE, N 13 ad art. 177 CPC ; SCHÖNENBERGER, 112 ; plus catégoriques encore : SUBILIA/DUC, N 142 ad art. 324a CO : « Le fait que le travailleur refuse par hypothèse de délier le médecin du secret médical doit à notre sens entraîner la présomption irréfragable qu'il renonce à se prévaloir de l'incapacité de travail ».

médical (art. 318 CP) et, d'autre part, du faux témoignage (art. 307 CP), pourrait être moins facilement enclin à rédiger ce type de document. Sans oublier le fait qu'il est souvent plus aisé pour une personne d'être « complaisante » par écrit que lorsqu'elle se trouve directement confrontée à un tribunal.

658 Le juge qui émet des doutes sur la fiabilité du certificat médical peut également ordonner la mise en œuvre d'une *expertise*[1739], lorsque cela est encore possible. Si ce moyen de preuve apporte les résultats nécessaires, il a l'inconvénient d'être coûteux et, lorsque la procédure est soumise à la gratuité (art. 114 CPC), le juge est peu disposé à en faire supporter les coûts par l'Etat et y renonce dans la majorité des cas[1740].

659 Lorsque l'employeur doute de l'exactitude du certificat médical qui lui est présenté par son employé, il peut exiger de celui-ci qu'il se fasse examiner par un *médecin conseil*[1741], cas échéant signaler le cas à son assurance perte de gain qui mettra elle-même en œuvre un examen médical par son médecin conseil[1742]. Si le médecin en question est arrivé à une conclusion différente de celle contenue dans le certificat médical, le tribunal doit en principe mettre sur pied une expertise pour trancher la question[1743]. Il faut cependant réserver le cas où l'un des certificats émane d'un médecin généraliste et l'autre d'un spécialiste, le second devant en général emporter la conviction du tribunal[1744]. De même, lorsque l'employé a été examiné par le médecin conseil plusieurs mois après la survenance de la cause d'incapacité, le rapport du premier médecin doit en principe primer[1745]. D'autres circonstances peuvent encore permettre de remettre en doute le certificat de l'un ou l'autre des médecins, telles que la mise en œuvre par l'employeur d'une expertise privée tentant de démontrer l'inexistence d'une incapacité de travail alors qu'il a omis, pour des raisons financières, de payer les cotisations de l'assurance perte de gain tout en les déduisant des salaires[1746]. Si l'employé a refusé de manière injustifiée[1747] de se soumettre à l'examen d'un

---

1739 SUBILIA, 428, plaide en faveur de la mise en œuvre systématique d'une expertise.

1740 SUBILIA, 416.

1741 TF du 12.12.1995, JAR 1997 132, c. 3b/aa ; OGer LU du 25.4.2006, JAR 2007 461, c. 2.3 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 19 ad art. 324a CO ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 324a CO ; GEISER/MÜLLER, 147 s. N 434; WYLER (1998), 103.

1742 C. app. Prud. GE du 11.11.2009, CAPH/158/2009, c. 2.

1743 EGLI (2000), 1069 ; GEISER/MÜLLER, 148 N 436.

1744 BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 19 ad art. 324a CO ; GEISER/MÜLLER, 148 N 436 ; ZINSLI, 45 ; C. app. Prud. GE du 21.2.2007, JAR 2008 376, c. 3.6 ; Gew. SchiedsGer. BS du 11.10.1974, BJM 1975 230. Cf. également infra N 668.

1745 C. app. Prud. GE du 11.11.2009, CAPH/158/2009, c. 2 : en l'espèce, plus de cinq mois s'étaient écoulés. La décision rendue par la cour genevoise a été jugée comme non arbitraire par le Tribunal fédéral, voir TF du 17.2.2010, 4A_631/2009, c. 3.

1746 C. app. Prud. GE du 11.11.2009, CAPH/158/2009, c. 2.

1747 Un refus peut être justifié lorsque l'employeur exige de connaître certaines informations auxquelles il ne peut prétendre, par exemple la cause de l'incapacité, voir WYLER (2008), 226.

médecin conseil, le tribunal peut déduire de ce fait que le certificat médical produit n'est pas conforme à la vérité[1748]. Dans tous les cas, même si l'employeur n'a pas exigé de consultation par un médecin conseil, il n'est pas déchu de son droit de contester l'exactitude du certificat médical et peut émettre des doutes à son sujet ultérieurement[1749], en cours de procédure par exemple. A cet égard, il peut mettre en cause la validité du certificat en invoquant d'autres moyens de preuve[1750].

660 Les doutes quant à la véracité d'un certificat médical peuvent être fondés sur divers motifs, parmi lesquels figurent notamment :

- le *comportement contradictoire du travailleur*[1751] lui-même, par exemple de l'employé qui dispose d'un certificat médical et qui se rend tout de même à son travail[1752] ; ou de celui qui, pendant la période d'incapacité, s'adonne à une activité annexe (professionnelle ou non)[1753] ; une incapacité de travail ne suppose cependant pas dans tous les cas une impossibilité pour le travailleur de s'occuper différemment, celle-ci dépendant du type et des raisons de l'incapacité[1754] ; lorsque l'employeur n'est pas au courant des motifs de l'incapacité et émet des doutes justifiés quant à l'activité annexe déployée par le travailleur pendant cette période, celui-ci devrait la justifier, auprès de son employeur puis cas échéant du tribunal ; de même, si l'employé est au service d'un second employeur et qu'il continue à exercer son activité auprès de lui, le premier employeur dispose d'un motif objectif d'exprimer des doutes quant à la fiabilité du certificat médical présenté, aussi longtemps que le travailleur n'explique pas en quoi l'incapacité de travail ne concerne que l'une de ses activités professionnelles ;
- l'employé est tombé malade *immédiatement après la résiliation* du contrat de travail ou pendant une période de *vacances* qui avait été refusée par l'employeur[1755] ;

1748 TF du 12.12.1995, JAR 1997 132, c. 3b/aa ; WYLER (1998), 103.

1749 WYLER (2008), 225 s. Apparemment plus restrictifs : BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 324a CO.

1750 TF du 14.4.2008, 1C_64/2008, c. 3.4, JAR 2009 228 ; TF du 12.12.1995, JAR 1997 132, c. 3b/aa ; WYLER (1998), 103.

1751 TF du 14.4.2008, 1C_64/2008, c. 3.4, JAR 2009 228 ; SCHÖNENBERGER, 109 s.

1752 CARRUZZO (2008), 295.

1753 AGer ZH du 23.8.2001, ZR 11 (2002) N 65 ; Gew. SchiedsGer. BS du 10.7.1978, JAR 1980 209 ; Gew. SchiedsGer. BS du 14.10.1974, BJM 1975 230 ; REHBINDER (1991), 196 s. ; SCHÖNENBERGER, 109 et 114 ; ZINSLI, 37.

1754 ZINSLI, 37 s. ; Gew. SchiedsGer. BS du 13.10.1983, JAR 1984 135 : une secrétaire en incapacité de travail en raison du stress provoqué par des tensions sur son lieu de travail n'a pas un comportement contradictoire si elle aide des amis à un stand au marché pendant sa période d'incapacité.

1755 TF du 14.4.2008, 1C_64/2008, c. 3.4, JAR 2009 228 ; TF du 12.12.1995, JAR 1997 132, c. 3b/aa ; SCHÖNENBERGER, 111 ; ZINSLI, 41.

- le travailleur est *absent* de manière *régulière et répétée*, par exemple tous les lundis ou tous les vendredis, ou immédiatement avant le début de ses vacances ou après la fin de celles-ci[1756] ;
- les *certificats* d'incapacité de travail présentés par l'employé sont *contradictoires* entre eux ou avec les déclarations ultérieures du médecin[1757] ; ils se fondent uniquement sur les *dires de l'employé*, sans qu'une consultation médicale ait eu lieu[1758] ; ils émanent d'un médecin *réputé pour sa complaisance* ; ils ne relatent que les *plaintes du travailleur* mais ne font pas eux-mêmes état d'une maladie ; ils ont été établis *plusieurs mois après* que les premiers symptômes sont apparus[1759] ;
- chaque fois que l'employé présente un certificat médical, celui-ci a été établi par un *médecin différent*[1760].

661 En revanche, le seul fait que le certificat médical ait été établi par le médecin de famille ne permet pas à lui seul de remettre en doute le bien-fondé des éléments qu'il contient[1761].

662 De son côté, le travailleur peut corroborer les informations contenues dans un certificat médical par le biais d'autres moyens de preuve[1762], par exemple en proposant l'audition de témoins ayant constaté eux-mêmes son état de santé (physique ou psychique) et ses conséquences sur sa capacité à travailler[1763].

bb. L'effet rétroactif du certificat médical

663 Lorsque le certificat médical atteste d'une incapacité de travail de l'employé antérieure à la date à laquelle il a été établi, le juge n'est pas nécessairement fondé à émettre des doutes quant à sa fiabilité. En effet, il paraît légitime que la cause liée à l'incapacité ait débuté un peu avant que l'employé soit allé consulter son médecin, celui-ci pouvant estimer le début de l'incapacité à quelques jours précédant la consultation. L'effet rétroactif ne devrait cependant pas dépasser

[1756] TF du 14.4.2008, 1C_64/2008, c. 3.4, JAR 2009 228 ; TF du 12.12.1995, JAR 1997 132, c. 3b/aa ; WYLER (2008), 225 ; ZINSLI, 40.
[1757] KGer AR du 6.1.2000, ARGVP 1999 106 N 3336, c. 2 ; Gew. SchiedsGer. BS du 28.1.1976, BJM 1976 325.
[1758] BSK ZPO-DOLGE, N 13 ad art. 177 CPC ; Gew. SchiedsGer. BS du 16.8.2007, BJM 2009 114, c. b/bb : la valeur probante d'un tel certificat médical est nulle ; AGer ZH du 6.4.1998, ZR 99 (2000) 219 N 90 ; Trib. app. TI du 11.11.1998, JAR 1999 269, c. 3.1.
[1759] TF du 14.4.2008, 1C_64/2008, c. 3.4, JAR 2009 228 ; TF du 12.12.1995, JAR 1997 132, c. 3b/aa.
[1760] SCHÖNENBERGER, 113 : « doc shopping » ; C. app. Prud. GE du 21.2.2007, JAR 2008 376, c. 3.2 : « tourisme médical ».
[1761] TF du 21.12.2005, 4P.254/2005, c. 4.2, RSPC 2005 381, JAR 2006 396.
[1762] TF du 14.4.2008, 1C_64/2008, c. 3.4, JAR 2009 228 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 18 ad art. 324a CO.
[1763] ZINSLI, 45 ; ZK-STAEHELIN, N 11 ad art. 324a CO ; OGer SO du 8.4.1976, JAR 1982 112.

plus de *trois-quatre jours*[1764], période qui comprend d'une part la prise de conscience par l'employé de sa difficulté à exécuter ses tâches professionnelles et, d'autre part, la fixation d'un rendez-vous chez le médecin. Lorsque l'incapacité de travail est fixée à une date antérieure à la consultation, le tribunal a un intérêt certain à entendre le médecin en qualité de témoin pour qu'il s'explique à ce sujet.

Dans un arrêt zurichois, un médecin consulté le 5 septembre 1997 avait fourni au travailleur un certificat médical faisant débuter l'incapacité au 27 août précédent. Après avoir été interpellé par le tribunal, le médecin a expliqué dans un rapport écrit que l'incapacité de travail de l'employé avait été établie suite à une altercation de celui-ci avec son chef. Le tribunal a alors considéré que le médecin n'avait pas fondé l'incapacité de travail rétroactive sur des motifs médicaux mais avait uniquement tenu compte des indications de l'employé, de sorte que le certificat ne pouvait être retenu en tant que moyen de preuve[1765].

664 L'effet rétroactif du certificat médical peut entraîner des *conséquences juridiques importantes*, puisqu'une incapacité de travail peut par exemple conduire à la nullité de la résiliation du contrat (art. 336c al. 1 lit. b CO) ou au report des effets du congé (art. 336c al. 2 CO)[1766]. En pareille hypothèse, le juge devrait être particulièrement attentif à la question de la rétroactivité et instruire sur ce point, en cas de contestation. Si le médecin ne peut par exemple pas justifier de façon convaincante les raisons qui l'ont amené à faire débuter l'incapacité de travail quelques jours avant d'avoir examiné l'employé, la valeur probante du certificat doit être déniée pour cette période[1767], notamment lorsque le médecin admet s'être fondé sur les seuls dires de son patient[1768]. Dans tous les cas, lorsque des doutes subsistent quant à la date réelle de début ou de fin d'incapacité, il faut admettre que la preuve n'a pas été apportée[1769] et retenir comme déterminante la date de la consultation médicale ou celle établie par d'autres moyens de preuve.

Dans une affaire tessinoise où le médecin avait établi un certificat médical le 10 novembre, date de la consultation, mais avait fait débuter l'incapacité de travail au 2 novembre précédent sans autres fondements que les déclarations de son patient, aucune valeur probante n'a été accordée au certificat pour la période entre le 2 et le 10 novembre, de sorte que le congé qui avait été donné pendant cette période n'était pas nul (art. 336c al. 1 lit. b et al. 2 CO)[1770].

1764 SUBILIA, 425. Plus restricitfs : ZINSLI, 39 : deux-trois jours ; SCHÖNENBERGER, 116 : deux jours. Plus large : Gew. SchiedsGer. BS du 16.8.2007, BJM 2009 114, c. b/bb : une semaine.

1765 AGer ZH du 6.4.1998, ZR 99 (2000) 219 N 90.

1766 SCHÖNENBERGER, 116 ; SUBILIA, 425.

1767 STREIFF/VON KAENEL, N 12 ad art. 324a/b CO ; WYLER (2008), 225 et 569.

1768 C. app. Prud. GE du 21.2.2007, JAR 2008 376, c. 3.4 ; Trib. app. TI du 28.4.2005, JAR 2006 509, c. 8.1.

1769 SUBILIA, 426, qui se réfère par analogie à la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral des assurances : ATF 130 V 352, c. 2 ; TFA du 19.8.2004, I 596/03, c. 3.1.

1770 Trib. app. TI du 11.11.1998, JAR 1999 269, c. 3.

665 Lorsque le certificat médical atteste d'une incapacité de travail portant sur une période pendant laquelle le travailleur *exerçait effectivement* son activité auprès de l'employeur, sa valeur probante est fortement réduite[1771] et une expertise judiciaire devrait être mise en œuvre pour établir la date exacte du début de l'incapacité. En effet, même si le Tribunal fédéral admet qu'une résiliation en temps inopportun soit réalisée alors même que l'employé ne connaissait pas l'existence de sa maladie – sauf si l'atteinte à la santé est insignifiante au point de ne pas l'empêcher d'occuper un nouveau poste de travail[1772] – il paraît nécessaire, vu les conséquences juridiques importantes que l'incapacité peut entraîner, de se montrer particulièrement sévère quant à la preuve de la date à laquelle a débuté l'incapacité.

666 Lorsqu'un certificat médical est établi avec un *retard considérable*, parce que l'employé ne va consulter son médecin que tardivement, c'est-à-dire après un délai de trois-quatre jours dès le début de l'incapacité[1773], le certificat n'a aucune valeur probante pour la date antérieure à la consultation[1774]. En revanche, si la consultation a eu lieu à la même date que celle du début de l'incapacité ou y est consécutive de trois-quatre jours, mais que le certificat n'est établi qu'ultérieurement, il n'y a pas de raison de le remettre en doute, puisque le médecin a pu poser son diagnostic dès le commencement de l'incapacité[1775].

bc. Le certificat médical dont l'employé se prévaut par la suite uniquement

667 Il arrive que l'employé soit au bénéfice d'un certificat médical mais qu'il *renonce à s'en prévaloir* auprès de son employeur et continue d'aller travailler. Le Tribunal fédéral est d'avis que cela n'empêche pas le travailleur d'invoquer ultérieurement, au moyen de ce certificat, l'existence de l'incapacité – sauf en cas d'atteinte à la santé insignifiante – par exemple après avoir reçu son congé[1776]. En pareille hypothèse, il nous paraît cependant légitime de remettre en doute la véracité du contenu du certificat qui établit une incapacité de travail alors que l'employé a manifestement été capable d'effectuer ses tâches et a de surcroît eu la volonté de les accomplir[1777]. Cette circonstance pourrait dans certains cas permettre de démontrer que l'atteinte à la santé était insignifiante,

[1771] OGer OW du 23.3.2004, AbR 2004-2005 62 N 6, c. 4a. Plus restrictif encore : SUBILIA, 426, selon lequel le certificat médical n'a en pareil cas aucune valeur probante, car contraire aux faits.
[1772] ATF 128 III 212, c. 2c ; TF du 15.2.2005, 4C.346/2004, c. 4.2, DTA 2005 103.
[1773] Cf. supra N 663.
[1774] VerwGer BE du 30.10.2008, BVR 2009 107, c. 9.2.2 ; Gew. SchiedsGer. BS du 2.9.1982, JAR 1983 118 ; BSK-PORTMANN, N 25 ad art. 324a CO ; STREIFF/VON KAENEL, N 12 ad art. 324a/b CO.
[1775] OGer OW du 23.3.2004, AbR 2004-2005 62 N 6, c. 4.
[1776] TF du 28.7.2009, 4A_227/2009, c. 3.2 ; TF du 15.2.2005, 4C.346/2004, c. 4.2, DTA 2005 103.
[1777] Trib. app. TI du 13.7.1992, JAR 1993 144, c. 6.1.

de sorte qu'elle ne donnait pas lieu à retenir la nullité du congé[1778]. Dans tous les cas, le seul certificat médical ne devrait pas suffire à prouver l'incapacité mais d'autres moyens de preuve devraient être mis sur pied.

bd. Le certificat médical relatif à une maladie psychique

668 Lorsque la cause d'incapacité de travail est d'ordre psychique, l'employeur ne peut pas remettre en cause la validité du certificat médical au seul motif que celui-ci a été établi par un médecin non spécialisé[1779]. En revanche, si le tribunal dispose de deux rapports médicaux divergents, l'un émanant d'un spécialiste et l'autre d'un médecin généraliste, il doit préférer le premier[1780] ; le domaine étant particulièrement complexe et comportant une grande part de subjectivité, le spécialiste est mieux à même de définir si les troubles psychologiques du travailleur entraînent ou non une incapacité de travail.

be. Le certificat médical étranger

669 Lorsque le certificat médical a été établi en dehors de la Suisse, sa valeur probante doit être appréciée par le juge avec plus de retenue. En effet, le risque qu'il ait été établi par complaisance est d'autant plus grand que le médecin étranger ne doit pas craindre les conséquences pénales liées au faux certificat médical (art. 318 CP) ou au faux témoignage (art. 307 CP) et qu'il ne peut pas être entendu comme témoin à l'audience. Toutefois, si l'Etat dans lequel le certificat a été établi condamne également pénalement les certificats mensongers, la même valeur probante qu'un certificat établi en Suisse devrait être retenue[1781], à tout le moins aussi longtemps qu'aucun autre élément du dossier ne permette de douter de sa véracité. Dans tous les cas, il appartient au tribunal de prendre en considération l'ensemble des circonstances. Si le certificat mentionne la cause de l'incapacité et que le juge émet des doutes sur sa validité, il peut le faire expertiser par un médecin suisse[1782].

Ainsi, lorsque l'employé reporte la date de son retour de vacances dans son pays d'origine, partant celle de la reprise de son travail, au motif qu'il est tombé malade, le juge appréciera la validité du certificat médical étranger avec circonspection vu le risque accru que celui-là ait été établi avec complaisance[1783]. De même si le tribunal soumet le certificat à un médecin suisse et que celui-ci arrive à la conclusion qu'une incapacité de travail ne se justifiait pas dans le cas d'espèce[1784].

1778 Voir par exemple TF du 28.7.2009, 4A_227/2009, c. 3.2.
1779 TF du 21.12.2005, 4P.254/2005, c. 3.2, RSPC 2006 381, JAR 2006 396.
1780 Comp. BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 19 ad art. 324a CO, et SUBILIA, 427. Cf. supra N 659 et n. 1744.
1781 SCHÖNENBERGER, 122.
1782 CCass. NE du 20.12.1996, CCC.1996.7186, c. 3b.
1783 SCHÖNENBERGER, 123 ; ZINSLI, 43.
1784 ZINSLI, 43 s.

2. La preuve des heures supplémentaires

670 Il appartient au travailleur qui prétend au paiement d'heures supplémentaires (art. 321c CO) d'apporter la preuve qu'il les a effectuées (art. 8 CC)[1785]. A cet effet, il doit démontrer que l'employeur avait ordonné leur exécution ou qu'il connaissait, cas échéant devait connaître, leur existence et ne s'y était pas opposé[1786]. La preuve des heures supplémentaires peut être apportée par titre(s), par témoignage(s)[1787], voire même par expertise[1788].

671 Lorsque l'employé fournit des *relevés* établis par ses soins, ceux-ci ne suffisent à apporter la preuve des heures supplémentaires que s'ils ont été remis périodiquement à l'employeur, de sorte que celui-ci a pu en prendre connaissance, et qu'ils n'ont pas été contestés ; peu importe en revanche que l'employeur les ait contresignés ou non[1789]. A défaut de remise régulière et de prise de connaissance par l'employeur, le tribunal apprécie librement la valeur probante du relevé (art. 157 CPC), selon qu'il dispose ou non d'autres moyens de preuve et que celui-là paraît avoir été tenu par l'employé de manière systématique et scrupuleuse[1790]. Dans certains cas exceptionnels, le tribunal est à même de se fonder sans autre sur le décompte si celui-ci dispose d'une crédibilité apparente particulièrement forte, notamment parce que son contenu est corroboré par d'autres moyens de preuve ou que le travailleur n'a

---

1785 ATF 129 III 171, c. 2.4, JdT 2003 I 241. Voir également TF du 12.1.2009, 4A_431/2008, c. 5.2.1 ; TF du 23.9.2008, 4A_86/2008, c. 4.1, JAR 2009 353 ; TF du 19.8.2008, 4A_40/2008, c. 3.3.1, RSPC 2009 158 ; TF du 24.8.2006, 4C.141/2006, c. 4.2.2, RSPC 2007 165 ; TF du 31.10.2002, 4C.177/2002, c. 2.1 ; BREGNARD-LUSTENBERGER, 216 ; BRÜHWILER, 79 N 13 ad art. 321c CO.

1786 ATF 129 III 171, c. 2.3, JdT 2003 I 241 : la connaissance par l'employeur de l'existence d'heures supplémentaires peut être présumée lorsque celui-ci possède suffisamment d'éléments pour savoir d'emblée que la durée de travail convenue ne suffit pas pour que l'employé puisse accomplir les tâches qui lui sont confiées, par exemple pendant la saison touristique ; TF du 23.9.2008, 4A_86/2008, c. 4.1.3, JAR 2009 353 ; TF du 19.8.2008, 4A_40/2008, c. 4.3.1, RSPC 2009 158 ; TF du 9.10.2000, 4C.110/2000, c. 2a/aa, SARB 2001 1136 N 174 ; BREGNARD-LUSTENBERGER, 217 ss.

1787 La preuve par témoignages est cependant risquée, les souvenirs des témoins étant dans la majorité des cas vagues et ne permettant pas de déterminer avec précision la quotité des heures supplémentaires effectuées ; voir BREGNARD-LUSTENBERGER, 221 s.

1788 Cf. supra N 640 et n. 1681.

1789 TF du 8.9.2000, 4C.133/2000, c. 3d ; C. app. Prud. GE du 16.6.1999, SARB 2000 959 N 149, c. 11a ; BREGNARD-LUSTENBERGER, 221 ; KNEUBÜHLER-DIENST, 161 ; STREIFF/ VON KAENEL, N 10 ad art. 321c CO ; ZK-STAEHELIN, N 16 ad art. 321c CO.

1790 Voir par exemple CCiv. NE du 26.2.1997, CC.1995.436, c. 5, dans lequel l'examen des « foulages latents », c'est-à-dire des « marques générées sur les feuilles ayant servi de sous-main lorsque le texte est apposé », a permis de relever les illogismes par rapport aux dires de l'employé sur la tenue régulière de son décompte, de sorte que le tribunal n'a accordé aucune valeur probante audit décompte.

manifestement pas cherché à augmenter de manière artificielle le nombre d'heures de travail effectuées[1791].

672 L'employé peut également disposer d'une *carte de pointage*[1792] ou d'un *agenda électronique*[1793] de l'entreprise attestant de ses heures de présence sur le lieu de travail. Le tribunal peut se fonder sur de telles données lorsqu'elles n'ont selon toute vraisemblance pas pu être enregistrées ou modifiées ultérieurement ou qu'elles sont corroborées par d'autres moyens de preuve.

Ainsi, les données imprimées de l'agenda électronique de l'entreprise ont été retenues par le Tribunal cantonal valaisan afin d'établir le nombre d'heures supplémentaires effectuées pour les motifs suivants : une formulation variée des indications portées à l'agenda, attestant qu'elles ont été écrites de façon spontanée et à des moments différents, le défaut de concordance entre les informations contenues dans l'agenda et les allégués de la demande, le fait que le travailleur lui-même ait réclamé la mise en œuvre d'une expertise tendant à établir le moment précis auquel les indications ont été portées dans l'agenda, enfin le fait que l'agenda ait pu être consulté en réseau[1794].

673 Une convention collective, un contrat-type ou un contrat individuel de travail peut également imposer à l'employeur de tenir un registre des heures de travail effectuées par ses employés, à défaut de quoi les décomptes établis individuellement par ceux-ci devront être admis comme moyen de preuve. Par conséquent, si, dans le cadre d'un litige, l'employeur ne produit aucun décompte, le tribunal doit se fonder sur le nombre d'heures figurant dans le relevé établi par les soins de l'employé[1795], sauf si l'employeur parvient à apporter la preuve, par exemple par le biais de témoignages, que le relevé produit ne correspond pas à la réalité[1796]. Il ne s'agit pas d'un renversement du

---

1791 TF du 30.7.2003, 4P.96/2003, c. 2.4.2 : en l'espèce, le décompte correspondait aux déclarations des témoins auditionnés, il mentionnait les mêmes horaires de travail que ceux indiqués dans les pièces produites par l'employeur lui-même et contenait également des références aux périodes où l'employé avait travaillé moins que l'horaire usuel.

1792 BREGNARD-LUSTENBERGER, 220 ; CARRUZZO (2009), 67 N 10 ad art. 321c CO, considère pour sa part que les systèmes d'accès aux locaux tels que badges ou registres de contrôle des heures d'arrivée ne suffisent pas à prouver que le temps passé dans l'entreprise correspond à du temps de travail effectif.

1793 TF du 8.1.2008, 4A_464/2007, c. 2, DTA 2008 32, JAR 2009 161.

1794 TC VS du 8.10.2007, in TF du 8.1.2008, 4A_464/2007, c. 2.2, DTA 2008 32, JAR 2009 161.

1795 TF du 23.9.2008, 4A_86/2008, c. 4.2, JAR 2009 353 ; TF du 19.8.2008, 4A_40/2008, c. 3.3.3, RSPC 2009 158 ; TF du 4.6.2008, 4A_73/2008, c. 3.2, JAR 2009 276 : en l'espèce, le décompte manuscrit fourni par l'employé n'était pas assez précis pour déterminer exactement le nombre d'heures supplémentaires, de sorte que le tribunal s'est fondé également sur les dires de l'employé en audience ainsi que sur la déposition d'un témoin ; TF du 24.8.2006, 4C.141/2006, c. 4.2.3, RSPC 2007 165 ; TF du 20.5.2005, 4P.80/2005, c. 3.1 ; OGer du 17.11.2008, JAR 2009 560, c. 2.1 ; KGer SG du 8.5.2007, SGGVP 2007 166 N 53, c. 2b.

1796 C. cass. NE du 27.1.2005, CCC.2004.90, c. 3, confirmé par l'arrêt du TF du 20.5.2005, 4P.80/2005, c. 3 ; OGer LU du 17.11.2008, JAR 2009 560, c. 2.2.1 ; KGer SG du 8.5.2007, SGGVP 2007 166 N 53, c. 2b.

fardeau de la preuve[1797], puisqu'il appartient toujours à l'employé de prouver le bien-fondé de sa prétention, mais uniquement d'octroyer une pleine valeur probante au décompte personnel et de considérer celui-ci autrement qu'en tant que simple allégation[1798].

Par exemple, l'art. 21 al. 2 de la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, cafés et restaurants (état au 1er janvier 2009) dispose que l'employeur tient un registre des heures de travail et des jours de repos effectifs des employés. Selon l'art. 21 al. 3, si l'employeur ne remplit pas son obligation, le contrôle de la durée du temps de travail tenu par le travailleur sera admis comme moyen de preuve en cas de litige.

674 Dans tous les cas, le travailleur ne peut pas se prévaloir d'un décompte d'heures qui a été établi *après coup*, c'est-à-dire une fois la question du paiement des heures supplémentaires devenue litigieuse entre les parties[1799].

675 Lorsque l'employeur est tenu selon la loi (art. 46 LTr, 73 al. 1 lit. c OLT 1), la convention collective applicable ou une clause contractuelle d'établir un registre des heures effectuées par ses employés et qu'il omet de le faire, il y a un *allègement*[1800] du fardeau de la preuve en faveur de l'employé, en ce sens que le tribunal ne posera pas des exigences trop grandes au niveau de l'appréciation des preuves disponibles et retiendra l'existence et le nombre d'heures supplémentaires si elles apparaissent comme hautement vraisemblables déjà[1801]. Le travailleur a en effet pu de bonne foi partir du principe que l'employeur remplirait son obligation et tiendrait un décompte qui servirait de moyen de preuve en cas de litige[1802]. De son côté, l'employeur a la possibilité de prouver l'inexistence des heures supplémentaires, par exemple par le biais du témoignage d'autres collaborateurs de l'entreprise[1803]. Un *renversement* du fardeau de la preuve doit en revanche être retenu lorsque l'employeur a à dessein omis de tenir un registre des heures supplémentaires effectuées, uniquement dans le but d'empêcher l'employé de les réclamer en justice par la suite, faute de disposer de moyens de preuve suffisants (comportement contraire

1797 Sauf pour la convention collective, le contrat ou le règlement de le prévoir expressément, cf. supra N 597.

1798 TF du 23.9.2008, 4A_86/2008, c. 4.2.1, JAR 2009 353 ; TF du 19.8.2008, 4A_40/2008, RSPC 2009 158 ; OGer TG du 30.3.2006, RBOG 2006 91 N 7, c. 2a.

1799 TC VS du 8.10.2007, in TF du 8.1.2008, 4A_464/2007, c. 2.2, DTA 2008 32, JAR 2009 161 ; Gew. SchiedsGer. BS du 10.4.2000, GS 1999/259, c. 2c (disponible sur www.gerichte.bs.ch, Bericht für die Jahre 2000-02) ; CCiv. NE du 26.2.1997, CC.1995.436, c. 5.

1800 TF du 20.4.2004, 4P.35/2004, c. 3.2, JAR 2005 180 ; OGer TG du 30.3.2006, RBOG 2006 91 N 7, c. 2 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 3 ad art. 321c CO ; RUDOLPH/(LÜTHI) (in GEISER/VON KAENEL/WYLER), N 18 ad art. 46 LTr ; STREIFF/VON KAENEL, N 10 ad art. 321c CO. Cf. supra N 605.

1801 OGer TG du 30.3.2006, RBOG 2006 91 N 7, c. 2b/bb ; BREGNARD-LUSTENBERGER, 234. Cf. supra N 578 et infra N 676.

1802 SCHWANDER (Streitigkeiten), 202.

1803 TF du 20.4.2004, 4P.35/2004, c. 3.3, JAR 2005 180.

à la bonne foi au sens de l'art. 2 CC)[1804]. Si l'employeur a tenu de tels registres mais refuse de les produire au tribunal ou les a sciemment détruits (comportement contraire aux règles de la bonne foi au sens de l'art. 52 CPC), celui-ci en tiendra compte dans le cadre de son appréciation des preuves[1805]. Un comportement contraire aux règles de la bonne foi peut également être opposé à l'employé, partant être pris en considération lors de l'appréciation des preuves, lorsque celui-ci ne participe pas à l'établissement du décompte, ce malgré les demandes persistantes de l'employeur en cours d'emploi[1806].

Dans une affaire valaisanne, un chauffeur poids-lourd n'utilisait pas correctement le tachygraphe de son camion, malgré les instructions précises fournies par l'employeur, et ne remplissait pas non plus le livret de travail, alors que la tenue de ces deux documents est prescrite par les art. 14 ss de l'Ordonnance fédérale sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (OTR 1 ; RS 822.221) ; l'employeur avait tenté à réitérées reprises mais en vain d'obtenir de son employé qu'il fasse fonctionner le tachygraphe et qu'il lui remette son livret de travail ; les prétentions du travailleur ont par conséquent été rejetées, faute d'avoir été prouvées[1807].

676 Si le travailleur ne dispose pas de carte de pointage ou d'agenda électronique, qu'il n'a pas lui-même établi un relevé remis régulièrement à son employeur et que celui-ci n'a pas non plus tenu de registre ou encore que le décompte a été détruit d'une manière ou d'une autre[1808], le tribunal a la possibilité de *statuer en équité* en se fondant par analogie sur l'art. 42 al. 2 CO[1809]. Cette disposition trouve à s'appliquer tant du point de vue de la *quotité* des heures supplémentaires exécutées que de l'*existence* même de celles-ci[1810]. L'accomplissement d'heures supplémentaires doit cependant apparaître aux yeux du tribunal comme *hautement vraisemblable* et non seulement relever du domaine du « possible »[1811]. Dans tous les cas, l'application de l'art. 42 al. 2 CO

1804 Cf. supra N 604.

1805 Cf. supra N 619.

1806 TC VS du 22.10.1975, RVJ 1976 176, c. 2.

1807 Ibid.

1808 Voir à cet égard OGer LU du 24.1.2000, LGVE 2000 I 31 N 20 : l'employé avait remis régulièrement son décompte d'heures supplémentaires à son employeur, ceux-ci ayant cependant été détériorés de manière irrémédiable suite à un dégât d'eau dans la pièce où ils étaient conservés.

1809 ATF 128 III 271, c. 2b/aa, JdT 2003 I 606. Voir également la jurisprudence non publiée, notamment les arrêts suivants : TF du 11.8.2010, 4A_383/2010, c. 2.1 ; TF du 12.1.2009, 4A_431/2008, c. 5.2.1 ; TF du 19.8.2008, 4A_40/2008, c. 3.3.2, RSPC 2009 158 ; TF du 24.8.2006, 4C.141/2006, c. 4.2.2, RSPC 2007 165 ; TF du 24.8.2005, 4P.110/2005, c. 7 ; TF du 8.3.2004, 4C.7/2004, c. 2.2.2 et 3.2 ; TF du 28.8.2003, 4C.146/2003, c. 5.2.1 ; TF du 2.10.2003, 4C.74/2003, c. 2.4 (non publié à l'ATF 130 III 19) ; TF du 30.7.2003, 4P.96/2003, c. 2.3.2 ; TF du 28.7.2003, 4C.142/2003, c. 4 ; TF du 31.10.2002, 4C.177/2002, c. 2.1 ; BREGNARD-LUSTENBERGER, 224 s. Cf. supra N 606.

1810 TF du 11.8.2010, 4A_383/2010, c. 2.1 ; TF du 26.3.2007, 4C.307/2006, c. 3.2 ; TF du 15.6.2006, 4C.142/2005, c. 5.2.

1811 TF du 26.3.2007, 4C.307/2006, c. 3.2 ; TF du 15.6.2006, 4C.142/2005, c. 5.2 ; BREGNARD-LUSTENBERGER, 223 ; plus restricitf : C. app. Prud. GE du 16.6.1999, SARB

ne dispense pas l'employé d'alléguer et de prouver toutes les circonstances permettant au tribunal de conclure que des heures supplémentaires ont été exécutées et dans quelle mesure[1812]. A cet égard, le témoignage de certains de ses collègues peut fournir des indices précieux pour le juge. En revanche, les seules déclarations de l'épouse du travailleur ne suffisent pas à apporter la preuve des heures supplémentaires[1813]. En outre, si l'employé avait la possibilité de prouver de façon précise la quotité des heures supplémentaires effectuées mais qu'il s'en est dispensé par négligence, en ne réclamant pas la production des fiches de timbrage par exemple, le juge ne peut se fonder sur l'art. 42 al. 2 CO[1814], l'exception à la règle du fardeau de la preuve déduite de cette disposition devant être appliquée de manière restrictive selon le Tribunal fédéral[1815].

677 L'employeur qui conteste la prétention en paiement d'heures supplémentaires peut invoquer que celles-ci ont déjà été compensées par des congés (art. 321c al. 2 CO) ou une rétribution (art. 321c al. 3 CO) équivalents. En pareil cas, c'est à lui que revient la charge de la preuve (art. 8 CC) de la compensation des heures supplémentaires[1816].

3. La preuve des vacances non prises

678 Lorsque l'employé, après la fin des rapports de travail, entend réclamer le paiement du solde de ses vacances non prises (art. 329d CO), il doit apporter la preuve de l'existence d'un droit aux vacances ainsi que de leur quotité (art. 8 CC). Il appartient en revanche à l'employeur de prouver que le travailleur a déjà bénéficié de ses vacances ou a déjà été rétribué pour celles-ci dans la mesure correspondante[1817]. En effet, « c'est à celui qui invoque l'extinction d'un droit ou conteste sa naissance ou sa mise en application qu'incombe de prouver les faits destructeurs ou dirimants »[1818].

679 Lorsque la preuve stricte des jours de vacances non prises ne peut être établie, le tribunal peut appliquer par analogie l'art. 42 al. 2 CO et statuer *en équité*. En

2000 959 N 149, c. 11a : il doit être « clairement prouvé que le travail excédait l'horaire normal dans une mesure déterminable ». Cf. supra N 606.

1812 TF du 11.8.2010, 4A_383/2010, c. 2.1 ; TF du 12.1.2009, 4A_431/2008, c. 5.2.1 ; TF du 24.8.2006, 4C.141/2006, c. 4.2.2, RSPC 2007 165 ; TF du 31.10.2002, 4C.177/2002, c. 2.1.

1813 Voir, en matière de prétention en paiement de jours de vacances non prises : C. app. Prud. GE du 16.6.1999, SARB 2000 959 ; KGer GR du 9.3.1989, PKG 1989 109 N 22, c. 2. Cf. également supra N 628.

1814 TF du 11.8.2010, 4A_383/2010, c. 2 ; BREGNARD-LUSTENBERGER, 225 s. ; BRÜHWILER, 79 s. N 13 ad art. 321c CO. Cf. supra N 607.

1815 TF du 11.8.2010, 4A_383/2010, c. 2.1.

1816 MÜLLER (1986), 61.

1817 ATF 128 III 271, c. 2a/bb, JdT 2003 I 606; TF du 4.2.2010, 4D_144/2009, c. 5.2 ; TF du 31.8.2007, 4A_123/2007, c. 6.2, DTA 2007 253.

1818 ATF 128 III 271, c. 2a/aa, JdT 2003 I 606.

pareil cas, le fait que le travailleur n'ait pas pris l'ensemble des jours de congé auxquels il avait droit doit apparaître au tribunal comme *hautement vraisemblable*, et non pas nécessairement comme certain[1819].

Selon le Tribunal fédéral par exemple, si un travailleur a un solde de 14 jours de vacances non prises pendant deux années consécutives, il paraît hautement vraisemblable que l'ensemble de ses vacances n'avait pas non plus été pris les années précédentes[1820].

680 Parmi les moyens de preuve dont dispose l'employeur figure la production d'un éventuel décompte de sa part établissant les jours de vacances prises par ses employés. A défaut d'un tel document, le tribunal peut procéder à l'audition de témoins, le plus souvent d'autres collaborateurs de l'entreprise ou des proches de l'employé. Toutefois, le témoignage de ceux-ci sera en principe apprécié avec beaucoup de retenue, vu leur manque apparent d'impartialité, et ne devrait être pris en compte que si leurs dires sont confirmés par d'autres éléments de preuve[1821].

681 De son côté, l'employé qui a lui-même tenu un décompte de vacances doit le produire au tribunal, en vertu de son devoir de collaboration (art. 160 CPC). Puisqu'un tel document a été établi unilatéralement, il a valeur de *simple allégation*. Dans certains cas, il peut constituer le seul outil à disposition du tribunal pour apprécier le nombre de vacances prises par l'employé, faute d'autres moyens de preuve invoqués par l'employeur[1822].

4. La preuve du licenciement abusif

682 Le travailleur qui prétend que le congé qui lui a été signifié est abusif doit en apporter la preuve (art. 8 CC)[1823], sauf s'il se prévaut de l'art. 336 al. 2 lit. b CO[1824]. Il appartient ainsi à l'employé de démontrer soit que les motifs avancés par l'employeur pour justifier le licenciement sont en eux-mêmes abusifs, soit qu'ils ne sont pas pertinents et cachent le motif réel du congé, qui, lui, est abusif. Dans cette seconde hypothèse, le Tribunal fédéral a quelque peu assoupli les exigences en matière de preuve et autorise la « *preuve par indices* »[1825],

---

1819 ATF 128 III 271, c. 2b, JdT 2003 I 606. Voir supra N 606.

1820 ATF 128 III 271, c. 2b, JdT 2003 I 606.

1821 Le seul témoignage de l'épouse n'est par exemple pas suffisant : C. app. Prud. GE du 16.6.1999, SARB 2000 959 ; KGer GR du 9.3.1989, PKG 1989 109 N 22, c. 2. Cf. également supra N 628.

1822 C. app. Prud. GE du 29.5.2009, CAPH/89/2009, c. 3 : le nombre de jours de vacances non prises a été calculé par le tribunal sur la base du décompte établi par l'employé, l'employeur n'ayant pas produit d'autres moyens de preuve susceptibles de contredire celui-là, comme la production de son propre décompte ou la citation de témoins.

1823 ATF 130 III 699, c. 4.1 ; 123 III 246, c. 4b, JdT 1998 I 300 ; 121 III 60, c. 3b, JdT 1996 I 49.

1824 Cf. supra N 599.

1825 Cf. supra N 608.

considérant que le motif réel de l'employeur est un élément subjectif, par conséquent difficile à prouver. Autrement dit, le congé est présumé abusif si le travailleur fournit des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif non abusif avancé par l'employeur[1826]. Il ne s'agit toutefois pas d'un renversement du fardeau de la preuve et le travailleur est tenu d'indiquer le motif abusif dont il se prévaut[1827], celui-ci devant apparaître aux yeux du tribunal comme *hautement vraisemblable*[1828]. En outre, lorsque le tribunal retient l'existence d'une pluralité de motifs qui ont mené à la décision de licencier, le travailleur doit rendre vraisemblable que le congé ne lui aurait pas été signifié pour les seuls motifs non abusifs[1829]. A côté du motif abusif, le travailleur doit également rendre vraisemblable le lien de causalité entre l'état de fait fondant le caractère abusif du congé et la résiliation du contrat de travail ; seul suffit qu'il existe entre ces deux événements une « coïncidence particulièrement troublante »[1830].

Par exemple, le lien de causalité est rendu vraisemblable lorsque le travailleur est licencié quelques semaines seulement après avoir de bonne foi émis des prétentions auprès de son employeur[1831].

683 Si, en principe, l'employeur n'a pas à prouver le bien-fondé du licenciement qu'il notifie[1832], il s'y voit le plus souvent contraint s'il veut éviter que la thèse du licenciement abusif soit retenue à son encontre. Cette obligation trouve divers fondements :

[1826] ATF 130 III 699, c. 4.1 ; TF du 17.2.2010, 8C_838/2009, c. 5.2 ; TF du 17.1.2008, 4A_444/2007, c. 5, JAR 2009 171 ; TF du 18.10.2007, 4A_281/2007, c. 5.1, RSPC 2008 23 ; TF du 30.6.1992, SJ 1993 360, c. 3a, JAR 1995 152.

[1827] ATF 121 III 60, c. 3c, JdT 1996 I 47 ; TF du 16.10.2001, 4C.121/2001, c. 3a.

[1828] C. app. Prud. GE du 25.4.2006, CAPH/80/2006, c. 4 ; CCass. NE du 7.5.2001, RJN 2001 89, c. 2a ; BezGer Bülach du 22.12.1994, ZR 95 (1996) 227 N 74, c. 2a ; BARBEY (Congés), 96, et (Procédure), 113 ; DUNAND (2003), 58 ; NORDMANN, 282 ; STREIFF/VON KAENEL, N 16 ad art. 336 CO ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, N 36 ad art. 336 CO ; ZOSS, 273 ; plus restrictifs : BRÜHWILER, 332 s. N VI ad art. 336 CO, qui retient la conviction du juge ; WYLER (2008), 534, et CCiv. JU du 21.2.2006, RJJ 2006 163, c. 2.2 : « le caractère abusif du licenciement doit être très grande, voire confiner à la certitude » ; sur cette notion, cf. supra n. 1519. Sur la notion de haute vraisemblance, cf. supra N 578.

[1829] TF du 6.3.2001, 4P.205/2000, c. 3a, DTA 2001 46 ; CCass. NE du 21.7.2003, RJN 2003 181, c. 2a ; DUNAND (2003), 59.

[1830] Trib. app. TI du 21.2.1995, JAR 1996 213, c. 4 ; AGer ZH du 18.6.1992, ZR 93 (1994) 126 N 32 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.18 ad art. 336 CO.

[1831] CCass. NE du 7.5.2001, RJN 2001 89, c. 2b : un jour ; Ccass. NE du 12.2.2001, RJN 2001 94, c. 2b : trois jours ; OGer OW du 20 février 1992, JAR 1992 229, c. 2b : trois semaines.

[1832] OGer BL du 7.4.1997, JAR 1999 229, c. 2b.

- le principe de la « preuve par indices » suggère que l'employeur fournisse tous les éléments permettant de prouver la réalité du motif qu'il invoque[1833], sans quoi le motif abusif avancé par l'employé risque d'être retenu ;

  Ainsi, si l'employé parvient à fournir suffisamment d'indices permettant de prouver que le licenciement est intervenu suite à des réclamations qu'il avait formulées auprès de son employeur, celui-ci peut de son côté apporter la preuve que le motif réel du licenciement a trait à des motifs tenant à la structure de l'entreprise ou à l'insatisfaction des prestations fournies par l'employé[1834].

  En revanche, le licenciement sera considéré comme abusif si l'employeur ne parvient pas à prouver les motifs économiques avancés par ses soins et que le travailleur fournit de son côté des indices suffisants permettant d'établir que le congé est intervenu en raison de son âge, par exemple parce que la CCT dans sa nouvelle version prévoit pour les salariés âgés de plus de 50 ans un droit à une sixième semaine de vacances[1835].

- lorsque l'employé fonde le motif abusif sur l'art. 336 al. 1 lit. a, b ou e CO, l'employeur peut démontrer que le congé qui apparaît à première vue comme abusif est en réalité justifié par la réalisation de l'une des exceptions prévues par le législateur à l'art. 336 CO[1836]. Autrement dit, l'employeur doit prouver soit que la raison inhérente à la personnalité du travailleur a un lien avec le rapport de travail ou porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (lit. a *i.f.*), soit que l'exercice du droit constitutionnel revendiqué par l'employé viole une obligation du contrat de travail ou porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (lit. b *i.f.*), soit enfin que l'employé a accompli un service obligatoire ou une obligation légale lui incombant après avoir demandé de l'assumer (lit. e *i.f.*) ;

  Dans une affaire où l'employé invoquait que son contrat avait été résilié en raison de son âge et de ses problèmes de santé, l'employeur avait démontré de son côté que ceux-ci étaient liés à des abus d'alcool ayant eu une incidence sur la qualité des prestations de travail du travailleur, de sorte que le rapport de confiance avait été rompu ; le licenciement n'a pas été tenu pour abusif[1837].

  Le Tribunal fédéral a également nié le caractère abusif du congé dans un cas où un juriste d'un syndicat se plaignait d'avoir été licencié après que l'employeur avait découvert qu'il était l'un des responsables d'un mouvement religieux ; il a en effet suivi le syndicat qui invoquait le fait que le mouvement en question, favorable aux idées capitalistes et ayant des affinités avec des partis politiques de droite, suivait une idéologie à l'opposé des siennes, partant qu'il ne pouvait tolérer ce type d'affiliation de la part d'un collaborateur occupant un poste relativement élevé en son sein[1838].

1833 ATF 130 III 699, c. 4.1 ; TF du 18.10.2007, 4A_281/2007, RSPC 2008 23 ; TF du 30.6.1992, SJ 1993 360, c. 3a, JAR 1995 152 ; CCass. NE du 1.7.2002, RJN 2002 113, c. 3.

1834 TF du 4.11.2003, 4C.262/2003, c. 3.3.

1835 C. app. Prud. GE du 10.11.2005, JAR 2006 469, c. 3.2.

1836 BARBEY (Congés), 95, et (Procédure), 110 s. ; ZOSS, 269.

1837 TF du 3.4.2009, 4A_60/2009, c. 3.2, DTA 2009 219.

1838 ATF 130 III 699, c. 4.2.

- en cas de pluralité de motifs dont l'un d'entre eux seulement n'est pas digne de protection, la jurisprudence admet que le licenciement n'est pas abusif si le contrat aurait de toute façon été résilié, même sans le motif illicite[1839]. Par conséquent, lorsque l'employé parvient à démontrer que l'un des motifs du congé est abusif, il incombe à l'employeur de prouver que le travailleur aurait été licencié même en l'absence du motif abusif[1840]. L'employé doit de son côté tenter de démontrer que le motif abusif a été la condition *sine qua non* de son licenciement et que les motifs licites ne permettaient pas de justifier à eux seuls le licenciement ;

  Même lorsque le tribunal arrive à la conclusion que l'employé a émis des prétentions auprès de son employeur peu de temps avant son licenciement, il peut nier l'existence d'un congé abusif si l'employeur a apporté la preuve que le licenciement a été fondé sur des difficultés relationnelles, d'intégration et de collaboration de l'employé au sein de l'entreprise[1841].

  Une certaine chronologie dans les événements peut en revanche permettre de faire échec à la preuve par l'employeur des motifs licites qu'il invoque[1842].

  Ainsi, dans un arrêt jurassien, l'employé avait été licencié peu de temps après avoir fait valoir son droit au 13ème salaire et l'employeur invoquait comme motif de congé une prestation de travail insatisfaisante ; quand bien même l'employeur était parvenu à prouver que, malgré des avertissements, le travail de l'employé ne s'était pas amélioré, le tribunal a retenu le congé pour abusif, considérant comme véritable motif de licenciement la réclamation par l'employé de son 13ème salaire, puisque l'employeur n'avait pas jugé bon de résilier le contrat de travail auparavant ; le tribunal en a en effet conclu que les mauvaises prestations de travail ne justifiaient pas à elles seules la résiliation du contrat[1843].

- le devoir général des parties de collaborer à l'administration des preuves (art. 160 CPC) impose également à l'employeur de fournir tous les éléments permettant au tribunal d'apprécier les circonstances du licenciement.

684 Lorsque l'employé ne parvient pas à apporter suffisamment d'éléments permettant de soupçonner l'existence d'un licenciement abusif, le tribunal ne doit pas investiguer sur la réalité des motifs avancés par l'employeur[1844]. En effet, celui-ci n'est tenu de prouver le bien-fondé du licenciement que dans le

[1839] TF du 11.11.1993, SJ 1995 798, c. 1c ; TF du 30.10.2007, 4A_248/2007, c. 7 ; TF du 6.3.2001, 4P.205/2000, c. 3a, JAR 2002 238 ; TC FR du 29.4.2005, RFJ 2005 348, c. 4b ; TC VS du 6.7.1998, RVJ 2000 177, c. 3a/aa ; DUNAND (2003), 59 ; STREIFF/VON KAENEL, N 20 ad art. 336 CO.

[1840] TF du 6.3.2001, 4P.205/2000, c. 3a, JAR 2002 238 ; C. app. Prud. GE du 18.4.2002, JAR 2003 281, c. b N 20.

[1841] Voir TF du 30.10.2007, 4A_248/2007, c. 7.

[1842] CCiv. JU du 21.2.2006, RJJ 2006 163, c. 2.2 ; CCiv. JU du 2.2.1996, RJJ 1996 253, c. 3b ; C. app. Prud. GE du 4.6.1991, JAR 1992 241, c. 3 ; BARBEY (Congés), 95 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.18 ad art. 336 CO ; ZOSS, 273.

[1843] CCiv. JU du 2.2.1996, RJJ 1996 253.

[1844] Trib. app. TI du 18.9.1995, JAR 1996 219, c. 3.1.

but de faire échec aux indices suffisants du caractère abusif fournis par le travailleur.

685 L'employeur n'est pas limité par les motifs avancés dans sa lettre de résiliation et peut en invoquer d'autres par la suite, même en cours de procédure[1845]. Le tribunal peut également retenir que tel motif est la cause de la résiliation alors qu'il n'a jamais été invoqué par l'une ou l'autre des parties, s'il ressort manifestement du résultat de l'administration des preuves[1846].

686 Le refus de l'employeur de fournir le(s) motif(s) du congé ou une motivation fausse de sa part ne signifie pas encore que le licenciement est abusif[1847]. Si l'une comme l'autre situations peuvent figurer parmi les indices fournis par l'employé pour fonder le caractère abusif du congé, elles ne peuvent constituer le seul indice permettant de conclure à l'existence d'un tel licenciement[1848].

Dans une affaire vaudoise, un employé conseiller en placement du personnel, chef d'agence et responsable du service technique invoquait qu'il avait été licencié abusivement ; son employeur avait dans un premier temps refusé de lui donner les motifs de son congé puis lui avait fourni les motifs suivants : « mauvais résultat financier 1997 de votre agence de Lausanne ; suivi insuffisant du contentieux ; transmission insuffisante voire inexistante de l'information aux collaborateurs de vos agences ; non-respect ou respect insuffisant des directives et instructions générales de l'employeur ; mauvaise gestion du personnel » ; l'employé est parvenu à démontrer que ces motifs n'étaient que des prétextes et que le véritable motif de licenciement tenait dans la volonté de l'employeur de diminuer son salaire ; le Tribunal fédéral en a conclu qu'un tel motif, constitutif d'un « congé-modification », était licite et que le licenciement ne pouvait être tenu pour abusif du seul fait que l'employeur avait omis de motiver la résiliation puis avait fourni une motivation fausse ; cette circonstance n'avait nullement pour effet de rendre le motif réel du congé, en soi licite, abusif[1849].

687 Quant aux modes de preuve du licenciement abusif, les parties ont en principe recours à l'audition de témoins, dans la majorité des cas d'anciens collègues de

---

1845 BARBEY (Congés), 96, et (Procédure), 104 : le motif nouveau, qui peut apparaître comme un prétexte de dernière minute, doit cependant être apprécié avec une circonspection accrue ; STREIFF/VON KAENEL, N 17 ad art. 335 CO, précisent avec raison que l'invocation en cours de procédure seulement du réel motif de licenciement peut entraîner des conséquences quant à la répartition des frais du procès ; ZOSS, 272. L'employeur peut se prévaloir de circonstances qui existaient au moment de licencier mais qu'il ne connaissait pas ni ne pouvait connaître, mais non de faits postérieurs à la déclaration de congé, comp. ATF 127 III 310, c. 4a, en matière de licenciement immédiat.

1846 BARBEY (Congés), 96 ; ZOSS, 272.

1847 ATF 121 III 60, c. 3d, JdT 1996 I 47 ; TF du 20.10.2009, 4A_346/2009, c. 3.2 ; TF du 1.3.2007, 4C.282/2006, c. 4.3. Le refus par l'employeur de motiver le congé pourrait avoir des incidences quant à la répartition des frais, voir Message du 9 mai 1984 concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations, FF 1984 II 619, ainsi que SUBILIA/DUC, N 24 ad art. 335 CO.

1848 BARBEY (Congés), 96 ; ZOSS, 272.

1849 TF du 1.3.2007, 4C.282/2006, c. 4.3.

l'employé[1850]. Elles peuvent aussi se prévaloir de titres, notamment de la lettre de résiliation, des informations fournies par l'employeur à l'assurance-chômage, du certificat de travail établi en faveur de l'employé, ou encore d'échanges de correspondances entre elles ou avec des tiers. Le contenu du document remis à l'assurance-chômage, la lettre de résiliation ainsi que le certificat de travail doivent parfois être appréciés avec retenue par le tribunal, ces pièces pouvant masquer la réalité des relations entretenues par les parties, vu l'éventuelle volonté de l'employeur respectivement de permettre à l'employé d'obtenir des indemnités de chômage ou de retrouver un emploi[1851].

5. La preuve du mobbing

688 Le travailleur ou l'employeur qui invoque avoir été victime de harcèlement psychologique doit en apporter la preuve (art. 8 CC)[1852]. La tâche est cependant particulièrement ardue, puisque le mobbing ne résulte pas d'un seul acte, ni même de deux[1853], mais se déduit d'une série d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue et qui, pris séparément, ne semblent pas nécessairement d'une gravité particulière[1854]. C'est pourquoi le Tribunal fédéral admet un allègement du fardeau de la preuve en ce sens que celle-ci peut être apportée sur la base d'un *faisceau d'indices convergents*[1855]. Il ajoute néanmoins que le juge doit toujours garder à l'esprit le fait que « le harcèlement psychologique peut n'être qu'imaginaire ou même être allégué abusivement pour tenter de se protéger contre des remarques ou des mesures pourtant justifiées ». Dans tous les cas, le tribunal dispose d'une certaine marge d'appréciation des circonstances d'espèce et des indices pouvant entrer en ligne de compte dans la définition du mobbing[1856].

Notre haute cour a notamment retenu l'existence d'un nombre suffisant d'indices convergents lorsque l'employeur émet des critiques au sujet des prestations de travail de

[1850] Voir TF du 5.11.2002, 4P.186/2002, c. 3.2.2 et supra n. 1651.
[1851] BARBEY (Procédure), 112 ; ZOSS, 272 s.
[1852] DUNAND (2006), 25 s.
[1853] TF du 8.3.2010, 8C_358/2009, c. 5.3, TF du 20.6.2003, 2P.207/2002, c. 4.3.2 ; DUNAND (2006), 21.
[1854] Voir notamment TF du 20.3.2006, 4C.320/2005, c. 2.1, JAR 2007 219 ; TF du 10.3.2006, 4C.404/2005, c. 3.2, JAR 2007 211 ; TF du 21.2.2006, 4P.329/2005, c. 3.4, JAR 2007 184 ; TF du 13.10.2004, 4C.343/2003, c. 3.1, JAR 2005 285 ; TF du 16.10.2001, 1P.509/2001, c. 2b.
[1855] TF du 25.8.2010, 4A_26/2010, c. 6.1 ; TF du 17.5.2010, 4A_32/2010, c. 3.2 ; TF du 6.4.2010, 4A_245/2009, c. 4.2, RSPC 2010 276 ; TF du 6.10.2008, 4A_325/2008, c. 2.1, DTA 2009 38, JAR 2009 398 ; TF du 9.7.2007, 4A_128/2007, c. 2.1, JAR 2008 223 ; TF du 10.3.2006, 4C.404/2005, c. 3.2, JAR 2007 211 ; TF du 31.5.2005, 4C.109/2005, c. 4, JAR 2006 250 ; TF du 12.10.2004, 4C.276/2004, c. 4.1, JAR 2005 280 ; TF du 13.10.2003, 4C.343/2003, c. 3.1, JAR 2005 285.
[1856] TF du 25.8.2010, 4A_26/2010, c. 6.1 ; TF du 6.4.2010, 4A_245/2009, c. 4.3.3.

l'employé mais n'en discute pas avec lui, qu'il ne communique plus que par le biais de notes dont le ton est autoritaire et inutilement blessant et vexatoire, qu'il isole le travailleur et fait pression sur lui pour l'amener à démissionner, enfin qu'il lui impose la réalisation de certaines tâches impossibles à exécuter dans le laps de temps imparti[1857].

689 De son côté, l'employeur ou l'employé qui est accusé d'acte de mobbing doit fournir tous les éléments permettant de justifier le comportement qui lui est reproché afin de réduire, voire de mettre à néant, le nombre d'indices suffisants.

Ainsi, l'employeur qui manifeste de la contrariété à l'égard de l'employé, qui le traite parfois durement et dont le ressentiment à son égard va en grandissant n'est pas rendu coupable de harcèlement psychologique s'il apporte la preuve que son attitude était due à l'insubordination et à l'insuffisance au travail de l'employé, ainsi qu'au refus obstiné de celui-ci de modifier son comportement[1858].

690 Lorsque les actes de harcèlement psychologique ne découlent pas directement de l'employeur mais de l'un de ses collaborateurs, il appartient à l'employé d'apporter la preuve que l'employeur connaissait l'existence du mobbing. S'il y parvient, l'employeur devrait pouvoir se libérer de sa responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour désamorcer le conflit, sur la base de l'art. 55 CO[1859]. Le Tribunal fédéral applique en revanche l'art. 101 CO[1860], avec pour conséquence que l'employeur peut se libérer de sa responsabilité uniquement s'il parvient à prouver que s'il avait agi comme son auxiliaire, aucune faute ne pourrait lui être reprochée.

691 La preuve du harcèlement psychologique peut être apportée sur la base de témoignages, en général des collaborateurs de l'entreprise qui ont assisté aux scènes constitutives du mobbing, ou de toute personne auprès de qui la victime s'est confiée (collègues, médecin traitant, psychologue, amis, proches). Les actes de harcèlement ayant lieu en général à l'abri des regards, la victime ne dispose souvent pas d'autres moyens de preuve que de témoignages indirects. Ceux-ci devraient dès lors être admis et constituer une exception au principe posé à l'art. 169 CPC[1861]. La production de titres peut également être utile, notamment du dossier médical de la victime ou d'échanges de correspondances

---

1857 TF du 13.10.2003, 4C.343/2003, c. 3.1, JAR 2005 285.

1858 TC VS du 6.7.1998, RVJ 2000 177, c. 3b/bb.

1859 Ch. rec. VD du 22.2.2008, JAR 2009 642, c. 4d ; DUNAND (2006), 30 s. ; SUBILIA/DUC, N 44 ad art. 328 CO ; WYLER (2008), 326 s.

1860 TF du 9.7.2007, 4A_128/2007, c. 2.4, JAR 2008 223 ; TF du 13.10.2004, 4C.343/2003, c. 4, JAR 2005 285.

1861 Comp. TF du 27.5.2009, 1C_418/2008, c. 2.2.4 : « les déclarations de témoins indirects tels qu'un médecin de famille ou un expert peuvent même être suffisantes pour prouver l'existence d'un harcèlement » ; comp. en matière de harcèlement sexuel, TF du 19.12.2006, 4P.214/2006, c. 2.2, DTA 2007 28. Sur la question du témoignage par ouï-dire, voir supra N 629. Cf. également infra N 693 en matière de preuve du harcèlement sexuel.

entre les parties[1862] ou avec des tiers. Une expertise peut encore être mise en œuvre, afin de déterminer si l'état de fait est de nature ou non à constituer un cas de mobbing[1863].

6. La preuve du harcèlement sexuel

692 L'allègement du fardeau de la preuve de l'art. 6 LEg ne concerne pas le harcèlement sexuel. Par conséquent, il revient à la partie qui l'invoque de le prouver (art. 8 CC)[1864]. La preuve est cependant particulièrement difficile à apporter, les faits ayant lieu dans la plupart des cas à l'abri des regards. Le juge devrait dès lors pouvoir se contenter de la *haute vraisemblance*[1865], à l'instar de ce que retient le Tribunal fédéral en matière de preuve du congé abusif[1866] ou d'application par analogie de l'art. 42 al. 2 CO[1867]. La vraisemblance prépondérante suppose que le tribunal ne conçoive plus de doutes sérieux quant à l'existence d'un harcèlement sexuel ou que les doutes subsistants apparaissent faibles[1868]. Lorsque le harcèlement n'est pas le fait de l'employeur mais de l'un de ses collaborateurs (art. 5 al. 3 LEg, 328 CO), l'employé a encore la charge de la preuve de la connaissance par celui-là de l'existence du harcèlement[1869]. L'employeur peut de son côté apporter la preuve qu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour prévenir le harcèlement ou y mettre fin (art. 5 al. 3 LEg)[1870], sauf bien sûr s'il est lui-même l'auteur du harcèlement[1871].

Les mesures adéquates peuvent consister en l'introduction dans le règlement d'entreprise de la menace de résilier le contrat de travail de tout employé se rendant coupable d'un comportement constitutif de harcèlement sexuel[1872], la désignation de personnes de contact chargées de résoudre les cas de harcèlement[1873] ou encore le déplacement de l'une des

---

1862 TF du 13.10.2004, 4C.343/2003, c. 3.2, JAR 2005 285 : en l'espèce, le mobbing avait pu être prouvé par le biais de notes écrites de la main de l'employeur qui utilisait un style autoritaire et dur, ainsi qu'inutilement rabaissant et vexatoire.

1863 TF du 21.2.2006, 4P.329/2005, c. 3, JAR 2007 184 ; TAF du 24.6.2009, A-4685/2007, c. 7.

1864 STREIFF/VON KAENEL, N 9 ad art. 328 CO ; WYLER (2008), 319.

1865 COSSALI SAUVAIN (FJS), 12 ; plus restrictives : VÖGELI, 123, et WISSMANN LUKESCH, 1426, qui retiennent « eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit » ; sur cette notion, voir supra n. 1519.

1866 Voir supra N 682 ss.

1867 Voir à ce propos ATF 128 III 271, c. 2b/aa, JdT 2003 I 606, ainsi que supra N 606.

1868 Sur la notion de vraisemblance prépondérante, voir ATF 130 III 321, c. 3.2, JdT 2005 I 618, ainsi que supra N 578.

1869 WYLER (2008), 319 et 715 s.

1870 ATF 126 III 395, c. 7b/cc ; TF du 5.2.2007, 4C.289/2006, c. 4.1, DTA 2008 115.

1871 TF du 17.1.2008, 4A_330/2007, c. 4.3, JAR 2009 167.

1872 BAUMGARTNER (2003), 1434 ; BIGLER-EGGENBERGER (in BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN), N 38 ad art. 5 LEg.

1873 COSSALI SAUVAIN (FJS), 7 ; DECOPPET, 21.

parties en conflit à un autre poste de travail pour les éloigner l'une de l'autre[1874], voire même le licenciement immédiat de l'auteur du harcèlement dans les cas les plus graves[1875].

693 Parmi les moyens de preuve dont dispose la personne harcelée sexuellement figure l'audition de témoins, par exemple de collègues ayant assisté aux gestes déplacés ou aux remarques sexistes. Les témoins directs font cependant souvent défaut. Par conséquent, le témoignage par ouï-dire devrait être admis, même s'il est en principe exclu par le Code (art. 169 CPC)[1876]. La preuve peut également être établie par titres, par exemple par le biais d'un certificat médical attestant d'une incapacité de travail consécutive au harcèlement sexuel invoqué[1877], d'e-mails[1878] ou de sms/mms comportant des images ou des termes à caractère sexuel. Dans les cas les plus graves, le jugement pénal condamnant l'auteur du harcèlement pour un crime lié à l'intégrité sexuelle de la victime, et, dans ce cadre, les résultats d'une éventuelle expertise médicale, peuvent encore être produits au tribunal.

7. La preuve de la discrimination salariale

694 L'art. 6 LEg instaure un allègement du fardeau de la preuve de l'existence d'une discrimination entre femmes et hommes dans la rémunération, c'est-à-dire qu'il suffit à la partie qui s'en prévaut de la rendre vraisemblable[1879]. Lorsque la discrimination est rendue vraisemblable, il appartient alors à l'employeur de prouver soit l'absence de discrimination, soit que la différence de salaires est fondée sur des motifs objectifs[1880]. L'art. 6 LEg s'inscrit dans le cadre de la mise en œuvre, sur le plan législatif, de l'égalité salariale garantie par l'art. 8 al. 3, 3ème phrase, Cst.[1881].

695 Dans la majorité des cas, l'existence d'une discrimination salariale ne peut pas être établie sans la mise sur pied d'une expertise[1882]. Vu l'application de la maxime inquisitoire sociale en matière de litiges relevant de la LEg (art. 247 al. 2 lit. a CPC)[1883], le tribunal a même le devoir d'ordonner la mise en œuvre d'une expertise, à moins que l'existence de la discrimination soit manifeste, qu'elle puisse être prouvée par un autre moyen de preuve, ou encore que le juge

---

1874 RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 51 ad art. 5 LEg.
1875 COSSALI SAUVAIN (FJS), 7 ; DECOPPET, 21.
1876 Voir sur cette question supra N 629. Voir également, en matière de preuve du mobbing, supra N 691.
1877 WISSMANN LUKESCH, 1427.
1878 Voir par exemple TF du 29.6.2009, 4A_251/2009, c. 1.1 : envoi par un collaborateur à l'une de ses collègues d'une photo reproduisant son sexe en érection.
1879 Cf. supra N 611 ss.
1880 Cf. supra N 614.
1881 BIGLER-EGGENBERGER (in EHRENZELLER ET AL.), N 95 ad art. 8 Cst.
1882 AUBRY GIRARDIN (2005), 1070 ; STEIGER-SACKMANN (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 78 ad art. 6 LEg.
1883 Cf. supra N 272 ss.

dispose lui-même des connaissances scientifiques nécessaires pour l'établir[1884]. Le tribunal devrait également pouvoir la refuser en cas de témérité vraisemblable de la part du travailleur ou lorsque l'expertise ne porte que sur un point mineur[1885]. Si le refus par le juge d'ordonner la mise en œuvre d'une expertise n'est pas justifié par l'une des exceptions citées, il peut être attaqué en tant que violation du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst. et 53 CPC)[1886]. Dans tous les cas, lorsque l'employé(e) est assisté(e) d'un mandataire professionnel, la maxime inquisitoire sociale s'applique avec retenue et le tribunal ne peut pas d'office ordonner la mise en œuvre d'une expertise, qui doit être invoquée par la partie[1887].

696 Le rôle tenu par l'expert ne peut concerner que des questions de fait et non de droit[1888]. Ainsi, il appartient à l'expert de déterminer la présence ou l'étendue de différences salariales, les caractéristiques des activités prises en compte, la possibilité ou non de les comparer entre elles, les critères de fixation des salaires ou encore la classification des différents postes dans le système de rémunération. En revanche, il revient au tribunal de déterminer si le système de fixation des salaires est discriminatoire, notamment si les diversités de l'activité exercée par chacune des parties sont suffisamment importantes pour justifier une différence de traitement.

697 Hormis l'expertise, d'autres modes de preuve sont encore envisageables, comme l'audition de témoins, la production de titres, tels que les contrats de travail des différents employés, leurs fiches de salaires, leur cahier des charges[1889] ou encore un préavis fourni par un Bureau cantonal ou le Bureau fédéral de l'égalité[1890]. Ces préavis ne concernent toutefois que des appréciations juridiques de l'affaire et ne portent pas sur l'état de fait du dossier[1891]. Dans tous les cas, le tribunal apprécie librement les preuves qui ont été apportées (art. 157 CPC) et n'est pas plus lié par les résultats de l'expertise mise en œuvre ou du préavis fourni par le Bureau de l'égalité[1892] que par un autre moyen de preuve.

Ainsi, le tribunal peut retenir que les activités des employés concernés sont comparables alors même que l'expert arrivait à une solution inverse, si le fait a été prouvé par le biais d'autres moyens de preuve convergents[1893].

1884 ATF 133 III 545, c. 4.2 ; TF du 16.11.2007, 4A_249/2007, c. 2.1, RSPC 2008 259.

1885 ATF 117 Ia 262, c. 4b, JdT 1993 I 98 ; COSSALI SAUVAIN (1999), 87, et (FJS), 21 ; DECOPPET, 30.

1886 ATF 117 Ia 262, c. 4b, JdT 1993 I 98.

1887 Cf. supra N 291 s.

1888 ATF 130 III 145, c. 3.1.2 ; 125 II 541, c. 5d, RDAF 2000 I 623.

1889 STEIGER-SACKMANN (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 67 ad art. 6 LEg. Voir par exemple C. app. Prud. GE du 11.11.2009, CAPH/160/2009 (disponible sur www.leg.ch).

1890 Cf. supra N 650.

1891 JACCOTTET TISSOT, 1516.

1892 JACCOTTET TISSOT, 1516 : « le juge peut toujours s'écarter des préavis, compte tenu du résultat de la procédure probatoire en général, et des auditions de témoins en particulier ».

1893 ATF 130 III 145, c. 3.2.

§ 50 La preuve à futur

698 L'art. 158 al. 1 lit. b CPC permet au tribunal d'ordonner l'administration d'une preuve en tout temps, c'est-à-dire même avant la litispendance, si le requérant rend *vraisemblable* :

- la *mise en danger* de la preuve, par exemple du témoin dont les jours sont comptés ou qui va vraisemblablement partir à l'étranger, ou de pièces en possession de l'autre partie qui risque de les détruire[1894] ; ou,
- un *intérêt digne de protection*, par exemple celui de permettre d'évaluer « les chances d'obtenir gain de cause ou d'apporter une preuve » et d'« éviter des procès dénués de chances de succès »[1895].

Par exemple, le travailleur peut demander que la production des pièces comptables de l'employeur ou du décompte au sens des art. 322a et 322b CO soit ordonnée à titre de preuve à futur afin de pouvoir connaître le montant correspondant à la participation au résultat ou à la provision à laquelle il peut prétendre et de s'assurer des chances de succès de l'ouverture d'un procès au fond[1896].

Le travailleur peut aussi prétendre à l'obtention de certains documents en mains de l'employeur contenant des informations le concernant, tels que son contrat de travail, des documents en lien avec le motif de son licenciement, les décomptes de salaires ou d'heures supplémentaires, les procès-verbaux de séances ou d'entretiens, les comptes-rendus de tests effectués par l'employé, son dossier personnel, etc., s'il y a un risque que ceux-ci soient détruits ou que leur contenu soit divulgué à un tiers[1897].

699 Les dispositions sur les mesures provisionnelles sont applicables à la procédure de preuve à futur (art. 158 al. 2 CPC), en particulier les art. 252 ss CPC fixant l'application de la procédure sommaire, l'art. 13 CPC qui détermine les fors applicables[1898] ainsi que l'art. 253 CPC qui permet à la partie adverse de se déterminer au sujet de la preuve à futur[1899].

700 Lorsque la preuve à futur concerne la production de pièces en mains de la partie adverse, telles que les documents comptables de l'employeur, le demandeur peut également procéder par le biais d'une action échelonnée[1900]. Cette solution peut

---

1894 BSK ZPO-GUYAN, N 3 s. ad art. 158 CPC ; FELLMANN (2010), 101 ; GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 158 CPC ; Message CPC, 6925 ad art. 155 P-CPC.

1895 FELLMANN (2010), 102 s. ; MEIER (Unbezifferte), 34 s. ; Message CPC, 6925 ad art. 155 P-CPC ; PASSADELIS (in BAKER & MCKENZIE), N 6 ad art. 158 CPC.

1896 Comp. TC FR du 27.8.1984, RFJ 1984 35, c. 6. La prétention peut également prendre la forme d'une requête de mesures provisionnelles, voir supra N 465, ou encore d'une action échelonnée, voir supra N 406 et infra N 700.

1897 Comp. CHERPILLOD, 166.

1898 BSK ZPO-GUYAN, N 8 ad art. 158 CPC ; CHERPILLOD, 165 ; FELLMANN (2010), 106 ; GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 13 CPC et N 6 ad art. 158 CPC ; Message CPC, 6879 ad art. 12 P-CPC.

1899 FELLMANN (2010), 104 s., et (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 26 ad art. 158 CPC ; GASSER/RICKLI, N 6 ad art. 158 CPC ; Message CPC, 6925 ad art. 155 P-CPC.

1900 Cf. supra N 406.

être avantageuse si la procédure simplifiée est applicable, vu l'absence de contraintes d'ordre formel en la matière ainsi que la célérité de la procédure. En revanche, si les prétentions principales sont soumises à la procédure ordinaire, une requête de preuve à futur présente l'avantage de l'application de la procédure sommaire, de sorte que le demandeur pourra le cas échéant prendre connaissance des documents en question plus rapidement.

B. Dans les conflits collectifs de travail

701 Répondant tous deux à la notion de « litige relevant du droit du travail »[1901], les conflits individuels et collectifs sont soumis aux mêmes règles de procédure, de sorte que les chapitres qui suivent ne concernent que les questions spécifiques liées aux conflits collectifs. Pour le surplus, le lecteur est renvoyé aux chapitres V à XVII. Quant à la notion même de conflit collectif de travail, elle a été définie dans la première partie[1902].

Chapitre XVIII : Les règles de compétence

§ 51 La compétence à raison du lieu

702 A l'instar des conflits individuels de travail, les fors applicables aux conflits collectifs sont ceux de l'art. 34 CPC. La disposition indique en effet dans son titre marginal « droit du travail » et vise par conséquent tous les litiges s'y rapportant, qu'il s'agisse de conflits individuels ou collectifs[1903]. Même si, dans la majorité des cas, le conflit collectif oppose des organisations entre elles ou avec un employeur, partant que les seuls fors applicables sont ceux du domicile ou du siège du défendeur (art. 34 al. 1 *i.i.* CPC) voire de son établissement ou de sa succursale[1904], et qu'ils se recoupent avec les fors généraux des art. 10 et 12 CPC, il n'est pas exclu qu'un employé soit partie à un conflit collectif, seul[1905] ou en tant que consort[1906], et que le for se trouve au « lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle » (art. 34 al. 1 CPC). Le fait qu'un tel for soit exclu lorsqu'un employé n'est pas partie à la procédure ne permet pas en soi d'écarter l'application de l'art. 34 CPC aux conflits collectifs, ce d'autant

---

1901 Cf. supra N 13.

1902 Cf. supra N 10 s.

1903 Comp. GestG-ZK-GROSS, N 58 s. ad art. 24 LFors. *Contra* : DONZALLAZ (Com-LFors), N 17 ad art. 24 LFors ; HÄBERLI (in ANDERMATT ET AL.), N 64 ad art. 357b CO, et (2007), 60 ; HRISTIC, 121 ; STREIFF/VON KAENEL, N 3 ad art. 260e CO. Ces auteurs excluent l'application du for spécial de droit du travail au profit du for général du lieu du siège du défendeur, au motif que le premier concerne uniquement les litiges portant sur les conflits individuels de travail vu le for du lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle.

1904 Cf. supra N 84.

1905 Voir par exemple infra N 719.

1906 Voir, pour un cas de consorité entre un travailleur et une association professionnelle, le dernier exemple présenté supra au N 318 ainsi qu'infra N 749. S'agissant de l'attraction de compétence en cas de consorité active, voir supra N 114.

plus que ce for ne trouve pas non plus toujours à s'appliquer dans les litiges individuels, lorsque le travailleur change sans arrêt de lieu de travail[1907].

703 Bien que les fors de l'art. 34 CPC concernent également les conflits auxquels les organisations professionnelles sont parties, tel n'est pas le cas de leur caractère partiellement impératif déduit de l'art. 35 al. 1 lit. d CPC[1908]. En effet, cette disposition utilise expressément les termes de « demandeurs d'emploi » et de « travailleurs », de sorte que seules ces catégories de personnes sont visées.

§ 52 La compétence à raison de la matière

704 Dans les cantons qui connaissent des tribunaux spécialisés[1909], ceux-ci sont matériellement compétents pour traiter des conflits collectifs de travail pour autant que la loi d'organisation judiciaire cantonale n'en dispose pas autrement[1910]. La compétence des tribunaux spécialisés peut également être limitée à hauteur d'une certaine valeur litigieuse[1911].

705 Lorsque la prétention vise au paiement d'un certain montant ou qu'elle est appréciable en argent, la compétence matérielle est fixée selon la valeur litigieuse de l'affaire[1912]. En revanche, lorsque l'action est de nature non pécuniaire, la compétence du tribunal se détermine en fonction de la nature du litige uniquement.

Le Tribunal fédéral retient par exemple que l'action d'un syndicat à l'encontre d'associations d'employeurs en constatation de son droit d'adhésion à une CCT n'est pas de nature pécuniaire, dès lors que ledit syndicat n'en retire aucun avantage économique[1913].

§ 53 Arbitrage et Office fédéral ou cantonal de conciliation

1. L'arbitrage

706 Il est relativement fréquent que les conventions collectives de travail contiennent une clause d'arbitrage applicable en cas de litige entre les partenaires sociaux[1914].

1907 Cf. supra N 92.
1908 BSK ZPO-KAISER JOB, N 3 ad art. 35 CPC ; GestG-BK-WALTHER, N 2 ad art. 21 LFors.
1909 Cf. supra N 43.
1910 HÄBERLI (in ANDERMATT ET AL.), N 66 ad art. 357b CO ; supra N 12.
1911 Cf. supra N 125.
1912 HÄBERLI (in ANDERMATT ET AL.), N 68 s. ad art. 357b CO. Voir, s'agissant de la détermination de la valeur litigieuse, supra N 149 ss.
1913 ATF 113 II 37, c. 2, JdT 1987 I 471.
1914 L'art. 3 al. 1 LJT VD réserve d'ailleurs expressément la possibilité de déroger à la compétence des tribunaux de prud'hommes en cas de clause compromissoire contenue dans une convention collective de travail. Voir également § 8 lit. b EG ZPO AG.

Selon l'art. 4.3 de la CCT pour la branche suisse de la carrosserie, « les divergences d'opinion survenant entre les parties contractantes pendant la période de validité de la présente CCT sont réglées, le cas échéant, par les commissions professionnelles (CPP), la commission paritaire nationale (CPN) ou le tribunal arbitral ». Aux termes de l'art. 10.6, « le tribunal arbitral juge des litiges en vertu des dispositions figurant à l'art. 8 al. 3 et à l'art. 9 CCT, à savoir : a) interprétation de la CCT et de ses dispositions complémentaires ; b) évaluation de litiges pour autant qu'aucun accord n'ait été trouvé au préalable au sein de la commission paritaire nationale (CPN) ou entre les parties contractantes ; c) organe de recours en cas de divergences d'opinion selon l'article 11 CCT ».

707 Rien n'empêche cependant la partie qui se voit attraite devant un tribunal ordinaire d'accepter la compétence de celui-ci, de manière expresse ou tacite (art. 61 lit. a CPC). A l'inverse, la partie qui entend contester la validité d'une clause d'arbitrage, partant la compétence du tribunal arbitral, doit soulever le moyen avant de procéder sur le fond, sous peine de se voir opposer une acceptation tacite (art. 359 al. 2 CPC).

708 Le caractère impératif reconnu à certaines dispositions d'une CCT (art. 357 CO) implique que les parties ne peuvent renoncer à l'application de ces règles, autrement dit que les domaines concernés échappent à leur libre disposition. Les litiges qui en découlent ne sauraient ainsi tomber valablement sous le coup d'une convention d'arbitrage (art. 354 CPC)[1915].

Par exemple, la prétention d'un syndicat visant à faire constater l'assujettissement d'un employeur à une CCT n'est pas arbitrable, faute pour le litige d'être à la libre disposition des parties vu le caractère impératif des dispositions de la CCT qui sont concernées[1916]. En revanche, le litige portant sur le paiement d'une peine conventionnelle ou de dommages-intérêts[1917] peut être porté devant un tribunal arbitral, vu la possibilité pour les parties de renoncer à une telle prétention[1918].

709 Le tribunal arbitral doit être composé de façon à offrir des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité (art. 14 par. 1 Pacte ONU II, 6 par. 1 CEDH, 30 al. 1 Cst.). Ainsi, un tribunal qui fait également fonction d'organe d'une association partie à la procédure ne répond pas à ce critère et ses décisions doivent être considérées comme des manifestations de volonté et non comme des sentences arbitrales[1919]. Par conséquent, il convient dans chaque cas de déterminer si la composition du tribunal arbitral bénéficie d'un degré d'indépendance suffisant[1920], au vu notamment de l'influence éventuelle d'une partie sur sa composition[1921]. En effet, si un tribunal arbitral est composé de membres désignés par les deux associations signataires de la convention collective, il offre les garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité

[1915] Comp. HÄBERLI, 47. Sur cette question, voir supra N 254.
[1916] HÄBERLI (in ANDERMATT ET AL.), N 67 ad art. 357b CO.
[1917] Cf. infra N 715 s.
[1918] HÄBERLI (in ANDERMATT ET AL.), N 67 ad art. 357b CO.
[1919] ATF 125 I 389, c. 4a, SJ 2000 I 71.
[1920] ATF 125 I 389, c. 4b, SJ 2000 I 71.
[1921] ATF 129 III 445, c. 3.3.3.2 ; 107 Ia 155, c. 3b.

lorsqu'il est amené à trancher des prétentions divisant les deux associations en question, mais non dans les cas où le litige oppose un membre de l'une de ces associations à un tiers, non partie à l'association adverse[1922].

L'art. 49 de la CCT romande du second œuvre 2007-2010 offre par exemple des garanties suffisantes d'impartialité en prévoyant ce qui suit : « Dans les trois mois qui suivent la signature de la présente convention, la Commission professionnelle paritaire romande met sur pied un tribunal arbitral romand et désigne le canton où il aura son siège » (ch. 1) ; « Le tribunal arbitral romand est composé d'un président, choisi en la personne d'un juriste et de quatre membres, dont deux proposés par les associations patronales et deux proposés par les syndicats. En cas de désaccord quant au choix du président, celui-ci sera désigné par le président de la Cour civile du Tribunal du canton où siège le Tribunal arbitral » (ch. 3).

2. L'Office fédéral ou cantonal de conciliation

a. La loi fédérale

710 Lorsqu'un conflit qui oppose des travailleurs et des employeurs déborde les limites d'un canton, un Office fédéral de conciliation peut être institué par le Département fédéral de l'économie publique qui en a reçu l'autorisation du Conseil fédéral (art. 1 al. 1 de la loi fédérale du 12 février 1949 concernant l'Office fédéral de conciliation en matière de conflits collectifs du travail, RS 821.42). Le conflit déborde les limites d'un canton lorsque les entreprises ou succursales qu'il affecte sont situées dans plus d'un canton (art. 1 al. 3 du règlement d'exécution du 2 septembre 1949 de la loi concernant l'Office fédéral de conciliation en matière de conflits collectifs du travail, RS 821.421). Un office cantonal de conciliation peut être chargé de s'occuper du litige si celui-ci n'a qu'une importance régionale (art. 1 al. 2 de la loi). L'office n'intervient que sur requête expresse de l'une ou l'autre des parties, après que les négociations directes entre elles ont échoué et pour peu que la convention collective ne prévoie pas déjà un organe paritaire de conciliation ou un tribunal arbitral (al. 3)[1923]. Une fois l'office institué et pendant les 45 jours suivants, ou plus si ce délai est prolongé par l'office, les parties sont tenues de maintenir la paix sociale (art. 6 de la loi), en particulier elles sont interdites de mettre en place une grève. L'office tente d'amener les parties à un accord et établit à cette fin une proposition d'arrangement (art. 4 de la loi et art. 11 du règlement d'exécution). Il peut également, avec l'approbation des parties[1924], rendre une sentence arbitrale obligatoire (art. 5 al. 1 de la loi).

[1922] ATF 107 Ia 155, c. 3.
[1923] Sur la procédure à suivre pour le dépôt d'une requête, cf. art. 5 du règlement d'exécution.
[1924] Celle-ci peut relever d'une clause contenue dans la convention collective, comp. ATF 107 Ia 152, c. 2, JdT 1982 I 364.

b. Les lois cantonales

711 Selon l'art. 30 al. 1 de la loi fédérale du 18 juin 1914 sur le travail dans les fabriques (RS 821.41), les cantons sont tenus d'instituer des offices de conciliation permanents en vue de régler à l'amiable les différends d'ordre collectif entre fabricants et ouvriers sur les conditions du travail et sur l'interprétation et l'exécution de contrats collectifs ou de contrats-types. Les cantons ont mis en œuvre cette obligation dans leur législation interne[1925].

712 L'office cantonal de conciliation peut intervenir d'office ou sur requête d'une autorité ou d'une partie[1926]. Il peut également fonctionner en tant que tribunal arbitral, avec l'accord des parties[1927]. Dans tous les cas, la procédure est gratuite[1928]. Enfin, le maintien de la paix sociale est généralement exigé pendant la procédure de conciliation[1929].

[1925] Voir par exemple les lois suivantes dans les cantons romands : loi fribourgeoise du 30 septembre 1988 instituant un Office de conciliation en matière de conflits collectifs de travail (RS FR 862.2) ; loi vaudoise du 28 octobre 2003 sur la prévention et le règlement des conflits collectifs (RS VD 821.01) ; art. 35 à 41 de la loi cantonale valaisanne du 16 novembre 1966 sur le travail (RS VS 822.1) ; règlement neuchâtelois du 31 août 2009 concernant l'office cantonal de conciliation en matière de conflits collectifs du travail (RS NE 810.40) ; loi genevoise du 29 avril 1999 concernant la Chambre des relations collectives de travail (RS GE J 1 15) ; loi jurassienne du 9 novembre 1978 concernant la Chambre cantonale de conciliation (RS JU 824.21).

[1926] Art. 31 al. 1 loi fédérale sur le travail dans les fabriques, mais aussi : art. 3 al. 1 et 2 loi FR ; art. 11 loi VD ; art. 36 al. 1 loi VS ; art. 19 al. 1 règlement NE ; 8 al. 1 loi GE ; art. 1 al. 3 loi JU.

[1927] Art. 34 loi fédérale sur le travail dans les fabriques. Voir notamment art. 9 ss loi FR ; art. 25 ss loi VD ; art. 37 lit. c loi VS ; art. 2 al. 1 et 8 al. 2 et 26 ss règlement NE ; art. 10 loi GE ; art. 1 al. 2 et 22 loi JU.

[1928] Art. 31 al. 3 loi sur le travail dans les fabriques ainsi que : art. 5 al. 1 loi FR ; art. 24 loi VD ; art. 41 al. 1 loi VS ; art. 38 règlement NE ; art. 14 loi GE ; art. 21 loi JU. Les cantons de Fribourg, Neuchâtel et Genève réservent cependant les cas de témérité.

[1929] Voir par exemple art. 11-12 loi FR ; art. 32-33 loi VD ; art. 40 loi VS ; art. 35 règlement NE ; art. 20 loi JU.

Chapitre XIX :
La récusation

713 Les règles sur la récusation d'un membre du tribunal ont déjà été exposées en matière de conflits individuels de travail[1930] et s'appliquent *mutatis mutandis* aux conflits collectifs. Un cas particulier mérite néanmoins d'être relevé, celui de la récusation du juge, greffier ou expert dans une cause dans laquelle l'une des parties est l'association professionnelle ou la commission paritaire à laquelle il appartient[1931]. La récusation de celui-ci doit en effet être admise vu son manque d'impartialité évident, la qualité de membre « neutre » au sein de l'autorité appelée à statuer n'étant pas conciliable avec la défense des intérêts de l'organisation dont il fait partie.

[1930] Cf. supra N 133 ss.
[1931] Comp. TF du 26.2.2001, 4P.261/2000, c. 3b/bb, DTA 2001 47, ainsi que supra N 139.

Chapitre XX :
Les différentes actions

§ 54 Les prétentions et leur caractère pécuniaire

1. Le principe

714 L'action collective peut être constatatoire, formatrice ou condamnatoire[1932]. Lorsqu'elle tend à la constatation d'un droit, la question se pose de savoir si elle est de nature pécuniaire et, le cas échéant, comment sa valeur litigieuse doit être calculée.

2. Cas d'application

a. La prétention en paiement d'une peine conventionnelle

715 En cas de non-observation par un employeur ou un travailleur d'une disposition de la CCT relative à la conclusion, l'objet ou la fin du contrat, au paiement de cotisations à des institutions en lien avec les rapports de travail, à la représentation des travailleurs dans l'entreprise ou encore à la paix du travail, l'association professionnelle partie à la convention peut prétendre au paiement de la peine conventionnelle prévue dans la CCT (art. 357b al. 1 lit. c CO).

b. La prétention en paiement de dommages-intérêts

716 Un partenaire social peut émettre des prétentions en dommages-intérêts à l'encontre des autres partenaires avec lesquels a été négociée une CCT, lorsqu'il estime avoir subi un dommage. Par exemple, un syndicat qui, suite à une décision judiciaire, s'est vu contraint de renoncer à adhérer à une CCT à cause d'une disposition inconstitutionnelle inscrite dans celle-ci, peut prétendre au paiement de dommages-intérêts à l'encontre des autres partenaires avec lesquels les négociations de la CCT ont eu lieu, sur la base de l'art. 9 al. 1 LCD, au motif qu'il a perdu des membres du fait de la non-signature de la convention[1933].

[1932] Cf. supra N 384 ss.
[1933] ATF 121 III 168, c. 3b, JdT 1996 I 52.

c. La prétention visant à la mise en place d'un contrôle des salaires

717 La prétention peut viser à l'exécution d'un contrôle des salaires. Elle doit être considérée comme de nature pécuniaire puisqu'elle a pour but de sauvegarder les intérêts patrimoniaux des travailleurs concernés par la CCT et d'empêcher également la violation de celle-ci par d'autres outsiders (effet préventif)[1934]. La valeur litigieuse devrait être estimée en fonction des montants vraisemblablement visés par la violation des dispositions de la CCT. Ceux-ci doivent concerner tant les salaires échus que ceux qui devront être versés à l'avenir, étant donné l'effet préventif supposé également par la prétention[1935]. Ainsi, il convient d'additionner la différence prétendue entre le salaire de la CCT et celui effectivement versé par l'employeur et de multiplier le montant obtenu d'une part par le nombre d'employés touchés et d'autre part par le nombre de mois sur lesquels porte la période du contrôle réclamé, sans omettre de tenir compte de la période future durant laquelle la violation est susceptible de perdurer. A cet égard, il faut prendre en considération la date d'expiration de la CCT, cas échéant le prochain terme pour lequel elle peut être dénoncée.

d. La prétention en constatation de l'assujettissement à une CCT

718 Si la constatation de l'assujettissement de l'employeur à une CCT, fondée sur l'art. 357b CO, est réclamée, elle constitue une prétention de nature patrimoniale. Sa valeur litigieuse doit être calculée en fonction de l'intérêt de l'employeur à ne pas être assujetti à la CCT, c'est-à-dire du coût supplémentaire que l'application de celle-ci entraînerait pour l'entreprise, en particulier au regard des charges salariales relatives aux années précédentes dont le paiement pourrait être réclamé, mais aussi celles relatives aux années futures[1936].

e. La prétention en constatation du caractère illicite d'une clause de la CCT

719 Un travailleur ou un employeur peut agir à l'encontre des associations professionnelles parties à la convention collective applicable à la branche lorsque l'action vise à faire constater le caractère illicite (art. 20 CO) d'une ou de plusieurs clauses. La prétention est de nature pécuniaire lorsque l'illicéité prétendue porte sur une clause relative à la conclusion, au contenu ou à la fin des

[1934] ATF 118 II 528, c. 2c, JdT 1993 I 654 ; TF du 11.10.1995, JAR 1997 272, c. 1. Dans ces deux arrêts, le TF a retenu que la valeur litigieuse du recours en réforme était en tout cas atteinte.

[1935] TF du 28.6.2007, 4C.60/2007, c. 1.2.2 : en l'espèce, le TF a considéré que la valeur litigieuse de 24'000 francs retenue par la demanderesse n'était en tout cas pas trop élevée.

[1936] TF du 12.9.2008, 4A_283/2008, c. 2 (non publié à l'ATF 134 III 541), RSPC 2009 50 ; TF du 15.10.2007, 4A_280/2007, c. 2.1 ; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 2.4 ad art. 343 CO.

rapports de travail, puisqu'elle touche directement la situation économique des parties. Sa valeur litigieuse doit être calculée en fonction du dommage que l'employé ou l'employeur risque de subir du fait de l'application de la clause. En réalité, le montant correspond à celui des dommages-intérêts qui peuvent être réclamés à titre de réparation pour acte illicite (art. 41 ss CO), de sorte qu'une action en constat ne devrait en principe pas être admise, vu son caractère subsidiaire par rapport à l'action condamnatoire[1937]. Le Tribunal fédéral reconnaît néanmoins l'existence d'un intérêt digne de protection d'une action en constat parallèle à une action condamnatoire lorsque l'application de la clause illicite risque d'entraîner un dommage persistant pour la partie qui l'invoque (art. 28a al. 1 ch. 3 CC)[1938].

Ainsi, si une convention collective de travail impose à ses membres respectivement d'employer ou de prendre emploi auprès d'autres membres affiliés à la CCT uniquement, un travailleur non partie à la convention peut prétendre à la constatation du caractère illicite de la clause ainsi qu'au paiement de dommages-intérêts, au motif que celle-ci porte durablement atteinte à sa personnalité (art. 28 CC)[1939].

f. La prétention en constatation du respect ou du non-respect du contrat-type de travail

720 Aux termes de l'art. 360e CO, les associations d'employeurs ou de travailleurs peuvent réclamer en justice la constatation du respect ou du non-respect des salaires minimaux contenus dans le contrat-type de travail applicable à la branche. La prétention est de nature pécuniaire puisqu'elle entraîne des conséquences directes sur le montant des salaires des employés concernés. Elle devrait par conséquent être calculée en fonction des salaires vraisemblablement touchés par la différence de barème appliqué par l'employeur par rapport à celui du contrat-type, ainsi que de la période sur laquelle la violation a porté et risque encore de porter à l'avenir[1940].

[1937] Cf. supra N 426.
[1938] ATF 82 II 308, c. 6, JdT 1957 II 213. Comp. également supra N 427.
[1939] ATF 82 II 308, JdT 1957 II 213.
[1940] Comp. supra N 717 et les réf. en n. 1934 s.

Chapitre XXI :
Les parties au procès

§ 55 L'organisation professionnelle en tant que partie au procès

1. La capacité d'être partie et d'ester des organisations professionnelles

721 Toute personne partie à une procédure doit disposer de la capacité d'être partie et d'ester en justice. Il s'agit d'une condition relative à la recevabilité de la demande qui doit être vérifiée d'office par le tribunal[1941]. Lorsqu'une organisation professionnelle (patronale ou syndicale) est constituée en *association* (art. 60 ss CC), elle dispose de la personnalité juridique (art. 60 al. 1 CC), partant de la capacité d'être partie et d'ester, pour autant que ses statuts expriment la volonté d'être une entité juridique ayant un but déterminé, des ressources propres et une organisation (art. 60 CC)[1942] et que son but ne soit pas illicite ou contraire aux mœurs (art. 20 CO)[1943]. L'organisation peut également prendre la forme d'une fondation (art. 80 ss CC)[1944].

Le Tribunal fédéral a par exemple retenu le défaut de capacité d'ester, partant de qualité pour recourir, du « Groupement Fribourgeois des Maîtresses en Activités Créatrices Textiles et en Activités Créatrices Manuelles », faute pour celui-ci de disposer de la personnalité juridique[1945].

722 L'organisation professionnelle peut également prendre la forme d'une société coopérative (art. 828 ss CO). En pareil cas, elle possède la personnalité juridique uniquement si elle est inscrite au registre du commerce (art. 838 al. 1 CO). Lorsque seule une section du syndicat formé en société coopérative est attraite en justice, il faut qu'elle soit elle-même constituée en association, sans quoi elle ne dispose pas de la personnalité juridique[1946].

1941 Cf. supra N 208 ss.

1942 ATF 82 II 308, c. 8, JdT 1957 II 213.

1943 ATF 134 III 541, c. 4.2 ; 118 II 528, c. 1, JdT 1993 II 654. Sur le caractère illicite ou contraire aux mœurs, voir ATF 134 III 193, c. 4.3 ; 97 II 108, c. 4, JdT 1972 I 648.

1944 La fondation acquiert la personnalité juridique de par son inscription au registre du commerce, art. 52 al. 1 et 81 al. 2 CC. Voir également ATF 96 II 273, c. 2, JdT 1972 I 162.

1945 TF du 8.10.2002, 2A.253/2001, c. 1.1.

1946 ATF 82 II 308, c. 8, JdT 1957 II 213.

2. La qualité pour agir des organisations professionnelles

a. Les prétentions propres

723 La question de la qualité pour agir des associations professionnelles ne pose pas de problème lorsqu'elles entendent émettre des prétentions qui leur sont propres[1947], telles que la réclamation de dommages-intérêts pour *culpa in contrahendo*[1948] ou le paiement de la peine conventionnelle pour violation de la CCT ou des frais relatifs à la mise sur pied d'une procédure de contrôle des salaires (art. 357b al. 1 lit. c CO et, p. ex., art. 79 al. 2 et 3 de la CCNT du secteur principal de la construction en Suisse 2008-2010)[1949].

Aux termes de l'art. 16.3 de la CCT pour la branche suisse de la carrosserie, « les parties contractantes s'engagent à ne conclure aucune autre convention collective de travail différente ou identique avec d'autres organisations d'employeurs et de travailleurs dans la branche de la carrosserie ». Si l'une des parties entame des négociations avec d'autres organisations ou qu'elle conclut une nouvelle convention, les parties liées à la première CCT disposent d'une action respectivement en mesures provisionnelles visant à faire interdire la conclusion d'une nouvelle convention sous peine de la peine prévue à l'art. 292 CP (art. 261 al. 1 et 262 lit. a CPC) ou en dommages-intérêts pour violation de la clause.

Un syndicat minoritaire a aussi la qualité pour agir en constatation de son droit à adhérer à une convention collective conclue entre deux entreprises et deux autres syndicats[1950].

724 Une association professionnelle peut également se prévaloir de l'art. 28 CC lorsqu'elle est victime d'une atteinte à sa personnalité[1951]. L'action peut viser l'interdiction, la cessation ou la constatation du trouble (art. 28a CC).

Par exemple, le syndicat qui se voit refuser de participer à la négociation d'une convention collective ou d'y adhérer ou qui ne peut y adhérer que moyennant l'admission d'une clause anticonstitutionnelle dispose d'une action envers les autres associations professionnelles contractantes[1952].

725 Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte de savoir si un syndicat dispose d'un droit propre fondé sur l'art. 28 CC à faire constater la violation d'une CCT, au détriment de l'un de ses membres, par un employeur membre d'une organisation patronale contractante qui n'est pas lui-même partie à la CCT[1953]. A notre avis, l'action doit être admise, dans la mesure où il convient d'ouvrir le plus largement possible la voie aux actions d'organisations tendant à faire

[1947] Message CPC, 6902 ad art. 87 P-CPC.
[1948] Cf. supra N 716.
[1949] HÄBERLI, 42. Voir notamment TF du 25.3.2010, 4A_535/2009, RSPC 2010 290 ; OGer LU du 2.12.2003, LGVE 2004 I 57 N 25, c. 5.
[1950] ATF 113 II 37, JdT 1987 I 471.
[1951] ATF 121 III 168, c. 3 et 4, JdT 1996 I 52 ; TF du 12.7.2010, 4A_248/2010, c. 4.1.
[1952] ATF 121 III 168, c. 3a/aa-bb, JdT 1996 I 52.
[1953] ATF 125 III 82, c. 2, JAR 2000 396.

respecter les dispositions d'une CCT, afin de protéger le travailleur, partie faible au contrat, mais aussi de lui éviter le fardeau d'un procès[1954].

b. Les prétentions visant un intérêt collectif

726 L'action d'une organisation professionnelle peut viser un intérêt collectif[1955], c'est-à-dire celui d'une pluralité de travailleurs ou d'employeurs. Les actions collectives doivent être encouragées dans un souci d'économie de procédure, puisqu'elles permettent de réunir en un seul procès des prétentions qui pourraient être introduites de manière individuelle et éviter ainsi l'ouverture d'un nombre important de procédures devant des tribunaux différents[1956]. Elles présentent également l'avantage de décharger les parties, en particulier les travailleurs, du fardeau d'un procès[1957], puisqu'elles amènent souvent les employeurs à rétablir une situation conforme au droit. A défaut, il appartient aux employés de réclamer eux-mêmes l'exécution des prestations dont ils sont titulaires ; ceux-ci peuvent le cas échéant demander que la procédure individuelle soit suspendue jusqu'à droit connu dans le procès collectif[1958].

ba. Le droit d'action déduit de l'art. 89 CPC

727 Lorsqu'une organisation de travailleurs ou d'employeurs ne fait pas valoir des prétentions dont elle est titulaire en son nom propre mais entend défendre un

---

1954 HÄBERLI, 57, ne l'admet que si elle émane de l'ensemble des parties signataires de la CCT ou d'un représentant commun.

1955 JEANDIN (2003), 107, définit l'intérêt collectif comme un « contexte faisant intervenir de façon prédominante des considérations de principes au détriment de circonstances personnelles » ; selon STEINAUER, 509, « la défense d'un intérêt collectif devrait surtout être comprise en ce sens qu'il faut éviter qu'un membre d'une association ne puisse, par le biais d'une action ouverte par l'association faire trancher par le juge un litige purement personnel ».

1956 Voir à ce propos les interventions du conseiller aux Etats BONHÔTE, BO CE 2007 E 509 s. et des conseillers nationaux FLURI et VON GRAFFENRIED, BO CN 2008 N 650 ad art. 87 P-CPC. Voir également Rapport explicatif, 45 ad art. 79 AP-CPC.

1957 Rapport explicatif, 45 ad art. 79 AP-CPC : « Les valeurs litigieuses, très basses si elles sont prises individuellement, ainsi que l'inexpérience et la faiblesse financière des demandeurs potentiels (locataires, travailleurs, consommateurs notamment) sont aussi des facteurs dissuadant les personnes concernées à demander la réalisation de leurs droits » ; JACQUEMOUD-ROSSARI, 112 ; STEINAUER, 503 : « l'action de l'association permet de rétablir une certaine égalité des armes » au vu de la différence de moyens financiers existant parfois entre les parties, en particulier en cas de présence au procès d'une partie dite faible.

1958 Cf. supra N 550.

intérêt collectif, l'art. 89 al. 1 et 2 CPC lui reconnaît la qualité pour agir aux conditions cumulatives suivantes[1959] :

- l'organisation est d'importance *nationale ou régionale* ; autrement dit, elle doit jouir d'une certaine représentativité ; par exemple, il ne peut pas s'agir d'une association *ad hoc* constituée uniquement afin de mener le procès, ni d'une association de quartier[1960] ;
- l'association est habilitée par ses *statuts* à sauvegarder les *intérêts* de ses membres ; peu importe en revanche que l'action concerne ses membres directement ou d'autres personnes[1961] ;

  Par exemple, les statuts du syndicat UNIA (édition mars 2009) prévoient à leur art. 3 ch. 1 : « Unia représente et encourage les intérêts des travailleuses et travailleurs dans les domaines sociaux, économiques, politiques, professionnels et culturels. Il s'engage pour l'égalité effective entre les femmes et les hommes, notamment en ce qui concerne le travail, le salaire, la formation, la famille et la société ».
- les prétentions visent à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé ; autrement dit, une association syndicale ou patronale doit défendre tant les *intérêts de ses membres* que ceux de la *profession dans son ensemble*[1962] ; la prétention ne peut par conséquent porter sur la réparation d'une atteinte subie par un membre personnellement mais suppose que l'association s'oppose à un acte normatif, une décision défavorable ou un comportement individuel nuisible à la profession ;

  Le Tribunal fédéral a notamment reconnu que la prétention en condamnation de l'employeur à démonter ou mettre hors service les installations de surveillance vidéo fixées dans ses ateliers, fondée sur une atteinte à la personnalité des travailleurs, visait un intérêt collectif puisqu'elle touchait un cas susceptible de se reproduire dans d'autres entreprises[1963].

  Notre haute cour a en revanche considéré que l'action d'une association d'artisans boulangers-pâtissiers tendant à faire déterminer quelle convention collective ou quelle clause conventionnelle était applicable au personnel occupé à la vente dans les secteurs de la boulangerie, pâtisserie et confiserie en cas d'incapacité de travail de ce personnel ne visait pas un intérêt collectif puisque les prétentions concernaient

[1959] Le législateur a codifié la jurisprudence qui prévalait avant l'entrée en vigueur du CPC, cf. Message CPC, 6901 ad art. 87 P-CPC ainsi que les arrêts suivants : ATF 125 III 82, c. 1a, JAR 2000 396 ; 121 III 168, c. 4b, JdT 1996 I 52 ; 114 II 345, c. 3b ; TF du 23.9.2008, 4A_207/2008, c. 1.2.

[1960] Voir BONHÔTE, BO CE 2007 E 509 ad art. 87 P-CPC ; BSK ZPO-OBERHAMMER, N 13 ss ad art. 89 CPC ; GASSER/RICKLI, N 4 ad art. 89 CPC ; JACQUEMOUD-ROSSARI, 114 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 161 N 6.45 ; Message CPC, 6902 ad art. 87 P-CPC ; SCYBOZ, 17.

[1961] JACQUEMOUD-ROSSARI, 116 ; Message CPC, 6902 ad art. 87 P-CPC.

[1962] SCYBOZ, 17 : « l'organisation doit agir pour protéger la personnalité de la totalité des membres du groupe ».

[1963] ATF 114 II 345, c. 4d. Voir également l'intervention du conseiller aux Etats BONHÔTE, BO CE 2007 E 510 ad art. 87 P-CPC.

uniquement la résolution d'une « pure question théorique, en dehors de tout litige concret entre un employeur et un travailleur »[1964].

Le Tribunal fédéral a encore estimé qu'une association n'avait pas qualité pour agir en constatation de droit et en paiement envers deux employeurs qui avaient violé les dispositions de la CCT relatives à la durée hebdomadaire du travail, au treizième salaire et aux vacances, dans la mesure où l'action visait uniquement les intérêts des employés liés à la CCT et non l'ensemble des travailleurs de la profession[1965].

- l'action porte sur la *protection de la personnalité* des travailleurs ou des employeurs.

  Ainsi, une association peut prétendre à l'encontre d'autres associations syndicales et patronales parties à une CCT d'accorder aux salariés de la branche ne disposant pas de formation un salaire égal pour un travail de valeur égale, puisque les prescriptions discriminatoires sur le salaire minimum figurant dans la CCT portent atteinte à la personnalité des travailleurs non formés[1966].

728 L'action peut tendre à l'interdiction, la cessation ou la constatation de l'atteinte, selon que celle-ci est imminente, qu'elle dure encore ou qu'elle a pris fin (art. 89 al. 2 CPC). Même si, a priori, l'action en constatation est subsidiaire aux actions condamnatoires ou formatrices[1967], elle doit toujours être admise lorsque le dommage est susceptible de se reproduire à l'avenir dans des cas identiques ou semblables et qu'une décision de principe sur la question litigieuse paraît opportune[1968]. Dans tous les cas, une action en exécution de prestations ou en dommages-intérêts doit être intentée individuellement par le travailleur ou l'employeur qui en est titulaire[1969].

bb. Le droit d'action prévu dans des dispositions spéciales

729 L'art. 89 al. 3 CPC réserve les dispositions spéciales qui admettent de façon plus large ou, au contraire, plus restrictive l'action des organisations. Comme le relève JACQUEMOUD-ROSSARI, il aurait été souhaitable que le législateur modifie en conséquence les dispositions spéciales afin de les adapter au système de l'art. 89 al. 1 et 2 CPC, dans un souci d'uniformisation et d'égalité de traitement, les organisations agissant dans le cadre d'une loi spéciale ayant selon les cas un spectre d'actions moins étendu que celui offert par le Code[1970]. En

1964 TF du 23.9.2008, 4A_207/2008, c. 1.2.

1965 ATF 125 III 82, c. 1b et 4, JAR 2000 396. Il faut toutefois réserver une action fondée sur une disposition spéciale telle que les art. 357b CO ou 10 LCD, voir infra N 730 ss et 740 s.

1966 ATF 121 III 168, c. 4b, JdT 1996 I 52.

1967 Cf. supra N 426.

1968 Comp. ATF 82 II 308, c. 6, JdT 1957 II 213 ; voir aussi WYLER (2008), 638 s. Comp. également supra N 427.

1969 ATF 125 III 82, c. 1a ; 121 III 168, c. 4b, JdT 1996 I 52 ; 114 II 345, c. 3b ; TF du 12.7.2010, 4A_248/2010, c. 4 ; BOPP/BESSENICH (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 10 ad art. 89 CPC ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 162 N 6.48.

1970 JACQUEMOUD-ROSSARI, 117.

matière de conflits de travail, plusieurs lois spéciales octroient une qualité pour agir aux organisations et dérogent ainsi à l'art. 89 al. 1 et 2 CPC.

bba. Le Code des obligations

730 Aux termes de l'art. 357b al. 1 CO, les associations parties à une convention collective de travail peuvent convenir d'un droit d'exiger en commun le respect, par les employeurs et les travailleurs, des règles qu'elle contient en ce qui concerne la conclusion, l'objet et la fin des contrats individuels de travail (lit. a) ou le paiement des cotisations à des caisses de compensation ou à d'autres institutions concernant les rapports de travail, la représentation des travailleurs dans l'entreprise et le maintien de la paix du travail (lit. b)[1971]. Seule une action de nature constatatoire est admise lorsque les prétentions portent sur la conclusion, le contenu ou la fin des relations de travail (lit. a *i.f.*). Puisque cette action est expressément prévue par la loi, le demandeur ne doit pas démontrer un intérêt digne de protection[1972]. L'action en constatation a pour but d'amener l'employeur à régulariser la situation et d'éviter aux travailleurs concernés la conduite d'un procès[1973]. Si, malgré le jugement constatant la violation des dispositions de la CCT, l'employeur ne corrige pas son comportement, il appartient aux employés eux-mêmes d'agir en exécution des prestations qui leur sont dues. A cette fin, ils peuvent produire au tribunal la décision constatatoire rendue à l'occasion du procès collectif dirigé par les associations professionnelles[1974].

Les associations professionnelles peuvent par exemple agir en constatation de la violation par l'employeur des dispositions de la CCT sur les heures supplémentaires[1975] ou en exécution d'un contrôle des salaires[1976]. Elles peuvent encore agir en constatation de la soumission d'un employeur aux dispositions de la CCT applicable à la branche[1977].

731 Lorsque le litige porte sur la prétendue violation d'une CCT par un employeur ou un travailleur, se pose souvent à titre préjudiciel la question de l'applicabilité de la convention à leur encontre[1978]. Si le tribunal arrive à la conclusion que le

[1971] Voir par exemple : art. 75 de la Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse 2008-2010 ; art. 8.1 de la Convention collective de travail pour la branche suisse de la carrosserie ; art. 47 ch. 1 de la Convention collective de travail romande du second-œuvre 2007-2010.
[1972] ATF 123 III 176, c. 1 ; 111 II 358, c. 2, JdT 1986 I 492.
[1973] KGer ZH du 2.3.1998, JAR 1999 373, c. 5 ; WEHRLI, 60.
[1974] WEHRLI, 60 ; comp. également WYLER (2008), 644.
[1975] ATF 111 II 358, JdT 1986 I 492 : peu importe à cet égard que la créance en paiement desdites heures supplémentaires par l'employé soit prescrite, l'association professionnelle ayant un intérêt collectif à faire constater la violation par l'employeur (c. 4).
[1976] ATF 118 II 528, c. 2a, JdT 1993 I 654.
[1977] TF du 25.11.2009, 4A_377/2009.
[1978] Voir par exemple TF du 24.11.2004, 4P.194/2004, c. 2, JAR 2005 304.

défendeur n'y est pas soumis, les prétentions doivent être rejetées, faute de légitimation passive[1979].

732 Sauf clause contractuelle contraire, les règles de la société simple (art. 530 ss CO) s'appliquent entre les parties contractantes (art. 357b al. 3 CO). Les prétentions fondées sur l'art. 357b CO doivent par conséquent être réclamées en commun (art. 544 al. 1 CO) et les parties forment une *consorité nécessaire*[1980]. Dans la majorité des cas toutefois, la convention collective institue un organe spécial, le plus souvent une commission paritaire, chargé de faire respecter son application par les employeurs et les travailleurs[1981]. Une association a en outre toujours la possibilité d'introduire une action de manière autonome lorsque le non-respect de la CCT porte atteinte à la personnalité des travailleurs ou des employeurs (application de l'art. 89 CPC) ou lorsqu'elle peut se fonder sur une autre loi spéciale qui lui octroie la qualité pour agir, par exemple la LCD[1982].

733 En matière de contrat-type, l'art. 360e CO permet également aux associations représentant les employeurs ou les travailleurs d'agir en constatation du respect ou du non-respect du contrat-type de travail au sens de l'art. 360a CO. Cette action constitue un corollaire important à l'action individuelle des employés en exécution de la prestation, ceux-ci n'osant pas toujours agir contre leur employeur et invoquer la violation, de peur de perdre leur emploi[1983].

bbb. La Loi sur la participation

734 Aux termes de l'art. 15 al. 2 LPart, les associations d'employeurs et de travailleurs ont qualité pour agir en constatation d'une violation des droits et obligations prévus par la loi ou une réglementation contractuelle de participation. La violation peut ainsi découler d'un contrat individuel de travail, d'une convention collective, d'un contrat-type ou encore d'un règlement d'entreprise[1984]. Le demandeur n'a pas à démontrer un intérêt digne de protection à l'action, celle-ci étant expressément prévue par la LPart[1985].

Par exemple, un syndicat peut agir en constatation du non-respect par un employeur de la consultation de la représentation des travailleurs en cas de licenciement collectif (art. 10 lit. c LPart et le renvoi aux art. 335d à 335g CO)[1986].

1979 HÄBERLI (in ANDERMATT ET AL.), N 59 ad art. 357b CO.

1980 ATF 134 III 541, c. 4.2 ; KGer SG du 23.6.2008, SGK BZ-2008-21, c. II ; GULDENER (1979), 296 ; HÄBERLI (in ANDERMATT ET AL.), N 50 ad art. 357b CO, et (2007), 47 et 52 s. ; MANGOLD, 833 ; MÜLLER (1999), 142 ; STREIFF/VON KAENEL, N 5 *i.f.* ad art. 357b CO ; WEHRLI, 26 s. Sur la consorité nécessaire, cf. supra N 312 s.

1981 BK-STÖCKLI, N 13 ad art. 357b CO ; HÄBERLI, 53 ss ; STREIFF/VON KAENEL, N 5 *i.f.* ad art. 357b CO. Sur la qualité pour agir des commissions partitaires, voir infra N 747 s.

1982 Cf. infra N 741.

1983 PORTMANN (2001), 16 ; STREIFF/VON KAENEL, N 2 ad art. 360e CO.

1984 MANGOLD, 829 ; WYLER (2008), 640.

1985 ATF 123 III 176, c. 1, JdT 1998 I 14, JAR 1998 241. Voir également supra N 425.

1986 ATF 130 III 102, c. 1.2 ; 123 III 176, c. 1, JdT 1998 I 14, JAR 1998 241.

bbc. La Loi sur l'égalité

735 L'art. 7 LEg octroie la qualité pour agir aux organisations constituées depuis deux ans au moins et qui ont pour tâche statutaire la promotion de l'égalité entre les sexes ou la défense des travailleurs. Le délai de deux ans doit se calculer depuis la date d'introduction de la requête de conciliation, cas échéant de la demande, c'est-à-dire à la date de la litispendance (art. 62 al. 1 CPC)[1987]. L'organisation concernée n'est pas nécessairement professionnelle mais peut également consister en une organisation féminine ou masculine[1988]. Peu importe que le ou les personnes concernées par la discrimination soient ou non membres de l'association qui agit[1989]. En revanche, si elle a pour but statutaire de défendre les intérêts d'une branche professionnelle particulière, la qualité pour agir de l'organisation ne vaut que pour la branche en question[1990].

736 Seule une action en constatation de la discrimination est ouverte et l'issue de la cause doit toucher de manière vraisemblable un nombre considérable de rapports de travail (art. 7 LEg). Autrement dit, si l'action peut certes tendre à faire confirmer une discrimination à l'encontre d'un employé déterminé, elle doit néanmoins viser un intérêt général, la discrimination étant « érigée en question de principe »[1991]. Le juge doit déterminer dans le cas d'espèce si la condition du nombre considérable de rapports de travail vraisemblablement affectés est réalisée[1992]. Il appréciera à cet égard s'il est possible que d'autres employés puissent profiter de la décision rendue, immédiatement ou ultérieurement. Il suffit par conséquent que la question à trancher dépasse le pur intérêt personnel et vise un intérêt collectif[1993], peu importe que la discrimination ne concerne en l'état qu'un seul employé[1994]. Si l'action est le plus souvent dirigée à l'encontre d'un employeur dont le comportement est contraire à

1987 WYLER (2008), 641.

1988 Message LEg, 1217. Voir par exemple TPrud. Lausanne du 17.7.2002, TT02.005970 (disponible sur www.leg.ch) : action introduite par l'Association vaudoise pour les droits de la femme (ADF).

1989 Message LEg, 1217.

1990 Message LEg, 1217 s.

1991 Message LEg, 1218. Voir également C. app. Prud. GE du 23.9.1999, JAR 2000 360, c. 5 : « l'action intentée par le S.I.T. vise manifestement la défense d'un intérêt collectif, général, et n'est nullement focalisée sur un ou plusieurs cas individuels. Il s'agit alors de la défense des intérêts d'un groupe de travailleurs employés dans la branche d'activités considérée, dans le but de permettre une mise en œuvre optimale de l'égalité entre femmes et hommes » ; DECOPPET, 32 ; SUBILIA/DUC, N 7 ad art. 7 LEg.

1992 COSSALI SAUVAIN (1999), 81 s.

1993 NORDMANN, 323 ; WYLER (2008), 642.

1994 FREIVOGEL (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 30 ad art. 7 LEg ; TPrud. Lausanne du 17.7.2002, TT02.005970 (disponible sur www.leg.ch) : « en se saisissant d'une situation particulière (…), l'ADF [l'Association vaudoise pour les droits de la femme] défendait un intérêt collectif, susceptible en cas d'admission de l'action, de clarifier judiciairement une question de principe en matière d'égalité ».

l'égalité des sexes, elle peut également être intentée vis-à-vis des associations professionnelles signataires d'une CCT dont les dispositions violeraient l'égalité entre femmes et hommes[1995]. L'action peut viser tout type de discrimination prohibée au sens des art. 3 et 4 LEg[1996].

L'action en constat dirigée contre un employeur peut porter sur le fait que celui-ci n'emploie ou ne promeut jamais de femmes à certains postes, ne leur attribue jamais certaines tâches, ne les envoie pas en déplacement professionnel, ou leur interdit systématiquement de participer à des programmes de formation continue, à des congrès ou à toute expérience professionnelle à l'étranger[1997]. L'action peut également tendre à la constatation d'une discrimination à l'embauche ou dans la promotion, par exemple si le dossier d'une candidate est écarté pour le seul motif qu'elle est enceinte[1998] ou lorsqu'une entreprise favorise systématiquement l'un ou l'autre sexe lors de l'embauche, sans raisons objectives[1999].

737 L'action en constatation doit être précédée de la possibilité pour l'employeur de prendre position sur la discrimination prétendue (art. 7 al. 1, 2ème phrase, LEg). Si le texte ne mentionne que « l'employeur », il devrait concerner en réalité toute partie envers laquelle une demande en constat au sens de l'art. 7 LEg est introduite. La procédure de prise de position préalable, qui n'a pas besoin de revêtir la forme écrite bien que celle-ci soit recommandée pour des questions de preuve[2000], doit être comprise comme une condition de recevabilité (art. 59 al. 1 CPC)[2001], qui doit être examinée d'office par le juge (art. 60 CPC). Si elle fait défaut, la demande doit être déclarée irrecevable[2002]. Le délai à accorder à la partie pour prendre position devrait être d'au minimum une semaine[2003], voire plus selon les circonstances d'espèce, par exemple si la discrimination suppose de régulariser la situation d'un nombre important d'employés.

738 Lorsque l'action tend à la constatation de la violation constante par un employeur de l'interdiction de discriminer à l'embauche ou dans le licenciement, l'organisation doit introduire sa demande dans les 180 jours suivant la fin des rapports de travail du dernier employé victime de la

---

1995 FREIVOGEL (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 20 ad art. 7 LEg. En pareil cas, les associations défenderesses forment une consorité nécessaire, cf. supra N 313.

1996 FREIVOGEL (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 31 ad art. 7 LEg.

1997 FREIVOGEL (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 32 ad art. 7 LEg.

1998 Comp. TPrud. Lausanne du 17.7.2002, TT02.005970 (disponible sur www.leg.ch).

1999 BIGLER-EGGENBERGER (in BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN), N 15 ad art. 8 LEg ; DECOPPET, 35 s. ; Message LEg, 1221.

2000 CHAVANNE, 373 ; FREIVOGEL (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 38 ad art. 7 LEg.

2001 Cf. supra N 240.

2002 Sur cette question, voir supra N 240. *Contra* : FREIVOGEL (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 39 ad art. 7 LEg ; WYLER (2008), 641. Selon ces auteurs, le non-respect d'une prise de position préalable peut être réparé en cours d'instance, la procédure introduite pouvant être suspendue.

2003 FREIVOGEL (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 37 ad art. 7 LEg, SUBILIA/DUC, N 9 ad art. 7 LEg, et WYLER (2008), 642, parlent de « quelques jours ».

discrimination invoquée, conformément aux art. 8 et 9 LEg et 336b al. 2 CO[2004]. Le délai posé à l'art. 336b al. 1 CO, qui concerne l'opposition écrite que doit former l'employé avant le terme des rapports de travail, devrait quant à lui correspondre à l'indication par l'organisation de son intention d'ouvrir action, afin que l'employeur se détermine à cet égard (art. 7 al. 1, 2ème phrase, LEg)[2005]. Peu importe en revanche que ces délais aient été respectés par l'employé en question, l'action de l'organisation étant indépendante[2006].

739 Seule une action en constat peut être introduite par l'association et il revient le cas échéant au travailleur de réclamer des prétentions en exécution, telles que la réparation du dommage ou le versement d'une indemnité. En pratique, il lui est conseillé d'agir de concert avec l'organisation, dans un souci d'économie de procédure[2007]. Dans tous les cas, l'employé prendra garde d'introduire sa demande avant que son droit ne soit périmé ou prescrit, l'action de l'organisation n'ayant aucun effet interruptif à cet égard[2008]. Il a néanmoins la possibilité de requérir la suspension de la cause jusqu'à droit connu sur l'action constatatoire[2009]. S'il attend tout de même l'issue de l'affaire dirigée par l'association ou si la procédure individuelle est suspendue, l'employé peut produire dans le cadre de son procès contre l'employeur la décision constatant l'existence d'une discrimination rendue à l'égard de celui-ci, à titre de moyen de preuve[2010].

bbd. La Loi contre la concurrence déloyale

740 Selon les art. 9 al. 1 et 2 et 10 al. 2 lit. a LCD, si une association professionnelle a pour but statutaire la défense des intérêts économiques de ses membres, elle a qualité pour agir en interdiction, en cessation ou en constatation du trouble subi du fait d'un acte de concurrence déloyale, ou encore en rectification ou en publication du jugement. Peu importe que l'association ne soit pas elle-même victime du comportement déloyal[2011].

2004 RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 29 ad art. 9 LEg ; Message LEg, 1219.

2005 Plus larges : RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 29 ad art. 9 LEg, qui admettent que la possibilité laissée à l'employeur de prendre position n'a pas besoin d'être effectuée dans le délai de l'art. 336b al. 1 CO.

2006 RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 30 ad art. 9 LEg.

2007 CHAVANNE, 373 ; FREIVOGEL (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 35 ad art. 7 LEg.

2008 CHAVANNE, 372 ; MANGOLD, 828.

2009 Cf. supra N 550.

2010 BSK ZPO-OBERHAMMER, N 20 ad art. 89 CPC, précise que le jugement issu de l'action de l'organisation n'emporte aucun effet juridique vis-à-vis du procès individuel ; DECOPPET, 33 ; FREIVOGEL (in KAUFMANN/STEIGER-SACKMANN), N 34 ad art. 7 LEg ; Message LEg, 1218 ; WYLER (2008), 644.

2011 ATF 125 III 82, c. 4a, JAR 2000 396 ; 121 III 168, c. 3b et 4, JdT 1996 I 52.

Par exemple, un syndicat peut agir à l'encontre d'un employeur qui ne respecterait pas les dispositions d'une CCT et invoquer à cet égard la violation de l'art. 7 LCD, selon lequel « agit de façon déloyale celui qui, notamment, n'observe pas les conditions de travail légales ou contractuelles qui sont également imposées à la concurrence ou qui sont conformes aux usages professionnels ou locaux »[2012]. Il peut ainsi prétendre à la cessation du non-respect des conditions salariales de la CCT, sous peine de la sanction de l'art. 292 CP.

741 L'action au sens de l'art. 10 LCD permet par conséquent à une association professionnelle, en particulier un syndicat, d'agir seule à l'encontre d'un employeur qui ne respecte pas les dispositions d'une CCT, d'un contrat-type ou d'un contrat individuel de travail qui sont également imposées à des employeurs concurrents ou qui sont conformes aux usages professionnels ou locaux (art. 7 LCD). Un tel comportement fausse en effet le jeu de la concurrence puisque, d'une part, pour un même travail, un employeur offre un salaire inférieur lui permettant de bénéficier de coûts de production plus bas qu'un autre et, d'autre part, un salaire moindre crée une sous-enchère susceptible de faire perdre leur emploi aux salariés rémunérés dans le respect des règles[2013].

bbe. La Loi sur le travail au noir

742 Aux termes de l'art. 15 al. 1 LTN, les organisations syndicales ayant pour but statutaire de défendre les intérêts sociaux et économiques de leurs membres ont qualité pour agir en constatation des droits qu'un travailleur pourrait faire valoir à l'encontre de son employeur, en cas de violation des obligations d'annonce et d'autorisation en matière de droit des étrangers et dans la mesure où la personne concernée a quitté le territoire suisse. Peu importe que le travailleur concerné soit membre ou non de l'association, seul son but statutaire étant déterminant pour entraîner sa qualité pour agir[2014]. Le but poursuivi par l'art. 15 LTN est d'éviter notamment que l'employeur qui a engagé des travailleurs au noir ne doive plus craindre une action en justice du fait que les employés concernés ne sont plus là pour faire valoir la violation d'obligations découlant de la LTN[2015]. Dans tous les cas, il appartient à l'employé de réclamer des prétentions condamnatoires, seule l'action en constat étant ouverte aux organisations professionnelles.

743 L'action en constatation introduite en vertu de l'art. 15 al. 1 LTN interrompt la prescription au sens de l'art. 135 CO (art. 15 al. 2 LTN). Comme le relève WYLER, l'interruption de la prescription par le biais de l'action constatatoire de l'organisation est « originale et exceptionnelle » puisque d'ordinaire, ce type

[2012] ATF 125 III 82, c. 4, JAR 2000 396.
[2013] Comp. AUBERT (1992), 573 s.
[2014] WYLER (2008), 647.
[2015] Voir les débats parlementaires relatifs à l'adoption de la LTN, en particulier les interventions des conseillers nationaux VISCHER et DEISS, BO CN 2004 N 1213-1215. Voir également MANGOLD, 834 s. ; WYLER (2008), 648.

d'action ne produit aucun effet envers les personnes individuelles[2016]. Un tel effet permet cependant de protéger le mieux possible les travailleurs étrangers qui ont quitté la Suisse et qui sont dans l'impossibilité momentanée d'agir à l'encontre de l'employeur.

744 Selon l'art. 15 al. 3 LTN, l'action doit être introduite devant le tribunal qui connaît des litiges découlant du contrat de travail, conformément aux art. 343 al. 2 CO et 25 LFors. Si l'entrée en vigueur du CPC ne modifie pas cet al. 3, il s'agit évidemment d'un oubli de la part du législateur, les deux dispositions précitées étant abrogées par le nouveau Code[2017]. L'art. 15 al. 3 LTN n'a plus d'autre fonction que de confirmer l'application des règles spéciales de procédure prévues en matière de litige relevant du droit du travail aux actions intentées par les organisations.

bbf. La Loi sur les travailleurs détachés

745 Aux termes de l'art. 11 LDét, les organisations qui ont pour tâche, en vertu de leurs statuts, de défendre les intérêts sociaux et économiques des travailleurs ou des employeurs ont qualité pour agir en constatation d'une infraction à ladite loi. Peu importe que la violation concerne ou non un membre de l'association demanderesse[2018]. L'action en constat a notamment été introduite pour pallier l'inconvénient lié au fait que les travailleurs créanciers des prestations issues de la violation de la LDét n'ont pas nécessairement un intérêt personnel et immédiat à agir puisqu'ils sont payés selon le contrat signé dans leur pays de provenance[2019]. L'art. 11 LDét. permet également de faire pression sur les employeurs, qui peuvent craindre une action judiciaire supplémentaire[2020]. L'action en constat étant expressément prévue par la loi, un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 lit. a CPC) n'a pas à être démontré par le demandeur[2021].

bbg. La Loi sur le travail (pour mémoire)

746 L'art. 58 LTr octroie un droit de recours des associations d'employeurs ou de travailleurs à l'encontre des décisions prises par les autorités cantonales ou fédérales. Nous le mentionnons pour mémoire, puisqu'il relève du droit administratif.

2016 WYLER (2008), 647.
2017 Art. 402 CPC et le renvoi à l'Annexe 1, FF 2009 117 et 121.
2018 WYLER (2008), 646.
2019 Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999 5440, 5707 s.
2020 MANGOLD, 833.
2021 Cf. supra N 425.

3. Le cas particulier des commissions paritaires professionnelles

747 La question de la qualité pour agir des commissions paritaires se pose en particulier dans le cadre de l'art. 357b CO[2022]. Selon le Tribunal fédéral, une CCT peut valablement prévoir que l'exécution commune soit déléguée à une ou plusieurs commissions professionnelles paritaires, en tout cas lorsque celles-ci sont constituées en association, autrement dit lorsqu'elles disposent de la personnalité juridique[2023]. Certains tribunaux cantonaux et certains auteurs vont même plus loin en reconnaissant un droit d'action aux commissions paritaires sans personnalité juridique, pour des motifs de simplification du procès essentiellement, afin d'éviter une consorité nécessaire de toutes les associations parties à la convention collective[2024]. A notre avis, cet inconvénient ne justifie pas pour autant de déroger aux règles générales sur la capacité d'être partie et d'ester[2025] : il faut dans tous les cas que la commission paritaire dispose de la personnalité juridique[2026]. Il suffit par exemple qu'elle prenne la forme d'une association ou d'une fondation.

Par exemple, la CCT du second œuvre romand 2007-2010 prévoit, à son art. 46 ch. 1 lit. 3 : « Dans le but de veiller à l'application de la présente convention collective de travail, les parties instituent : - une Commission professionnelle paritaire romande (CPPR) ; - des Commissions professionnelles paritaires cantonales (CPPC) » ; ch. 2 : « Les commissions professionnelles paritaires constituées sous la forme juridique d'associations sont expressément habilitées à faire appliquer la présente convention ».

La CCT pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (du 12.11.2002) prévoit quant à elle à son art. 23 que « [l]es parties conviennent de l'application commune au sens de l'art. 357b CO. La « Fondation pour la retraite anticipée dans le secteur principal de la construction (FAR) » est constituée à cet effet. La fondation est chargée de faire appliquer la CCT dans son intégralité ».

748 Dans tous les cas, rien n'empêche aux membres de la commission paritaire d'agir comme représentants des associations signataires de la convention collective parties à la procédure. En effet, l'art. 68 al. 1 CPC autorise la *représentation* en justice par une personne de confiance[2027].

2022 Cf. supra N 730 ss.

2023 ATF 134 III 541, c. 4 : « ces organes sont en principe dépourvus de la personnalité juridique » ; TF du 28.1.2010, 9C_614/2009, c. 3.2.2 ; TF du 28.6.2007, 4C.60/2007, c. 1.2.1. Comp. également ATF 134 III 11 ; TF du 30.4.2002, 4C.391/2001 et 4P.319/2001.

2024 BezGer Sargans du 5.5.1989, JAR 1990 416 ; BezGer Baden du 22.11.1984, JAR 1986 218, c. 2 ; BK-STÖCKLI, N 14 ad art. 357b CO ; STREIFF/VON KAENEL, N 5 ad art. 357b CO ; VISCHER/(GUEX) (in GEISER/VON KAENEL/WYLER), N 28 ad art. 37 LTr ; ZK-VISCHER/ALBRECHT, N 13 s. ad art. 357b CO.

2025 Dans le même sens : C. app. Prud. GE du 11.11.1988, JAR 1990 437, c. 2 ; HÄBERLI (in ANDERMATT ET AL.), N 53 *i.f.* ad art. 357b CO. Sur la capacité d'être partie et d'ester, voir supra N 208 ss.

2026 Dans le même sens : HÄBERLI, 55.

2027 Cf. supra N 333 s.

Les parties pourraient par exemple se faire représenter au procès par le président de la commission professionnelle paritaire.

4. La consorité

749 Des cas de consorité, simple ou nécessaire[2028], se rencontrent fréquemment en matière de conflits collectifs de travail. D'une part, les associations parties à une CCT forment dans la majorité des cas une consorité nécessaire[2029]. D'autre part, il n'est pas exclu qu'un employé agisse de concert avec une association, celle-ci prétendant à la constatation de la violation alors que le travailleur prend des conclusions condamnatoires[2030]. Celui-ci pourrait également intervenir au sens de l'art. 74 CPC (intervention accessoire), puisqu'il a un intérêt juridique à ce qu'un jugement constatatoire soit prononcé, afin de pouvoir le produire ultérieurement dans le cadre d'une procédure condamnatoire propre[2031]. L'action condamnatoire directe en tant que consort lui est cependant fortement recommandée, dans un souci de rapidité et d'économie de procédure.

[2028] Sur ces notions, voir supra N 311 ss.
[2029] Cf. supra N 732.
[2030] L'association ne peut en effet jamais prendre des conclusions visant à l'exécution d'une prestation ou le versement de dommages-intérêts à la place de l'employé, voir BSK ZPO-OBERHAMMER, N 19 ad art. 89 CPC ainsi que supra N 728, 730, 739 et 742.
[2031] Cf. supra N 341.

QUATRIEME PARTIE
LE DEROULEMENT DU PROCES

Chapitre XXII :
La conciliation préalable

§ 56 La procédure de conciliation

1. Le préalable de conciliation obligatoire, l'exclusion ou la renonciation à la procédure de conciliation

750 En principe, l'introduction d'une demande au fond relevant du droit du travail est précédée d'une tentative de conciliation (art. 197 CPC). La procédure de conciliation est cependant *exclue* dans les cas suivants (art. 198 CPC) :

- le procès est soumis à la procédure sommaire (lit. a) ;
- l'action relève de la LP (lit. e) ;
- les prétentions sont invoquées par le biais d'une intervention principale, d'une demande reconventionnelle ou d'un appel en cause (lit. g) ;
- le tribunal a fixé un délai pour le dépôt de la demande au fond (lit. h), par exemple suite à l'octroi de mesures provisionnelles[2032].

751 Les *parties* peuvent par ailleurs *renoncer* d'un commun accord à la procédure de conciliation lorsque la valeur litigieuse de la cause est supérieure à 100'000 francs (art. 199 al. 1 CPC). L'accord peut être exprès ou tacite, notamment lorsque le défendeur procède sans faire de réserve[2033]. Il peut également résulter d'une clause conclue dans le contrat de travail[2034]. Dans les cas toutefois où l'objet du litige porte sur une créance découlant d'une disposition impérative de la loi, d'une convention collective ou d'un contrat-type[2035] et où la renonciation au préalable de conciliation a eu lieu pendant les relations de travail ou dans le

---

[2032] BOHNET (RDS), 260 ; BSK ZPO-INFANGER, N 23 ad art. 198 CPC ; GASSER/RICKLI, N 9 ad art. 198 CPC.

[2033] BOHNET (RDS), 260 ; BSK ZPO-INFANGER, N 4 ad art. 199 CPC ; GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 199 CPC ; HENSCH, 536 ; HONEGGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 2 ad art. 199 CPC ; Message CPC, 6937 ad art. 196 P-CPC ; TAPPY (2008), 173. Plus nuancé : SANDOZ, 62 N 14.

[2034] TAPPY (2008), 173 ; comp. BOHNET (2010), N 55, en matière de contrat de bail.

[2035] Cf. supra n. 627.

mois qui suit leur terme (cf. art. 341 al. 1 CO), celle-ci n'est pas valable, faute pour les prétentions d'être à la libre disposition du travailleur[2036].

752 Le *demandeur* peut également décider seul de *renoncer* à la procédure de conciliation dans l'une des hypothèses suivantes (art. 199 al. 2 CPC) :

- le défendeur a son domicile ou son siège à l'étranger, ou a un lieu de résidence inconnu ; ou,
- le litige porte sur la LEg (art. 199 al. 2 CPC).

753 La renonciation unilatérale peut poser problème lorsque les parties ont prévu dans le contrat de travail une *clause de conciliation obligatoire*. En pareil cas, le défendeur doit soulever le moyen et le tribunal déclarer la demande irrecevable[2037] ; en revanche, si le défendeur ne réagit pas, une acceptation tacite pourra lui être opposée (art. 18 et 61 lit. a CPC par analogie)[2038]. Lorsque la clause contractuelle porte uniquement sur un *préalable de conciliation facultatif*, rien n'empêche le demandeur d'y renoncer[2039]. Dans tous les cas, lorsque le litige porte sur une prétention découlant d'une disposition impérative de la loi, d'une convention collective ou d'un contrat-type[2040] au sens de l'art. 341 al. 1 CO, le demandeur ne saurait renoncer à la conciliation préalable durant les rapports de travail et dans le mois suivant leur terme, faute pour le litige d'être à la libre disposition du travailleur[2041].

754 Les parties ont également la possibilité de remplacer la procédure de conciliation par une *médiation* (art. 213 CPC). La déclaration doit être commune et peut émaner de la requête de conciliation déjà ou avoir lieu en audience seulement (art. 213 al. 2 CPC)[2042]. Avec BOHNET, il faut admettre que la clause contenue dans un contrat de travail qui prévoirait le remplacement de la conciliation obligatoire par une médiation n'est pas contraignante, au vu du texte clair de l'art. 213 al. 2 CPC mais aussi afin de protéger le travailleur en tant que partie faible, notamment au regard des coûts supposés par la mise en œuvre d'une procédure de médiation[2043]. Il convient de réserver l'hypothèse où les parties peuvent renoncer d'un commun accord au préalable de conciliation[2044].

2036 Comp. supra N 254 s. en matière de clause d'arbitrage.
2037 Cf. supra N 229.
2038 BOHNET (RDS), 262.
2039 Comp. TF du 6.6.2007, 4A_18/2007, c. 4.3.2, RSPC 2007 247 ; BOHNET (RDS), 262.
2040 Cf. supra n. 627.
2041 Comp. supra N 254 en matière de clause d'arbitrage.
2042 BOHNET (RDS), 261, qui précise que la seule production du contrat contenant une clause de médiation ne suffit pas pour constituer une déclaration commune ; MONBARON, 99 N 16 ; Message CPC, 6944 ad art. 210 P-CPC ; SANDOZ, 63 N 16.
2043 Comp. BOHNET (2010), N 58, en matière de contrat de bail.
2044 Cf. supra N 751. BOHNET (2010), N 58.

2. Les écritures des parties

a. La requête de conciliation

755 La requête de conciliation n'est pas soumise à de grandes exigences de forme ni de contenu. Elle peut être déposée *par écrit* (documents papier ou électroniques, pour peu qu'elle contienne la signature de la partie ou de son mandataire, art. 130 al. 1 et 2 CPC), ou *oralement* par dictée au greffe de l'autorité de conciliation compétente (art. 202 al. 1 CPC)[2045]. En cas de requête écrite, celle-ci peut prendre la forme d'une simple lettre, d'un formulaire[2046] (mis à disposition par le Conseil fédéral, art. 400 al. 2 CPC)[2047] ou d'un véritable mémoire au sens de l'art. 221 CPC[2048]. Elle doit en tout cas contenir les informations suivantes (art. 202 al. 2 CPC) : désignation des parties[2049], conclusions du requérant, description de l'objet du litige. Une motivation n'est pas nécessaire, seule suffit la circonscription de l'objet litigieux en « quelques phrases ou mots-clés »[2050].

Ainsi, seules devraient suffire l'indication du ou des montant(s) réclamé(s) et la mention « licenciement abusif », « licenciement immédiat injustifié », « heures supplémentaires » ou encore « salaires juin/juillet 2011 » par exemple.

b. La réponse

756 En principe, le tribunal notifie la requête au défendeur et le cite simultanément à l'audience (art. 202 al. 3 CPC), sans que celui-ci puisse se déterminer préalablement. Une exception doit être réservée lorsque les prétentions portent sur la LEg et qu'une proposition de jugement (art. 210 CPC) ou une décision (art. 212 CPC) est envisagée : un échange d'écritures peut alors être ordonné par l'autorité saisie (art. 202 al. 4 CPC), dans le but de préparer l'audience, en particulier lorsque l'affaire est complexe[2051]. Même si le défendeur est

---

2045 Une dictée par téléphone ne suffit en revanche pas, voir HONEGGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 5 ad art. 202 CPC, et FREY (in BAKER & MCKENZIE), N 2 ad art. 202 CPC. Comp. à également BOHNET (2010), 42 n. 127.

2046 Le greffe du tribunal devrait se tenir à disposition de la partie demanderesse pour l'aider en cas de difficulté à remplir le formulaire : GASSER, 303.

2047 Le formulaire est disponible sur internet à l'adresse suivante : http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/staat_und_buerger/gesetzgebung/elektronische_uebermittlung.html.

2048 Cf. infra N 764 ss.

2049 L'art. 202 al. 2 CPC mentionne uniquement la désignation de la partie adverse ; il va cependant de soi que la requête comprend également l'indication des nom, prénom et adresse du requérant. Voir BSK ZPO-INFANGER, N 3 ad art. 202 CPC ; HONEGGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 10 ad art. 202 CPC.

2050 Selon les termes utilisés dans le formulaire mis à disposition par le Conseil fédéral, cf. n. 2047 ; HENSCH, 536 ; HONEGGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 12 ad art. 202 CPC.

2051 BSK ZPO-INFANGER, N 28 ad art. 202 CPC ; Message CPC, 6939 ad art. 199 à 204 P-CPC ; FREY (in BAKER & MCKENZIE), N 7 ad art. 202 CPC.

immédiatement cité à l'audience de conciliation, rien ne l'empêche de déposer une réponse, avant ou pendant la tenue de l'audience (art. 53 al. 1 CPC)[2052].

Un échange d'écritures est notamment recommandé lorsque la cause porte sur une prétendue discrimination salariale à raison du sexe, les informations et documents utiles étant souvent en possession de l'employeur et l'affaire complexe, de sorte qu'il est opportun que le défendeur puisse présenter ses arguments préalablement à l'audience et par écrit.

757 A l'instar de la requête, la réponse n'est soumise à aucune exigence formelle et peut être déposée *par écrit* (documents papier ou électroniques, pour peu qu'elle contienne la signature de la partie ou de son mandataire, art. 130 al. 1 et 2 CPC) ou *oralement*. Dans le premier cas, elle peut prendre la forme d'une simple lettre, peu importe celle que revêt la requête[2053], par exemple même si celle-ci a été déposée selon les règles fixées à l'art. 221 CPC. Dans le second cas, les déterminations du défendeur sont consignées au procès-verbal à l'audience.

3. L'audience de conciliation

758 L'audience de conciliation doit se tenir dans les deux mois suivant la réception de la requête ou l'issue de l'échange d'écritures (art. 203 al. 1 CPC). Il s'agit d'une prescription d'ordre qui est dénuée de sanction en cas de violation, ou qui peut tout au plus être invoquée à l'occasion d'un recours pour retard injustifié au sens de l'art. 319 lit. c CPC[2054]. Sauf exception, les parties doivent comparaître personnellement à l'audience (art. 204 CPC)[2055]. En principe, celle-ci n'est pas publique (art. 203 al. 3 CPC)[2056] et les dépositions des parties ne sont pas consignées au procès-verbal (art. 205 CPC), afin de garantir le mieux possible la confidentialité des débats, partant d'optimiser les chances de succès de la conciliation. En règle générale, la procédure de conciliation est liquidée en une seule audience ; une ou plusieurs audiences supplémentaires peuvent néanmoins être appointées avec l'accord des parties, par exemple si des pourparlers transactionnels sont en cours (art. 203 al. 4 CPC)[2057]. La procédure de conciliation ne doit cependant pas dépasser douze mois (art. 203 al. 4 CPC),

---

2052 BOHNET (2010), N 65 ; SANDOZ, 71 N 40 et n. 61.

2053 Comp. infra en matière de procédure simplifiée, N 785.

2054 GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 203 CPC ; HONEGGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 3 ad art. 203 CPC ; TAPPY (2008), 180. BSK ZPO-INFANGER, N 3 ad art. 203 CPC, nie quant à lui toute possibilité de recours au sens de l'art. 319 lit. c CPC.

2055 Cf. supra N 326 ss.

2056 L'art. 203 al. 3 CPC réserve la possibilité pour l'autorité de conciliation paritaire en matière de LEg d'ordonner la publicité de tout ou partie des débats tenus devant elle lorsqu'un intérêt public le justifie. Selon le Message CPC, 6939 ad art. 199 à 204 P-CPC, l'exception se fonde sur « un intérêt public à connaître la pratique de ces autorités particulières ». Critiques : BOHNET (2010), N 88, et BSK ZPO-INFANGER, N 15 ad art. 203 CPC.

2057 SANDOZ, 72 N 44 ; TAPPY (2008), 178.

sauf suspension de la cause (art. 126 CPC). L'autorité de conciliation est autorisée à procéder à des mesures d'instruction lorsqu'une proposition de jugement, c'est-à-dire lorsque les prétentions sont fondées sur la LEg ou sont inférieures à 5'000 francs (art. 210 al. 1 lit. a et c CPC) ou une décision, dans l'hypothèse où les conclusions ne dépassent pas 2'000 francs (art. 212 al. 1 CPC), est envisageable (art. 203 al. 2 CPC)[2058].

759 La procédure de conciliation peut s'achever par :

- une *transaction*, qui vaut décision entrée en force (art. 208 CPC) ;
- la délivrance d'une *autorisation de procéder* (art. 209 et 211 al. 2 CPC)[2059] ;
- une *proposition de jugement*, envisageable uniquement si les prétentions sont fondées sur la LEg ou sont inférieures à 5'000 francs (art. 210 CPC) ; elle entre en force si aucune des parties ne s'y est opposée dans les 20 jours suivant sa notification (art. 211 al. 1 CPC) ;
- une *décision*, pour peu que les conclusions ne dépassent pas 2'000 francs et qu'elle ait été demandée par le requérant (art. 212 CPC) ; seule la voie du recours est ouverte à son encontre (art. 319 lit. a et 308 al. 2 CPC)[2060] ;
- un *désistement* d'action ou d'instance (art. 208 CPC)[2061].

4. La transaction portant sur des droits non disponibles

760 Lorsque la transaction porte sur des créances tombant sous le coup de dispositions impératives de la loi, d'une convention collective ou d'un contrat-type[2062] et est conclue alors que les relations de travail sont toujours pendantes ou dans le mois qui suit leur terme (cf. art. 341 al. 1 CO), elle est nulle (art. 20 CO)[2063] faute pour les prétentions d'être à la *libre disponibilité* du travailleur[2064]. L'autorité de conciliation, cas échéant le tribunal, doit ainsi refuser de la consigner au procès-verbal et le procès continue[2065]. Une convention est toutefois admissible lorsqu'elle est fondée sur des concessions réciproques[2066],

---

2058 Voir à ce sujet SANDOZ, 76 s. N 59.
2059 Sur l'autorisation de procéder, voir BOHNET (2010), N 98 ss.
2060 BSK ZPO-INFANGER, N 14 ad art. 212 CPC ; GASSER/RICKLI, N 8 ad art. 212 CPC ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 124. Cf. infra N 840.
2061 Cf. supra N 528 et 530.
2062 Cf. supra n. 627.
2063 GILLARD, 94 ; HEUBERGER, 48 ; HOFMANN, 171 ; RENZ, 168.
2064 TF du 28.6.2010, 4A_71/2010, c. 4.5-4.6 (destiné à la publication) ; GILLARD, 94 ; PFIRTER, 69.
2065 GILLARD, 95 et 263 ; GULDENER (1979), 396 ; PFIRTER, 87.
2066 TF du 28.6.2010, 4A_71/2010, c. 4.5 (destiné à la publication) ; ATF 118 II 58, c. 2b ; TF du 19.4.2002, 4C.27/2002, c. 2, SJ 2003 I 220 ; TF du 21.11.2001, 4C.250/2001, c. 1a, JAR 2002 306 ; SUBILIA/DUC, N 17 s. ad art. 341 CO ; WYLER (2008), 254.

de valeur égale[2067]. Le préalable de conciliation garde par conséquent son intérêt dans les cas où le litige porte sur des droits non disponibles, l'autorité de conciliation devant s'efforcer d'amener les parties à s'accorder mutuellement des concessions réciproques. La réciprocité doit s'apprécier au moment où la transaction intervient[2068]. Avec certains auteurs, il faut admettre que, lorsque le travailleur est assisté d'un mandataire professionnel[2069], une transaction judiciaire puisse toujours valablement intervenir, la réciprocité des concessions devant être présumée[2070]. En effet, le but de protection visé par l'art. 341 CO est dans tous les cas atteint puisque l'employé a pu être renseigné sur l'étendue de ses droits, conseillé sur l'opportunité de conclure une convention judiciaire et informé sur les conséquences de celle-ci.

Le Tribunal fédéral a notamment considéré que la transaction selon laquelle le travailleur était libéré de son obligation de travailler jusqu'au terme de son délai de congé et renonçait en contrepartie au paiement de son salaire n'était pas valable, la concession de l'employeur étant nettement moins importante que celle de l'employé[2071]. En revanche, si le travailleur renonce à réclamer des prétentions d'un montant identique ou très proche de celui auquel l'employeur prétend reconventionnellement, la transaction est valable[2072].

761 La nullité de la transaction peut être invoquée dans le cadre d'une procédure de révision (art. 328 al. 1 lit. c CPC)[2073]. Si la convention porte sur plusieurs prétentions dont certaines d'entre elles seulement tombent sous le coup de l'art. 341 CO, elle n'est que partiellement nulle, à concurrence des créances non disponibles, sauf si la partie parvient à établir que la transaction n'aurait pas été conclue sans celles-ci (art. 20 al. 2 CO)[2074].

[2067] TF du 2.5.2006, 4C.390/2005, c. 3.1, JAR 2007 251 ; TF du 17.6.2005, 4C.37/2005, c. 2.2.
[2068] TF du 19.4.2002, 4C.27/2002, c. 3c, SJ 2003 I 220.
[2069] Sur la notion de mandataire professionnel, cf. supra N 330 s.
[2070] WYLER (2008), 457 ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, N 13 ad art. 341 CO.
[2071] TF du 17.6.2005, 4C.37/2005, c. 2.2.
[2072] TF du 2.5.2006, 4C.390/2005, c. 3.2, JAR 2007 251.
[2073] Cf. infra N 847.
[2074] GILLARD, 94 ; HOFMANN, 128.

Chapitre XXIII :
Les différents types de procédure

762 Le Code distingue plusieurs types de procédure applicables en fonction de la nature ou de la valeur litigieuse du procès. En principe, le litige est soumis à la procédure ordinaire, sauf disposition légale contraire prévoyant l'application de la procédure simplifiée ou sommaire (art. 219, 243 et 248 CPC). Les divers types de procédure s'articulent comme suit :

- la procédure *ordinaire* s'applique lorsque le litige :
  - porte sur une valeur litigieuse supérieure à 30'000 francs, sauf si les prétentions sont fondées sur la LEg ou la LPart (art. 219 et 243 *a contrario* CPC) ; ou,
  - n'est pas de nature patrimoniale et ne relève pas de la LEg ou de la LPart (art. 219 et 243 *a contrario* CPC) ; ou encore,
  - est de la compétence du tribunal supérieur au sens de l'art. 8 CPC et porte sur la LEg ou la LPart (art. 243 al. 3 et 219 CPC).
- la procédure *simplifiée* s'applique lorsque le litige :
  - porte sur une valeur litigieuse égale ou inférieure à 30'000 francs (art. 243 al. 1 CPC) ; ou,
  - relève de la LEg ou de la LPart sans égard à la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 lit. a et e CPC), sauf si le litige est porté directement devant le tribunal supérieur au sens de l'art. 8 CPC (art. 243 al. 3 CPC).
- la procédure *sommaire* s'applique lorsque le litige :
  - porte sur un cas clair (art. 248 lit. b CPC) ; ou,
  - vise l'octroi de mesures provisionnelles (art. 248 lit. d CPC) ; ou encore,
  - relève de la juridiction gracieuse (art. 248 lit. e CPC).

§ 57 La procédure ordinaire

763 La procédure ordinaire s'applique à toutes les causes pour lesquelles un autre type de procédure n'est pas prévu (art. 219 CPC), c'est-à-dire aux litiges :

- dont la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs et qui ne relèvent pas de la LEg ou de la LPart (art. 219 et 243 al. 1 et 2 lit. a et e *a contrario* CPC) ; ou,

- qui ne sont pas de nature patrimoniale[2075], c'est-à-dire pour lesquels aucune valeur litigieuse ne peut être calculée, et qui ne relèvent pas de la LEg ou de la LPart (art. 219 et 243 *a contrario* CPC) ; ou encore,
- qui sont de la compétence du tribunal supérieur au sens de l'art. 8 CPC et qui portent sur la LEg ou la LPart (art. 243 al. 3 et 219 CPC).

1. Les écritures en procédure ordinaire

a. La demande

764 La demande doit être déposée *par écrit*, sous forme de documents papier ou électroniques contenant la signature de la partie ou de son mandataire (art. 130 al. 1 et 2 CPC). Elle doit prendre la forme d'un véritable mémoire[2076], c'est-à-dire que les faits doivent être formulés par le biais d'allégués (art. 221 al. 1 lit. d CPC)[2077] avec offre de preuves à l'appui de chacun d'eux (art. 221 al. 1 lit. e CPC)[2078]. Le Code ne précise rien quant au contenu de chaque allégué, de sorte qu'une grande latitude est laissée aux parties et à leurs mandataires. Si les pratiques cantonales peuvent certes être diverses, en tout cas aussi longtemps qu'une jurisprudence du Tribunal fédéral ne vienne préciser les choses, elles ne sauraient entraîner l'irrecevabilité d'une demande pour le seul motif que sa présentation ne correspond pas à celle usuellement admise dans le canton en cause, la question relevant du seul droit fédéral. Dans tous les cas, il est à notre avis recommandé au demandeur de limiter le nombre d'informations contenues dans chaque allégué[2079], afin que le défendeur puisse se déterminer facilement[2080] mais aussi que le tribunal connaisse précisément quelle offre de preuve se rapporte à quel fait[2081].

Par exemple, un seul allégué peut contenir tous les éléments découlant du contrat de travail, tels que le montant du salaire, le droit à un 13ème salaire, l'horaire de travail, le cahier des charges, etc. : le nombre d'informations est suffisamment limité pour que le défendeur se détermine facilement sur chacune d'elles et le moyen de preuve est identique pour

---

2075 DIETSCHY (2010), 179 N 13 ; GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 219 CPC ; HENSCH, 539 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 308 N 11.50 ; MEIER (2010), 337 ; Message CPC, 6946 ad art. 216 P-CPC. Voir par exemple, en cas d'action en constatation d'une atteinte à la personnalité, supra N 436.

2076 LEUENBERGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 1 ad art. 220 CPC ; Message CPC, 6946 ad art. 217 à 220 P-CPC.

2077 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 137 : il ne peut pas s'agir d'une « plaidoirie écrite » ; LEUENBERGER (PCEF 2007), 329.

2078 BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 22 ss ad art. 221 CPC.

2079 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 137 : « Chaque allégué doit ainsi être bref et faire l'objet d'une offre de preuve ».

2080 Cf. infra N 769.

2081 Comp. : Ch. rec. VD du 19.8.1998, JdT 1999 III 20, c. 3 ; Ch. rec. VD du 4.6.1992, JdT 1993 III 76, c. 3a ; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, N 7 ad art. 157 ZPO BE.

l'ensemble des affirmations (preuve par pièce, soit le contrat de travail). En revanche, les divers événements constitutifs d'un harcèlement psychologique invoqué par le travailleur devraient dans la mesure du possible être présentés dans des allégués distincts, en tout cas lorsque les mesures d'instruction ne sont pas les mêmes, afin également que le défendeur puisse se déterminer facilement sur chacun d'eux.

765 Aux termes de l'art. 221 al. 1 CPC, la demande doit *contenir* la désignation des parties[2082] et de leur représentant (lit. a), les conclusions (lit. b), l'indication de la valeur litigieuse (lit. c), les allégations de fait (lit. d), l'indication pour chaque allégation des moyens de preuve proposés (lit. e), enfin la date et la signature des parties ou de leur représentant (lit. f). Selon l'al. 2, doivent être joints à la demande la procuration du représentant (lit. a), l'autorisation de procéder ou la déclaration de renonciation à la procédure de conciliation (lit. b), les titres disponibles invoqués comme moyen de preuve (lit. c), enfin, un bordereau des preuves invoquées (lit. d). La présentation d'une motivation juridique est laissée au libre choix des parties (al. 3), puisque les tribunaux connaissent et appliquent le droit d'office (art. 57 CPC)[2083]. Cette solution a le mérite d'ouvrir l'accès de la justice aux personnes dénuées de connaissances juridiques, par exemple au travailleur qui réclame le paiement de son salaire mais qui ne connaît pas la base légale sur laquelle se fonder.

766 Les prétentions du demandeur, leur fondement ainsi que la valeur litigieuse doivent clairement ressortir des éléments de la demande[2084]. L'indication de la valeur litigieuse sous une rubrique séparée est à notre avis superflue lorsque seules des prétentions en paiement d'une somme d'argent sont réclamées, puisqu'elle ressort alors directement des conclusions[2085]. En revanche, si d'autres prétentions sont invoquées, qui ne tendent pas au paiement d'une somme d'argent mais qui sont néanmoins de nature patrimoniale, le demandeur doit préciser la valeur litigieuse du procès, par exemple selon le modèle suivant :

2082 C'est-à-dire leurs nom, prénom et domicile s'il s'agit de personnes physiques ou leurs nom, forme juridique et siège en cas de personne morale ; voir BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 3 ad art. 221 CPC, et HOFMANN/LÜSCHER (2009), 137.

2083 Message CPC, 6946 ad art. 217 à 220 P-CPC.

2084 Voir à ce propos supra N 157 s. et 243. En cas de demande en paiement non chiffrée, voir supra N 401 ss.

2085 LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 313 N 11.65 ; comp. § 167 al. 1 lit. d aZPO AG (du 18.12.1984), ainsi que STUDER/RÜEGG/EIHOLZER, N 3 ad § 70 ZPO LU. En procédure simplifiée, le Code prévoit d'ailleurs que la demande indique la valeur litigieuse « si nécessaire » (art. 244 al. 1 lit. d CPC) ; on peut par conséquent partir du principe que le législateur a purement et simplement oublié d'inscrire ces mêmes termes à l'art. 221 CPC. Dans le même sens : TAPPY (2008), 195. En revanche, HOFMANN/LÜSCHER (2009), 137, préconisent que la valeur litigieuse figure sur la première page de la demande, ce qui laisse sous-entendre qu'elle le soit de toute façon. A notre avis, elle devrait figurer à la fin de l'acte, à la suite des conclusions.

Conclusions

Plaise au Tribunal :

I. Condamner le défendeur à payer au demander le montant brut de fr. 1'500.-, sous déduction des cotisations sociales légales et conventionnelles, avec intérêt à 5% l'an dès le […], à titre d'heures supplémentaires.

II. Condamner le défendeur à verser au demandeur le montant net de fr. 28'000.- avec intérêt à 5% l'an dès le […], à titre d'indemnité pour licenciement abusif.

III. Condamner le défendeur à remettre au demandeur un certificat de travail selon teneur de la pièce n° 6 du bordereau joint à la présente demande.

Valeur litigieuse

La valeur litigieuse des prétentions se monte à 36'500 francs.

767 Nul n'est besoin que soit précisé le type de procédure applicable lorsque celui-ci découle de l'indication de la valeur litigieuse ou de la forme de la demande et que la volonté du demandeur ne fait aucun doute à ce sujet[2086]. Si tel n'est pas le cas, le tribunal doit interpeller la partie sur ce point et lui fixer un délai pour qu'elle précise le type de procédure visé (art. 56 et 132 CPC). Si le demandeur ne réagit pas, il appartient au tribunal d'interpréter la volonté du demandeur (art. 18 CO)[2087].

Par exemple, si la demande est introduite selon les formes de la procédure ordinaire mais que les prétentions n'ont pas été soumises à la procédure de conciliation préalable, le tribunal doit interpeller le demandeur afin qu'il précise si l'acte constitue une requête de conciliation ou une demande au fond.

768 Lorsque la demande ne contient pas tous les éléments imposés par l'art. 221 CPC, le tribunal doit interpeller le demandeur et l'inviter à la compléter dans le délai imparti (art. 56 et 132 CPC), sous peine de la déclarer irrecevable ; en cas de vice mineur toutefois, par exemple de désignation incorrecte d'une partie qui ne laisse aucun doute ou de l'intitulé inexact de l'acte qui remplit toutes les exigences formelles imposées par la loi, le juge doit le rectifier d'office ou sur interpellation d'une partie[2088].

b. La réponse

769 La réponse doit être déposée *par écrit*, sous forme de documents papier ou électroniques contenant la signature de la partie ou de son mandataire (art. 130 al. 1 et 2 CPC). Selon l'art. 222 al. 2, 1ère phrase, CPC, elle contient les mêmes éléments que la demande (art. 221 CPC)[2089], ainsi qu'une éventuelle demande

[2086] HOFMANN/LÜSCHER (2009), 137, considèrent pour leur part que le type de procédure applicable doit toujours être indiqué.
[2087] Comp. BOHNET (RDS), 276.
[2088] Cf. supra N 244.
[2089] Cf. supra N 765 ss.

reconventionnelle (art. 224 CPC)[2090]. Le défendeur doit encore indiquer pour chaque fait de la demande s'il est reconnu ou contesté, cas échéant en quoi il l'est (art. 222 al. 2, 2ème phrase, CPC)[2091]. Les faits admis doivent être tenus pour vrais par le tribunal[2092], sauf si celui-ci émet des doutes sérieux à leur encontre (art. 153 al. 2 CPC).

Par exemple, si la demande contient les allégués suivants :

1. La défenderesse est une société anonyme active dans le secteur de la construction. Son siège est à Neuchâtel.
2. Le 1er août 2010, le demandeur X. est entré aux services de la défenderesse.
3. Il a été engagé en qualité de maçon.
4. Le salaire mensuel convenu était de fr. 3'565.- brut, touché 13 fois l'an.

Les déterminations peuvent prendre la forme suivante[2093] :

Ad 1 : admis ;
Ad 2 : contesté. Le travailleur a débuté son activité le 15 août 2010 ;
Ad 3 : admis ;
Ad 4 : partiellement admis. Le travailleur ne touchait pas de 13ème salaire.

c. La réplique et la duplique

770 Une fois la réponse notifiée au demandeur (art. 222 al. 4 CPC), le tribunal *peut* ordonner un second échange d'écritures (art. 225 CPC), s'il le juge utile, notamment parce que l'affaire est complexe[2094] ou qu'un nombre important de faits nouveaux ont été avancés dans la réponse[2095], ou encore si les parties en ont fait la requête commune[2096]. La réplique et la duplique pourraient également avoir lieu suite à une audience d'instruction et avant l'ouverture des débats

---

2090 La prétention reconventionnelle doit être soumise à la procédure ordinaire voire à la procédure simplifiée, cf. supra N 450 ss.

2091 Le texte allemand est à cet égard plus clair puisqu'il dispose que « Die beklagte Partei hat darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden ». Voir l'intervention du conseiller aux Etats INDERKUM, BOCE 2007 E 528 ad art. 219 P-CPC : « Wichtig bei dieser Änderung ist vor allem der Einschub "im Einzelnen". Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass pauschale Bestreitungen nicht genügen, sondern dass die Bestreitungen detailliert sein müssen ». Voir également BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 10 ad art. 222 CPC ; CHAIX (2010), 128 N 36 ; GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 222 CPC ; LEUENBERGER (PCEF 2007), 329, et (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 20 ad art. 222 CPC ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 320 N 11.82 ; LÜSCHER/HOFMANN (2010), 262 ; Message CPC, 6947 ad art. 217-220 P-CPC ; comp. ATF 127 III 365, c. 2b, JdT 2001 I 390.

2092 Message CPC, 6921 ad art. 148 P-CPC.

2093 Cf. également HOFMANN/LÜSCHER (2009), 138.

2094 BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 2 ad art. 225 CPC ; Message CPC, 6948 ad art. 224 à 230 P-CPC.

2095 BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 2 ad art. 225 CPC ; LEUENBERGER (PCEF 2007), 331, et (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 9 ad art. 225 CPC.

2096 LÜSCHER /HOFMANN (2010), 262 ; TAPPY (2008), 201.

principaux[2097]. Dans tous les cas, le demandeur a le droit de répliquer oralement, au cours des débats d'instruction (art. 226 CPC) ou de l'audience des premières plaidoiries (art. 228 al. 2 CPC)[2098].

Ainsi, si le travailleur prétend avoir fait l'objet d'un licenciement immédiat injustifié alors que l'employeur invoque un autre motif de congé sur la base d'un complexe de faits qui ne ressort nullement de la demande, il se justifie que l'employé se détermine par écrit sur les faits avancés par l'employeur.

771 Lorsque le défendeur oppose des *prétentions reconventionnelles*, un délai est imparti au demandeur afin qu'il se détermine sur celles-ci dans le cadre d'une réponse écrite (art. 224 al. 3 CPC).

2. Les différents types d'audience

772 Une fois l'échange d'écritures terminé, les parties sont citées à l'audience. Celle-ci peut prendre la forme de débats d'instruction (art. 226 CPC) ou d'audience de premières plaidoiries (art. 228 CPC).

773 Une (ou plusieurs) *audience d'instruction* peut être ordonnée par le tribunal qui la juge utile (art. 226 al. 1 CPC). Une telle audience sert à préciser les contours de l'objet du litige et de l'état de fait, à déterminer les preuves à administrer (art. 226 al. 2 CPC), voire même à procéder à l'administration de certaines d'entre elles déjà (art. 226 al. 3 CPC), par exemple celles qui nécessitent du temps comme la mise en œuvre d'une expertise[2099] ou celles dont il est vraisemblable qu'elles pourraient favoriser une issue transactionnelle au litige. Les débats d'instruction ont également pour fonction d'essayer d'amener les parties à un accord (art. 226 al. 2 CPC), notamment lorsque le préalable de conciliation n'a pas eu lieu (art. 198 et 199 CPC)[2100]. La doctrine tient l'audience d'instruction pour indispensable dans la majorité des cas[2101]. En réalité, l'ensemble des actes de procédure visés par l'art. 226 CPC peuvent aussi avoir lieu lors des débats principaux (premières plaidoiries, art. 228 al. 1 CPC ; administration des preuves, art. 231 CPC ; tentative de conciliation, art. 124 al. 3 CPC), de sorte que l'on peine à voir la réelle nécessité pour le tribunal de tenir des audiences d'instruction, outre les cas où la complexité de l'affaire exige une organisation particulière du procès.

774 Après l'échange des écritures, cas échéant la ou les audiences d'instruction, s'ouvre la *phase des débats principaux* (art. 228 ss CPC), au cours de laquelle

---

2097 GASSER/RICKLI, N 7 ad art. 226 CPC. Sur les différents types d'audience, cf. infra N 772 ss.

2098 GASSER/RICKLI, N 9 ad art. 222 CPC.

2099 LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 327 N 11.102 ; TAPPY (2008), 204.

2100 Cf. supra N 751 s.

2101 GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 226 CPC ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 141 ; MEIER (2010), 339 ; Message CPC, 6948 ad art. 222 et 223 P-CPC ; TAPPY (2008), 202.

sont tenues une ou plusieurs audiences, en fonction des circonstances d'espèce. En premier lieu, le tribunal cite les parties à l'*audience des premières plaidoiries* (art. 228 CPC), à l'occasion de laquelle le demandeur et le défendeur s'expriment successivement sur les faits de la cause (art. 228 CPC). Le tribunal ordonne également les mesures d'instruction ; toute ou partie de l'administration des preuves (art. 231 CPC) peut d'ailleurs déjà se tenir à l'occasion de cette audience[2102]. A défaut, une ou plusieurs *audiences d'administration des preuves* sont mises sur pied (art. 231 CPC), en fonction du nombre et de l'importance des mesures à administrer. Par exemple, si un licenciement abusif est invoqué et qu'une dizaine de témoins doivent être entendus, une seule audience ne saurait en règle générale suffire. A l'issue de l'administration des preuves ont lieu les *plaidoiries finales* (art. 232 CPC). Si elles sont orales (art. 232 al. 1 CPC), elles peuvent se tenir immédiatement à l'issue de la dernière audience d'administration des preuves ou à l'occasion d'une audience séparée[2103]. Lorsque les parties requièrent la déposition de mémoires écrits (art. 232 al. 2 CPC) – que le juge ne devrait pas pouvoir refuser[2104] –, elles le feront au plus tard au terme de la dernière audience d'administration des preuves. Les mémoires devraient être échangés parallèlement[2105]. Selon l'art. 232 al. 2 CPC, ce n'est que si les parties renoncent aux plaidoiries orales qu'elles peuvent procéder par écrit, de sorte qu'un cumul des deux semble exclu[2106] ; la remise au tribunal des notes de plaidoirie orale n'est d'ailleurs pas admise[2107] et le contenu de celle-ci n'est pas non plus retranscrit au procès-verbal (art. 235 *a contrario* CPC)[2108]. En revanche, les deux modes de plaidoirie supposent la possibilité pour chacune des parties de respectivement répliquer et dupliquer (art. 232 al. 1 *i.f.* CPC)[2109].

2102 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 141.

2103 TAPPY (2008), 208 s.

2104 BOHNET (Plaidoyer), 35. *Contra* : BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 4 ad art. 232 CPC ; GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 232 CPC.

2105 BOHNET (Plaidoyer), 35 ; GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 232 CPC ; LEUENBERGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 9 ad art. 232 CPC ; LÜSCHER/HOFMANN (2010), 262. BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 4 ad art. 232 CPC, semblent en revanche retenir un dépôt successif des mémoires.

2106 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 141.

2107 HALDY (2009), 59 ; LÜSCHER/HOFMANN (2010), 262 ; Message CPC, 2950 ad art. 224 à 230 P-CPC ; WIDMER (in BAKER & MCKENZIE), N 3 ad art. 232 CPC. *Contra* : BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 4 ad art. 228 CPC et N 3 ad art. 232 CPC ; GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 232 CPC ; LEUENBERGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 6 ad art. 232 CPC ; TAPPY (2008), 209 n. 117.

2108 HALDY (2009), 59 ; Message CPC, 2951 ad art. 224 à 230 P-CPC. *Contra* : HOFMANN/LÜSCHER (2009), 142.

2109 BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 5 ad art. 228 CPC et N 4 ad art. 232 CPC ; GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 232 CPC ; HALDY (2009), 60 ; Message CPC, 2950 ad art. 224 à 230 P-CPC ; MEIER (2010), 342 ; WIDMER (in BAKER & MCKENZIE), N 3 s. ad art. 232 CPC.

775 Si aucune preuve ne doit être administrée ou qu'elles l'ont toutes été lors de l'audience d'instruction, les parties peuvent conjointement renoncer à la phase des débats principaux (art. 233 CPC)[2110]. La renonciation peut résulter d'un acte écrit, par exemple de la demande et de la réponse, ou être déclarée oralement à l'audience des débats d'instruction, par inscription au procès-verbal (art. 235 lit. d CPC). La renonciation peut aussi être partielle, par exemple si les parties déclarent uniquement renoncer aux plaidoiries finales[2111].

776 Une seule audience peut faire office de débats d'instruction, de premières plaidoiries, d'administration des preuves et de plaidoiries finales[2112]. Le cumul d'une audience d'instruction au sens de l'art. 226 CPC et de débats principaux (art. 228 ss CPC) constitue toutefois une hypothèse plutôt théorique ; en pratique, il ne pourrait se justifier que lorsqu'un second échange d'écritures est intervenu mais que l'état de fait nécessite encore, aux yeux du juge, d'être complété ; or, en pareil cas, l'ouverture des débats principaux s'oppose en principe à ce que de nouveaux faits soient invoqués (art. 229 al. 1 lit. a et 2 *a contrario* CPC). Dans tous les cas, le tribunal qui cite les parties aux débats devrait préciser quel type d'audience est concerné, cas échéant que celle-ci remplit plusieurs fonctions. En effet, la différenciation entre les deux types d'audience précités a de l'importance vis-à-vis des conséquences d'un éventuel défaut d'une ou des parties[2113], de la possibilité de modifier les prétentions réclamées[2114] ou d'invoquer des faits ou moyens de preuve nouveaux[2115].

§ 58 La procédure simplifiée

1. Le champ d'application

a. Le CPC

777 La procédure simplifiée s'applique à toutes les causes :

- dont la valeur litigieuse est égale ou inférieure à 30'000 francs (art. 243 al. 1 CPC) ; ou,

---

Plus restrictifs : LÜSCHER/HOFMANN (2010), 262, qui n'admettent pas de réplique/duplique en cas de plaidoiries écrites.

2110 BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 3 ad art. 233 CPC ; HALDY (2009), 56 ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 142 ; MEIER (2010), 341 ; TAPPY (2008), 209 s.

2111 BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 5 ad art. 232 CPC ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 142 ; MEIER (2010), 341.

2112 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 140.

2113 Cf. supra N 558 et 567 ss.

2114 Cf. infra N 800 ss.

2115 Cf. infra N 811 ss.

- qui relèvent de la LEg ou de la LPart sans égard à la valeur litigieuse (art. 243 al. 1 lit. a et e CPC), sauf si le litige est porté directement devant le tribunal supérieur au sens de l'art. 8 CPC[2116] (art. 243 al. 3 CPC).

b. Les solutions prévues dans l'Avant-Projet et dans le Projet du Code

778 L'Avant-Projet prévoyait une application généralisée de la procédure simplifiée à tous les litiges relevant du contrat de travail (art. 237 AP-CPC). Cette solution, qui présentait l'avantage de retenir l'application d'une procédure unique, caractérisée par sa simplicité et sa rapidité, à tous les litiges de droit du travail *quelle que soit la valeur litigieuse*, n'a pas été reprise dans le Projet. Lors de la procédure de consultation[2117], plusieurs participants ont en effet considéré que les spécificités de cette procédure, en particulier son oralité, ne convenaient pas pour les « grosses affaires » de droit du travail, c'est-à-dire d'une valeur litigieuse supérieure à 30'000 francs. Le Message CPC indique pour sa part que la décision de renoncer à l'application généralisée de la procédure simplifiée à tous les litiges relevant du contrat de travail consiste en la volonté de se conformer au droit alors en vigueur (art. 343 CO)[2118]. On peut le déplorer, ce d'autant que le Conseil fédéral lui-même insistait sur le fait que la procédure simplifiée devait s'appliquer en particulier dans les cas où il fallait tenir compte de la présence au procès d'une partie socialement plus faible que l'autre[2119]. Or on ne voit pas en quoi la qualité de « partie faible » du travailleur serait occultée par une valeur litigieuse supérieure à 30'000 francs[2120]. Le montant des prétentions invoquées n'est pas lié au caractère social d'un litige, le critère tenant uniquement à la présence d'une partie faible au contrat. L'argument soulevé lors de la procédure de consultation, selon lequel les principes de la procédure simplifiée n'étaient pas adéquats pour les « grosses affaires » de droit du travail n'est pas non plus pertinent. Comme le relèvent à juste titre certains auteurs, ce n'est pas le montant de la valeur litigieuse qui détermine la

[2116] L'art. 8 CPC permet aux parties, d'un commun accord, de porter une affaire dont la valeur litigieuse dépasse 100'000 francs directement devant le tribunal supérieur, en tant qu'instance cantonale unique.

[2117] Voir à ce propos Classement des réponses, 627 ss ad art. 237 A-P CPC, les avis de : Soleure, Zoug, Luzerner Anwaltsverband, Zürcher Anwaltsverband, economiesuisse, Fédération Suisse des Avocats, Association pour le droit des poursuites et de la faillite, Université de Lausanne.

[2118] Message CPC, 6954 ad art. 239 P-CPC.

[2119] Message CPC, 6953.

[2120] Comp. Message LEg, 1226 : « Le groupe de travail "Egalité des salaires" recommandait, dans son rapport, de supprimer la limite de 20'000 francs. Selon lui, une procédure gratuite est tout aussi nécessaire pour des salaires élevés que pour de bas salaires, le risque du procès étant dans un cas comme dans l'autre très élevé ».

complexité des questions juridiques posées[2121]. Par ailleurs, lors de l'adoption de la LEg, les motifs qui avaient amené le législateur fédéral à renoncer à toute valeur litigieuse maximale pour l'application des prescriptions procédurales déduites de l'art. 343 CO (par renvoi de l'art. 12 al. 2 LEg) relevaient précisément du fait que ladite valeur était rapidement dépassée, l'employé(e) discriminé(e) agissant le plus souvent une fois les rapports de travail résiliés[2122]. Cette circonstance vaut selon nous de manière générale à l'égard de toutes les causes de droit du travail. D'ailleurs, la solution consistant à ne soumettre l'application des dispositions protectrices à aucune valeur litigieuse maximale était connue en matière de droit du bail depuis 1990, pour les procédures relatives aux baux d'habitation et de locaux commerciaux (art. 274d al. 1 CO), dans lesquelles il se justifiait également d'instituer une protection particulière à l'égard du locataire – partie dite faible au contrat –, afin qu'il ne soit pas découragé de faire valoir ses droits en justice. Ainsi, l'idée développée dans l'Avant-Projet de soumettre l'entier des litiges de droit du travail à la procédure simplifiée partait à notre avis d'une certaine logique et aurait méritée d'être reprise dans le texte final du Code[2123], à tout le moins dans son principe. Certaines possibilités d'adaptation auraient néanmoins pu être mises en place, en fonction des exigences du cas d'espèce, en particulier de la complexité de celui-ci, en permettant par exemple au juge d'ordonner un échange d'écritures qui respectent les exigences formelles de la procédure ordinaire.

2. Les écritures des parties

a. La demande

779 La demande n'est soumise à aucune *forme* particulière : il peut s'agir d'une simple lettre, d'un formulaire[2124] (mis à disposition par le Conseil fédéral, art. 400 al. 2 CPC)[2125] ou encore d'un véritable mémoire comprenant des allégués avec offres de preuve à l'appui, à l'instar de la demande en procédure

[2121] AUBERT (1990), 313 : « Le montant en cause ne signifie rien quant à la difficulté juridique de l'affaire » ; COTTER, 81.

[2122] Message LEg, 1227.

[2123] Voir Classement des réponses, 640 ad art. 240 A-P CPC, l'avis de Travail.Suisse qui regrettait qu'une valeur litigieuse maximale soit posée en matière de maxime inquisitoire dans les conflits de travail alors que tel n'était pas le cas en matière de bail à loyer et à ferme d'habitation et de locaux commerciaux, sans que l'on puisse comprendre en quoi il se justifiait de prévoir un régime différencié pour ces deux domaines du droit civil social.

[2124] Le greffe du tribunal devrait se tenir à disposition de la partie demanderesse pour l'aider en cas de difficulté à remplir le formulaire : comp. GASSER, 303, en matière de formulaire de conciliation préalable.

[2125] Le formulaire est disponible sur internet à l'adresse suivante : http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/staat_und_buerger/gesetzgebung/elektronische_uebermittlung.html.

ordinaire[2126] ; elle peut également être déposée oralement au greffe du tribunal (art. 244 al. 1 CPC)[2127], le demandeur ou un représentant autorisé devant toutefois se présenter physiquement au greffe[2128]. Lorsqu'elle est déposée par écrit, elle peut l'être sous forme de documents papier ou électroniques, pour peu qu'elle contienne la signature de la partie ou de son mandataire (art. 244 al. 1 et 130 al. 1 CPC). La possibilité pour le demandeur de déposer une demande orale ou par le biais d'un formulaire lui permet de s'adresser facilement au tribunal, sans devoir s'adjoindre les services d'un mandataire professionnel[2129]. Elle est par conséquent très utile pour le travailleur qui ne dispose pas de moyens financiers importants. Notons que l'absence de formalisme était également imposée par le droit fédéral avant l'entrée en vigueur du CPC, via l'exigence de simplicité et de rapidité du procès imposée aux art. 343 al. 2 CO, 12 LEg ou encore 15 LPart.

780 La demande doit nécessairement *contenir* les éléments suivants (art. 244 al. 1 CPC) : désignation des parties (lit. a)[2130], conclusions (lit. b), description de l'objet du litige (lit. c)[2131], indication de la valeur litigieuse si nécessaire (lit. d), date et signature (lit. e). Les conclusions peuvent être formulées librement, autrement dit elles n'ont pas besoin d'être regroupées dans un paragraphe distinct mais devraient pouvoir être déduites de la lecture de l'acte dans son ensemble, c'est-à-dire qu'il doit ressortir clairement de celui-ci quelles prétentions sont réclamées et à hauteur de quel montant. La valeur litigieuse doit être mentionnée uniquement si les prétentions ne sont pas toutes en paiement d'une somme d'argent[2132]. L'indication du type de procédure dont le demandeur se prévaut n'est pas nécessaire lorsqu'elle ressort de la forme de l'acte et de la valeur litigieuse et qu'il n'existe aucun doute sur la procédure qui doit s'appliquer aux prétentions réclamées[2133]. Enfin, l'autorisation de procéder ou la déclaration de renonciation de conciliation, les titres disponibles présentés comme moyens de preuve ainsi que, le cas échéant, la procuration du représentant doivent encore être joints à la demande (art. 244 al. 3 lit. a à c CPC).

2126 GASSER/RICKLI, N 6 ad art. 244 CPC. Cf. supra N 764 ss.

2127 BOHNET (2008), 274 ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 153 : l'acte peut être dicté à un juge, un greffier ou un collaborateur administratif du tribunal ; Message CPC, 6955 ad art. 240 et 241 P-CPC ; TAPPY (2008), 196.

2128 BOHNET (2010), 42 n. 127 ; BSK ZPO-MAZAN, N 11 ad art. 244 CPC.

2129 HASENBÖHLER (2005), 85 ; HAUCK (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 2 ad art. 244 CPC ; MEIER (2010), 351.

2130 Cf. supra n. 2082.

2131 Message CPC, 6955 ad art. 240 et 241 P-CPC : « Il suffit que le litige puisse être circonscrit ». Le formulaire mis à disposition par le Conseil fédéral (cf. n. 2125) indique pour sa part que « l'objet du litige doit être décrit en quelques phrases ou mots-clefs ».

2132 Cf. supra N 766.

2133 Cf. supra N 767.

781 Le demandeur n'a pas à fournir des *offres de preuve* pour chacun des faits allégués[2134]. Il suffit qu'il fournisse les pièces en sa possession qu'il juge utiles à la résolution du cas[2135] et qu'il établisse une liste de témoins, le cas échéant dans le délai imparti par le tribunal ; celui-là doit être fixé de sorte à ce qu'il échoie avant la première audience, au cours de laquelle l'ensemble des mesures d'instruction doivent en principe avoir lieu ; si, à l'issue de cette audience, des mesures d'instruction supplémentaires s'avèrent nécessaires, le tribunal peut ordonner la tenue d'une ou plusieurs nouvelles audiences (art. 246 al. 2 CPC)[2136].

782 Le demandeur est libre de fournir une *motivation en droit* (art. 244 al. 2 CPC). Cette solution a le mérite de permettre aux personnes sans connaissances juridiques particulières de réclamer seules leurs prétentions en justice, par exemple au travailleur qui réclame le paiement de son salaire mais qui ne connaît pas la base légale sur laquelle se fonder.

783 Lorsque la demande ne contient pas tous les éléments imposés par l'art. 244 CPC, le tribunal doit interpeller le demandeur et l'inviter à la compléter dans le délai imparti (art. 56 et 132 CPC), sous peine d'irrecevabilité de l'acte[2137].

b. La réponse

784 Lorsque la demande n'est pas motivée, c'est-à-dire que le demandeur n'y déploie pas d'arguments (de faits ou de droit), en particulier lorsque les prétentions sont dictées au procès-verbal ou qu'elles ressortent d'un formulaire[2138], elle est transmise au défendeur afin qu'il puisse en prendre connaissance et les parties sont immédiatement citées aux débats (art. 245 al. 1 CPC) ; c'est à cette occasion seulement que le défendeur exposera ses motifs ; si ses conclusions doivent être inscrites au procès-verbal (art. 235 al. 1 lit. d CPC), seule la substance de ses allégués y sera reproduite (art. 235 al. 2 CPC). Même lorsque la demande n'est pas motivée, le tribunal a la possibilité d'ordonner un

---

2134 BSK ZPO-MAZAN, N 14 ad art. 244 CPC ; GASSER/RICKLI, N 4 ad art. 244 CPC ; HENSCH, 541 et n. 48 ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 154 ; Message CPC, 6955 ad art. 240 et 241 P-CPC.

2135 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 154, précisent que si une table des matières n'est pas requise, contrairement à la procédure ordinaire où un bordereau est exigé (art. 221 al. 2 lit. d CPC), elle est fortement recommandée de façon à ce que les pièces soient présentées de manière claire et logique et à ce que le travail du tribunal soit facilité.

2136 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 155. Cf. infra N 789.

2137 Cf. supra N 244 s.

2138 GASSER/RICKLI, N 2 ss ad art. 245 CPC ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 155. Le Message CPC est quant à lui trop restrictif puisqu'il retient la possibilité du dépôt d'une réponse uniquement lorsque la demande prend la forme de celle prévue en procédure ordinaire (art. 221 CPC), 6955 ad art. 240 et 241 P-CPC ; dans le même sens : BSK ZPO-MAZAN, N 11 ad art. 245 CPC.

échange d'écritures sur la base de l'art. 246 al. 2 CPC[2139]. Le défendeur peut quant à lui toujours déposer une réponse avant la tenue de l'audience (art. 253 al. 1 CPC)[2140], afin de se déterminer sur les prétentions prises à son égard, cas échéant d'opposer des conclusions reconventionnelles[2141]. La citation du défendeur à l'audience devrait dans tous les cas contenir une invitation à fournir d'éventuelles pièces ou une liste de témoins, afin qu'il puisse être procédé aux mesures d'instruction lors de ladite audience déjà (comp. art. 246 CPC)[2142].

785 Lorsque la demande est motivée (en faits ou en droit)[2143] – peu importe qu'elle prenne la forme d'un acte avec allégués et offres de preuve, les arguments pouvant être développés dans le cadre d'une simple lettre –, le tribunal fixe un délai au défendeur pour qu'il se prononce par écrit (art. 245 al. 2 CPC), sous forme de documents papier ou électroniques, pour peu que l'acte contienne sa signature ou celle de son représentant (art. 130 al. 1 CPC). Aucune exigence formelle ne doit être imposée à la réponse, c'est-à-dire qu'il peut s'agir d'une réponse au sens de la procédure ordinaire (art. 222 CPC) ou d'une simple lettre, même si la demande a été déposée conformément à l'art. 221 CPC (allégués avec offres de preuve à l'appui)[2144]. En effet, il ne se justifie pas de soumettre le défendeur au respect des exigences de forme de l'art. 222 CPC au seul motif que le demandeur a choisi de déposer son acte selon la procédure ordinaire, par exemple parce qu'il est assisté d'un mandataire professionnel ; cela reviendrait à contraindre le défendeur à s'adjoindre également les services d'un tel représentant, alors que le but du législateur était précisément de permettre aux parties de procéder seules dans les causes soumises à la procédure simplifiée[2145]. Cette solution s'impose d'autant plus que la possibilité qui est offerte au défendeur de se déterminer par écrit se justifie dans un souci d'égalité des armes entre les parties[2146], qui doivent par conséquent être soumises aux mêmes règles de forme. En outre, le défendeur peut toujours renoncer à déposer une réponse.

786 Dans tous les cas, une *demande reconventionnelle* peut être invoquée dans le cadre de la réponse, cas échéant lors de l'audience, pour peu que les prétentions soient soumises à la procédure simplifiée, voire exceptionnellement à la

---

2139 BOHNET (2010), N 150 ; BSK ZPO-MAZAN, N 14 ad art. 245 CPC ; TAPPY (2008), 199.

2140 BOHNET (2010), N 150 ; GASSER/RICKLI, N 4 ad art. 245 CPC ; HAUCK (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 3 ad art. 245 CPC.

2141 Cf. infra N 786.

2142 Comp. MEIER (2010), 350.

2143 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 155, parlent de la rédaction d'une « écriture motivée » ; TAPPY (2008), 199, mentionne une « demande indiquant de manière relativement détaillée, sinon conforme à l'art. 218 P-CPC [art. 221 CPC], les faits qu'il invoque et ses offres de preuves ». Voir également HAUCK (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 8 ad art. 245 CPC.

2144 BOHNET (2010), N 150 ; BSK ZPO-MAZAN, N 17 s. ad art. 245 CPC ; TAPPY (2008), 199.

2145 Message CPC, 6953 : « La procédure [simplifiée] est en outre accessible à tout un chacun ».

2146 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 155.

procédure ordinaire (art. 224 al. 1 CPC)[2147]. Même si le défendeur a été immédiatement cité aux débats (art. 245 al. 1 CPC), il lui est recommandé de déposer une réponse écrite avant la tenue de l'audience lorsqu'il entend opposer une reconvention, dans la mesure où cela permet au demandeur de préparer les arguments qu'il entend lui opposer et au tribunal d'ordonner les mesures d'instruction nécessaires.

c. Le second échange d'écritures

787 Lorsque le défendeur a déposé une réponse écrite, le tribunal *peut* ordonner un second échange d'écritures (art. 246 al. 2 et 225 CPC), si celui-ci paraît justifié, par exemple parce que l'affaire est complexe[2148], qu'un nombre important de faits nouveaux ont été avancés dans la réponse[2149], ou encore que les parties en ont fait la requête commune[2150]. Un échange supplémentaire d'écritures pourrait également avoir lieu suite à une audience d'instruction et avant l'ouverture des débats principaux[2151]. Dans tous les cas, les parties ont la possibilité de se déterminer oralement à l'audience[2152].

788 Lorsque le défendeur oppose des *prétentions reconventionnelles*, le demandeur a la possibilité de se déterminer sur celles-ci dans le cadre d'une réponse écrite (art. 224 al. 3 CPC, qui s'applique à défaut de régime dérogatoire prévu en procédure simplifiée)[2153]. Toutefois, lorsque la reconvention est déposée oralement par le défendeur (art. 223 al. 2 ou 245 al. 1 CPC), les déterminations du demandeur devront l'être également à l'audience[2154], le tout étant consigné au procès-verbal (art. 235 al. 1 lit. d et al. 2 CPC). Le tribunal peut cependant accorder au demandeur la possibilité de se déterminer par écrit (art. 246 al. 2 CPC), notamment lorsque la reconvention pose une question complexe ou à laquelle le demandeur n'était pas préparé, de sorte qu'il se justifie de lui laisser du temps pour l'examiner et se déterminer à son sujet.

Par exemple, le litige porte sur le paiement d'une indemnité pour licenciement abusif ; l'employeur conclut au rejet et prend des conclusions reconventionnelles à titre de réparation du dommage prétendument subi, à hauteur d'un montant élevé, sans que l'employé ait été jusque-là averti des faits reprochés.

2147 BOHNET (2010), N 152. Cf. supra N 450 ss.
2148 Message CPC, 6948 ad art. 224 à 230 P-CPC.
2149 LEUENBERGER (PCEF 2007), 331.
2150 MEIER (2010), 351 ; TAPPY (2008), 201, qui admet toutefois un échange d'écritures supplémentaire de manière exceptionnelle uniquement, car peu compatible avec l'esprit de la procédure simplifiée.
2151 GASSER/RICKLI, N 7 ad art. 226 CPC. Sur les différents types d'audience, cf. infra N 789 ss.
2152 BSK ZPO-MAZAN, N 18 et 20 ad art. 246 CPC.
2153 BOHNET (2010), N 153.
2154 TAPPY (2008), 201 n. 101.

3. Les différents types d'audience

789 Une fois l'échange d'écritures terminé (art. 245 al. 2 CPC) ou après réception d'une demande non motivée (art. 245 al. 1 CPC), le tribunal a le choix de citer les parties soit à des débats d'instruction (art. 246 al. 2 et 226 CPC)[2155] soit aux débats principaux (art. 245 al. 1 et 228 CPC)[2156]. La tenue d'une audience d'instruction peut se justifier vu d'une part l'application de la maxime inquisitoire sociale (art. 247 lit. a et lit. b ch. 2 CPC), qui suppose que le tribunal interroge les parties afin de s'assurer que l'état de fait et les offres de preuve sont complets[2157], et, d'autre part, l'absence éventuelle d'écritures détaillées[2158] ; or les débats d'instruction servent précisément à délimiter les contours de l'objet du litige et à déterminer les mesures d'instruction nécessaires (art. 226 al. 2 CPC). Ces actes de procédure peuvent toutefois aussi avoir lieu lors des débats principaux, de sorte que l'audience d'instruction n'est en aucun cas indispensable[2159]. A l'issue de l'éventuelle audience d'instruction, la phase des débats principaux[2160], c'est-à-dire les premières plaidoiries, l'administration des preuves et les plaidoiries finales, devrait dans la mesure du possible se tenir dans le cadre d'une seule audience (art. 246 al. 1 CPC). En pratique, cette exigence est illusoire lorsque les preuves à administrer sont importantes ou l'affaire complexe[2161].

Lorsque le travailleur invoque un licenciement abusif, les témoins à entendre peuvent se compter par dizaines et leur audition prendre du temps, de sorte que l'ensemble de la cause ne saurait être liquidée au cours d'une audience unique. Il arrive par ailleurs souvent que le tribunal limite dans un premier temps le nombre de témoins à entendre puis décide, une fois les premières auditions terminées, d'en citer de nouveaux, ne s'estimant pas en mesure de se forger une opinion en l'état.

790 Au terme de l'instruction, les parties ont la possibilité de plaider, oralement ou par le dépôt de mémoires écrits (art. 232 CPC)[2162].

791 Dans tous les cas, une seule audience peut faire office de débats d'instruction, de premières plaidoiries, d'administration des preuves et de plaidoiries finales ; le

[2155] BSK ZPO-MAZAN, N 15 ad art. 246 CPC.
[2156] Sur ces différents types d'audience, cf. supra N 773 s.
[2157] Cf. supra N 283.
[2158] TAPPY (2008), 205.
[2159] Cf. supra N 773.
[2160] Cf. supra N 774 s.
[2161] Comme le relève d'ailleurs le Message CPC lui-même, 6955 ad art. 242 et 234 P-CPC, « Le Conseil fédéral est conscient qu'il s'agit là d'un but idéal difficile à réaliser. Il ne peut être atteint que si la situation juridique et l'état de fait sont simples ». Voir aussi GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 246 CPC ; HAUCK (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 2 ad art. 246 CPC.
[2162] BOHNET (2010), N 170 ; BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 1 ad art. 232 CPC ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 155. Cf. supra N 774.

tribunal qui cite les parties aux débats devrait chaque fois préciser quel type d'audience est concerné, cas échéant que celle-ci remplit plusieurs fonctions[2163].

§ 59 La procédure sommaire

792 La procédure sommaire s'applique lorsque la cause :

- porte sur un cas clair (art. 248 lit. b CPC)[2164] ; ou,
- vise l'octroi de mesures provisionnelles ou superprovisionnelles (art. 248 lit. d CPC)[2165] ; ou encore,
- relève de la juridiction gracieuse (art. 248 lit. e CPC)[2166].

1. Les écritures des parties

a. La requête

793 Aux termes de l'art. 252 CPC, la requête peut être déposée par écrit (format papier ou électronique, art. 130 CPC) ou par dictée au procès-verbal[2167] dans les cas simples ou urgents. Le cas est simple lorsque le requérant invoque la protection dans les cas clairs[2168] et il est urgent en matière de requête de mesures provisionnelles ou superprovisionnelles[2169]. Certains auteurs considèrent à tort que la requête doit respecter les exigences de forme et de contenu posées à l'art. 221 CPC[2170]. Le Code impose en effet expressément la forme de la *requête* en procédure sommaire et la distingue ainsi de la demande de l'art. 221 CPC[2171].

794 L'indication du type de procédure dont le demandeur se prévaut n'est pas nécessaire lorsqu'elle ressort de la forme de l'acte et de la valeur litigieuse et

---

2163 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 140. Sur cette question, voir supra N 776.
2164 Cf. supra N 479 ss.
2165 Cf. supra N 458 ss.
2166 Cf. supra N 382 s.
2167 A l'instar de la demande en procédure simplifiée, cf. supra N 779 et la n. 2127.
2168 Le Conseil fédéral a également mis en ligne un formulaire de « protection dans les cas clairs » à l'adresse : http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/staat_und_buerger/gesetzgebung/elektronische_uebermittlung.html.
2169 BSK ZPO-MAZAN, N 6 ad art. 252 CPC ; GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 252 CPC. Cf. supra respectivement N 479 s. et 458 ss.
2170 BSK ZPO-MAZAN, N 9 ss ad art. 252 CPC ; GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 252 CPC ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 347 N 11.171 ; RUBIN (in BAKER & MCKENZIE), N 6 ad art. 252 CPC.
2171 BOHNET (2010), N 189 et 191, (RJJ), 270 s., ainsi que (Sommaire), 199 N 15 ; CHEVALIER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 2 ss ad art. 252 CPC.

qu'il n'existe aucun doute sur la procédure qui doit s'appliquer aux prétentions réclamées[2172].

795 Lorsque la requête n'est pas complète, par exemple parce que l'indication de la partie défenderesse n'y figure pas ou qu'elle n'est pas signée, le tribunal doit interpeller le demandeur et l'inviter à la corriger dans le délai imparti (art. 56 et 132 CPC), sous peine d'être déclarée irrecevable ; en cas de vice mineur toutefois, par exemple de désignation inexacte d'une partie qui ne laisse aucun doute, le juge peut le rectifier d'office[2173].

b. La réponse

796 Sauf requête manifestement irrecevable[2174] ou mal fondée, le tribunal donne l'occasion au défendeur de se déterminer oralement ou par écrit (art. 253 CPC). Il faut toutefois réserver les cas où des mesures superprovisionnelles sont invoquées, pour lesquels une réponse est par principe exclue (art. 265 al. 1 CPC). Une réponse écrite peut avoir lieu même si la requête a été faite oralement[2175]. Elle peut être déposée sous forme de documents papier ou électroniques, pour peu qu'elle contienne la signature de la partie ou de son mandataire (art. 130 al. 1 CPC). Le défendeur a encore la possibilité d'opposer une prétention reconventionnelle si elle est également soumise à la procédure sommaire (art. 224 al. 1 CPC)[2176].

c. L'échange supplémentaire d'écritures

797 En principe, un second échange d'écritures est exclu, puisqu'il contrevient au caractère oral et à l'exigence de rapidité de la procédure sommaire[2177]. A notre avis, le tribunal peut exceptionnellement ordonner un second échange d'écritures (art. 225 CPC) s'il décide de renoncer aux débats et de statuer sur pièces (art. 256 al. 1 CPC) et si le défendeur a invoqué un ou plusieurs arguments nouveaux dans sa réponse sur lesquels il apparaît pertinent que le demandeur puisse se déterminer. En revanche, lorsque le tribunal tient audience,

---

2172 Cf. supra N 767.

2173 Cf. supra N 244.

2174 Le tribunal doit dans tous les cas vérifier d'office si les conditions de recevabilité sont remplies (art. 60 CPC), peu importe le type de procédure applicable, de sorte que la précision n'a en réalité pas lieu d'être dans cette disposition.

2175 BOHNET (2008), 275.

2176 BOHNET (2008), 275 et (Sommaire), 201 N 22 ; BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 4 ad art. 224 CPC, et MAZAN, N 20 ad art. 253 CPC ; CHEVALIER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 23 ad art. 252 CPC ; HALDY (2008), 330 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 347 N 11.170.

2177 CHEVALIER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 11 ad art. 253 CPC ; Message CPC, 6958 ad art. 248 à 252 P-CPC.

le demandeur et le défendeur peuvent déposer une réplique et une duplique à cette occasion, en produisant un document écrit ou oralement par inscription au procès-verbal (art. 235 al. 2 CPC).

798 Lorsque le défendeur oppose des *prétentions reconventionnelles* dans sa réponse, le demandeur a la possibilité de se déterminer sur celles-ci dans le cadre d'une réponse écrite (art. 224 al. 3 CPC, qui s'applique à défaut de régime dérogatoire prévu en procédure sommaire[2178]). Dans tous les cas, la réplique et la duplique peuvent être déposées oralement à l'audience.

2. L'audience et sa renonciation éventuelle

799 Une fois l'échange d'écritures terminé, le tribunal cite les parties aux débats principaux, au cours desquels ont lieu les premières plaidoiries (art. 253 et 228 CPC), l'administration de preuves (art. 254 al. 2 et 231 CPC) et les plaidoiries finales (art. 232 CPC). Vu le principe de célérité supposé par l'application de la procédure sommaire, le tribunal peut même renoncer à la tenue d'une audience et statuer sur pièces uniquement (art. 256 al. 1 CPC). Cette possibilité implique à notre avis qu'un véritable échange d'écritures ait eu lieu entre les parties, c'est-à-dire que le juge soit suffisamment renseigné sur les positions de chacun[2179] ; il faut bien entendu excepter le cas des mesures superprovisionnelles, qui excluent que le défendeur soit entendu préalablement (art. 265 al. 1 CPC). Dans tous les cas, lorsque le tribunal cite les parties à une audience, il devrait indiquer dans l'acte de citation à comparaître qu'il se réserve le droit de statuer sur pièces uniquement au sens de l'art. 256 al. 1 CPC ; cela permet d'éviter que la cause ne soit rayée du rôle en cas de défaut des deux parties (art. 234 al. 2 CPC)[2180].

[2178] GASSER/RICKLI, N 8 ad art. 248 CPC ; HALDY (2009), 73.
[2179] Dans le même sens : BSK ZPO-MAZAN, N 3 ss ad art. 256 CPC.
[2180] BOHNET (Sommaire), 204 s. N 34.

Chapitre XXIV :
La modification des prétentions et les nova

§ 60 La modification des prétentions

1. L'augmentation des conclusions ou l'introduction de prétentions nouvelles

a. En cours de procédure au fond

aa. Le principe

800 La modification de la demande en cours de procédure au fond est soumise à des conditions strictes, qui diffèrent selon qu'elle intervient avant ou après le début des débats principaux. *Jusqu'aux débats principaux*, la demande (principale ou reconventionnelle) peut être modifiée si, premièrement, la prétention nouvelle relève de la même procédure et, deuxièmement, elle présente un lien de connexité avec l'objet du litige ou la partie adverse y consent (art. 227 al. 1 CPC). *Une fois les débats principaux ouverts*, une prétention nouvelle ou modifiée ne peut être introduite que si les conditions cumulatives suivantes sont remplies (art. 230 al. 1 CPC) : la même procédure est applicable à la nouvelle prétention ; celle-ci présente un lien de connexité avec les premières prétentions ou la partie adverse y consent ; elle repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux[2181].

ab. La connexité

801 La condition relative au lien de *connexité* suppose à notre avis que les prétentions relèvent du même complexe de faits ou aient un fondement juridique identique ou semblable[2182], l'idée étant de respecter le plus largement possible le principe d'économie de procédure et d'éviter l'ouverture d'un second procès.

ac. L'identité du type de procédure applicable

802 La condition liée au fait que la prétention nouvelle ou modifiée soit soumise à la *même procédure* que la conclusion initiale signifie que le type de procédure ne peut pas changer en cours de procès. Autrement dit, si celui-ci est soumis à la

---

[2181] Sur cette notion, cf. infra N 811 ss.

[2182] BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 11 ss ad art. 227 CPC et N 4 ad art. 230 CPC ; LEUENBERGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 18 ss ad art. 227 CPC. Comp. en matière de for de la demande reconventionnelle ou du cumul objectif, supra N 108 et 116.

procédure ordinaire (prétention supérieure à 30'000 francs) et qu'une nouvelle prétention, de moins de 30'000 francs, est introduite, la procédure ordinaire demeure applicable, puisque celle-ci se détermine en fonction de l'addition des valeurs litigieuses (art. 93 al. 1 CPC)[2183] ; en revanche, si la première prétention se monte par exemple à 12'000 francs (procédure simplifiée) et la seconde à 20'000 francs, la procédure ordinaire devient applicable (valeur litigieuse totale de 32'000 francs), de sorte que la modification de la demande est impossible. En résumé, cela signifie que lorsque les prétentions introduites en premier lieu sont inférieures à 30'000 francs et que la procédure simplifiée s'applique, elles ne peuvent être augmentées ou une nouvelle prétention ne peut être réclamée que si les valeurs litigieuses additionnées ne dépassent pas 30'000 francs[2184].

Par exemple, le travailleur se fait licencier alors qu'une procédure à l'encontre de son employeur, concernant la réclamation d'heures supplémentaires à hauteur de 32'000 francs, est pendante ; il peut introduire dans le cadre de la même procédure une nouvelle prétention en lien avec le congé intervenu entre-temps[2185], telle que le paiement d'une indemnité pour licenciement abusif, puisque l'application de la procédure ordinaire est maintenue dans tous les cas, peu importe le montant réclamé en second lieu. En revanche, si la prétention relative aux heures supplémentaires se monte à 12'000 francs (application de la procédure simplifiée) et que la prétention liée au licenciement dépasse 18'000 francs (application de la procédure ordinaire vu l'addition des valeurs litigieuses), une procédure séparée doit être introduite.

De même, si les prétentions du demandeur se montent à 30'000 francs, il ne peut jamais prétendre par la suite à l'établissement d'un certificat de travail, la valeur litigieuse du procès se voyant augmenter et dépasser le seuil d'application de la procédure simplifiée[2186].

803 Peu importe que les créances soient réclamées ultérieurement au motif qu'elles ne sont devenues *exigibles* qu'en cours de procès[2187], si elles ont pour effet de faire porter la valeur litigieuse à un montant supérieur à 30'000 francs. Le demandeur n'est pas pénalisé par cette règle puisqu'une action partielle, proprement comme improprement dite, est ouverte et qu'il peut faire valoir ses prétentions nouvellement exigibles dans le cadre d'une procédure distincte[2188]. De même, si le demandeur réclame la réparation de son *dommage* et que celui-ci *s'accroît* en cours de procès[2189], ses conclusions ne peuvent être adaptées que si elles n'entraînent pas un changement de procédure applicable, sans quoi elles doivent faire l'objet d'une demande séparée. Dans tous les cas, le demandeur peut « estimer » à l'avance le montant total qui pourra vraisemblablement être

[2183] Sur le cumul objectif d'actions, cf. supra N 444 ss.
[2184] BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 20 ad art. 227 CPC ; LEUENBERGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 15 ad art. 227 CPC.
[2185] Comp. Ch. rec. VD du 10.1.1996, JdT 1998 III 59, c. 3.
[2186] La prétention en délivrance d'un certificat de travail a une valeur en argent, cf. supra N 169 ss.
[2187] Cf. également infra N 807.
[2188] Cf. supra N 407 ss.
[2189] Cf. également infra N 808.

réclamé et, si celui-ci dépasse 30'000 francs, prendre d'entrée de cause des conclusions supérieures à ce montant afin que le procès soit soumis à la procédure ordinaire et que l'augmentation de ses conclusions ne soit pas limitée.

Ainsi, lorsque le travailleur réclame le paiement de trois mois de salaire à raison de 21'000 francs et que de nouvelles prétentions salariales deviennent exigibles durant le procès, celles-ci ne peuvent en tout cas pas dépasser 9'000 francs. Lorsque le demandeur peut s'attendre à ce que plusieurs salaires deviennent exigibles en cours de procès et que le montant total dépasse *in fine* le seuil de 30'000 francs, ses conclusions devraient d'emblée dépasser ce montant.

804 Si la procédure simplifiée est applicable en raison de la *nature de la prétention* invoquée, une prétention nouvelle peut être réclamée pour autant qu'elle ne dépasse pas 30'000 francs, c'est-à-dire qu'elle soit soumise à la procédure simplifiée également[2190]. L'addition des valeurs litigieuses n'est en pareil cas plus déterminante pour fixer le type de procédure applicable, puisque les premières prétentions invoquées sont de toute manière soumises à la procédure simplifiée.

Par exemple, le travailleur réclame une indemnité pour congé discriminatoire à raison de sexe (art. 3 et 9 LEg) ; la procédure simplifiée est applicable quelle que soit la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 lit. a CPC). Si, avant les débats principaux, l'employé déclare réclamer également le paiement de ses heures supplémentaires ainsi que de son solde du droit aux vacances, le montant qui peut être invoqué à ce titre doit être égal ou inférieur à 30'000 francs. Peu importe en revanche le montant de la prétention fondée sur la LEg, puisqu'il ne doit pas être additionné à celui des prétentions nouvelles pour déterminer le type de procédure applicable.

ad. La compétence matérielle et locale du tribunal

805 Lorsque la prétention nouvelle ou modifiée entraîne une valeur litigieuse dépassant la *compétence matérielle* du tribunal saisi, la cause doit être transmise au tribunal nouvellement compétent (art. 227 al. 2 et 230 al. 2 CPC). Le tribunal doit cependant s'assurer que la prétention nouvelle ne viole pas un for impératif ou semi-impératif ou une compétence exclusive d'un tribunal à raison de la matière[2191].

Ainsi, en cas de contrat mixte présentant des aspects de bail et de travail, le bailleur qui réclame le paiement des loyers ne peut pas introduire une nouvelle prétention en réparation du dommage subi du fait de l'activité de l'employé-locataire dans le cadre de son activité professionnelle (art. 321e CO), si le canton dans lequel l'action est pendante connaît des tribunaux du travail exclusivement compétents dans ce domaine.

[2190] Cf. supra N 448.
[2191] BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, N 21 s. ad art. 227 CPC et N 10 ad art. 230 CPC.

b. Entre la procédure de conciliation et celle au fond

806 Lorsque le demandeur entend augmenter le montant de ses prétentions *entre la procédure de conciliation et celle au fond*, il peut le faire s'il existe un lien de connexité entre les nouvelles prétentions et celles introduites dans le cadre de la procédure de conciliation ou si le défendeur l'y autorise (art. 227 lit. a et b CPC par analogie)[2192]. En revanche, peu importe que le même type de procédure soit applicable entre les diverses prétentions, puisque celui-ci n'a pas encore été fixé[2193]. Un cumul de différents types de procédure n'est en effet pas à craindre.

Par exemple, la procédure de conciliation porte sur des prétentions en heures supplémentaires à hauteur de 25'000 francs. Lors du dépôt de sa demande au fond, le demandeur peut les augmenter à 32'000 francs s'il réclame en sus 7'000 francs à titre de vacances non prises. Peu importe que l'augmentation des conclusions ait pour effet de faire passer le procès de la procédure simplifiée à la procédure ordinaire.

c. Cas d'application

807 Une augmentation de conclusions peut avoir lieu en cours de procédure lorsque de nouvelles créances deviennent *exigibles*. Ainsi, si le travailleur réclame le paiement de son *salaire* qui n'est plus versé par son employeur, il est vraisemblable que les salaires ultérieurs ne le seront pas non plus, de sorte qu'à la fin de chaque mois, une nouvelle prétention salariale devient exigible (art. 323 CO). Il peut en aller de même lorsque l'employé réclame le paiement d'une *provision* alors qu'une nouvelle affaire y donnant droit est conclue en cours de procès (art. 322b CO). De même si une *participation au résultat* de l'exploitation est réclamée par l'employé (art. 322a CO) et que le procès est encore pendant lors du nouveau bouclement des comptes de la société.

808 Le demandeur sera également tenté d'augmenter le montant de ses conclusions lorsqu'il réclame la réparation de son *dommage* et que celui-ci s'accroît encore en cours de procédure, par exemple parce que le travailleur continue d'exercer une activité en violation de la clause de *prohibition de faire concurrence* (art. 340b al. 1 CO) ou si les actes constitutifs du *harcèlement psychologique* dont se plaint l'employé sont toujours pendants (art. 328 CO).

809 Les prétentions du demandeur peuvent aussi être augmentées ou nouvellement introduites dans l'hypothèse où la partie s'adjoint les services d'un *mandataire professionnel* alors que le procès est déjà pendant, et qu'elle apprend à cette occasion seulement qu'elle dispose de prétentions plus larges encore que celles qu'elle a réclamées jusque-là.

[2192] BOHNET (RDS), 265.
[2193] BOHNET (RDS), 266.

2. La diminution des conclusions

810 Les conditions posées aux art. 227 al. 1 et 230 al. 1 CPC ne concernent que l'augmentation des conclusions ou l'introduction de prétentions nouvelles[2194]. Le demandeur peut ainsi *diminuer* ses conclusions *en tout état de cause* et le tribunal saisi demeure matériellement compétent, peu importe le changement éventuel de valeur litigieuse (art. 227 al. 3 et 230 al. 2 CPC). De même, le type de procédure applicable demeure le même[2195], afin notamment de ne pas compliquer le déroulement du procès. On voit mal qu'un procès entamé selon les règles de la procédure ordinaire soit subitement soumis à la procédure simplifiée et que le tribunal doive appliquer la maxime inquisitoire sociale, partant amener les parties à fournir tous les faits et moyens de preuve pertinents, alors que la diminution des prétentions a eu lieu une fois la phase d'instruction terminée. Toutefois, lorsque le demandeur diminue le montant de ses prétentions *entre la procédure de conciliation et celle au fond*, le tribunal compétent matériellement ainsi que le type de procédure applicable se déterminent en fonction du nouveau montant réclamé. S'agissant enfin des frais, ils doivent dans tous les cas être calculés sur la base du montant diminué[2196].

Par exemple, le travailleur réclame 32'000 francs, dont 12'000 francs à titre d'heures supplémentaires et 20'000 francs à titre d'indemnité pour licenciement abusif ; la valeur litigieuse dépassant 30'000 francs, la procédure ordinaire s'applique ; en cours de procédure, l'employé se rend compte qu'il ne parviendra pas à prouver le caractère abusif du congé, au vu notamment des arguments avancés par l'employeur pour justifier le licenciement, et décide d'abandonner cette conclusion, de sorte que la valeur litigieuse ne se monte plus qu'à 12'000 francs ; la procédure ordinaire demeure néanmoins applicable. En revanche, si la diminution des conclusions a lieu entre la procédure de conciliation et celle au fond, la procédure simplifiée est alors applicable.

Si, au cours d'une procédure en paiement de salaires introduite par l'employé, la caisse de chômage se subroge à une partie de ses droits (art. 29 LACI), le travailleur a intérêt à réduire le montant réclamé à concurrence de la subrogation, afin de ne pas devoir supporter une partie des frais, mais sans que cela ait d'effet quant au type de procédure applicable ou de compétence matérielle du tribunal.

Le travailleur peut également diminuer la conclusion qu'il a prise en paiement de salaires dus jusqu'au terme ordinaire de congé au sens de l'art. 337c al. 1 CO, lorsqu'il retrouve en cours de procès un emploi, partant que le montant de ses nouveaux revenus doit être déduit de sa prétention salariale (art. 337c al. 2 CO).

2194 HALDY (2009), 58.
2195 Cf. supra N 151.
2196 Cf. supra N 495.

§ 61 Les faits et moyens de preuve nouveaux (« nova »)

1. En principe

811 Des faits ou moyens de preuve nouveaux peuvent toujours être invoqués *jusqu'aux débats principaux*[2197]. En revanche, dès l'ouverture de ceux-ci, ils sont admis restrictivement aux conditions cumulatives suivantes (art. 229 al. 1 CPC) : d'une part, le fait ou le moyen de preuve est invoqué immédiatement dès son avènement ou sa prise de connaissance par la partie qui s'en prévaut et, d'autre part, il s'agit d'un nova proprement ou improprement dit.

812 Selon l'art. 229 al. 1 lit. a CPC, il y a *nova proprement dit* lorsque le fait ou le moyen de preuve est postérieur à l'échange d'écritures ou à la dernière audience d'instruction ou a été découvert postérieurement[2198].

Ainsi, lorsque, après la clôture de l'échange d'écritures ou des débats d'instruction, l'employé retrouve un nouvel emploi et touche un gain qui doit être retranché du montant éventuellement dû à titre de salaire jusqu'au terme ordinaire de congé (art. 337c al. 2 CO), l'employeur peut l'invoquer devant le tribunal. Il en va de même si, en cours de procédure, l'employé apprend l'existence d'un témoin qui aurait assisté à la scène ayant entraîné son licenciement, alors qu'il l'ignorait jusque-là.

813 Il y a *nova improprement dit* lorsque le fait ou le moyen de preuve existait avant la clôture de l'échange d'écritures ou de la dernière audience d'instruction et était connu de la partie mais ne pouvait être invoqué antérieurement bien que celle-ci ait fait preuve de toute la diligence requise (art. 229 al. 1 lit. b CPC)[2199].

Par exemple, la partie produit une pièce qu'elle avait égarée ou elle invoque l'audition d'un témoin qui lui avait auparavant indiqué qu'il se prévaudrait de son droit de refuser de collaborer (art. 165-166 CPC) et qui déclare finalement y renoncer[2200]. Ne fait en revanche pas preuve de toute la diligence requise la partie qui invoque un fait dont elle connaissait l'existence dès le début de la procédure mais avait renoncé à l'invoquer alors qu'elle ne pouvait ignorer qu'il serait pertinent pour la résolution de la cause[2201]. En revanche, s'il lui était impossible de prévoir la pertinence du fait dans le cadre de la résolution du litige, un manque de diligence ne saurait lui être reproché.

2197 GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 229 CPC ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 144.

2198 BOHNET (Plaidoyer), 34 s. ; LEUENBERGER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 5 ad art. 229 CPC.

2199 BOHNET (Plaidoyer), 34 s. ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 145.

2200 Comp. TF du 7.11.2006, 4C.111/2006, RSPC 2007 300 ; BOHNET (RDS), 303 n. 669, (2010) N 178, ainsi que (Plaidoyer), 35.

2201 Comp. TF du 2.12.2008, 4A_291/2008, c. 1.3, DTA 2009 42 : le litige portait sur la contestation de la compensation, par l'employeur, de montants sur le salaire du travailleur ; celui-ci ne pouvait pas invoquer dans un recours uniquement que son salaire n'était pas saisissable, partant que la compensation n'était dans tous les cas pas possible (art. 323b al. 2 CO), puisqu'il devait connaître le caractère non saisissable de son salaire et son incidence sur la procédure introduite dès le début du procès.

814 L'art. 229 CPC impose que le fait ou le moyen de preuve nouveau soit avancé *sans retard*. Un délai de dix jours dès sa survenance ou dès qu'il est porté à la connaissance de la partie qui s'en prévaut paraît raisonnable[2202]. Le fait ou le moyen de preuve peut être invoqué par le biais d'un acte adressé au tribunal (art. 130 ss CPC) ou à l'audience, par inscription au procès-verbal (art. 235 al. 1 lit. d CPC). En cas de faits qui se succèdent de façon répétée au cours du procès, il faut admettre avec BOHNET que ceux-ci soient invoqués « en bloc » avant la clôture de l'instruction[2203], dans un souci de simplification du procès.

815 En résumé, des faits ou moyens de preuve postérieurs ou découverts postérieurement ou dont la partie connaissait l'existence antérieurement mais qu'elle ne pouvait invoquer malgré toute sa diligence peuvent toujours être avancés s'ils le sont immédiatement. En outre, lorsqu'il n'y a eu *ni second échange d'écritures ni débats d'instruction*, des faits et moyens de preuve nouveaux, antérieurs ou postérieurs, peuvent être invoqués sans restriction lors de l'ouverture des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC), c'est-à-dire immédiatement au début de l'audience des premières plaidoiries, afin que le droit de réplique des parties soit respecté[2204].

2. En cas d'application de la maxime inquisitoire sociale

816 Lorsque s'applique la procédure simplifiée et la *maxime inquisitoire sociale* (art. 247 al. 2 CPC), les faits et moyens de preuve nouveaux peuvent être invoqués jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC). Une production tardive de preuves peut cependant être sanctionnée par le fait que les frais seront supportés par la partie retardataire[2205], si celle-ci a manifestement agi de mauvaise foi (art. 108 et 115 CPC), par exemple parce qu'elle a sciemment attendu que le procès soit bien avancé avant de se prévaloir de la mesure.

2202 LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 330 N 11.110.
2203 BOHNET (2010), N 179, ainsi que (Plaidoyer), 35.
2204 GASSER/RICKLI, N 7 ad art. 229 CPC ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 146 ; MEIER (2010), 344.
2205 CHAIX (2010), 131 N 42 ; Message CPC, 6949 ad art. 224 à 230 P-CPC.

Chapitre XXV :
La décision du tribunal

§ 62 Les délibérations, le dispositif et la motivation

1. Les délibérations et la décision

817 Lorsque la cause est en état d'être jugée, quant à sa recevabilité ou au fond, le tribunal met fin au litige par une décision *finale* (art. 236 al. 1 CPC). Lorsque le tribunal ne statue que sur une partie de l'objet du litige, il rend une décision *partielle* qui constitue elle aussi une décision finale[2206]. Il peut également rendre, en cours de procédure, une décision *incidente* lorsque l'instance de recours pourrait rendre une décision contraire mettant fin au procès (art. 237 al. 1 CPC) ; on pense notamment à une décision relative à une condition de recevabilité de la demande[2207] ou à la question de la prescription de la créance invoquée[2208], lorsque respectivement le tribunal admet que la condition de recevabilité est remplie – par exemple sa compétence à raison du lieu – ou nie le caractère prescrit de la créance. Une décision contraire de l'autorité de recours permettrait en effet de mettre un terme au litige devant le tribunal saisi, partant de constituer une économie de procédure et de frais. Si elle est contestée, la décision incidente doit faire l'objet d'un recours immédiat (appel, art. 308 al. 1 lit. a CPC ; recours, art. 319 lit. a CPC) et ne peut plus être contestée dans le cadre du recours contre la décision finale (art. 237 al. 2 CPC).

818 Il appartient au droit cantonal de déterminer si les *délibérations* du tribunal sont publiques ou non (art. 54 al. 2 CPC). A défaut de règle cantonale, il faut admettre qu'elles le sont, par analogie avec l'art. 54 al. 1 CPC[2209].

2. Le dispositif et la motivation

819 Le dispositif peut être communiqué aux parties soit directement à l'audience, sous forme écrite accompagnée d'une motivation orale sommaire, soit ultérieurement par notification (art. 239 al. 1 CPC). Le tribunal a ainsi *le choix*

2206 D. STAEHELIN (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 13 ad art. 236 CPC ; Message CPC, 6951 ad art. 232 à 236 P-CPC ; comp. : ATF 135 III 212, c. 1.2.1 ; 133 III 629, c. 2.1 ; CORBOZ (2006), 323.

2207 D. STAEHELIN (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 5 ad art. 237 CPC. Cf. supra N 264.

2208 D. STAEHELIN (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 5 ad art. 237 CPC ; Message CPC, 6951 ad art. 232 à 236 P-CPC.

2209 Le P-CPC prévoyait d'ailleurs de manière générale la publicité des délibérations, sans réserver de compétence aux cantons sur ce point, voir art. 52 al. 1 P-CPC.

de rendre un jugement oral ou écrit quel que soit le type de procédure applicable, le droit cantonal ne pouvant restreindre cette possibilité qui relève du droit fédéral[2210].

820 Dans tous les cas, la motivation écrite[2211] peut être réclamée[2212] par l'une ou l'autre partie dans les dix jours dès la communication de la décision ; le délai débute soit le jour de l'audience au cours de laquelle le dispositif a été communiqué (art. 239 al. 1 lit. a CPC), soit, en cas de notification, le jour de la remise effective au destinataire, à l'un de ses employés ou à une personne de 16 ans au moins vivant dans le ménage commun (art. 138 al. 2 CPC), cas échéant le jour du refus de réceptionner le pli (art. 138 al. 3 lit. b CPC) ou de l'expiration du délai de sept jours dès l'échec de la tentative de remise de l'envoi recommandé (art. 138 al. 3 lit. a CPC). Le dépôt d'un appel ou d'un recours dans ce même délai de dix jours devrait également valoir demande de motivation[2213]. Lorsque la motivation n'est pas demandée, cas échéant qu'un appel ou un recours n'est pas déposé, dans le délai de dix jours, les parties sont déchues d'une part du droit de réclamer la motivation et, d'autre part, de déposer un appel ou un recours (art. 239 al. 2 CPC).

821 La motivation n'implique pas que le tribunal expose et discute tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties ; il peut se limiter à ceux qui apparaissent pertinents pour le règlement de la cause, l'idée étant que le justiciable puisse comprendre et exercer ses droits de recours à bon escient[2214].

Par exemple, lorsque le litige porte sur un prétendu licenciement abusif, le tribunal doit motiver sa décision en fonction du ou des motifs réels de congé qu'il retient en précisant les éléments de preuve sur lesquels il se fonde. Il n'a en revanche pas à discuter chaque motif invoqué par les parties pour justifier ou contester le licenciement[2215].

2210 TAPPY (2008), 212 et la n. 122.

2211 Le droit à la motivation d'une décision découle de celui d'être entendu au sens des art. 14 par. 1 Pacte ONU II, 6 par. 1 CEDH, 29 al. 2 Cst. et 53 CPC, voir ATF 134 I 83, c. 4.1 et TF du 18.12.2008, 4A_407/2008, c. 2.1.

2212 La requête de motivation n'est soumise à aucune exigence formelle autre que celles posées à l'art. 130 CPC (support papier ou électronique, avec signature) et n'a pas besoin d'être motivée ; elle peut par exemple prendre la forme d'une simple lettre. Voir TAPPY (2008), 212 n. 125.

2213 D. STAEHELIN (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 31 ad art. 239 CPC. Comp. également art. 235 al. 2 lit. b P-CPC. Le texte de l'art. 235 al. 2 P-CPC a été mofidié par le Conseil des Etats pour le faire correspondre aux nouveaux délais de 30 jours – et non plus de 10 jours – pour déposer un appel ou un recours au sens des art. 307 P-CPC et 319 P-CPC (actuels art. 311 et 321 CPC).

2214 ATF 135 III 513, c. 3.6.5 ; 134 I 83, c. 4.1 ; TF du 7.10.2010, 4A_408/2010, c. 2.1 (destiné à la publication) ; TF du 18.12.2008, 4A_407/2008, c. 2.1 ; BSK ZPO-OBERHAMMER, N 12 s. ad art. 239 CPC ; GASSER/RICKLI, N 5 ad art. 239 CPC.

2215 Voir par exemple TF du 18.12.2008, 4A_407/2008, c. 2.2 : « la recourante pouvait aisément comprendre, à la lecture des considérants 2b et c du jugement attaqué, que, pour la cour cantonale, le licenciement était motivé uniquement par la volonté manifestée par l'intimé d'exercer pleinement son rôle de directrice, avec un cahier des charges précis ».

3. Le cas particulier de la décision portant sur des prétentions salariales

822 Lorsque la décision porte sur l'allocation de prétentions salariales, la question se pose de savoir si le montant doit être alloué en *brut* ou en *net*. A l'instar du demandeur qui doit prendre des conclusions salariales en valeur brute[2216], le tribunal doit allouer le montant selon cette même valeur[2217]. Cela permet de vérifier que l'employeur ne manque pas à son obligation de verser la part salariale aux institutions d'assurances[2218]. En cas d'exécution de la décision, le créancier doit indiquer le montant brut et il appartient à l'employeur de prouver la somme qui a été versée au titre de déductions sociales[2219]. Si la preuve n'est pas faite, le montant qui doit être exécuté est le montant après déduction de la part des cotisations sociales *légales* à la charge du travailleur[2220]. L'employeur peut de son côté agir par la suite en répétition de la somme qui aurait été versée à double (art. 86 LP)[2221]. La motivation de la décision devrait définir de manière précise les déductions concernées et leur pourcentage[2222], afin d'éviter un litige ultérieur entre les parties sur ce point. Dans tous les cas, l'allocation d'un montant net pose problème puisque le tribunal n'est pas autorisé à condamner en parallèle l'employeur à verser les déductions aux institutions concernées, qui ne sont pas parties à la procédure[2223]. Lorsque le dispositif ne précise pas si le

---

2216 Cf. supra N 159 s.

2217 CCass. NE du 21.4.1995, RJN 1995 71, JAR 1997 140, c. 3 ; OGer TG du 14.3.1989, RSJ 87 (1991) 87, JAR 1991 132, c. 2 ; Ch. rec. VD du 8.12.1987, cité par FAVRE/MUNOZ/TOBLER, N 1.15 ad art. 322 CO ; SENTI, 229. Comp. également TF du 8.4.1997, 4C.319/1995, c. 2b/aa, cité in TF du 7.12.2009, 5A_441/2009, c. 2.3, RSPC 2010 153, ainsi que TF du 16.12.2002, 5P.364/2002, c. 2.1.2 : « Le fait que le jugement dont se prévaut la pousuivante emporte condamnation à payer un montant brut, sous déduction des cotisations sociales – procédé par ailleurs courant (...) ». *Contra* : KGer GR du 24.10.1990, JAR 1992 201, PKG 1990 N 21, c. 3, qui retient un montant net pour des motifs de commodité en cas d'exécution forcée par le travailleur.

2218 OGer TG du 14.3.1989, RSJ 87 (1991) 87, JAR 1991 132, c. 2.

2219 CCass. NE du 21.4.1995, RJN 1995 71, JAR 1997 140, c. 3 ; BK-REHBINDER, N 13 ad art. 343 CO ; SENTI, 229 : « Der Schuldner wird zur Zahlung verpflichtet, soweit er nicht nachweist, dass die Lohnabzüge bereits bezahlt sind ». *Contra* : TC TI du 17.6.1986, REP 1987 242, c. 3 ; BERSIER (1982), 302 N 6, selon lequel « le travailleur créancier qui veut faire exécuter un tel jugement devra donc déterminer les cotisations d'assurances sociales à déduire pour établir une réquisition de poursuite, le cas échéant avec l'aide de l'office. Cela n'est pas sans inconvénient pour lui ». La question a été laissée ouverte dans l'arrêt du TF du 7.12.2009, 5A_441/2009, c. 2.3, RSPC 2010 153.

2220 WYLER (2008), 179.

2221 SENTI, 229.

2222 SENTI, 229.

2223 OGer AG du 21.9.1999, AGVE 1999 40 N 5 ; OGer TG du 14.3.1989, RSJ 87 (1991) 87, JAR 1991 132, c. 2.

montant alloué l'est en net ou en brut, il faut présumer qu'il s'agit d'un montant brut[2224].

823 Le dispositif allouant des prétentions salariales peut par exemple prendre les formes respectives suivantes :

Le Tribunal :

I. Condamne X SA à payer à Y un montant brut de fr. […], dont à déduire les charges sociales légales et conventionnelles, avec intérêt à 5% l'an dès le […].

Ou :

I. Condamne X SA à payer à Y un montant brut de fr. […], sous déduction de fr. […] de cotisations AVS/AI, APG, AC et de prévoyance professionnelle, avec intérêt à 5% l'an dès le […].

Ou encore, si le tribunal retient une valeur nette :

I. Condamne X SA à payer à Y un montant net de fr. […], avec intérêt à 5% l'an dès le […].

[2224] TF du 20.6.2003, 4C.136/2002, c. 2.4, JAR 2004 267.

CINQUIEME PARTIE
LES VOIES DE RECOURS

Chapitre XXVI :
Les voies de recours cantonales

824 Le Code institue deux voies permettant à une partie de recourir contre une décision : l'appel (art. 308 ss CPC) et le recours (art. 319 ss CPC). Ceux-ci se distinguent essentiellement par leur caractère principal ou subsidiaire ainsi que par le pouvoir d'examen du juge. Le CPC ouvre encore la voie à la révision (art. 328 ss CPC) et à l'interprétation ou la rectification (art. 334 CPC) d'une décision, qui constituent des moyens de droit extraordinaires[2225].

§ 63 L'appel

1. Les décisions attaquables

825 L'appel est la voie de recours ordinaire. Selon l'art. 308 al. 1 CPC, il est recevable à l'égard de toutes les décisions finales et incidentes de première instance au sens des art. 236 et 237 CPC[2226], ainsi qu'à l'encontre des décisions de première instance sur les mesures provisionnelles au sens de l'art. 261 CPC[2227]. Peu importe que la décision soit une décision au fond ou d'irrecevabilité, qu'elle ait été rendue en procédure ordinaire, simplifiée ou sommaire, ou qu'elle relève de la procédure contentieuse ou gracieuse[2228].

Est par exemple sujette à appel la décision incidente du tribunal se déclarant compétent à raison du lieu ou celle admettant la prescription de la créance, rendue sur la base de

---

[2225] Message CPC, 6976.

[2226] BSK ZPO-SPÜHLER, N 2 ad art. 308 CPC ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 192 s. ; JEANDIN (2008), 339 s. ; LEUENBERGER (Rechtsmittel), 333 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 392 N 12.37 ; Message CPC, 6978 ad art. 304 et 305 P-CPC ; RÉTORNAZ, 355 ss N 11 ss et 359 ss N 26 ss. Il s'agit par conséquent de décisions mettant fin à l'instance ou dont la décision contraire de l'autorité de recours est susceptible d'y mettre fin, cf. supra N 817. Voir également art. 319 CPC *a contrario*.

[2227] Mais non à l'encontre des mesures superprovisionnelles, cf. art. 265 CPC et supra N 477 et les réf. en n. 1266. Voir également BSK ZPO-SPRECHER, N 32 ad art. 265 CPC ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 192 ; JEANDIN (2008), 340.

[2228] BSK ZPO-SPÜHLER, N 4 ad art. 308 CPC ; Message CPC, 6977 s. ad art. 304 et 305 P-CPC.

l'art. 237 CPC[2229]. De même en cas de décision du tribunal déclarant la demande irrecevable faute pour une condition de recevabilité d'être réalisée telle que le respect d'un for partiellement impératif ou de la compétence matérielle exclusive d'un tribunal.

826 L'art. 309 CPC réserve certaines exceptions dans lesquelles l'appel est irrecevable, par exemple à l'encontre des décisions rendues par le tribunal d'exécution. D'autres dispositions du Code ferment encore expressément la voie de l'appel et ouvrent celle du recours uniquement[2230].

827 Lorsque la cause est de nature patrimoniale, une *valeur litigieuse minimale* de 10'000 francs doit être atteinte (art. 308 al. 2 CPC). Celle-ci doit être réalisée peu importe que l'appel concerne une décision finale ou incidente ou une décision de mesures provisionnelles[2231]. Elle se calcule en fonction du montant qui était encore litigieux au moment de la décision de première instance[2232].

L'employé a par exemple introduit une demande visant au paiement de 16'000 francs à titre d'heures supplémentaires ainsi qu'à l'établissement d'un certificat de travail ; il a estimé la valeur litigieuse totale de ses prétentions à 21'000 francs ; les parties se sont entendues, en cours de procédure, sur la délivrance et le contenu du certificat de travail, de sorte que le demandeur a retiré cette prétention ; le tribunal de première instance s'est par conséquent uniquement prononcé sur la question des heures supplémentaires et a alloué 9'000 francs au travailleur ; l'appel contre cette décision est ouvert, vu la valeur litigieuse de 16'000 francs.

2. Les motifs invocables

828 Aux termes de l'art. 310 CPC, l'appel peut être formé pour violation du droit ou constatation inexacte des faits. L'appelant peut invoquer la violation du droit fédéral, cantonal ou étranger, privé ou public, matériel ou procédural[2233], y compris l'inopportunité[2234].

Ainsi, si le tribunal de première instance a rendu une décision d'irrecevabilité pour incompétence ratione loci ou materiae, l'appelant peut invoquer la violation respectivement de l'art. 34 CPC ou des règles d'organisation judiciaire cantonales applicables et invoquer que le tribunal saisi était compétent.

2229 Cf. supra N 264.

2230 Par exemple les art. 103, 110, 121, 126 al. 2 ou encore 127 al. 2 CPC. Cf. infra N 841.

2231 BSK ZPO-SPÜHLER, N 7 ad art. 308 CPC ; JEANDIN (2008), 341 ; LEUENBERGER (Rechtsmittel), 334 ; Message CPC, 6978 ad art. 304 et 305 P-CPC ; RÉTORNAZ, 363 N 39 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 437 N 13.

2232 L'art. 308 al. 1 CPC parle en effet de « valeur litigieuse au dernier état des conclusions ». Voir également JEANDIN (2008), 341 : « la valeur litigieuse se détermine en fonction des conclusions restées litigieuses avant que le tribunal de première instance ne tranche » ; REETZ/THEILER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 39 ad art. 308 CPC ; RÉTORNAZ, 363 N 39.

2233 BOHNET (2010), N 205 ; BSK ZPO-SPÜHLER, N 1 à 3 ad art. 310 CPC ; GASSER/RICKLI, N 2 s. ad art. 310 CPC ; LEUENBERGER (Rechtsmittel), 334 ; Message CPC, 6979 ad art. 306 P-CPC ; REETZ/THEILER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 13 ad art. 310 CPC.

2234 BOHNET (2010), N 205 ; GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 310 CPC ; comp. ATF 100 II 187, c. 1, et 81 II 410, c. 1.

3. La motivation de l'appel

829 L'appelant doit motiver la déclaration d'appel (art. 311 al. 1 CPC) en indiquant d'une part les points de la décision attaquée qu'il conteste et, d'autre part, les motifs de fait ou de droit qu'il invoque. Des conclusions formelles ne sont pas indispensables et ne peuvent en particulier pas entraîner l'irrecevabilité de l'appel si elles ressortent de la motivation de l'appel ou de la décision attaquée[2235].

Par exemple, un employé ouvre action contre son employeur en paiement de 12'000 francs à titre d'heures supplémentaires et de 40'000 francs à titre de salaire pour résiliation en temps inopportun ; le tribunal de première instance accorde le montant relatif aux heures supplémentaires mais rejette la seconde prétention ; l'employé interjette un appel, dans lequel il conclut à l'annulation de la décision en tant qu'elle concerne la fin des rapports de service et à la condamnation de l'employeur au versement de son salaire pendant la période correspondant au temps inopportun ; même s'il n'articule pas expressément le montant invoqué, il ressort clairement de l'acte d'appel mais aussi de la décision attaquée que l'appelant réclame 40'000 francs à titre de salaire pour résiliation du contrat en temps inopportun[2236].

4. L'appel joint

830 Aux termes de l'art. 313 CPC, la partie adverse peut former un appel joint dans sa réponse, sauf lorsque la décision a été rendue en procédure sommaire (art. 314 al. 2 CPC). Cette possibilité est un moyen efficace pour la partie adverse de se défendre, puisqu'elle signifie que la décision attaquée pourra être modifiée au détriment de l'appelant (*reformatio in pejus*[2237]) et qu'elle peut par conséquent amener celui-ci à retirer son acte, ce d'autant plus que l'appel joint n'est pas limité à l'objet de l'appel[2238]. Cette voie sera fréquemment utilisée lorsque le défendeur a fait valoir des conclusions reconventionnelles dans la procédure faisant l'objet de l'appel.

Prenons l'hypothèse suivante : dans la procédure de première instance, le travailleur prétend au paiement d'une indemnité pour licenciement abusif de 30'000 francs, alors que l'employeur conclut reconventionnellement au versement de 12'000 francs à titre de réparation du préjudice subi ; le tribunal alloue au demandeur 18'000 francs et rejette les prétentions reconventionnelles ; l'employé forme appel et conclut à la condamnation de l'employeur à un montant de 30'000 francs ; l'employeur peut de son côté interjeter un appel joint et conclure à libération des prétentions du demandeur ainsi qu'à la condamnation de celui-ci au paiement de 12'000 francs à titre de réparation du préjudice subi.

[2235] Comp. ATF 134 III 235, c. 2.
[2236] Comp. TF du 15.6.2009, 4A_165/2009, c. 2.1.
[2237] Cette institution n'est admissible que lorsque la partie adverse a formé un appel joint, cf. infra N 831.
[2238] Message CPC, 6981 ad art. 309 et 310 P-CPC.

5. L'interdiction de la *reformatio in pejus*

831 L'interdiction de la *reformatio in pejus*[2239] est admise par la doctrine et la jurisprudence chaque fois que la procédure civile prévoit la possibilité pour la partie adverse de former un appel joint[2240]. Tel est le cas du CPC, qui ouvre la voie de l'appel joint à l'art. 313[2241]. L'interdiction de la *reformatio in pejus* signifie par conséquent que l'autorité d'appel ne peut jamais modifier la décision attaquée au détriment de la partie qui recourt, sauf si la partie adverse a interjeté un appel joint[2242].

Ainsi, si l'on reprend l'état de fait de l'exemple présenté supra au N 830, l'autorité d'appel pourrait annuler la décision de l'instance inférieure, rejeter l'entier des prétentions de l'employé et condamner celui-ci au versement de 12'000 francs en faveur de l'employeur. En revanche, si l'employeur n'avait pas interjeté un appel joint, l'autorité d'appel aurait été limitée dans sa décision, c'est-à-dire qu'elle aurait pu soit rejeter l'appel, soit allouer au travailleur un montant compris entre 18'000 et 30'000 francs.

6. L'effet suspensif

832 Le dépôt d'un appel a pour conséquence d'empêcher que la décision attaquée entre en force[2243], vu l'effet suspensif que lui octroie l'art. 315 CPC. Cet effet ne vaut que dans la mesure des conclusions prises en appel (al. 1 *i.f.*). Il ne concerne par ailleurs pas les décisions sur mesures provisionnelles (al. 4 lit. b), sauf préjudice difficilement réparable pour la partie concernée (al. 5).

Lorsque l'employé se voit condamné par mesures provisionnelles à cesser son activité qui viole la clause de prohibition de faire concurrence conclue avec son ex-employeur et qu'il forme appel contre cette décision, l'autorité d'appel peut suspendre l'effet exécutoire de la mesure si le travailleur démontre un risque de subir un préjudice difficilement réparable, tel que la perte de son emploi actuel sans possibilité d'en retrouver un semblable par la suite.

833 Malgré l'absence d'entrée en force de la décision, le tribunal d'appel peut accorder son exécution anticipée – ou celle d'une partie d'entre elle seulement[2244] –, en prenant au besoin des mesures conservatoires ou en ordonnant la fourniture de sûretés (art. 315 al. 2 CPC). L'exécution peut notamment être prononcée en cas de condamnation au versement d'une somme

---

[2239] La *reformatio in pejus* signifie que la décision attaquée par le recourant est modifiée par la nouvelle instance en défaveur de celui-ci. Pour plus de détails, voir EGGER, 4 s.

[2240] ATF 134 III 151, c. 3.2, JdT 2010 I 124 ; 129 III 417, c. 2.1.1, JdT 2004 I 115 ; 129 I 65, c. 2.3 ; 110 II 113, c. 3a, JdT 1986 I 103 ; TF du 24.3.2009, 4A_37/2009, c. 2, RSPC 2009 281 ; GULDENER (1979), 497 ; HOHL (Tome II), 260 N 2967 *i.f.*

[2241] Cf. supra N 830.

[2242] ATF 134 III 151, c. 3.2, JdT 2010 I 124 ; 129 III 417, c. 2.1.1, JdT 2004 I 115 ; 110 II 113, c. 3a, JdT 1986 I 103.

[2243] Cf. supra N 222.

[2244] LEUENBERGER (Rechtsmittel), 334 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 396 N 12.46 ; REETZ/HILBER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 26 ad art. 315 CPC.

d'argent et ouvrir ainsi la voie à une mainlevée définitive de l'opposition[2245], puisque l'art. 79 *i.f.* LP, prévoit que le créancier « ne peut requérir la continuation de la poursuite qu'en se fondant sur une décision exécutoire qui écarte expressément l'opposition ».

Par exemple, si l'employeur a été condamné par le tribunal de première instance à verser à l'employé son salaire jusqu'au terme ordinaire de congé et qu'il forme appel contre cette décision, l'autorité d'appel peut ordonner l'exécution anticipée de la décision, à tout le moins à concurrence d'une certaine somme, vu la nécessité pour le travailleur de toucher rapidement les montants en cause. Par conséquent, dans l'hypothèse où l'employé a entamé une poursuite à l'encontre de l'employeur et que celui-ci a fait opposition, la mainlevée de celle-ci pourra être prononcée.

7. Le déroulement de l'appel

a. La forme et le contenu des actes des parties

834 Les exigences de formes et de contenu requises pour les actes d'appel dépendent du type de procédure applicable en première instance[2246] ; autrement dit, les art. 221 et 222 CPC doivent être appliqués par analogie en procédure ordinaire, les art. 244 et 245 al. 2 CPC en procédure simplifiée et les art. 252 et 253 CPC en procédure sommaire[2247], avec la réserve toutefois que la forme écrite soit respectée, vu l'art. 311 al. 1 CPC.

b. La procédure applicable par l'autorité d'appel

835 L'autorité d'appel dispose d'une grande marge de manœuvre dans le déroulement de la procédure[2248]. Elle est libre d'ordonner un second échange d'écritures ou des débats, d'administrer des preuves ou encore de statuer sur pièces uniquement (art. 316 CPC)[2249]. En revanche, la *maxime* applicable dépend du type de procédure auquel la cause était soumise en première instance[2250]. Par conséquent, si les prétentions de droit du travail étaient inférieures ou égales à

[2245] Message CPC, 6981 ad art. 312 P-CPC.
[2246] Message CPC, 6980 ad art. 307, 308 et 311 P-CPC ; REETZ/HILBER (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 6 ad art. 316 CPC.
[2247] Cf. supra respectivement N 764 ss (procédure ordinaire), 779 ss (procédure simplifiée) et 793 s. (procédure sommaire).
[2248] Message CPC, 6981 ad art. 313 P-CPC.
[2249] BOHNET (2010), N 214 ; BSK ZPO-SPÜHLER, N 3 ad art. 316 CPC.
[2250] BSK ZPO-SPÜHLER, N 5 ad art. 316 CPC ; GASSER/RICKLI, N 4 ad art. 316 CPC ; JEANDIN (2008), 347 ; LEUENBERGER (Rechtsmittel), 334 ; Message CPC, 6982 ad art. 312 P-CPC.

30'000 francs, ou si elles relevaient de la LEg ou de la LPart, l'autorité d'appel doit appliquer la maxime inquisitoire sociale[2251].

8. Les faits et moyens de preuve nouveaux et la modification des conclusions

a. Les faits et moyens de preuve nouveaux

836 En procédure d'appel, des faits et moyens de preuve nouveaux ne peuvent être invoqués ou produits que s'ils le sont *sans retard* (art. 317 al. 1 lit. a CPC), c'est-à-dire en principe dans l'acte d'appel ou la réponse[2252] (sauf s'ils ne sont pas encore réalisés ou connus), et s'ils ne pouvaient l'être devant la première instance malgré *toute la diligence requise* (art. 317 al. 1 lit. b CPC). Autrement dit, des faits ou moyens de preuve que la partie a fautivement, par intention ou négligence, omis de présenter en première instance ne peuvent plus être invoqués en instance d'appel[2253].

L'employé réclame par exemple une indemnité pour licenciement immédiat injustifié ; le tribunal de première instance nie l'existence d'un motif injustifié et rejette les prétentions ; en appel, le travailleur réclame l'audition d'un nouveau témoin qui aurait prétendument assisté à la scène ayant mené au licenciement ; le moyen de preuve doit être rejeté dans la mesure où l'employé aurait pu faire citer ce témoin en première instance déjà s'il avait fait preuve de suffisamment de diligence.

837 Lorsque s'applique la *maxime inquisitoire sociale*, des faits ou moyens de preuve nouveaux peuvent être invoqués jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC par analogie)[2254]. La condition de la diligence posée à l'art. 317 al. 1 lit. b CPC doit cependant toujours être réalisée, au vu du devoir de collaboration des parties[2255], qui suppose que celles-ci indiquent tous les faits et moyens de preuve pertinents à la résolution de la cause en première instance déjà.

[2251] Avant l'entrée en vigueur du CPC, la maxime inquisitoire sociale déduite de l'art. 343 al. 4 CO n'était imposée qu'en première instance, de sorte que les cantons demeuraient libres de la prévoir ou non devant leurs autorités de recours, voir ATF 107 II 233, c. 3 et TF du 3.9.2009, 4A_522/2008, c. 3.3.

[2252] CHAIX (2010), 133 N 50 et 139 N 65 ; GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 317 CPC ; JEANDIN (2008), 347 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 398 N 12.53.

[2253] HOFMANN/LÜSCHER (2009), 197.Voir également supra N 813.

[2254] CHAIX (2010), 133 N 50 ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 197 ; RÉTORNAZ, 402 N 166. Comp. également l'art. 314 al. 1 P-CPC qui, sur la question des faits et moyens de preuve nouveaux en appel, renvoyait purement et simplement à l'art. 225 P-CPC (art. 229 CPC) ; JEANDIN (2008), 347 ; Message CPC, 6982 ad art. 314 P-CPC.

[2255] Cf. supra N 284.

b. La modification des conclusions

838 La modification des conclusions devant l'autorité d'appel est soumise aux conditions cumulatives suivantes (art. 317 al. 2 CPC) :

- la prétention nouvelle ou modifiée relève de la même procédure ;
- elle présente un lien de connexité avec la dernière prétention ou la partie adverse y consent ;
- elle repose sur des faits ou moyens de preuve nouveaux au sens de l'art. 317 al. 1 CPC[2256].

839 Avec JEANDIN, il faut regretter que l'introduction de prétentions nouvelles ou modifiées en procédure d'appel soit admise si largement[2257]. En effet, cela revient à permettre à l'autorité d'appel de trancher des prétentions qui n'ont pas été soumises à l'appréciation du premier juge et qui n'ont par hypothèse même pas fait l'objet de mesures d'instruction. Afin de pallier cet inconvénient, nous recommandons d'interpréter restrictivement la notion de « connexité »[2258] en ce sens que les prétentions soient de *même nature*.

Prenons l'hypothèse suivante : l'employé réclamait en première instance le paiement d'heures supplémentaires à raison de 12'000 francs ; le tribunal lui alloue sa prétention à hauteur de 8'000 francs ; à l'issue du procès, l'employeur le licencie ; le travailleur invoque un licenciement abusif au sens de l'art. 336 al. 1 lit. d CO (motif lié à l'invocation de bonne foi de prétentions découlant des rapports de travail) ; il forme appel contre la décision rendue en première instance et réclame le paiement de 12'000 francs à titre d'heures supplémentaires et de 16'000 francs à titre d'indemnité pour licenciement abusif. La nouvelle prétention, si elle est certes soumise à la même procédure (simplifiée, la valeur litigieuse étant de 28'000 francs) et qu'elle repose sur un fait nouveau – le licenciement – que la partie ne pouvait invoquer en première instance puisqu'il n'était pas encore survenu, ne remplit toutefois pas la condition de la connexité puisque les prétentions, quand bien même elles reposent sur le même fondement juridique (contrat de travail), ne sont pas de même nature (heures supplémentaires vs. indemnité pour licenciement abusif).

§ 64 Le recours

1. Les décisions attaquables

840 Le recours, qui est subsidiaire à l'appel, est ouvert contre toutes les décisions pour lesquelles celui-ci est exclu (art. 319 lit. a CPC). Il s'agit en particulier des

---

[2256] HOFMANN/LÜSCHER (2009), 197 ; Message CPC, 6982 ad art. 314 P-CPC. Sur la notion de faits et moyens de preuve nouveaux au sens de cette disposition, cf. supra N 836 s.

[2257] JEANDIN (2008), 348.

[2258] Contrairement à ce qui prévaut en cas de modification de la demande en cours de procédure de première instance, laquelle est admise plus largement, cf. supra N 801 et n. 2182.

décisions finales ou incidentes au sens des art. 236 et 237 CPC ou de mesures provisionnelles, lorsque la valeur litigieuse est inférieure à 10'000 francs (art. 308 al. 2 CPC). Le recours est ainsi la seule voie ouverte à l'égard d'une décision prise par l'autorité de conciliation au sens de l'art. 212 CPC, qui ne peut concerner que des litiges d'une valeur litigieuse inférieure à 2'000 francs.

841 Le recours est également ouvert à l'égard des décisions et ordonnances d'instruction rendues par le tribunal lorsque la loi le prévoit (art. 319 lit. b ch. 1 CPC). Tel est notamment le cas de la décision[2259] :

- rendue en matière de récusation (art. 50 al. 2 CPC) ;
- statuant sur une demande d'intervention (art. 75 al. 2 CPC) ;
- admettant l'appel en cause (art. 82 al. 4 CPC) ;
- tranchant la question des avances de frais, des sûretés, de la répartition des frais ou de l'octroi de l'assistance judiciaire (art. 103, 110 et 121 CPC) ;
- accordant la suspension de la cause (art. 126 al. 2 CPC)[2260] ;
- admettant le renvoi de l'affaire pour cause de connexité (art. 127 al. 2 CPC)[2261] ;
- statuant sur une demande de révision (art. 332 CPC) ;
- portant sur la rectification ou l'interprétation de la décision de première instance (art. 334 al. 3 CPC).

842 Le recours est aussi ouvert contre toute décision ou ordonnance d'instruction, c'est-à-dire de nature purement procédurale[2262], qui peut entraîner un préjudice difficilement réparable au recourant (art. 319 lit. b ch. 2 CPC)[2263], telle que l'ordonnance admettant l'administration d'une preuve illicite[2264]. En revanche, lorsque la loi ne le prévoit pas expressément ou que la décision ou l'ordonnance d'instruction ne risque pas de causer un préjudice difficilement réparable à l'intéressé, celui-ci ne peut l'attaquer qu'avec la décision finale. La voie du recours est enfin ouverte pour déni de justice qualifié du tribunal (art. 319 lit. c CPC ; cf. art. 6 par. 1 CEDH et 29 al. 1 *i.f.* Cst.).

2259 Pour une liste plus détaillée, voir HOFMANN/LÜSCHER (2009), 198 s., LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 401 s. N 12.63 et 12.65, ainsi que RÉTORNAZ, 367 s. N 51.

2260 Cf. supra N 535.

2261 Cf. le texte allemand qui est plus précis : « Die Überweisung ist mit Beschwerde anfechtbar ». Voir A. STAEHELIN (in SUTTER-SOMM ET AL.), N 10 ad art. 127 CPC, et HOFMANN/LÜSCHER (2009), 199 et la n. 354.

2262 JEANDIN (2008), 350 ; Message CPC, 6983 ad art. 316 P-CPC : « Ces décisions déterminent pour l'essentiel le déroulement formel et l'organisation matérielle de la procédure ».

2263 SCHÜPBACH (2005), 344 : « le recours (…) acquiert ici une fonction d'urgence qu'il est seul à pouvoir assumer ».

2264 Cf. supra N 572 s.

Le Tribunal fédéral estime ainsi que lorsque l'autorité de première instance refuse de procéder à l'audition d'un témoin qui est requise par une partie, celle-ci peut attaquer l'ordonnance sur preuves si elle démontre un risque de préjudice difficilement réparable, notamment celui que le témoin, très âgé ou gravement malade, décède ou qu'il parte à l'étranger. Il est également d'avis que lorsque la production d'une pièce est ordonnée, une partie peut s'y opposer immédiatement si elle peut démontrer que la divulgation des informations contenues dans le document en question risquerait de lui faire subir une atteinte définitive dans sa sphère privée, par exemple parce qu'il s'agit de secrets d'affaires. De même, si le tribunal refuse d'ordonner la production d'un titre, la partie peut invoquer le fait qu'elle risque de perdre un moyen de preuve décisif[2265]. Dans tous les cas, si elle ne parvient pas à démontrer un risque de préjudice difficilement réparable, elle doit soulever le moyen à l'occasion d'un appel, ou le cas échéant d'un recours, contre la décision finale.

2. Les motifs invocables

843 Les motifs soulevés dans le recours ne peuvent concerner que la violation du droit (art. 320 lit. a CPC) ou la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 lit. b CPC). Ces moyens doivent être admis uniquement s'ils peuvent avoir une influence sur le sort de la cause[2266]. La violation du droit peut être celle du droit fédéral, cantonal ou étranger, matériel ou procédural, privé ou public[2267]. Quant à la constatation inexacte des faits, elle vise l'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'appréciation des preuves ou dans l'établissement des faits[2268].

Par exemple, une décision finale allouant au travailleur un montant de 4'000 francs à titre d'heures supplémentaires fait l'objet d'un recours de la part de l'employeur, qui invoque ne jamais avoir été au courant d'heures supplémentaires effectuées par l'employé alors que le tribunal de première instance a retenu le contraire. La constatation de ce fait a une incidence directe sur le sort de la cause, puisque si l'autorité de recours admet l'ignorance des heures par l'employeur, la prétention de l'employé doit être rejetée.

3. La motivation du recours, l'effet suspensif, le recours joint et l'introduction de conclusions, de faits ou de moyens de preuve nouveaux

844 Le recourant doit *motiver* son recours (art. 321 al. 1 CPC) ; il doit en particulier indiquer quel(s) motif(s) il invoque (violation du droit ou constatation

---

[2265] Ces exemples sont expressément cités dans l'arrêt du TF du 17.2.2009, 4A_105/2008, c. 1.2.3, RSPC 2009 300.

[2266] Comp. art. 97 al. 1 LTF ; le Message CPC renvoie d'ailleurs expressément à cette disposition, 6984 ad art. 317 P-CPC. Voir également CHAIX (2009), 266 N 15 ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 200.

[2267] BOHNET (2010), N 224 ; CHAIX (2009), 269 s. N 20 et 22 ; Message CPC, 6984 ad art. 317 P-CPC.

[2268] BOHNET (2010), N 225 ; BSK ZPO-SPÜHLER, N 2 ad art. 320 CPC ; CHAIX (2009), 266 N 15 ; Message CPC, 6984 ad art. 317 P-CPC. Sur la notion d'arbitraire, voir ATF 132 I 13, c. 5.1 ; 131 I 57, c. 2 ; 129 I 8, c. 2.1.

manifestement inexacte d'un fait)[2269]. Des conclusions formelles ne sont pas indispensables et ne peuvent entraîner l'irrecevabilité du recours lorsqu'elles sont reconnaissables par le biais de la motivation du recours ou de la décision attaquée[2270].

845 Le recours n'entraîne aucun *effet suspensif*, de sorte que la décision attaquée entre en force (art. 325 al. 1 CPC). L'autorité peut cependant, d'office ou sur requête[2271], suspendre son caractère exécutoire, en ordonnant au besoin des mesures conservatoires ou des sûretés (al. 2). Elle devrait également pouvoir prononcer l'effet suspensif d'une partie seulement de la décision[2272].

Ainsi, lorsque le recourant est condamné à payer une somme d'argent mais que le paiement du montant litigieux l'expose à des difficultés financières importantes ou que le recouvrement de la somme versée semble aléatoire vu la solvabilité douteuse du créancier, l'autorité peut suspendre l'effet exécutoire de la décision[2273]. Toutefois, si celle-ci porte sur le versement de salaires, l'employé peut avoir un intérêt à son exécution à bref délai, de sorte que l'autorité de recours devra procéder à une pesée des intérêts divergents des parties[2274] et pourra par exemple prononcer l'effet suspensif sur une partie de la décision seulement.

846 Contrairement à ce qui prévaut en procédure d'appel[2275], un *recours joint* n'est pas admis (art. 323 CPC), ni l'introduction de *conclusions*, de *faits* ou de *moyens de preuve nouveaux* (art. 326 CPC), quand bien même il s'agit de nova proprement dits, c'est-à-dire de faits ou moyens de preuve postérieurs ou découverts postérieurement à la décision attaquée[2276].

§ 65 La révision, l'interprétation et la rectification

1. La révision

847 Une décision *entrée en force*, c'est-à-dire qui n'est pas ou plus susceptible d'appel[2277], qu'elle soit procédurale ou au fond[2278], peut faire l'objet d'une

[2269] Pour plus de détails, voir CHAIX (2009), 264 s. N 13 s.
[2270] Cf. supra N 829 et la n. 2235.
[2271] BSK ZPO-SPÜHLER, N 3 ad art. 325 CPC ; JEANDIN (2008), 353. *Contra* : HOFMANN/LÜSCHER (2009), 200, qui considèrent que la restitution de l'effet suspensif doit avoir été demandée par le recourant.
[2272] Comp. supra N 833 et n. 2244.
[2273] Comp. ATF 107 Ia 269, c. 2, et BOHNET (CPCN), N 2 ad art. 419 al. 2 CPCN.
[2274] BSK ZPO-SPÜHLER, N 3 ad art. 325 CPC.
[2275] Cf. supra N 830 et N 836 ss.
[2276] CHAIX (2009), 267 N 17 ; GASSER/RICKLI, N 1 ad art. 326 CPC ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 202 ; SPÜHLER, 398.
[2277] BSK ZPO-HERZOG, N 20 ad art. 328 CPC ; SCHÜPBACH (RSPC), 335. *Contra* : HOFMANN/LÜSCHER (2009), 203, qui retiennent à tort que le délai de recours doive

révision dans quatre situations (art. 328 CPC). Trois d'entre elles sont également prévues en matière de recours devant le Tribunal fédéral, aux art. 122 et 123 al. 1 et 2 lit. a LTF, de sorte que la jurisprudence rendue en lien avec ces dispositions peut être appliquée par analogie. Les motifs de révision sont notamment les suivants :

- des faits pertinents ou des moyens de preuve concluants, qui sont antérieurs à la décision, ont été découverts après coup, c'est-à-dire après l'entrée en force de la décision (art. 328 al. 1 lit. a CPC)[2279] ; selon le Tribunal fédéral, les faits ou moyens de preuve invoqués par le requérant ne devaient pas être connus de lui *malgré toute sa diligence*[2280] ;

  Le requérant produit par exemple une pièce qu'il avait égarée ou que la partie adverse avait délibérément tenu cachée, ou il invoque l'audition d'un témoin qui lui avait auparavant indiqué qu'il se prévaudrait de son droit de refuser de collaborer (art. 165-166 CPC) puis qui déclare finalement y renoncer[2281] ; il faut toutefois que le moyen de preuve soit susceptible de modifier le sens de la décision. Si l'employeur a découvert après coup la subrogation de la caisse de chômage sur une partie des prétentions de l'employé, alors qu'il a été condamné à payer l'entier de celles-ci en faveur du travailleur, il y a motif à révision si l'employeur ne connaissait pas l'existence de la subrogation et a soulevé la question lors de la procédure de première instance (condition de la diligence).

  Un motif de récusation découvert après coup est également constitutif d'un cas de révision au sens de l'art. 328 al. 1 lit. a CPC, vu le renvoi de l'art. 51 al. 3 CPC[2282].

  En revanche, ne constitue pas un motif de révision l'audition d'un témoin à laquelle la partie avait renoncé au cours de la procédure pour des raisons tactiques[2283].

- une procédure pénale (ou, à défaut d'introduction d'un procès pénal, un autre moyen de preuve) établit que la décision a été influencée au préjudice du requérant par un crime ou un délit, même si celui-ci n'a pas abouti à une condamnation (art. 328 al. 1 lit. b CPC)[2284] ; le Tribunal fédéral impose

également être échu, puisque celui-ci n'entraîne aucun effet suspensif (art. 325 al. 1 CPC).

2278 SCHÜPBACH (RSPC), 334.

2279 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 203.

2280 Comp. ATF 134 III 669, c. 2.2 et TF du 13.10.2009, 4A_368/2009, c. 3.2.1 ; SCHÜPBACH (RSPC), 340 : « Le retard imputable au plaideur qui n'a pas fait les recherches possibles ou, les ayant faites, ne les a pas exploitées, entraîne irrecevabilité ».

2281 BOHNET (RDS), 303 n. 669 ; GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 328 CPC ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 453 N 54a ; comp. TF du 7.11.2006, 4C.111/2006, RSPC 2007 300.

2282 BSK ZPO-WEBER, N 7 ad art. 51 CPC. Cf. supra N 148.

2283 Comp. TF du 29.10.2009, 4A_338/2009, c. 2.1.1, RSPC 2010 177.

2284 Par exemple parce que l'inculpé est décédé ou est devenu incapcable de discernement ; voir TF du 6.10.2009, 4A_596/2008, c. 4.1 et 4.2.3 ; ATF 86 II 198 et 81 II 475, c. 2b (arrêts rendus sous l'empire de l'OJ).

encore que la procédure pénale ait été conduite jusqu'à son terme et que le crime ou le délit ait entraîné un résultat défavorable pour le requérant[2285] ;

Ainsi, la fausse déclaration d'une partie en justice, le faux témoignage, la collusion d'un expert avec une partie, la fausse traduction ou l'utilisation de titres falsifiés peuvent constituer des motifs de révision[2286] ; il faut encore que l'une ou l'autre de ces infractions ait eu une influence sur le sort de la cause ; par exemple, un faux témoignage dont le tribunal n'a retenu aucune valeur probante ne constitue pas un motif de révision[2287] ; en revanche, si le certificat médical sur lequel le tribunal s'est fondé pour prononcer l'existence d'un licenciement en temps inopportun et le report des effets du congé a été établi par un médecin qui s'est vu condamné pour faux dans les titres, il y a motif à révision puisque la pièce qui a fait l'objet de la condamnation pénale a une influence directe sur l'issue du procès civil.

- le désistement d'action, l'acquiescement ou la transaction judiciaire n'a pas valablement eu lieu (art. 328 al. 1 lit. c CPC)[2288] ; les motifs invoqués ressortiront dans la majorité des cas à la nullité au sens de l'art. 20 CO, en particulier lorsque la transaction porte sur des droits non disponibles au sens de l'art. 341 CO[2289], à la violation de la personnalité de l'art. 27 CC, à la lésion ou encore aux vices de la volonté au sens des art. 21 ss CO[2290].

  Par exemple, l'employé invoque la lésion (art. 21 CO) pour contester la validité de la transaction judiciaire intervenue, au motif qu'il a renoncé de manière disproportionnée à réclamer des éléments de salaire après que l'employeur a profité de son manque de connaissances juridiques en la matière ; cette possibilité est en tout cas envisageable lorsque le juge de la conciliation n'a pas participé à l'élaboration de la transaction, les parties étant arrivées en audience avec la solution toute faite, de sorte qu'il n'était pas en mesure d'apprécier l'existence d'un cas de lésion[2291]. Le travailleur peut également invoquer la crainte fondée (art. 29 CO) si l'employeur l'a menacé avant l'audience d'accepter une transaction judiciaire sous peine de le licencier par exemple.

848 En principe, la demande en révision n'entraîne pas d'*effet suspensif* (art. 331 al. 1 CPC). L'autorité saisie peut toutefois en décider autrement et ordonner au besoin des mesures conservatoires ou la fourniture de sûretés (art. 331 al. 2 CPC). Dans sa décision, elle devra prendre en compte d'une part les chances de succès de la demande et d'autre part le préjudice qu'un refus ou un octroi de la suspension pourrait entraîner pour les parties[2292].

2285 Comp. TF du 14.8.2008, 4A_234/2008, c. 3.1.

2286 LEUENBERGER (Rechtsmittel), 338 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 406 N 12.86 ; Message CPC, 6987 ad art. 326 P-CPC ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 454 N 56 ; comp. ATF 86 II 198.

2287 STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 454 N 56.

2288 Cf. supra N 526, 529 et 531 et les exemples cités.

2289 Cf. supra N 760 s.

2290 BSK ZPO-HERZOG, N 64 s. ad art. 328 CPC ; GASSER/RICKLI, N 4 ad art. 328 CPC.

2291 GILLARD, 156 et n. 666 ; HOFMANN/LÜSCHER (2009), 203 n. 365.

2292 BSK ZPO-HERZOG, N 2 ad art. 331 CPC ; Message CPC, 6988 ad art. 329 P-CPC.

2. L'interprétation et la rectification

849 Lorsque le dispositif d'une décision est imprécis, contradictoire, incomplet ou qu'il ne correspond pas à la motivation, il peut faire l'objet, d'office ou sur requête, d'une interprétation ou d'une rectification par l'autorité qui l'a rendu (art. 334 CPC)[2293]. La possibilité est ouverte peu importe que la décision soit une décision au fond, procédurale ou de mesures provisionnelles, qu'elle soit entrée en force ou non, ou encore qu'elle ait été exécutée ou non[2294].

850 La rectification ne peut avoir lieu que si l'erreur est due à une formulation défectueuse, c'est-à-dire qu'un chiffre ou un terme doit être corrigé[2295], mais non à une mauvaise application du droit ou appréciation des faits par le tribunal[2296]. Des fautes de calcul ne doivent pas découler d'une erreur de raisonnement[2297]. Le dispositif peut notamment être modifié par le tribunal après que celui-ci a procédé à la motivation de la décision et qu'il s'est rendu compte qu'ils ne correspondaient pas entre eux[2298]. Il faut cependant qu'il s'agisse d'erreurs de frappe ou d'« étourderie » et non de fautes commises parce que le tribunal est allé trop vite dans son raisonnement ou dans ses calculs, estimant que le dispositif pourrait être, le cas échéant, rectifié lors de la motivation. Admettre le contraire reviendrait en quelque sorte à autoriser le tribunal à rendre des décisions imprécises et à « excuser » son manque de diligence. En outre, ouvrir trop largement la voie à la rectification créerait une certaine insécurité pour les parties qui ne pourraient pas se déterminer définitivement sur le dispositif avant d'avoir reçu la motivation. Afin d'apprécier si le tribunal est en mesure de rectifier la décision, il convient de regarder quels éléments il avait en tête et entendait retenir au moment où il a rendu le dispositif.

Prenons l'hypothèse suivante : le tribunal a alloué 6'000 francs au travailleur à titre d'heures supplémentaires, qu'il a calculés sur la base d'un nombre de deux heures supplémentaires par semaine pendant trois mois, au taux-horaire de 25 francs ; une fois la motivation rédigée, il se rend compte qu'une erreur de calcul a été commise et que ce ne sont pas 6'000 francs mais 600 francs qui auraient dû être alloués ([12 x 2] x 25). Le

---

2293 GASSER/RICKLI, N 5 ad art. 334 CPC ; comp. art. 129 LTF.

2294 JEANDIN (2008), 357 ; LEUENBERGER (Rechtsmittel), 339 ; Message CPC, 6988 ad art. 332 P-CPC.

2295 Comp. TF du 22.11.2007, 4G_3/2007, c. 3, RSPC 2008 299 : « Seules entrent en considération des erreurs de plume ou formelles » ; GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 334 CPC ; SPÜHLER, 399.

2296 BSK ZPO-HERZOG, N 7 s. ad art. 334 CPC ; GASSER/RICKLI, N 3 ad art. 334 CPC ; Rapport explicatif, 152 ad art. 324 AP-CPC ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 457 s. N 68.

2297 Comp. TF du 10.12.2009, 9G_3/2009, c. 3.1 : la rectification a pour but de permettre la correction « de pures fautes de calcul » ; ATF 110 V 222, c. 1 (rendu sous l'empire de l'OJ).

2298 HOFMANN/LÜSCHER (2009), 206. Comp. TF du 14.5.2010, 4A_115/2010, c. 4 : « Le dispositif notifié le 17 mai 2010, qui allouait au recourant en capital par inadvertance 30'759 fr. 15 au lieu de 30'579 fr. 15, doit être corrigé dans cette mesure ».

dispositif peut être corrigé puisqu'il s'agit uniquement d'une erreur de frappe. En revanche, il ne peut pas retenir un taux-horaire de 27,50 francs, au motif qu'il s'est rendu compte après coup que c'est ce taux-ci qui était en réalité applicable ; en effet, au moment de rendre le dispositif, c'est le taux-horaire de 25 francs que le tribunal avait en tête.

La décision peut également être rectifiée lorsque le tribunal s'est trompé dans la désignation de la partie et a par exemple prononcé que les frais étaient mis à la charge du recourant alors qu'ils devaient l'être à celle de l'intimé, qui a succombé[2299].

851 Si le tribunal a oublié de statuer sur l'une ou l'autre des conclusions invoquées, il ne peut pas réparer son omission par la voie de la rectification. Il appartient à la partie lésée de former un appel ou un recours. La rectification sert en effet uniquement à clarifier et non à modifier une décision[2300], sans quoi il en résulterait une insécurité juridique pour les parties, en particulier pour le défendeur qui pourrait à tout moment se voir condamné à l'exécution d'une nouvelle prestation.

Par exemple, le travailleur prétendait à 12'000 francs à titre d'indemnité pour licenciement abusif, ainsi qu'à l'établissement d'un certificat de travail. Le tribunal lui alloue les 12'000 francs mais omet de statuer sur le certificat de travail. L'employé doit former appel contre la décision, le tribunal ne pouvant pallier son erreur par le biais de l'art. 334 CPC.

852 Lorsque certains considérants de la motivation de la décision sont contradictoires entre eux[2301] ou avec le dispositif, ou qu'ils sont incomplets, la décision peut faire l'objet d'une interprétation, le but étant que soit reformulée de manière claire et complète une décision qui ne l'a pas été quand bien même elle a été clairement et pleinement pensée par le tribunal[2302].

853 En principe, la demande en interprétation ou en rectification n'entraîne pas d'*effet suspensif* (art. 334 al. 2 et 331 al. 1 CPC). L'autorité saisie peut toutefois en décider autrement et ordonner au besoin des mesures conservatoires ou la fourniture de sûretés (art. 334 al. 2 et 331 al. 2 CPC). Dans sa décision, elle devra prendre en compte d'une part les chances de succès de la demande et d'autre part le préjudice qu'un refus ou un octroi de la suspension pourrait entraîner pour les parties[2303].

[2299] GASSER/RICKLI, N 2 ad art. 334 CPC ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 409 N 12.99 ; comp. TF du 17.6.2009, 9G_2/2009, c. 3.

[2300] Comp. : TF du 10.12.2009, 9G_3/2009, c. 3.2 ; TF du 13.9.2007, 4G_1/2007, c. 2.1, RSPC 2008 68. Voir aussi LEUENBERGER (Rechtsmittel), 338, et Message CPC, 6988 ad art. 332 P-CPC.

[2301] DONZALLAZ (Com-LTF), N 4771 ad art. 129 LTF ; SCHWEIZER, in RSPC 2006 295. *Contra* : TF du 9.12.2005, 4P.78/2005, RSPC 2006 294.

[2302] Comp. TF du 13.9.2007, 4G_1/2007, c. 2.1, RSPC 2008 68.

[2303] BSK ZPO-HERZOG, N 15 ad art. 334 CPC et N 2 ad art. 331 CPC.

Chapitre XXVII :
Les voies de recours fédérales

854 Les recours devant le Tribunal fédéral sont réglés par la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)[2304]. Deux voies de recours, l'une principale (recours en matière civile) et l'autre subsidiaire (recours constitutionnel subsidiaire), sont ouvertes à l'encontre de décisions rendues dans le cadre d'un litige relevant du droit du travail. Elles se distinguent essentiellement en fonction du type de décisions attaquables qu'elles concernent ainsi que de l'étendue des motifs qui peuvent y être invoqués.

§ 66 Le recours en matière civile

1. Les décisions attaquables

855 Le recours en matière civile est ouvert à l'encontre des décisions rendues par une autorité de dernière instance cantonale (art. 75 al. 1 LTF). Autrement dit, les voies de l'appel ou du recours au sens des art. 308 ss CPC ont été épuisées. Si le Tribunal fédéral constate qu'une voie de recours cantonale était encore ouverte, il doit déclarer le recours irrecevable[2305]. Les moyens invoqués devant lui doivent également l'avoir été dans le cadre du recours cantonal, en tout cas s'ils pouvaient l'être[2306].

Par exemple, si le travailleur reproche à l'autorité de première instance d'avoir pris en compte de manière arbitraire le témoignage d'un autre employé, qui a selon lui pris fait et cause pour l'employeur, il ne peut soulever le moyen devant le Tribunal fédéral que s'il l'avait déjà invoqué au niveau cantonal.

856 Le recours est toujours ouvert à l'égard des décisions *finales*, c'est-à-dire qui mettent un terme à la procédure (art. 90 et 91 LTF). Si la décision est *incidente*, elle ne peut faire l'objet d'un recours que si :

- elle porte sur la compétence (ratione loci ou materiae) du tribunal ou sur une demande de récusation (art. 92 LTF) ;

  Ainsi, si le tribunal d'appel a déclaré le tribunal saisi en première instance compétent à raison du lieu, alors que, selon le recourant, le for ne correspondait ni au siège de l'entreprise ni au lieu de travail habituel de l'employé, le recours au Tribunal fédéral

---

[2304] Le CPC règle la procédure applicable devant les instances cantonales uniquement (art. 1 CPC).

[2305] TF du 7.5.2010, 4A_570/2009, c. 1 ; TF du 22.8.2007, 4A_72/2007, c. 2.3.

[2306] ATF 135 III 424, c. 3.2 ; CORBOZ (in CORBOZ ET AL.), N 10 et 15 ad art. 75 LTF ; KLETT (in NIGGLI ET AL.), N 2 ad art. 75 LTF.

est ouvert. De même lorsque la compétence matérielle du tribunal a été retenue par l'autorité d'appel[2307].

- elle risque de causer un préjudice irréparable au recourant (art. 93 al. 1 lit. a LTF) ; le préjudice doit être de nature juridique et non de pur fait tel que la prolongation de la procédure ou un accroissement des frais[2308] ;

  Tel est le cas de la décision refusant d'ordonner l'audition d'un témoin qui risque de décéder ou de partir à l'étranger avant que la décision finale soit rendue, ou ordonnant la production d'une pièce susceptible de porter atteinte à la personnalité de la partie, au regard notamment de secrets d'affaires qui pourraient être divulgués[2309].

- l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale permettant d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 93 al. 1 lit. b LTF) ; celle-ci implique que l'administration des preuves soit particulièrement lourde, par exemple quant au nombre de témoins à entendre ou à la complexité de l'expertise à mettre en place[2310]. Le recourant doit motiver le risque d'une procédure longue et coûteuse sous peine de voir le recours déclaré irrecevable[2311].

  Par exemple, la décision d'un tribunal supérieur qui annule celle d'irrecevabilité rendue en première instance peut faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral dans la mesure où un jugement contraire permettrait de mettre un terme au procès et d'éviter le déroulement d'une procédure complète sur le fond[2312]. Il faut encore que le recourant démontre que celle-ci implique de procéder à l'audition de nombreux témoins, par exemple dans le cas où l'affaire porte sur un prétendu licenciement abusif, ou à la mise en œuvre d'une expertise compliquée, notamment lorsque le recourant invoque l'existence d'une discrimination salariale.

857 La décision attaquée qui porte sur des *mesures provisionnelles* est une décision incidente lorsque celles-ci sont prises avant ou pendant une procédure principale et qu'elles ne doivent déployer d'effets que durant cette procédure[2313]. Le recours n'est ouvert que si le recourant démontre que la décision risque de lui causer un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 lit. a LTF[2314] ; la voie ouverte par l'art. 93 al. 1 lit. c LTF n'entre en revanche jamais en ligne de compte puisqu'une décision contraire du Tribunal fédéral n'est pas susceptible de mettre fin à la procédure sur le fond, qui se poursuit dans tous les cas, que les

2307 TF du 10.6.2010, 4A_273/2010, c. 2.1.
2308 ATF 136 II 165, c. 1.2.1 ; 135 II 30, c. 1.3.4, JdT 2009 I 726 ; 134 III 188, c. 2.1.
2309 TF du 8.6.2010, 4A_195/2010, c. 1.1.1 ; TF du 27.4.2009, 4A_315/2008, c. 1.5, DTA 2009 232.
2310 TF du 20.10.2009, 4A_390/2009, c. 1.3.2 ; CORBOZ (in CORBOZ ET AL.), N 34 ad art. 93 LTF.
2311 ATF 133 III 629, c. 2.4.2 ; TF du 15.3.2010, 4A_139/2010, c. 3.2.
2312 ATF 133 III 629, c. 2.4.1 ; 123 III 414, c. 3b, JdT 1999 I 251 (rendu sous l'OJ).
2313 ATF 136 V 131, c. 1.1.2 ; 134 II 349, c. 1.3 ; 134 I 83, c. 3.1 ; Message LTF, 4131 ; TAPPY (2007), 76.
2314 ATF 134 I 83, c. 3.1 ; TF du 30.9.2009, 4A_328/2009, c. 1.

mesures soient accordées ou refusées[2315]. Lorsque les mesures provisionnelles sont octroyées et qu'elles règlent les droits et obligations des parties pendant la durée de la procédure sur lesquels il n'est pas possible de revenir par la suite, elles sont en principe susceptibles de causer un dommage irréparable[2316].

Ainsi, lorsque, dans le cadre d'une prétendue violation d'une clause de prohibition de faire concurrence, le tribunal ordonne à titre provisionnel la cessation par le travailleur de l'activité concurrente, celui-ci peut faire valoir un préjudice irréparable au vu notamment des circonstances financières mais aussi professionnelles que l'octroi de la mesure implique à son égard[2317]. A l'inverse, lorsque celle-ci est refusée, l'employeur peut invoquer un dommage irréparable fondé sur la mise en péril de la prospérité ou de l'existence même de l'entreprise[2318].

En revanche, dans les cas où le tribunal ordonne la réintégration provisoire de l'employée au sens de l'art. 10 LEg, l'employeur ne peut pas invoquer que cette décision lui cause un préjudice irréparable puisqu'une contreprestation lui est offerte en échange du paiement du salaire, l'employée étant tenue de fournir sa prestation de travail[2319].

2. La qualité et l'intérêt pour recourir

858 Pour que le recours en matière civile soit recevable, le recourant doit avoir la qualité pour recourir. Celle-ci appartient à toute personne qui a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privée d'y prendre part, qui est particulièrement touchée par la décision et qui a un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification (art. 76 al. 1 LTF)[2320]. Ont ainsi qualité pour recourir : le demandeur et le défendeur, ainsi que leur(s) consort(s) éventuels, l'intervenant principal ou accessoire, le dénoncé ou l'appelé en cause[2321]. L'intérêt à la modification ou l'annulation vise le dispositif de la décision et non seulement sa motivation[2322] et appartient à la partie qui a succombé totalement ou partiellement dans ses conclusions. En revanche, si une partie a obtenu gain de cause sur l'ensemble de ses prétentions, elle n'a pas d'intérêt à recourir[2323].

2315 Ibid.

2316 CORBOZ (in CORBOZ ET AL.), N 17 ad art. 93 LTF.

2317 ATF 103 II 120, c. 1, JdT 1978 I 77 : « il est certain que interdiction faite par voie de mesures provisionnelles d'exercer une activité concurrente peut causer un préjudice grave et irréparable ».

2318 TF du 11.8.2010, 4A_283/2010, c. 1.2.

2319 TF du 30.9.2009, 4A_328/2009, c. 1.

2320 La teneur de l'art. 76 al. 1 lit. b LTF a été partiellement modifiée par l'entrée en vigueur du CPC (voir art. 402 et Annexe 1), l'exigence d'une atteinte particulière ayant été introduite.

2321 CORBOZ (in CORBOZ ET AL.), N 8 et 10 ad art. 76 LTF ; GÜNGERICH (in SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH), N 2 et 8 ad art. 76 LTF ; KLETT (in NIGGLI ET AL.), N 2 ad art. 76 LTF.

2322 TF du 7.12.2004, 4C.356/2004, c. 3.2.

2323 ATF 133 III 421, c. 1.1 ; CORBOZ (in CORBOZ ET AL.), N 35 s. ad art. 76 LTF.

Le Tribunal fédéral a notamment reconnu qu'un employeur avait un intérêt à ce que la constatation selon laquelle il avait violé la procédure de consultation en cas de licenciement collectif soit annulée, quand bien même un contrat de reprise conclu avec une entreprise tierce avait eu pour effet de retirer le plan de licenciement collectif ainsi que les congés annulés ; en effet, seuls 88 collaborateurs travaillaient toujours pour l'entreprise en cause au moment de la reprise, et étaient par conséquent concernés par cette annulation, alors qu'ils étaient 132 avant la mise en route des licenciements collectifs[2324].

En revanche, ne dispose pas d'un intérêt à recourir l'employeur qui a été condamné à payer un certain montant à titre de salaires à l'un de ses employés dans une procédure à laquelle la caisse de chômage a également pris part en qualité d'intervenante, et qui invoque devant le Tribunal fédéral qu'une partie de la somme revient à la caisse qui a été subrogée aux droits de l'employé, de sorte que l'art. 29 LACI a été violé. En effet, si l'employeur n'attaque pas le montant auquel il a été condamné, il n'a rien à gagner à faire modifier la décision puisqu'il est de toute manière redevable du montant en question, la caisse ne pouvant renoncer à faire valoir sa créance (art. 29 al. 2 LACI). Si le travailleur et la caisse ont en plus confirmé par écrit, dans le cadre de la procédure, qu'ils s'étaient mis d'accord sur la restitution des indemnités journalières fournies par la caisse, l'intérêt à recourir peut d'autant moins être reconnu que l'employeur n'a pas à craindre de devoir s'acquitter deux fois du montant ayant fait l'objet de la subrogation[2325].

3. La valeur litigieuse

a. Le principe

859 Lorsque le litige relevant du droit du travail[2326] est de nature pécuniaire, le recours en matière civile est ouvert si la valeur litigieuse atteint 15'000 francs (art. 74 al. 1 lit. a LTF)[2327]. S'il n'est pas de nature patrimoniale, le recours est ouvert sans distinction[2328].

860 L'art. 51 LTF fixe la manière de calculer la valeur litigieuse. Lorsque la décision attaquée est une décision finale, préjudicielle, ou incidente, la valeur litigieuse se détermine en fonction des conclusions restées litigieuses ou, s'il s'agit d'une décision partielle, de l'ensemble des conclusions litigieuses.

Par exemple, le travailleur ouvre action en paiement d'heures supplémentaires à hauteur de 8'000 francs et d'une indemnité pour licenciement abusif à raison de 32'000 francs. Le tribunal de première instance lui alloue sa prétention en heures supplémentaires mais rejette celle relative au congé. L'employé forme appel auprès du tribunal supérieur cantonal, concluant à la réforme de la décision en ce sens que l'employeur lui doit une indemnité

[2324] ATF 130 III 102, c. 1.3.

[2325] Voir TF du 7.12.2004, 4C.356/2004, c. 3.2.

[2326] Sur la définition du litige relevant du droit du travail, cf. supra N 13 ss.

[2327] Cette valeur litigieuse minimale de 15'000 francs, dérogatoire de la valeur litigieuse ordinaire de 30'000 francs au sens de l'art. 74 al. 1 lit. b LTF, n'était pas prévue dans le Projet du Conseil fédéral et a été introduite devant les Chambres seulement, voir BO CE 2003 901 ss du 23.9.2003 et BO CN 2004 1597 s. du 5.10.2004.

[2328] CORBOZ (in CORBOZ ET AL.), N 12 ad art. 74 LTF ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (2010), 416 N 12.121.

pour licenciement abusif à hauteur de 32'000 francs ; la cour confirme la décision de première instance. Un recours en matière civile au Tribunal fédéral est introduit par le travailleur. La valeur litigieuse correspond alors à 32'000 francs, soit les prétentions restées litigieuses auprès de l'instance précédente.

861 En cas de consorité objective ou subjective, les valeurs litigieuses de chacune des prétentions sont additionnées à moins qu'elles ne s'excluent (art. 52 LTF). Il faut que les conclusions aient été réunies en instance cantonale déjà, peu importe qu'elles l'aient été d'emblée par le biais d'une action conjointe ou ultérieurement suite à la jonction des causes par le tribunal, et qu'elles aient abouti à une décision unique[2329].

Prenons l'hypothèse suivante : l'employeur a procédé à un licenciement collectif sans respecter la procédure de consultation prévue à l'art. 335f CO ; les employés licenciés ont ouvert conjointement action pour réclamer une indemnité pour licenciement abusif au sens de l'art. 336 al. 2 lit. c CO ; si les instances cantonales rejettent les prétentions en indemnité et qu'un recours en matière civile est introduit devant le Tribunal fédéral, la valeur litigieuse du procès sera déterminée après addition de chacune des indemnités réclamée par les travailleurs.

862 Lorsque les prétentions restées litigieuses concernent tant une demande principale que reconventionnelle, la valeur litigieuse des deux prétentions ne s'additionnent pas et la recevabilité du recours est déterminée séparément vis-à-vis de chacune d'elles (art. 53 al. 1 LTF)[2330]. Une exception est réservée à l'al. 2, lorsque les prétentions principales et reconventionnelles s'excluent, que l'une d'elles ne suffit pas à atteindre la valeur litigieuse minimale et que le recours porte sur les deux prétentions.

b. La valeur litigieuse en cas de contestation de la qualification du contrat

863 Lorsque la qualification du contrat est contestée entre les parties, savoir si la valeur litigieuse à prendre en compte est de 15'000 francs (art. 74 al. 1 lit. a LTF, applicable aux prétentions fondées sur le contrat de travail ou de bail) ou de 30'000 francs (art. 74 al. 1 lit. b LTF, valeur litigieuse « ordinaire ») dépend de la nature juridique des prétentions et des faits invoqués par le demandeur[2331]. Peu

---

[2329] TF du 2.11.2009, 5A_774/2008, c. 2.3 ; TF du 9.10.2008, 4A_192/2008, c. 2, JAR 2009 404 ; TF du 16.11.2007, 4A_346/2007, c. 3 (non publié à l'ATF 134 III 67) ; comp., sous l'empire de l'OJ, ATF 103 II 41, c. 1c.

[2330] TF du 15.11.2007, 5A_332/2007, c. 2.1.

[2331] TF du 22.10.2009, 4A_404/2009, c. 1.1 : le défendeur, qui contestait sa qualité d'employeur et l'existence d'un contrat de travail, avait été condamné par les instances cantonales à payer au demandeur un montant de 300'000 francs à titre de salaires ; il a interjeté un recours en matière civile et réclamé l'annulation de la décision et le déboutement de l'intimé de toutes ses conclusions, au motif qu'il n'était pas lié avec celui-ci par un contrat de travail ; la valeur litigieuse a été calculée par le Tribunal fédéral sur la base de l'art. 74 al. 1 lit. a LTF (15'000 francs). Comp. également ATF 135 III 483, c. 1.1.1, RSPC 2009 284, suivi d'unc note de DIETSCHY.

importe que le recours soit le fait du demandeur ou du défendeur, seule comptant la nature juridique de la prétention telle qu'invoquée par le demandeur initial. Le même principe est d'ailleurs retenu en première instance lorsqu'il s'agit de déterminer la compétence du tribunal à raison de la matière ou du lieu, mais aussi le type de procédure applicable, les règles régissant les frais ou encore la maxime au procès[2332]. Peu importe également la qualification du contrat qui a finalement été retenue par les instances cantonales précédentes[2333].

Si le demandeur fonde par exemple sa prétention sur un contrat de travail alors que le défendeur invoque les règles du mandat, la recevabilité du recours en matière civile s'examine au regard d'une valeur litigieuse de 15'000 francs, peu importe que les instances cantonales aient qualifié le contrat de mandat.

En revanche, lorsque le défendeur est attrait en justice sur la base d'un contrat de mandat alors qu'il prétend pour sa part à l'existence d'un contrat de travail, le litige ne relève pas du droit du travail et la valeur litigieuse de 30'000 francs doit être atteinte en cas de recours (art. 74 al. 1 lit. b LTF). En matière de responsabilité civile par exemple, lorsque le demandeur (respectivement employeur ou mandant) invoque les règles du mandat pour réclamer des dommages-intérêts, alors que le défendeur (respectivement travailleur ou mandataire) prétend être lié par un contrat de travail, le recours en matière civile n'est ouvert que si la valeur litigieuse atteint 30'000 francs. Peu importe que le recours soit le fait du demandeur ou du défendeur.

Dans une affaire où, saisi d'une demande en contestation de la validité du congé d'un contrat de conciergerie, le tribunal des baux et loyers de Genève s'était déclaré incompétent ratione materiae au motif que l'aspect prépondérant du contrat mixte relevait du droit du travail, alors que l'instance supérieure cantonale avait admis la prédominance du contrat de bail et renvoyé la cause au tribunal des baux et loyers, le Tribunal fédéral, saisi d'un recours contre cette dernière décision, a calculé la valeur litigieuse selon les règles applicables au contrat de bail, puisque c'est ce contrat qui avait été invoqué dans la demande initiale[2334].

4. La question juridique de principe

a. Le principe

864 Lorsque la valeur litigieuse n'est pas atteinte, le recours en matière civile peut néanmoins être ouvert lorsque l'objet du recours soulève une question juridique de principe (art. 74 al. 2 lit. a LTF et 191 al. 2 Cst.). Le Tribunal fédéral interprète cette notion de manière très restrictive, dès lors que le recours

[2332] Cf. supra N 20 ss.

[2333] Comp. ATF 135 III 483, c. 1.1.1, RSPC 2009 284 : le caractère civil ou administratif du litige, déterminant pour la recevabilité du recours en matière civile, est indépendant du type de procédure – civile ou administrative – appliqué par les instances cantonales précédentes.

[2334] TF du 18.11.2008, 4A_375/2008, c. 1.

constitutionnel subsidiaire est dans tous les cas ouvert (art. 113 ss LTF)[2335]. La question soulevée doit être *juridique*, de fond ou de procédure[2336], autrement dit elle ne peut pas porter sur l'établissement des faits[2337]. Elle doit par ailleurs avoir *valeur de principe*, c'est-à-dire trancher une question de portée générale, applicable à un nombre indéterminé de cas futurs, et non seulement sur le seul cas d'espèce[2338]. Elle ne doit pas non plus concerner l'application de principes jurisprudentiels clairement établis ou d'avis doctrinaux unanimes mais impliquer la résolution d'une question non encore résolue en jurisprudence fédérale, pour laquelle une interprétation et une application uniformes se justifient, dans un souci de sécurité du droit, du fait notamment que la doctrine ou la jurisprudence cantonale est divisée[2339] ; si la question a déjà été tranchée par le Tribunal fédéral, elle peut exceptionnellement constituer une question juridique de principe lorsque le recourant présente des arguments nouveaux pertinents, si la jurisprudence a été vivement critiquée en doctrine ou encore si de nouvelles normes juridiques sont entrées en vigueur entre-temps[2340]. En résumé, le Tribunal fédéral considère qu'une question juridique de principe est réalisée lorsqu'il est « nécessaire, pour résoudre le cas d'espèce, de trancher une question juridique qui donne lieu à une incertitude caractérisée, laquelle appelle de manière pressante un éclaircissement de la part du Tribunal fédéral, en tant qu'autorité judiciaire suprême chargée de dégager une interprétation uniforme du droit fédéral »[2341].

865 Il faut que *l'objet du recours* soulève la question juridique de principe, c'est-à-dire que la résolution de celle-ci soit nécessaire pour trancher le cas d'espèce[2342]. La voie du recours en matière civile fondée sur une question juridique de principe n'est toutefois pas ouverte lorsque le Tribunal fédéral peut traiter la

---

2335 ATF 133 III 493, c. 1.1 ; TF du 4.5.2010, 4A_54/2010, c. 1.1 (non publié à l'ATF 136 I 290) ; TF du 12.8.2009, 4A_290/2009, c. 2.1, RSPC 2010 63. Voir également CHEVALIER, 328. Sur le recours constitutionnel subsidiaire, cf. infra N 878 ss.

2336 DONZALLAZ (Com-LTF), N 2285 ad art. 74 LTF ; NOVIER, 431. Cf. par exemple ATF 133 III 645, c. 2, DB 2008 N 23, qui tranche la question de la compétence matérielle des autorités de conciliation de bail à loyer.

2337 CORBOZ (in CORBOZ ET AL.), N 36 ad art. 74 LTF ; DONZALLAZ (Com-LTF), N 2283 ad art. 74 LTF ; NOVIER, 431.

2338 ATF 135 III 1, c. 1.3 ; 134 III 267, c. 1.2, JdT 2008 II 77 ; 134 III 115, c. 1.2 ; CORBOZ (in CORBOZ ET AL.), N 36 ad art. 74 LTF ; DONZALLAZ (Com-LTF), N 2290 ad art. 74 LTF.

2339 ATF 135 III 1, c. 1.3 ; 134 III 267, c. 1.2.3, JdT 2008 II 77 ; 133 III 645, c. 2.4 ; TF du 5.3.2010, 4A_595/2009, c. 1.4 ; TF du 12.8.2009, 4A_290/2009, c. 2.1, RSPC 2010 63 ; CHEVALIER, 331 ; CORBOZ (in CORBOZ ET AL.), N 40 ad art. 74 LTF ; GÜNGERICH/COENDET, 44.

2340 ATF 135 III 1, c. 1.3 ; 134 III 354, c. 1.5, SJ 2008 I 333, JAR 2009 239 ; CORBOZ (in CORBOZ ET AL.), N 41 ad art. 74 LTF ; DONZALLAZ (Com-LTF), N 2293 et 2297 ss ad art. 74 LTF ; NOVIER, 441 ; RUDIN (in NIGGLI ET AL.), N 51 ad art. 74 LTF.

2341 ATF 135 III 397, c. 1.2 ; TF du 4.5.2010, 4A_54/2010, c. 1.1 (non publié à l'ATF 136 I 290) ; TF du 4.1.2010, 4A_517/2009, c. 1.3 ; TF du 15.6.2009, 5A_43/2009, c. 1.2.

2342 TF du 14.3.2008, 4A_81/2008, c. 1.4 ; CORBOZ (in CORBOZ ET AL.), N 36 ad art. 74 LTF.

question avec le même pouvoir d'examen dans le cadre d'un *recours constitutionnel subsidiaire* ; autrement dit, la question juridique de principe doit concerner une norme dont la violation est un motif de recours au sens des art. 95 et 96 LTF[2343], c'est-à-dire qu'elle ne peut pas porter sur la violation d'une règle de droit cantonal, sauf constitutionnelle (art. 95 lit. c LTF)[2344].

866 Le recourant doit alléguer que la question posée constitue une question juridique de principe et doit en exposer les motifs (art. 42 al. 2 LTF), le Tribunal fédéral ne l'examinant pas d'office[2345]. Au vu de l'interprétation restrictive appliquée par notre haute cour, il est conseillé en pratique au recourant d'introduire un recours constitutionnel subsidiaire simultanément au recours en matière civile, dans le cas où la question juridique de principe ne serait pas admise (cf. art. 119 LTF)[2346].

b. Casuistique

ba. Question juridique de principe admise

867 La question de savoir à partir de quelle date le délai de congé doit être calculé en cas de *congé signifié en temps inopportun* et de report des effets de celui-ci a été considérée comme une question juridique de principe par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 29 avril 2008[2347]. En effet, cette question, si elle avait fait l'objet d'une jurisprudence clairement établie depuis les années nonante, un arrêt (publié) isolé était venu la renverser en avril 2005, alors qu'une décision (non publiée cette fois), rendue cinq mois plus tard, retenait à nouveau les principes jurisprudentiels établis précédemment. Face à ces arrêts contradictoires, le Tribunal fédéral a considéré que l'insécurité juridique qui en résultait justifiait que la jurisprudence soit clarifiée, partant a admis l'existence d'une question juridique de principe dans le cadre du recours porté devant lui.

868 Dans un arrêt du 4 mai 2010, le Tribunal fédéral a admis que la question de savoir si l'employeur est tenu de verser au travailleur payé à l'heure une indemnité forfaitaire pour les *jours fériés* remplissait les conditions de la question juridique de principe. D'une part, cette question n'avait jamais été tranchée de manière complète par notre haute cour et les jurisprudences cantonales, tout comme la doctrine, étaient controversées à son égard. D'autre

---

2343 Cf. infra N 873.

2344 ATF 134 I 184, c. 1.3.3 ; TF du 4.1.2010, 4A_517/2009, c. 1.3 ; TF du 10.2.2009, 4A_563/2008, c. 1 ; TF du 6.11.2008, 4A_346/2008, c. 2.1.

2345 TF du 4.6.2009, 5A_126/2009, c. 1, RSPC 2009 405 ; TF du 4.2.2008, 4A_524/2007, c. 2 ; CORBOZ (in CORBOZ ET AL.), N 32 ad art. 74 LTF ; DONZALLAZ (Com-LTF), N 2304 ad art. 74 LTF.

2346 CORBOZ (in CORBOZ ET AL.), N 33 ad art. 74 LTF ; RUDIN (in NIGGLI ET AL.), N 53 ad art. 74 LTF ; TAPPY (2007), 69 N 29.

2347 ATF 134 III 354, c. 1.5, SJ 2008 I 333, JAR 2009 239.

part, sa résolution permettait d'éviter de nombreuses procédures ultérieures, dès lors que le problème à trancher concernait un nombre considérable de cas, c'est-à-dire tous les employés payés à l'heure ainsi que leur employeur respectif[2348].

bb. Question juridique de principe niée

869 Lorsque la contestation a trait à la portée qui doit être accordée à la *maxime inquisitoire sociale*, il ne s'agit pas d'une question juridique de principe, puisqu'elle a déjà fait l'objet de plusieurs arrêts rendus par le Tribunal fédéral[2349]. De même, la question de savoir si, en cas de *contrats de travail en chaîne*, le contrat de durée déterminée en cours peut être résilié selon les règles régissant les contrats de durée indéterminée n'est pas une question juridique de principe dès lors qu'elle a déjà été tranchée dans une jurisprudence publiée du Tribunal fédéral et qu'elle n'a été ni contredite par des arrêts ultérieurs ni critiquée en doctrine[2350].

870 Lorsque la question posée concerne l'*application d'une disposition d'une convention collective* de travail à un cas d'espèce, dont les particularités ne se retrouvent pas en général dans d'autres situations, elle ne peut être érigée en question juridique de principe du seul fait que la CCT est applicable à un nombre important de travailleurs. Le recourant doit bien plus déterminer en quoi la question est susceptible de clarifier la situation d'un nombre important d'employés et ne concerne pas uniquement son propre cas ou une petite partie seulement de travailleurs soumis à la CCT[2351]. Ainsi notamment, si la disposition de la convention collective de travail en cause a été modifiée dans sa version mise à jour, partant que la question litigieuse a été clarifiée et ne se posera plus à l'avenir, elle ne constitue pas une question juridique de principe[2352]. En outre, lorsque les conclusions de l'autorité cantonale se fondent uniquement sur l'application de principes jurisprudentiels établis par le Tribunal fédéral en matière de convention collective, la question juridique de principe doit dans tous les cas être niée[2353].

871 Lorsque la question à trancher relève de l'interprétation par l'instance cantonale d'une *clause d'un contrat individuel de travail*, telle que le droit à une gratification, en lien avec l'attitude de l'une des parties au contrat, elle ne

2348 TF du 4.5.2010, 4A_54/2010, c. 1.1 (non publié à l'ATF 136 I 290).
2349 TF du 3.9.2009, 4A_522/2008, c. 1.2, RSPC 2010 12.
2350 TF du 13.9.2007, 4A_216/2007, c. 1.2, RSPC 2008 34.
2351 TF du 25.3.2010, 4A_535/2009, c. 1.2.3.3, RSPC 2010 290 ; TF du 12.8.2009, 4A_290/2009, c. 2.1-2.2, RSPC 2010 63 ; TF du 11.3.2009, 4A_5/2009, c. 2.3.
2352 TF du 12.8.2009, 4A_290/2009, c. 2.3, RSPC 2010 63. Voir également TF du 5.3.2010, 4A_595/2009, c. 1.4.
2353 TF du 25.3.2010, 4A_535/2009, c. 1.2.3.1, RSPC 2010 290.

constitue pas une question juridique de principe puisqu'elle n'est déterminante que pour le cas particulier[2354].

872 Si le recourant critique l'appréciation de rapports et de *certificats médicaux* effectuée par les instances cantonales, il ne s'agit pas d'une question juridique de principe dans la mesure où elle concerne uniquement l'application de principes jurisprudentiels à la situation d'espèce[2355].

5. Les motifs invocables

873 Selon l'art. 95 LTF, la partie peut faire valoir, à l'appui de son recours, la violation de règles de droit :

- *fédéral*, notamment les art. 9 ou 29-30 Cst.[2356], 1 ss CPC, 1 ss, 41 ss, 62 ss ou 319 ss CO, ou encore 8 CC ;
- *international*, tel que les art. 14 Pacte ONU II ou 6 CEDH ;
- *constitutionnel cantonal*, par exemple une disposition garantissant le droit d'être entendu.

874 Lorsque la décision attaquée porte sur des *mesures provisionnelles*, seule la violation de droits constitutionnels peut être invoquée (art. 98 LTF)[2357].

875 Le recourant peut également attaquer la décision sous l'angle des faits retenus. Il doit alors faire valoir que ceux-ci ont été établis de façon manifestement inexacte, c'est-à-dire avec arbitraire[2358], ou en violation du droit (fédéral, international ou constitutionnel cantonal) et que leur correction peut avoir une influence sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF). Il peut en particulier se plaindre d'un état de fait incomplet, le droit matériel se trouvant violé lorsque le tribunal n'a pas établi tous les faits pertinents pour son application[2359].

6. L'effet suspensif

876 Le recours n'a d'effet suspensif que s'il est dirigé contre une décision constitutive (art. 103 al. 1 et 2 lit. a LTF)[2360]. Si le recours porte sur un cumul de prétentions, dont l'une d'entre elles seulement est de nature formatrice, l'effet suspensif ne vaut que pour celle-ci[2361]. Le juge instructeur peut toutefois,

---

2354 TF du 19.8.2009, 4A_325/2009, c. 1.2.
2355 TF du 16.1.2008, 4A_349/2007, c. 2.
2356 Sur l'invocation de ces dispositions, voir infra N 880 ss.
2357 Sur cette notion, cf. infra N 879.
2358 ATF 135 III 397, c. 1.5 ; 134 V 53, c. 4.3.
2359 ATF 134 V 53, c. 4.3.
2360 C'est-à-dire d'une décision faisant suite à une action formatrice, cf. supra N 421 ss ; DONZALLAZ (Com-LTF), N 4156 ad art. 103 LTF ; TAPPY (2007), 103 N 77 et n. 155.
2361 DONZALLAZ (Com-LTF), N 4159 ad art. 103 LTF.

d'office ou sur requête d'une partie, décider d'accorder l'effet suspensif à une décision qui en est en principe dépourvue ou, à l'inverse, le retirer alors que le jugement attaqué est constitutif (art. 103 al. 3 LTF)[2362].

7. Les mesures provisionnelles

877 Le juge instructeur peut, d'office ou sur requête d'une partie, ordonner des mesures provisionnelles si elles sont nécessaires au maintien de l'état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts menacés (art. 104 LTF). Les mesures provisionnelles doivent se rapporter uniquement à la décision faisant l'objet du recours[2363]. Le juge instructeur peut par exemple ordonner l'effet suspensif ou au contraire le refuser (art. 103 al. 3 LTF)[2364], afin par exemple que le travailleur puisse continuer l'activité qu'il exerce en prétendue violation de la clause de prohibition de faire concurrence ou encore de permettre la non-divulgation de codes d'accès informatiques en mains de l'employé. Il peut aussi ordonner la fourniture de sûretés ou le dépôt d'un objet en mains tierces[2365], par exemple du véhicule dont la restitution est réclamée par l'employeur.

§ 67 Le recours constitutionnel subsidiaire

1. Le principe

878 Le recours constitutionnel subsidiaire est ouvert chaque fois que la décision[2366] n'est pas susceptible de recours en matière civile (art. 113 LTF), en particulier lorsque la valeur litigieuse minimale de 15'000 francs n'est pas atteinte et que la décision ne soulève pas une question juridique de principe[2367]. Puisqu'il appartient au recourant d'invoquer l'existence d'une question juridique de principe et d'en exposer les motifs et non au Tribunal fédéral de la soulever d'office[2368], le recours constitutionnel subsidiaire doit être considéré comme recevable lorsque le recourant n'invoque pas la question juridique de principe ou qu'il l'invoque mais ne la motive pas suffisamment, peu importe que l'affaire en

---

2362 ATF 133 II 130, c. 3.1 ; Message LTF, 4140 ad art. 97 P-LTF ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, 475 N 39 ; TAPPY (2007), 103 N 77.
2363 ATF 134 III 426, c. 2.2.
2364 Message LTF, 4140 ad art. 98 P-LTF.
2365 CORBOZ (in CORBOZ ET AL.), N 15 ad art. 104 LTF.
2366 La notion de « décision attaquable » est la même qu'en matière de recours en matière civile, vu le renvoi des art. 114 et 117 LTF. Sur cette notion, voir supra N 855 ss.
2367 Cf. supra N 859 ss (valeur litigieuse) et N 864 ss (question juridique de principe).
2368 Cf. supra N 866.

pose en réalité une[2369]. Le recourant doit dans tous les cas disposer de la qualité et d'un intérêt pour recourir (art. 115 LTF)[2370]. Le recours n'entraîne en principe aucun effet suspensif, sauf pour le juge instructeur de lui en accorder un, d'office ou sur requête d'une partie (art. 117 et 103 al. 1 et 3 LTF). Des mesures provisionnelles peuvent encore être ordonnées si elles ont pour but le maintien de l'état de fait ou la sauvegarde d'intérêts menacés (art. 104 LTF)[2371].

879 Dans le cadre d'un recours constitutionnel subsidiaire, seule la *violation d'un droit constitutionnel* peut être invoquée (art. 116 LTF). La notion de « droit constitutionnel » vise la Constitution fédérale, les constitutions cantonales, la CEDH et le Pacte ONU II[2372]. Les dispositions soulevées ont trait dans la majorité des cas à l'interdiction de l'arbitraire et à la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.) ainsi qu'aux garanties générales de procédure déduites des art. 14 Pacte ONU II, 6 CEDH et 29-30 Cst. Le recourant doit indiquer de manière précise quel(s) droit(s) constitutionnel(s) il invoque et en quoi consiste leur violation (art. 117 qui renvoie à l'art. 106 al. 2 LTF ; « *Rügeprinzip* »)[2373].

2. Casuistique

880 Le recourant peut par exemple se plaindre d'*arbitraire dans l'application du droit* (art. 9 Cst.). Ainsi, l'application de l'art. 336c CO a été retenue comme arbitraire dans un cas où la cour cantonale avait refusé de suspendre le délai de congé durant les deux jours de maladie de l'employé au motif que ceux-ci étaient des jours fériés ; le Tribunal fédéral a estimé d'une part que « le texte de la loi ne fait pas référence aux jours ouvrables ou fériés et n'indique pas que les périodes de protection ne couvrent que les jours ouvrables et que seuls de tels jours devraient être pris en considération » et, d'autre part, qu'au vu du but poursuivi par l'art. 336c al. 2 CO, soit celui d'accorder au travailleur un délai de congé complet pour lui permettre de chercher un nouvel emploi, la cour cantonale ne pouvait déduire que seule une incapacité survenue durant un jour ouvrable permettait de suspendre le délai de congé[2374].

[2369] TF du 11.11.2008, 4A_433/2008, c. 2 ; TF du 10.9.2007, 2C_287/2007, c. 1.3. et 2 ; CORBOZ (in CORBOZ ET AL.), N 33 ad art. 74 LTF. Plus nuancé : DONZALLAZ (Com-LTF), N 4544 ad art. 113 LTF.

[2370] Les mêmes exigences sont posées vis-à-vis du recours en matière civile, de sorte que nous renvoyons le lecteur supra au N 858.

[2371] Cf. supra N 877.

[2372] ATF 131 I 366, c. 2.2, JdT 2006 I 519 (rendu sous l'OJ) ; FRÉSARD (in CORBOZ ET AL.), N 3 ad art. 116 LTF.

[2373] ATF 135 IV 43, c. 4 ; 133 III 439, c. 3.2, JdT 2008 I 4.

[2374] TF du 7.4.2009, 4D_6/2009, c. 3. Pour un exemple d'application arbitraire de l'art. 18 CO dans le cadre de l'appréciation du contrat de travail liant les parties, voir TF du 26.5.2008, 4D_30/2008, c. 3.

881 Le recourant peut également invoquer que le tribunal a *établi les faits ou apprécié les preuves de manière arbitraire* (art. 9 Cst.). En pareil cas, il doit démontrer que le juge n'a pas pris en compte, sans raison sérieuse, un moyen propre à modifier la décision, qu'il s'est manifestement trompé sur son sens et sa portée, qu'il a respectivement admis ou nié un fait en contradiction avec le dossier ou encore qu'il a tiré des déductions insoutenables à partir des éléments de preuve recueillis[2375]. Par exemple, l'employé recourant peut se plaindre que les témoignages de ses anciens collègues, qui sont toujours au service de l'employeur, ont été appréciés avec arbitraire, au motif qu'ils ne l'ont pas été avec retenue mais qu'une pleine valeur probante leur a été accordée[2376].

882 La violation du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) peut encore être invoquée lorsque le recourant se plaint du fait que la décision rendue par l'autorité inférieure est insuffisamment motivée[2377] ou que le tribunal a refusé l'administration d'une preuve dont il se prévalait[2378], par exemple s'il a refusé l'audition de témoins ou la mise en œuvre d'une expertise, alors que celle-ci était propre à modifier la décision attaquée.

§ 68 La révision, l'interprétation et la rectification

1. La révision

883 La révision d'un arrêt du Tribunal fédéral peut être invoquée pour plusieurs motifs, prévus aux art. 121 à 123 LTF, notamment lorsque le Tribunal fédéral :

- n'a pas respecté les règles sur la récusation (art. 121 lit. a LTF), par exemple parce qu'un juge ou un greffier a participé à la décision alors qu'il avait valablement été récusé[2379] ;
- a statué *ultra* ou *extra petita* (art. 121 lit. b LTF) ; seuls les points qui constituaient l'objet du litige devant le Tribunal fédéral sont concernés, et non ceux qui ont été définitivement tranchés par les instances cantonales[2380] ;
- n'a pas statué sur l'une ou l'autre conclusion (art. 121 lit. c LTF) ; cette condition n'est toutefois pas réalisée lorsque le Tribunal fédéral a prononcé

[2375] ATF 134 V 53, c. 4.3 ; 129 I 8, c. 2.1 ; TF du 9.3.2010, 4A_441/2009, c. 4.2.1.
[2376] Cf. supra N 626.
[2377] ATF 134 I 83, c. 4.1 ; TF du 9.3.2010, 4A_441/2009, c. 5.1.
[2378] ATF 129 II 497, c. 2.2.
[2379] TF du 25.4.1991, 1P.208/1990, c. 2b .
[2380] TF du 17.11.2008, 5F_3/2008, c. 2.

une conclusion irrecevable, par exemple parce qu'il l'a considérée comme une conclusion nouvelle au sens de l'art. 99 al. 2 LTF[2381] ;

- n'a pas pris en compte, par inadvertance, des faits pertinents ressortant du dossier (art. 121 lit. d LTF) ; tel est le cas lorsque le juge a omis de prendre en considération une pièce déterminée ou l'a mal lue, s'écartant par mégarde de sa teneur exacte, mais non lorsqu'il a sciemment refusé de tenir compte d'un certain fait qui n'était selon lui pas décisif ; il faut encore que le fait ou la pièce qui a été omis soit susceptible d'entraîner une décision différente, favorable au requérant[2382].

884 La révision peut également être demandée au motif que l'arrêt aurait été influencé au préjudice du requérant par un crime ou un délit, même si aucune condamnation n'est intervenue (art. 123 al. 1 LTF), ou si le requérant découvre après coup des faits pertinents ou des moyens de preuve concluants qu'il n'avait pas pu invoquer dans la procédure précédente, à l'exclusion des faits ou moyens de preuve postérieurs à l'arrêt (art. 123 al. 2 lit. a LTF)[2383].

885 Lorsque la révision d'un arrêt qui constate l'irrecevabilité du recours est invoquée, le motif de révision doit porter sur les raisons pour lesquelles le Tribunal fédéral n'est pas entré en matière ou a déclaré le recours sans objet[2384].

Le Tribunal fédéral a ainsi admis la révision d'un arrêt prononçant l'irrecevabilité d'un recours, faute pour celui-ci d'atteindre la valeur litigieuse minimale, recours qui était dirigé contre une décision cantonale rejetant le moyen soulevé par le défendeur tiré d'une prétendue immunité de juridiction ; en effet, le défendeur a découvert après coup que la décision cantonale indiquait une valeur litigieuse erronée, la valeur réelle dépassant le montant plancher nécessaire pour la recevabilité du recours auprès du Tribunal fédéral[2385].

886 La demande en révision n'entraîne pas d'*effet suspensif*, sauf pour le juge instructeur d'en accorder un (art. 126 LTF). La fourniture de sûretés peut alors être exigée[2386].

2. L'interprétation et la rectification

887 L'interprétation ou la rectification d'un arrêt du Tribunal fédéral peut être demandée si son dispositif est peu clair, incomplet ou équivoque ou si ses

---

2381 Voir TF du 23.3.2009, 1F_2/2009, c. 2.3 ; TF du 17.11.2008, 5F_3/2008, c. 3 ; TF du 11.8.2008, 1F_16/2008, c. 3, SJ 2008 I 465.

2382 Voir TF du 11.8.2008, 1F_16/2008, c. 3, SJ 2008 I 465 ; TF du 29.7.2004, 4P.69/2004, c. 4.1 (rendu sous l'empire de l'OJ) ; ATF 122 II 17, c. 3 (rendu sous l'empire de l'OJ).

2383 Ces deux motifs de révision sont également prévus par le CPC et ont été développés ci-dessus, de sorte que nous y renvoyons le lecteur ainsi qu'à la jurisprudence fédérale mentionnée supra aux N 847 et n. 2280 ss.

2384 TF du 22.12.2004, 4P.275/2004, c. 2.1 ; TF du 29.7.2004, 4P.69/2004, c. 3 ; TF du 17.1.2003, 4C.338/2002, c. 1.1.

2385 TF du 17.1.2003, 4C.338/2002, c. 2.

2386 FERRARI (in CORBOZ ET AL.), N 5 ad art. 126 LTF.

éléments sont contradictoires entre eux ou avec les motifs, ou encore s'il contient des erreurs de rédaction ou de calcul (art. 129 al. 1 LTF)[2387].

Ainsi, lorsque l'exemplaire de l'arrêt motivé n'indique pas le même montant dû à titre de dépens que dans le dispositif premièrement notifié, la rectification de l'arrêt peut être réclamée[2388]. Celle-ci peut également porter sur une erreur dans la désignation d'une partie, par exemple si le Tribunal fédéral refuse l'octroi de l'assistance judiciaire de l'intimée alors que c'est la recourante qui avait fait le demande d'assistance judiciaire[2389]. Si le dispositif est contradictoire, parce qu'il admet le recours et alloue une indemnité de dépens au recourant alors qu'il le condamne simultanément au paiement de frais de procédure, il doit être rectifié[2390]. Le dispositif peut également être corrigé lorsqu'il contient une erreur de frappe vis-à-vis de l'articulation d'un chiffre[2391].

Lorsque le Tribunal fédéral a oublié de mentionner dans le dispositif de sa décision une question qu'il a tranchée dans le cadre de ses motifs, il y a lieu à interprétation[2392].

888 La demande en interprétation ou en rectification n'entraîne pas d'*effet suspensif*, sauf pour le juge instructeur d'en accorder un (art. 129 al. 3 et 126 LTF). La fourniture de sûretés peut alors être exigée[2393].

[2387] Les motifs d'interprétation et de rectification sont les mêmes que dans le CPC, de sorte que nous renvoyons le lecteurs aux développements et à la jurisprudence fédérale indiquée supra aux N 850 ss et n. 2295 ss.

[2388] TF du 22.11.2007, 4G_3/2007, c. 4.

[2389] TF du 5.3.2008, 5A_753/2007, c. 9.

[2390] TF du 4.2.2009, 2C_664/2008, c. 6 (non publié à l'ATF 135 II 86).

[2391] TF du 14.5.2010, 4A_115/2010, c. 4 : « Le dispositif notifié le 17 mai 2010, qui allouait au recourant en capital par inadvertance 30'759 fr. 15 au lieu de 30'579 fr. 15, doit être corrigé dans cette mesure ».

[2392] TF du 7.7.2004, 4C.86/2004, RSPC 2005 412.

[2393] FERRARI (in CORBOZ ET AL.), N 5 ad art. 126 LTF.

CONCLUSION

Plusieurs enseignements ressortent de la présente étude. Celle-ci met en évidence de nombreux problèmes auxquels elle apporte des solutions. Tous ne soulèvent pas les mêmes enjeux, si bien que seuls les plus importants méritent qu'on y revienne. Nous formulerons enfin quelques observations finales.

Les problématiques soulevées par les règles spéciales de procédure

Si la procédure civile vit, à l'heure où ces lignes sont écrites, une période de grands changements, de par l'adoption le 19 décembre 2008 du Code de procédure civile suisse (CPC), elle a toujours été une préoccupation importante du législateur fédéral en matière de conflits de travail, en raison de la composante sociale de ceux-ci. Les dispositions contenues dans le code unifié n'ont pas pour effet de bouleverser les règles spéciales de procédure établies dans ce domaine depuis près d'un siècle. Les tentatives visant à introduire des modifications plus radicales, telles que l'absence de valeur litigieuse déterminante en lien avec la procédure simplifiée ou l'application de la maxime d'office aux litiges relevant de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes ou reposant sur la résiliation du contrat de travail au sens des art. 336a et 337 CO, ont toutes échoué. Ainsi, les principes de simplicité, de rapidité, de gratuité, et ceux déduits de l'application de la maxime inquisitoire sociale, inscrits aux art. 343 CO, 12 LEg ou encore 15 LPart, de même que les fors à disposition et leur caractère semi-impératif au sens des art. 21 et 24 LFors, se retrouvent aujourd'hui sans exception dans les dispositions du CPC. Cette situation n'est pas surprenante, étant donné la volonté constante du législateur fédéral de protéger la partie dite faible au contrat dans les litiges à caractère social. Ce but protecteur a également motivé le maintien, dans certains cantons, de juridictions spécialisées en matière de droit du travail, formées notamment de juges laïques issus des milieux professionnels. Dans les cantons romands par exemple, Neuchâtel est le seul à avoir renoncé à ses tribunaux de prud'hommes.

Nous l'avons vu, la protection du travailleur, qualifié de partie faible au contrat, suppose de lui garantir un accès facilité à la justice. L'employé ne saurait se voir découragé de faire valoir ses droits pour des motifs d'ordre procédural uniquement. Ainsi, le caractère partiellement impératif des fors prévus par le Code dans ce domaine vise à empêcher que le travailleur soit attrait, contre sa volonté, à un lieu sans lien avec les relations de travail et qui peut, par hypothèse, être relativement éloigné de son domicile ou de l'endroit où son activité professionnelle est exercée. De même, la gratuité du procès ainsi que l'application de la procédure simplifiée, lorsque le montant réclamé ne dépasse pas 30'000 francs, permettent au justiciable de s'adresser facilement au

tribunal. En effet, le caractère peu formel du déroulement du procès signifie que les parties ont la possibilité de se passer des services d'un mandataire professionnel et d'éviter les coûts qui en découlent. Quant à la prise en charge des frais judiciaires par l'Etat, elle allège considérablement la situation du travailleur, qui ne dispose souvent pas des moyens financiers nécessaires pour introduire action, du fait précisément que les créances salariales dont il entend réclamer le paiement ne lui ont pas été versées. L'employé doit néanmoins prendre en considération qu'il pourra être condamné au versement de dépens en cas de perte du procès, voire même des frais judiciaires s'il agit de façon téméraire. Le caractère rapide de la procédure a pour sa part une importance pratique considérable pour un travailleur qui se voit privé de sa rémunération, partant de son principal moyen de subsistance, et qui doit pouvoir disposer de ses revenus à bref délai. En cours de procès, les principes déduits de l'application de la maxime inquisitoire sociale permettent enfin d'assurer que la décision du tribunal sera rendue sur la base d'un état de fait et d'une administration des preuves complets.

L'instauration de prescriptions spéciales de procédure civile dans les conflits de travail est indispensable si l'on veut assurer la protection du travailleur en tant que partie faible au contrat. L'étude de l'ensemble des règles de procédure applicables dans ce domaine a cependant permis de révéler certaines situations dans lesquelles des dispositions protectrices pouvaient être invoquées abusivement et de proposer des moyens adéquats pour y faire face. Il peut par exemple y avoir abus de droit lorsque plusieurs actions partielles sont introduites sans raisons objectives ou lorsque les parties ne se présentent pas à l'audience et se désintéressent de l'affaire, se sachant d'emblée libres du paiement des frais judiciaires.

Les problématiques soulevées par les règles générales de procédure civile

Outre les questions liées à l'application des règles protectrices spéciales, de nombreux autres problèmes de nature procédurale sont susceptibles de se poser à l'occasion d'un litige relevant du droit du travail. Leur multiplicité et leur diversité s'expliquent notamment par le fait que ce domaine juridique cumule deux types de conflits, les uns individuels et les autres collectifs, qui soulèvent chacun des problématiques spécifiques en raison de la disparité des parties au procès. Les règles spéciales applicables aux litiges de droit du travail, telles que les fors partiellement impératifs ou la compétence exclusive d'un tribunal spécialisé, ont également des incidences sur certains principes généraux de procédure civile et empêchent parfois l'application de ceux-ci, par exemple en matière de consorité, de cumul objectif d'actions ou de prétention reconventionnelle. A cela s'ajoute le caractère impératif de certaines normes du droit matériel, qui peut lui aussi entraîner des conséquences au niveau

procédural, au regard par exemple de la validité d'une transaction judiciaire, d'une prorogation de for ou d'une clause d'arbitrage.

Le calcul de la *valeur litigieuse*, qui est essentiel pour avoir des incidences sur les frais, le type de procédure applicable, la compétence matérielle du tribunal ou encore les voies de recours ouvertes, pose des difficultés majeures lorsque la prétention ne tend pas au versement d'une somme d'argent. Tel est notamment le cas de l'action en délivrance d'un certificat de travail ou en exécution d'une clause de prohibition de faire concurrence. Les actions constatatoires sont également au cœur de cette problématique. La manière de calculer la valeur litigieuse doit toujours tenir compte des difficultés pratiques existantes, de sorte que nous avons essayé de proposer des solutions aussi pragmatiques que possible.

Les principes retenus par le CPC en matière de *représentation en justice* sont intéressants à plus d'un titre. Du côté du travailleur, ils présentent l'avantage d'admettre en toute hypothèse la représentation par une « personne de confiance » qui intervient à titre non professionnel. L'employé qui ne dispose pas des moyens financiers nécessaires pour s'adjoindre les services d'un avocat peut ainsi être soutenu dans sa démarche par la présence au procès d'un parent, d'un ami ou d'un collègue de travail. Le législateur a en revanche été plus strict vis-à-vis de la représentation professionnelle : les membres d'associations patronales ou syndicales, qui tombent sous le coup de la notion de « mandataires professionnellement qualifiés », sont autorisés à représenter une partie devant les juridictions spéciales de droit du travail uniquement, et si le droit cantonal le prévoit. Du côté de l'employeur, la comparution personnelle obligatoire à l'audience de conciliation est quelque peu assouplie par l'opportunité qui lui est offerte, lorsque le litige porte sur la LEg, la LPart ou sur un montant ne dépassant pas 30'000 francs, de se faire représenter par l'un de ses employés.

Les questions de procédure soulevées par la *subrogation d'une caisse de chômage* aux droits de l'employé méritent elles aussi d'être citées, tant la situation se rencontre fréquemment en pratique, lorsque des prétentions salariales sont réclamées. Elles trouvent des solutions différenciées selon le moment auquel la subrogation a lieu. Dans tous les cas, des motifs d'économie de procédure appellent à ce que les prétentions de la caisse soient traitées, dans la mesure du possible, dans le cadre du même procès que celui opposant le travailleur et l'employeur.

Les *conclusions* introduites par une partie dans un conflit de travail sont le plus souvent de nature condamnatoire. Lorsque le montant réclamé ne peut d'emblée être déterminé de façon précise, le Code ouvre la voie à l'action en paiement non chiffrée. Celle-ci présente un intérêt particulier lorsque le bien-fondé des prétentions dépend de moyens de preuve en mains de la partie adverse, tels que les documents comptables nécessaires au calcul d'une

participation aux résultats de l'entreprise. Si le demandeur n'entend pas réclamer l'ensemble de la ou des créances dont il dispose vis-à-vis de la partie adverse, une action partielle, proprement ou improprement dite, peut être introduite. Il pourra réclamer le solde par la suite, à l'occasion d'un nouveau procès. L'action partielle trouve cependant certaines limites, notamment au niveau de la gratuité du litige, lorsque des raisons de pure commodité procédurale et non des motifs objectifs ont poussé la partie à agir de la sorte. Les prétentions peuvent parfois aussi porter sur la constatation d'une situation juridique, en particulier lorsqu'elles émanent d'associations professionnelles. Dans les cas d'urgence enfin, les mesures provisionnelles jouent un rôle important, en matière de prohibition de faire concurrence par exemple, lorsque l'employeur entend faire interdire l'exercice de la nouvelle activité déployée par le travailleur.

Le principe du *fardeau de la preuve* pose quant à lui des difficultés pratiques lorsqu'un certain type de prétentions est invoqué, tel que l'accomplissement d'heures supplémentaires, l'existence d'un licenciement abusif, d'un harcèlement psychologique ou encore d'une discrimination à raison du sexe. La jurisprudence a ainsi été amenée à procéder à quelques aménagements afin de faciliter la réussite de la preuve dans ces domaines : le fardeau de la preuve est soit allégé, soit renversé. Les circonstances de fait peuvent aussi avoir des conséquences vis-à-vis de l'*appréciation des preuves*. Ainsi, lorsqu'un collaborateur de l'entreprise ou un proche d'une partie est entendu en qualité de témoin, ses déclarations doivent être appréciées avec une certaine retenue si le tribunal émet des doutes quant à son impartialité. Le résultat de l'administration des preuves peut s'en trouver fortement ébranlé, notamment lorsque les autres moyens de preuve sont insuffisants, voire même inexistants.

Si l'action est introduite par une *organisation professionnelle* et qu'elle vise un intérêt collectif, sa recevabilité est soumise à certaines conditions, fixées par le Code, à moins qu'elle soit expressément prévue par une loi spéciale. De manière générale, les actions collectives doivent être encouragées dans un souci d'économie de procédure. D'une part, elles permettent de réunir en un seul procès des prétentions qui pourraient être introduites de manière individuelle par chacune des parties concernées, et d'éviter l'ouverture d'un nombre important de procédures distinctes. D'autre part, elles ont l'avantage de décharger le demandeur – soit dans la majorité des cas le travailleur – du fardeau d'un procès, l'employeur attaqué étant souvent amené à rétablir une situation conforme au droit.

Observations finales

Ce travail ne prétend pas régler tous les problèmes susceptibles de se poser à l'occasion d'un litige relevant du droit du travail. Nous avons néanmoins l'audace de penser que les plus importants et les plus fréquents y sont traités. Des solutions aussi concrètes et pragmatiques que possible ont été proposées afin de les résoudre. Notre activité de greffière ad hoc au sein d'un tribunal de prud'hommes, exercée en parallèle à la rédaction de cette thèse, nous a été d'une grande aide. Elle a notamment permis de nous rendre compte de l'écart qui existe parfois entre la théorie et la pratique, par exemple en termes d'efficacité des tribunaux composés de juges laïques ou de rapidité du procès. Nous avons également pu observer les dangers d'abus, de la part du justiciable, dans l'application des dispositions spéciales de procédure, en premier lieu vis-à-vis de la gratuité du procès. Ces diverses constatations ont nécessité à notre avis de nuancer certains principes théoriques, afin de les adapter à la réalité des situations de fait, et de proposer des solutions praticables tant pour les tribunaux que pour les parties et leurs mandataires.

Les circonstances particulières dans lesquelles notre travail a été rédigé, dans une période de grande réforme du droit de procédure civile en Suisse, rendent la réflexion doctrinale très importante. Il appartient désormais aux plaideurs et aux tribunaux de donner vie au nouveau code. Que nos réflexions soient pour eux une source d'inspiration !

BIBLIOGRAPHIE

ABBET STÉPHANE, Le principe de la bonne foi en procédure civile, JdT 2010 II 221-249

ALBERTI ANDREA, Tutela giurisdizionale nei casi manifesti (art. 257 CPC), RSPC 2010 101-116

AMSTUTZ MARC / MABILLARD RAMON, Fusionsgesetz (FusG), Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003, Bâle 2008

ANDERMATT ARTHUR / BIANCHI DORIS / BRUCHEZ CHRISTIAN / GABATHULER THOMAS / HÄBERLI CHRISTOPH / KUSTER ZÜRCHER SUSANNE / MOLO ROMOLO / RIEGER ANDREAS / RONCORONI GIACOMO / SCHMID PETER, Droit collectif du travail, Bâle 2010 (cité : Auteur in ANDERMATT ET AL.)

AUBERT GABRIEL, La compétence des tribunaux genevois de prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente, SJ 1982 193-219 (cité : 1982)

- La procédure de la juridiction des prud'hommes vue par le Tribunal fédéral, SJ 1984 148-152 (cité : SJ 1984)
- Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, Zurich 1984 (cité : 1984)
- La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1985, SJ 1986 289-312 (cité : 1986)
- La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1986, SJ 1987 545-575 (cité : 1987)
- Les mandataires professionnels devant le Tribunal genevois des prud'hommes, SJ 1990 309-317 (cité : 1990)
- Discriminations salariales, protection de la personnalité et concurrence déloyale : A propos de la qualité pour agir des organisations professionnelles, PJA 1992 572-575 (cité : 1992)
- L'arbitrage en droit du travail, in Journée 1996 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1999, 107-129 (cité : 1999)
- Commentaire des articles 319-362 CO, in Thévenoz/Werro (éd.), Commentaire romand, Code des obligations I, Genève 2003 (cité : CR CO I-AUBERT)
- Convention collective et contrat-type de travail : survol d'un siècle, in Bellanger/Chaix/Chappuis/Héritier Lachat (éd.), Le contrat dans tous ses états : publication de la Société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125e anniversaire de la Semaine Judiciaire, Berne 2004, 3-15 (cité : 2004)

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Égalité salariale et décisions judiciaires : questions pratiques du point de vue de la justice, PJA 2005 1062-1073 (cité : 2005)
– Licenciement abusif et jurisprudence récente, SJ 2007 II 51-74 (cité : 2007)

BAKER & MCKENZIE (éd.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Berne 2010 (cité : Auteur in BAKER & MCKENZIE)

BARBEY RICHARD, Les congés abusifs selon l'art. 336 alinéa 1 CO, in Journée 1993 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1994, 71-96 (cité : Congés)
– La procédure relative aux résiliations abusives du contrat de travail, in Journée 1993 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1994, 97-114 (cité : Procédure)

BARONE ANNE-MARIE, Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes : règles spéciales de procédure, Revue de l'avocat 2003 158-162

BAUER OLIVIER, Der Arbeitnehmerschutz im Fusionsgesetz, thèse Bâle 2008

BAUMGARTNER URS L., Wenn sich der Datenschützer in das Arbeitsrecht einmischt, PJA 2003 1432-1440 (cité : 2003)
– in Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (éd.), Fusionsgesetz, Basler Kommentar, Bâle/Genève/Munich 2005 (cité : BSK FusG-BAUMGARTNER)

BAUMGARTNER URS L. / WILDHABER ISABELLE S., Ausgewählte arbeitsrechtliche Fragestellungen im Fusionsgesetz, PJA 2008 1085-1094

BEGLINGER MICHAEL, Beweislast und Beweisverteilung im Zivilprozess, RDS 115 (1996) I 469-494

BERENSTEIN ALEXANDRE, Contrat-type de travail, FJS 1957 n° 1014 (cité :1957)
– La création des conseils de prud'hommes à Genève, in Mélanges d'histoire économique et sociale : en hommage au professeur Antony Babel à l'occasion de son soixante-quinzième anniversaire, Genève 1963, 301-317 (cité : 1963)
– Le procès en matière de travail en Suisse, Faculté internationale pour l'enseignement du droit comparé, Strasbourg 1966 (cité : 1966)
– La juridiction des prud'hommes : aperçu historique, SJ 1984 115-128 (cité : 1984)

BERGER BERNHARD, Die Widerklage zwischen kantonalem und eidgenössischem Recht, in Jametti Greiner/Berger/Güngerich (éd.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung : zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Berne 2005, 219-252

BERGER BERNHARD / GÜNGERICH ANDREAS, Zivilprozessrecht : unter Berücksichtigung des Entwurfs für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Berne 2007

BERGER-STEINER ISABELLE, Das Beweismass im Privatrecht : eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, thèse Berne 2008

BERNOLD HEINER, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, thèse Zurich 1983

BERSIER ERIC, Les diverses méthodes d'évaluation et de comparaison des salaires, in Wyler Rémy (éd.), Panorama en droit du travail : recueil d'études réalisées par des praticiens, Berne 2009, 381-390 (cité : 2009)

BERSIER ROLAND, Salaire brut ou net ? La mention des cotisations d'assurances sociales dans les prétentions issues d'un contrat de travail, RSJ 78 (1982) 299-303 (cité : 1982)

– La résiliation abusive du contrat de travail (art. 336 à 336b CO), RSJ 89 (1993) 313-322 (cité : 1993)

BERTI STEPHEN V., Gedanken zur Teil(anspruchs)klage nach Art. 84 E ZPO CH, RSPC 2007 77-86 (cité : 2007)

– Zur Teilklage nach Art. 86 ZPO der Schweizerischen Zivilprozessordnung (zugleich ein Beitrag zur Lehre der materiellen Rechtskraft), in Fellmann/Weber (éd.), Haftpflichtprozess 2010 : unbezifferte Forderungsklage, Teilklage, Streitverkündungsklage, Beweis und Sammelklage im Lichte der Schweizerischen Zivilprozessordnung : Beiträge zur Tagung vom 5. Mai 2010, Zurich 2010, 39-52 (cité : 2010)

BERTOSSA BERNARD / GAILLARD LOUIS / GUYET JACQUES / SCHMIDT ANDRE DIEGO, Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987 : Art. 1 à 519, 3 vol., Genève 1989, 1990 et 1994

BETTEX BJÖRN, L'expertise judiciaire : étude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, thèse Lausanne, Berne 2006

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, Et si la justice ôtait son bandeau ? : la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève/Bâle 2003

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH / KAUFMANN CLAUDIA (éd.), Commentaire de la loi sur l'égalité, Lausanne 2000 (cité : Auteur in BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN)

BLOCH ANDRÉ, Die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit von Amtes wegen und die Folgen bei örtlicher Unzuständigkeit gemäss Art. 34 GestG, thèse Zurich, Zurich/Bâle/Genève 2003

BOHNET FRANÇOIS, Faire défaut à Neuchâtel, RJN 2000 42-58 (cité : 2000)

- Trois ans de jurisprudence fédérale en matière de LFors : une analyse critique, PJA 2004 55-69 (cité : 2004)
- Code de procédure civile neuchâtelois commenté, 2ème éd., Bâle 2005 (cité : CPCN)
- Les conflits individuels de travail et les litiges en matière de bail et de droit de la consommation seront-ils arbitrables sous l'empire de la loi fédérale de procédure civile ?, in Bohnet/Wessner (éd.), Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Bâle 2005, 161-176 (cité : 2005)
- Les procédures spéciales, in Lukic Suzana (éd.), Le projet de code de procédure civile fédérale : Travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007, Lausanne 2008, 271-332 (cité : 2008)
- Procédure civile suisse : plaidoyer pour un retour vers le futur, in Zen-Ruffinen Piermarco (éd.), Le temps et le droit : Recueil de travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes 2008, Bâle 2008, 1-15 (cité : Procédure)
- Code de procédure civile suisse et nouvelle organisation judiciaire neuchâteloise, RSJ 104 (2008) 445-447 (cité : RSJ)
- La procédure sommaire selon le Code de procédure civile suisse, RJJ 2008 263-316 (cité : RJJ)
- Les défenses en procédure civile suisse, RDS 128 (2009) II 185-322 (cité : RDS)
- La face cachée du Code de procédure civile suisse, Plaidoyer 3/2010 32-35 (cité : Plaidoyer)
- Le droit du bail en procédure civile suisse, in Bohnet/Wessner (éd.), 16e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2010, 1-64 (cité : 2010)
- Les exceptions en procédure civile suisse, in Bohnet François (éd.), Procédure civile suisse : les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, 141-157 (cité : Exceptions)
- La procédure sommaire : Cas clair – Mesures provsionnelles – Mise à ban, in Bohnet François (éd.), Procédure civile suisse : les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, 193-239 (cité : Sommaire)

BOHNET FRANÇOIS / BRÜGGER NICOLAS, La notification en procédure civile suisse, RDS 129 (2010) I 291-334

BOHNET FRANÇOIS / MARTENET VINCENT, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009

BOHNET FRANÇOIS / OTHENIN-GIRARD SIMON, Le for du domicile et de la résidence habituelle : comparaison des régimes de la LDIP et de la LFors, SJ 2001 II 139-167

BOHNET FRANÇOIS / SCHWEIZER PHILIPPE, Les défenses relatives à l'instance et à l'action spécialement en procédure civile neuchâteloise, RJN 1997 14-76

BOHNY PETER, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, thèse Bâle, Zurich 1989 (cité : 1989)
– Konkurrenzverbot, in Geiser/Münch (éd.), Stellenwechsel und Entlassung, Bâle 1997, 139-168 (cité : 1997)

BOIS PHILIPPE, Conflits collectifs de travail et condition du salarié, in Dix-huitième journée juridique : novembre 1978, Genève 1979, 79-126

BONARD PAUL, Les sanctions des règles de compétence (déclinatoire, recours, refus de l'exécution) : étude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, thèse Lausanne 1985

BOSSHARD PIERRE-YVES, L'appréciation de l'expertise judiciaire par le juge, RSPC 2007 321-326

BREGNARD-LUSTENBERGER JUDITH, Überstunden- und Überzeitarbeit, thèse Berne 2006

BREHM ROLAND, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 3ème éd., Berne 2006 (cité : BK-BREHM)

BRENNER MONIKA, Der Parteiwechsel im Zivilprozess als Folge des Bundesprivatrechts, thèse Saint-Gall, Bamberg 1992

BRÖNNIMANN JÜRGEN, Gedanken zur Untersuchungsmaxime, RJB 1990 329-377 (cité : 1990)
– Die Behauptungslast, in Leuenberger Christoph (éd.), Der Beweis im Zivilprozess, Berne 2000, 47-69 (cité : 2000)
– Die schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 – ein Überblick, Recht 3/2009 79-99 (cité : 2009)

BROQUET JULIEN, For du lieu d'exécution et autres nouveautés en matière de fors, in Bohnet François (éd.), Procédure civile suisse : les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, 33-55

BRÜGGER NICOLAS, La notification électronique en procédure civile suisse, RSPC 2010 323-336

BRÜHWILER JÜRG, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2ème éd., Berne 1996

BRULHART VINCENT, Commentaire de l'ATF 124 III 382, PJA 1998 216-220

BRUNNER CHRISTIANE / BÜHLER JEAN-MICHEL / WAEBER JEAN-BERNARD / BRUCHEZ CHRISTIAN, Commentaire du contrat de travail, 3ème éd., Lausanne 2004

BUCHER ANDREAS, L'examen de la compétence internationale par le juge suisse, SJ 2007 II 153-196

BÜHLER ALFRED, Die Beweisaussage im Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, in Forstmoser/Honsell/Wiegand (éd.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis : Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht : Festschrift für Hans Peter Walter, Berne 2005, 459-469 (cité : 2005)
– Die Beweiswürdigung von Gerichtsgutachten im Zivilprozess, in Jusletter du 14 mai 2007 (cité : 2007)
– Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in Jusletter du 21 juin 2010 (cité : 2010)

BÜHLER ALFRED / EDELMANN ANDREAS / KILLER ALBERT, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung : Zivilrechtspflegegesetz (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 18. Dezember 1984, 2ème éd., Aarau/Francfort-sur-le-Main/Salzburg 1998 (cité : Auteur in BÜHLER/EDELMANN/KILLER)

BÜRGI HERMANN / SCHLÄPFER KASPAR / HOTZ MATTHIAS / PAROLARI CARLO, Handbuch zur Thurgauer Zivilprozessordnung, Zurich 2000

CANDRIAN JÉRÔME, La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens : introduction à une lecture, SJ 2006 II 95-138

CARRUZZO PHILIPPE, Les conséquences de l'empêchement non fautif de travailler : questions choisies, SJ 2008 II 283-330 (cité : 2008)
– Le contrat individuel de travail : Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zurich 2009 (cité : 2009)

CHAIX FRANÇOIS, Introduction au recours de la nouvelle procédure civile fédérale, SJ 2009 II 257-273 (cité : 2009)
– L'apport des faits au procès, in Bohnet François (éd.), Procédure civile suisse : les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, 115-140 (cité : 2010)

CHAVANNE MICHEL, La qualité pour agir des organisations fondées sur l'article 7 LEg et la promotion du principe de l'égalité, in Wyler Rémy (éd.), Panorama en droit du travail : recueil d'études réalisées par des praticiens, Berne 2009, 365-380

CHERPILLOD ANNE, Procéder sans procéder selon le Code de procédure civile suisse, PCEF 2008/2009 161-174

CHEVALIER MARCO, Die Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung gemäss Art. 74 Abs. 2 Bst. a BGG, PCEF 2006 325-334

CLASS EDI / MÖSSINGER RAINER, Die Rechte der Frau im Arbeitsverhältnis, Zurich 1996

CORBOZ BERNARD, Les congés affectés d'un vice, in 9e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996 (cité : 1996)
– Introduction à la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, SJ 2006 II 319-354 (cité : 2006)

CORBOZ BERNARD / WURZBURGER ALAIN / FERRARI PIERRE / FRÉSARD JEAN-MAURICE / AUBRY-GIRARDIN FLORENCE, Commentaire de la LTF (Loi sur le Tribunal fédéral), Berne 2009 (cité : Auteur in CORBOZ ET AL.)

COSSALI SAUVAIN MONIQUE, Egalité entre femmes et hommes : loi fédérale du 24 mars 1995, FJS 1998 n° 545 (cité : FJS)
– La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995, in Journée 1995 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1999, 57-89 (cité : 1999)

COTTER GUIDO, Das Luzerner Arbeitsgericht und die Bestimmung des Art. 343 OR : ein Beitrag zur Arbeitsgerichtsbarkeit in der Schweiz, thèse Zurich 1979

COTTI LUKAS, Das vertragliche Konkurrenzverbot : Voraussetzungen, Wirkungen, Schranken, thèse Fribourg 2001

DASSER FELIX, Gerichtsstand und anwendbares Recht unter dem Fusionsgesetz, in von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (éd.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht : Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2003, 659-671

DECOPPET PIERRE, Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg) : indications concernant l'application et l'interprétation de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes : une étude, Berne 1996

DESCHENAUX HENRI / STEINAUER PAUL-HENRI, Personnes physiques et tutelle, 4ème éd., Berne 2001

DIETSCHY PATRICIA, La situation procédurale de la caisse de chômage subrogée aux droits de l'employé, RSPC 2010 130-136 (cité : RSPC)
– Le déroulement de la procédure simplifiée, in Bohnet François (éd.), Procédure civile suisse : les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, 173-192 (cité : 2010)
– Le devoir d'interpellation du tribunal et la maxime inquisitoire sous l'empire du Code de procédure civile suisse, RSPC 2011 56-62 (cité : 2011)

DONZALLAZ YVES, Le for des litiges du droit du travail dans la LDIP et la Convention de Lugano, in Duc Jean-Louis (éd.), Le travail et le droit, Fribourg 1994, 93-112 (cité : 1994)

– La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, vol. III, Berne 1998 (cité : 1998)
– Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, Berne 2001 (cité : Com-LFors)
– Le lieu où le travailleur exécute habituellement son travail au sens de l'art. 5 ch. 1 CB/CL, PCEF 2004 57-71 (cité : 2004)
– Loi sur le Tribunal fédéral : Commentaire, Berne 2008 (cité : Com-LTF)

DROESE LORENZ, Die Streitverkündungsklage nach Art. 81 f. ZPO, RSPC 2010 305-321

DUCRET STÉPHANE / OSOJNAK SANDRINE, Procédures spéciales vaudoises : Quatrième partie : Loi sur la juridiction du travail (LJT), in Ducret/ Osojnak/Guignard/Byrde/Hack/Giroud Walther, Procédures spéciales vaudoises : code annoté et recueil de textes, Lausanne 2008

DUNAND JEAN-PHILIPPE, La jurisprudence de la Cour de cassation civile neuchâteloise en matière de licenciement abusif (art. 336 à 336b CO), RJN 2003 51-90 (cité : 2003)
– Le harcèlement psychologique (mobbing) en droit privé suisse du travail, RJN 2006 13-45 (cité : 2006)
– La responsabilité civile du travailleur (art. 321e CO), in Bohnet François (éd.), Quelques actions en responsabilité, Neuchâtel 2008, 75-98 (cité : 2008)

EGGER WALTER, Die reformatio in peius im Zivilprozessrecht, thèse Zurich 1985

EGLI HANS-PETER, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, PJA 2000 1064-1078 (cité : 2000)
– Das arbeitsrechtliche Verfahren nach Art. 343 OR, PCEF 2004 21-55 (cité : 2004)

EHRENSTRÖM PHILIPPE, Immunités diplomatiques et contentieux du travail en Suisse, in Jusletter du 10 décembre 2007

EHRENZELLER BERNHARD / MASTRONARDI PHILIPPE / SCHWEIZER RAINER J. / VALLENDER KLAUS A. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung : Kommentar, 2ème éd., Zurich 2008 (cité : Auteur in EHRENZELLER ET AL.)

ENGEL PIERRE, Contrats de droit suisse : traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, 2ème éd., Berne, 2000

ESSEIVA MICHEL / MAILLARD CHRISTOPHE / TORNARE CHRISTOPHE, Code de procédure civile fribourgeois annoté, 2ème éd., Fribourg 2007

FAVRE CHRISTIAN / MUNOZ CHARLES / TOBLER ROLF A., Le contrat de travail : Code des obligations (Art. 319-362 CO), Loi sur l'égalité, Loi sur le travail, Loi sur le service de l'emploi et la location de services, Code annoté de la jurisprudence fédérale et cantonale, 2ème éd., Lausanne 2010

FELLMANN WALTER, Gerichtliche Fragepflicht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in Fellmann/Weber (éd.), Haftpflichtprozess 2009 : schweizerische Zivilprozessordnung, Bundesgerichtsgesetz, Beweis, richterliche Fragepflicht und Rechtsmittel : Beiträge zur Tagung vom 14. Mai 2009, Zurich 2009, 69-100 (cité : 2009)

– Die vorsorgliche Beweisführung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in Fellmann/Weber (éd.), Haftpflichtprozess 2010 : unbezifferte Forderungsklage, Teilklage, Streitverkündungsklage, Beweis und Sammelklage im Lichte der Schweizerischen Zivilprozessordnung : Beiträge zur Tagung vom 5. Mai 2010, Zurich 2010, 97-114 (cité : 2010)

FRANCK RICHARD / STRÄULI HANS / MESSMER GEORG, ZPO, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3ème éd., Zurich 1997

– ZPO, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung : Ergänzungsband, Zurich 2000 (cité : Ergänzungsband)

FREI J. NINA, Die Interventions- und Gewährleistungsklagen im Schweizer Zivilprozess : unter besonderer Berücksichtigung der Streitverkündung mit Klage nach dem Vorentwurf einer Schweizer Zivilprozessordnung, thèse Zurich, Zurich/Bâle/Genève 2004

FREIVOGEL ELISABETH, Die Verbandsklage und –beschwerde im neuen Gleichstellungsgesetz, in Schwander/Schaffhauser (éd.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, Saint-Gall 1996, 127-160

FREUNDLER ALEXANDRE, La faillite de l'employeur, JdT 2008 II 49-68

GAILLARD LOUIS, Le sort des preuves illicites dans le procès civil, SJ 1998 649-670

GALLEY MARIE-JOSÉE ALEX, Les juridictions du travail en Suisse, thèse Genève 2003

GASSER DOMINIK, Aspekte eines sozialen Zivilprozesses, in Jametti Greiner/Berger/Güngerich (éd.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung : zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Berne 2005, 297-312

GASSER DOMINIK / RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, Zurich 2010

GAUDEMET-TALLON HÉLÈNE, Compétence et exécution des jugements en Europe : Règlement n° 44/2001 : Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007), 4ème éd., Paris 2010

GEISER THOMAS, Kündigungsschutz bei Krankheit, PJA 1996 550-558 (cité : 1996)
– Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn, PJA 2001 382-393 (cité : 2001)
– Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, PJA 2003 323-334 (cité : 2003)
– Die Stellung der Arbeitnehmenden nach dem Fusionsgesetz, PJA 2004 863-869 (cité : 2004)

GEISER THOMAS / MÜLLER ROLAND, Arbeitsrecht in der Schweiz, Berne 2009

GEISER THOMAS / VON KAENEL ADRIAN / WYLER RÉMY (éd.), Loi sur le travail : Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, Berne 2005 (cité : Auteur in GEISER/VON KAENEL/WYLER)

GERHARDS GERHARD, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG), Band I (art. 1-58), Berne 1988

GILLARD FRANÇOIS, La transaction judiciaire en procédure civile, thèse Lausanne 2003

GILLON LUKE H., La procédure en droit du travail devant les autorités fribourgeoises, in Wyler Rémy (éd.), Panorama en droit du travail : recueil d'études réalisées par des praticiens, Berne 2009, 791-801

GLANZMANN-TARNUTZER LUCREZIA, Der Beweis medizinischer Erhebungen im Zivil-, Straf- und Sozialversicherungsprozess, PJA 2005 73-81

GROLIMUND PASCAL, Zivilprozess und Versicherung, HAVE 2008 224-235

GULDENER MAX, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zurich 1955 (cité : 1955)
– Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3ème éd., Zurich 1979 (cité : 1979)

GÜNGERICH ANDREAS, Die Schutzschrift im schweizerischen Zivilprozessrecht : unter besonderer Berücksichtigung der Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, thèse Berne 2000

GÜNGERICH ANDREAS / COENDET THOMAS, Die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, RSPC 2008 42-45

HÄBERLI CHRISTOPH, Verfahrensfragen im Zusammenhang mit Gesamtarbeitsverträgen, ArbR 2007 35-64

HABSCHEID EDGAR J., Die allgemeine Feststellungsklage : dritte Rechtsschutzform des Schweizer Bundesrechts auf Grund der Bundesverfassung (effektiver Rechtsschutz), PJA 2002 269-273 (cité : 2002)

HABSCHEID WALTER J., Droit judiciaire privé suisse, 2ème éd., Genève 1981 (cité : 1981)

– Beweisverbot bei illegal, insbesondere unter Verletzung des Persönlichkeitsrechts, beschafften Beweismitteln, RSJ 89 (1993) 185-191 (cité : 1993)

HAEFLIGER ARTHUR, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, thèse Berne 1974

HALDY JACQUES, Le droit d'être assisté d'un avocat en procédure civile, in Chaudet/Rodondi (éd.), L'avocat moderne : regards sur une profession dans un monde qui change : mélanges publiés par l'Ordre des avocats vaudois à l'occasion de son centenaire, Bâle/Genève 1998, 197-204 (cité : 1998)

– La protection des intérêts des parties et des tiers dans la procédure probatoire ou les limites du droit à la preuve, in Leuenberger Christoph (éd.), La preuve dans le procès civil, Berne 2000, 101-106 (cité : 2000)
– De l'utilité de l'appel en cause, RSPC 2005 439-451 (cité : 2005)
– Les procédures spéciales, Revue de l'avocat 2008 327-332 (cité : 2008)
– La nouvelle procédure civile suisse, Bâle 2009 (cité : 2009)
– L'appel en cause, in Bohnet François (éd.), Procédure civile suisse : les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, 159-172 (cité : 2010)

HASENBÖHLER FRANZ, Das Verfahren in Arbeitsstreitigkeiten nach dem Vorentwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung, in Christ/Kramer (éd.), Symposium für Frank Vischer, Bâle 2005, 79-88 (cité : 2005)

– Das Beweisrecht, PCEF 2007 379-394 (cité : 2007)

HASLER ERNST, Die Zuständigkeit bei arbeitsvertraglichen Streitigkeiten im Kanton Zürich, ArbR 1988 41-59

HAUSER ROBERT / SCHWERI ERHARD, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976 mit den seitherigen Änderungen, Zurich 2002

HENCHOZ DOMINIQUE, Le projet de procédure civile suisse, in Fellmann/ Poledna (éd.), La pratique de l'avocat 2003, Berne 2004, 663-681

HENSCH ANGELA, Arbeitsrechtliche Zivilverfahren 2011 : ein Überblick, PCEF 2008/2009 533-557

HESS-BLUMER ANDRI, Die Schutzschrift nach eidgenössischem und zürcherischem Recht, thèse Zurich 2001

HEUBERGER WALTER, Die Unverzichtbarkeit von arbeitsvertraglichen Ansprüchen, thèse Berne 1988

HIRSIGER CAROLINE, Der Schutz der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer bei der Fusion von Kapitalgesellschaften nach schweizerischem und europäischem Fusionsrecht, thèse Bâle, Genève/ Zurich/Bâle 2006

HOFFMANN-NOWOTNY URS HENRYK, Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, thèse Zurich 2010

HOFMANN DAVID / LÜSCHER CHRISTIAN, Le Code de procédure civile, Berne 2009 (cité : 2009)

HOFMANN URS, Verzicht und Vergleich im Arbeitsrecht : über den Schutz des Arbeitnehmers durch zwingendes Recht, thèse Zurich, Berne 1985

HOHL FABIENNE, Le degré de la preuve, in Schwander/Stoffel (éd.), Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht : Festschrift für Oscar Vogel, Fribourg 1991, 125-159 (cité : 1991)
– L'exécution anticipée « provisoire » des droits privés, PJA 1992 572-590 (cité : 1992)
– La réalisation du droit et les procédures rapides, évolution et réformes, Fribourg 1994 (cité : 1994)
– La subrogation de la caisse de chômage et ses effets sur le procès civil, in Haldy/Rapp/Ferrari (éd.), Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, 79-92 (cité : 1999)
– Le degré de la preuve dans les procès au fond, in Leuenberger Christoph (éd.), La preuve dans le procès civil, Berne 2000, 127-138 (cité : 2000)
– Procédure civile, Tome I : Introduction et théorie générale, Berne 2001 (cité : Tome I)
– Procédure civile, Tome II : Organisation judiciaire, compétence, procédure et voies de recours, Berne 2002 (cité : Tome II)

HOLLENSTEIN PAUL, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgericht vom 3.11.1998, PJA 1999 1153-1156

HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / GEISER THOMAS (éd.), Zivilgesetzbuch, Basler Kommentar, 3ème éd., Bâle 2006 (cité : BSK-Auteur)

HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / WIEGAND WOLFGANG (éd.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 4ème éd., Bâle 2007 (cité : BSK-Auteur)

HOTTELIER MICHEL, La substitution de parties en procédure civile genevoise, in Bolle Pierre-Henri (éd.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Bâle 2000, 199-212

HOTTELIER MICHEL / FOËX BÉNÉDICT / JEANDIN NICOLAS (éd.), Les recours au Tribunal fédéral, Zurich 2007

HRISTIĆ MARIANNE, Zwingende und teilzwingende Gerichtsstände des Gerichtsstandsgesetzes : unter Einbezug des internationalen Verfahrensrechts, thèse Zurich, Zurich/Bâle/Genève 2002

HUBSCHMID URSULA, in Vischer Frank (éd.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zurich/Bâle/Genève 2004 (cité : ZK FusG-HUBSCHMID)

HUNZIKER-BLUM FELIX, Negative Feststellungswiderklagen in Haftpflicht- und Versicherungsprozessen – wozu ?, HAVE 2007 395-399

ILG WALO C., Kommentar über das Bundesgesetz über die Information der Arbeitnehmer in den Betrieneb (Mitwirkungsgesetz), Zurich 1999

JACCOTTET TISSOT CATHERINE, Les procès en égalité : De l'exigence de justice à la pratique, PJA 2004 1514-1518

JACQUEMOUD-ROSSARI LAURA, Les parties et les actes des parties ; le défaut ; la notification et les délais, in Lukic Suzana (éd.), Le projet de code de procédure civile fédérale : Travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007, Lausanne 2008, 73-135

JANSSEN SUSANNE, Die Zeugnispflicht des Arbeitsgebers, thèse Zurich, Berne 1996

JEANDIN NICOLAS, LPC et production de pièces de lege ferenda, SJ 2000 II 373-406 (cité : 2000)

– Parties au procès : Mouvement et (r)évolution, Précis en vue du Code fédéral de procédure civile actuellement en préparation, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité : 2003)
– Les voies de droit et l'exécution des jugements, in Lukic Suzana (éd.), Le projet de code de procédure civile fédérale : Travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007, Lausanne 2008, 333-371 (cité : 2008)
– Le changement de légitimation en cours d'instance, de lege lata et de lege futura, RSPC 2009 260-263 (cité : 2009)

JENARD PAUL, Rapport sur la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution en matière civile et commerciale, JOCE 1979 C 59

JOLIDON PIERRE, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, Berne 1984

KARRER PIERRE A., Verrechnung und Widerklage vor Schiedsgericht, in Jametti Greiner/Berger/Güngerich (éd.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung : zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Berne 2005, 49-54

KAUFMANN CLAUDIA / STEIGER-SACKMANN SABINE (éd.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2ème éd., Bâle 2009 (cité : Auteur in KAUFMANN/ STEIGER-SACKMANN)

KELLER WALTER / STAMPFLI RAOUL, Zivilprozessordnung des Kantons Solothurn mit Praxis des Obergerichts, Berne 1999

KELLERHALS FRANZ / BERGER BERNHARD, Widerklage und Verrechnung nach den Swiss Rules of International Arbitration, in Bohnet/Wessner (éd.), Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Bâle 2005, 207-226

KELLERHALS FRANZ / VON WERDT NICOLAS / GÜNGERICH ANDREAS (éd.), Gerichtsstandsgesetz : Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2ème éd., Berne 2005 (cité : GestG-BK-Auteur)

KLETT KATHRIN, Schutz vor Rachekündigung, in Schwander/Schaffhauser (éd.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, Saint-Gall 1996, 161-183 (cité : 1996)

– Das Gleichstellungsgesetz (Leicht überarbeitete Fassung eines Vortrages vor dem aargauischen Juristenverein vom 5. Juni 1996), ZBl 1997 49-64 (cité : ZBl)
– Rachekündigung, in Geiser/Münch (éd.), Stellenwechsel und Entlassung, Bâle 1997, 245-258 (cité : 1997)
– Richterliche Prüfungspflicht und Beweiserleichterung, PJA 2001 1293-1298 (cité : 2001)

KLEUBLER BERNHARD, Akzente der vertraglichen Schiedsgerichte bei der Auslegung von Gesamtarbeitsverträgen, BJM 1997 1-16

KLINGLER RAFAEL, Die Schutzschrift in der schweizerischen Zivilprozess-rechtspraxis, in Wolf/Mona/Hürzeler (éd.), Prävention im Recht, Bâle 2008, 281-294

KNEUBÜHLER-DIENST HELEN, Überstundenarbeit, in Arbeitsrecht in der Verbandspraxis : Festschrift zum 75 jährigen Bestehen des VSAM, Berne 1993, 147-163

KNOEPFLER FRANÇOIS, Réflexions sur la théorie des faits doublement pertinents, PJA 1998 787-791

KOLLER GERHARD L., Art. 343 OR unter besonderer Berücksichtigung der Praxis des Arbeitsgerichts Zürich, thèse Zurich 1995 (cité : 1995)

KOLLER RANDOLPH ANDREA, Die kantonalen Familienzulagengesetze : ein systematischer Vergleich der Gesetze in den Kantonen AG, BS, BE, GE, LU, SG, SH, UR, VS und ZH, thèse Zurich, Wil 1984 (cité : 1984)

KOLLER THOMAS, Die miet- und arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2005, RJB 2006 404-450 (cité : 2006)

KUHN RENE / KOLLER GERHARD (éd.) / MARTIN-ACHARD JOËLLE (trad.), Le droit du travail actuel dans les entreprises : maladie, vacances, heures de travail supplémentaires, embauche, résiliation, etc : une réponse sans cesse actualisée à toutes ces questions, Zurich/Paris, 1982-2001

KUMMER MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts : nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4ème éd., Berne 1984

LEUCH GEORG / MARBACH OMAR / KELLERHALS FRANZ / STERCHI MARTIN, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5ème éd., Berne 2000

LEUENBERGER CHRISTOPH, Glaubhaftmachen, in Leuenberger Christoph (éd.), Der Beweis im Zivilprozess, Berne 2000, 107-126 (cité : 2000)
– Der Vorentwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung – ein Überblick, PJA 2003 1421-1431 (cité : PJA)
– Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2005, RJB 2007 157-182 (cité : 2007)
– Die neue Schweizerische ZPO – Die Rechtsmittel, Revue de l'avocat 2008 332-339 (cité : Rechtsmittel)
– Parteibefragung und Beweisaussage im Entwurf für eine schweizerische ZPO, in Leupold/Rüetschi/Stauber/Vetter (éd.), Der Weg zum Recht : Festschrift für Alfred Bühler, Zurich/Bâle/Genève 2008, 47-64 (cité : 2008)

LEUENBERGER CHRISTOPH / UFFER-TOBLER BEATRICE, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St-Gallen, Berne 1999 (cité : 1999)
– Schweizerisches Zivilprozessrecht, Berne 2010 (cité : 2010)

LEUMANN LIEBSTER PASCAL, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, thèse Bâle 2005

LEUPOLD MICHAEL, Die Schutzschrift -- Grundsätzliches und prozessuale Fragen, PJA 1998 1076-1086

LOOSLI PETER, Die unbezifferte Forderungsklage, thèse Zurich, Effretikon 1977

LÜSCHER CHRISTIAN / HOFMANN DAVID, La procédure ordinaire dans le Code de procédure civile suisse, Revue de l'avocat 2010 261-264 (cité : 2010)

LUTZ OSKAR, Die Teilklage, RSJ 27 (1930/31) 45-48

MANGOLD PATRICK, Possibilités d'intervention en justice des syndicats, in Wyler Rémy (éd.), Panorama en droit du travail : recueil d'études réalisées par des praticiens, Berne 2009, 823-837

MEIER ISAAK, Anspruchs- und Normenkonkurrenz im Gerichtsstandsgesetz, in Gauch/Thürer (éd.), Zum Gerichtsstand in Zivilsachen : Probleme der nationalen und internationalen Zuständigkeit, Zurich/Bâle/Genève 2002, 55-73 (cité : 2002)

– Unbezifferte Forderungsklage : ein fragwürdiges Instrument zur Verminderung des Kostenrisikos, in Fellmann/Weber (éd.), Haftpflichtprozess 2010 : unbezifferte Forderungsklage, Teilklage, Streitverkündungsklage, Beweis und Sammelklage im Lichte der Schweizerischen Zivilprozessordnung : Beiträge zur Tagung vom 5. Mai 2010, Zurich 2010, 11-37 (cité : Unbezifferte)
– Schweizerisches Zivilprozessrecht : eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zurich/Bâle/Genève 2010 (cité : 2010)

MEIER KURT, Schiedsgerichtsbarkeit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, in 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zurich 2000, 267-278 (cité : 2000)

MEIER PHILIPPE / STETTLER MARTIN, Droit de la filiation, Tome II, 4ème éd., Genève 2009

MERZ BARBARA, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2ème éd., Berne 2007

MONBARON SAMUEL, La médiation, in Bohnet François (éd.), Procédure civile suisse : les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, 93-113

MÜLLER MATTHIAS, Die rechtliche Behandlung der Überstundenarbeit, thèse Zurich 1986 (cité : 1986)

MÜLLER ROLAND, Die Arbeitnehmervertretung, in Rehbinder Manfred (éd.), Schriftenreihe zum schweizerischen Arbeitsrecht, Berne 1999 (cité : 1999)

MÜLLER THOMAS / WIRTH MARKUS (éd.), Gerichtsstandsgesetz : Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zurich 2001 (cité : GestG-ZK-Auteur)

MUNOZ CHARLES, La fin du contrat individuel de travail et le droit aux indemnités de l'assurance-chômage, thèse Lausanne 1992

NAEF FRANCESCO, Pour l'effectivité de la justice civile : suggestions pour une discussion de lege ferenda, in Jusletter du 3 mars 2008

NEERACHER CHRISTOPH, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, thèse Zurich, Berne 2001

NIGGLI MARCEL ALEXANDER / UEBERSAX PETER / WISPRÄCHTIGER HANS (éd.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, Bâle 2008 (cité : Auteur in NIGGLI ET AL.)

NORDMANN PHILIPPE, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, thèse Bâle, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1998

NOVIER MERCEDES, La question juridique de principe dans la LTF : quelques pistes, RSPC 2006 421-442

NUSSBAUMER THOMAS, Arbeitslosenversicherung, in Meyer-Blaser Ulrich (éd.), Soziale Sicherheit, Bâle 2007, 2143-2495

OFTINGER KARL / STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, vol. I, 5ème éd., Zurich 1995

PERRET FRANÇOIS, Le fardeau de l'allégation : droit privé fédéral ou procédure civile cantonale ?, in Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique : Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève, Bâle/Francfort-sur-le-Main/Genève 1991, 257-280

PFIRTER HANS PETER, Gerichtlicher Vergleich, Klagerückzug und Klaganerkennung : unter besonderer Berücksichtigung des baselstädtischen Zivilprozessrechtes, thèse Bâle, Clausthal 1977

PIDOUX PHILIPPE, La prohibition de concurrence dans le contrat de travail, thèse Lausanne 1969

PIETRUSZAK THOMAS, Die Informationspflichten des Arbeitgebers gemäss Art. 330b OR – zu Hintergrund, Inhalt und Rechtsfolgen der neuen Regelung, in Jusletter du 29 mai 2006

PIOTET DENIS, Le passage des fors cantonaux aux fors fédéraux : l'exemple de la juridiction gracieuse, in Ramoni Claude (éd.), Les nouveaux fors fédéraux et les nouvelles organisations judiciaires : Travaux de la journée d'étude organisée le 10 octobre 2000 à l'Université de Lausanne, Lausanne 2001, 51-92

PITTET LUC, La compensation dans le projet de loi sur la juridiction du travail, JdT 1998 III 98-104

PITTET-MIDDELMAN NATASHA, L'intervention volontaire : droit fédéral et procédures civiles cantonales, thèse Lausanne 1996

PORTMANN WOLFGANG, Individualarbeitsrecht, Zurich 2000 (cité : 2000)

– Die flankierenden Massnahmen zum Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie ihren Mitgliedstaaten, DTA 2001 3-25 (cité : 2001)
– Arbeitsvertragsrecht und Zivilprozess : Streitigkeiten aus Arbeitsverträgen im Licht des Vorentwurfs für eine schweizerische Zivilprozessordnung, in Tercier/Amstutz/Koller/Schmid/Stöckli (éd.), Gauchs Welt : Recht, Vertragsrecht und Baurecht : Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2004, 539-551 (cité : 2004)
– Die Informationspflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 330b OR : ein neues Instrument gegen Lohn- und Sozialdumping, DTA 2007 1-8 (cité : 2007)
– L'obligation de l'employeur d'informer selon l'article 330b CO : un nouvel instrument contre le dumping salarial et social, TREX 2007 296-300 (cité : TREX)

PORTMANN WOLFGANG / STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2ème éd., Zurich/Saint-Gall 2007

POUDRET JEAN-FRANÇOIS, Note sur l'intervention volontaire, JdT 1975 III 35-41 (cité : 1975)
– Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, Vol. I, Art. 1-40, Berne 1990 (cité : 1990)
– Les règles de compétence de la Convention de Lugano confrontées à celles du droit fédéral, en particulier à l'article 59 de la Constitution, in Gillard Nicolas (éd.), L'espace judiciaire européen, Lausanne 1992, 58-89 (cité : 1992)
– L'harmonisation des fors internes et de la LDIP avec la Convention de Lugano, une tâche inachevée, in Ramoni Claude (éd.), Les nouveaux fors fédéraux et les nouvelles organisations judiciaires : Travaux de la journée d'étude organisée le 10 octobre 2000 à l'Université de Lausanne, Lausanne 2001, 23-49 (cité : 2001)
– Présentation critique du Projet de réglementation de l'arbitrage interne (art. 351 à 397 P-CPC), in Lukic Suzana (éd.), Le projet de code de procédure civile fédérale : Travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007, Lausanne 2008, 235-267 (cité : 2008)

POUDRET JEAN-FRANÇOIS / HALDY JACQUES / TAPPY DENIS, Procédure civile vaudoise, 3ème éd., Lausanne 2002

POUDRET JEAN-FRANÇOIS / SANDOZ-MONOD SUZETTE, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, Vol. II, Art. 41-82, Berne 1990

RAPP JEAN-MARC, Le cumul objectif d'actions : étude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, thèse Lausanne 1982

REHBINDER MANFRED, Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, in Schwander/Stoffel (éd.), Beiträge zum schweizerischen und internationale Zivilprozessrecht : Festschrift für Oscar Vogel, Fribourg 1991, 183-200 (cité : 1991)
– Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/2/2/1, Art. 319-330a OR, Berne 1985, Band VI/2/2/2, Art. 331-355 OR, Berne 1992 (cité : BK-REHBINDER)
– Schweizerisches Arbeitsrecht, 15ème éd., Berne 2002 (cité : 2002)

REHBINDER MANFRED / STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/2/2/1, Art. 319-330b OR, Berne 2010 (cité : BK-REHBINDER/STÖCKLI)

REINERT PETER, in Baker & McKenzie (éd.), Fusionsgesetz : Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, Berne 2003

RENZ HUGO, Die Saldoquittung und das Verzichtsverbot im schweizerischen Arbeitsrecht, thèse Zurich 1979

RETORNAZ VALENTIN, L'appel et le recours, in Bohnet François (éd.), Procédure civile suisse : les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, 249-407

REYMOND JEAN-MARC, L'exception de litispendance : étude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, thèse Lausanne 1991 (cité : 1991)
– Les conditions de recevabilité, la litispendance et les preuves, in Lukic Suzana (éd.), Le projet de code de procédure civile fédérale : Travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007, Lausanne 2008, 25-71 (cité : 2008)

ROGNON JEAN-JACQUES, Les conclusions, thèse Lausanne 1974

RUBIN BORIS, Assurance-chômage : droit fédéral, survol des mesures de crise cantonales, procédure, 2ème éd., Zurich 2006

RUDOLPH ROGER, Die Realexekution von arbeitsrechtlichen Konkurrenzverboten, DTA 2003 1-9 (traduction in TREX 2003 333-338, cité : TREX)

RÜEDI YVES, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, thèse St-Gall, Zurich/Saint-Gall 2009

RYTER FILIPPO, Article 343 CO et procédure civile vaudoise en matière de conflit de travail : étude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, thèse de licence Lausanne 1990

SALVADÉ VINCENT, Dénonciation d'instance et appel en cause : étude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, thèse Lausanne 1995

SANDOZ BASTIEN, La conciliation, in Bohnet François (éd.), Procédure civile suisse : les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, 57-91

SARBACH MARTIN, Zivilprozessrecht im Wandel : am Beispiel der bundesrechtlichen Untersuchungsmaxime, in Schindler/Schlauri (éd.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zurich 2001, 133-156 (cité : 2001)
– Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, thèse Berne 2003 (cité : 2003)

SCHAAD MARIE-FRANÇOISE, La consorité en procédure civile, thèse Neuchâtel 1993

SCHÄTTI ARMIN, Der Arbeitsgerichtsprozess nach der aargauischen Zivilprozessordnung vom 18. Dezember 1984, thèse Zurich 1993

SCHLOSSER PETER F., EuGVÜ Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen mit Luganer Übereinkommen und den Haager Übereinkommen über Zustellung und Beweisaufnahme, Munich 1996

SCHMID HANS, Zur Offizialmaxime nach Art. 343 Abs. 4 OR (unter Berücksichtigung des Zürcher Zivilprozessrechts, RSJ 77 (1981) 277-286 (cité : 1981)
– « Klares Recht » als Prozessvoraussetzung im zürcherischen Befehlsverfahren, in Schwander/Stoffel (éd.), Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht : Festschrift für Oscar Vogel, Fribourg 1991, 109-124 (cité : 1991)
– Art. 8 ZGB : Überblick und Beweislast, in Leuenberger Christoph (éd.), Der Beweis im Zivilprozess, Berne 2000, 11-34 (cité : 2000)
– Negative Feststellungsklagen, PJA 2002 774-783 (cité : 2002)
– Zum Beweislastvertrag, RSJ 100 (2004) 477-484 (cité : 2004)

SCHMID PASCAL, Die Verrechnung vor staatlichen Gerichten, in Jusletter du 15 septembre 2008 (cité : 2008)

SCHÖNENBERGER CHRISTOPH PATRICK, Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit, thèse Zurich, Berne 2001

SCHUMACHER PETER, Die Würdigung von Zeugen- und Parteiaussagen, PJA 2000 1451-1462

SCHÜPBACH HENRI-ROBERT, Traité de procédure civile, vol. 1, Zurich 1995 (cité : 1995)
– Les recours "ordinaires" devant les tribunaux des cantons selon l'"ordo judiciarum privatorum" de l'avant-projet de code de procédure civile suisse (Juin 2003), in Jametti Greiner/Berger/Güngerich (éd.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung : zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte,

Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Berne 2005, 327-351 (cité : 2005)
– Les voies de recours "extra ordinem judicarum privatorum" de l'avant-projet de code de procédure civile suisse, RSPC 2005 331-360 (cité : RSPC)

SCHÜRCH JOHANN, Die Behandlung der Arbeitsstreitigkeiten unter besonderer Berücksichtigung der Arbeitsgerichtsbarkeit der Kantone Basel-Stadt und Luzern, thèse Bâle 1978

SCHÜRER HANS UELI, Arbeitsrecht in der Gerichtspraxis : eine kommentierte Sammlung der wichtigsten Gerichtsentscheide zum Arbeitsrecht für Praxis und Unterricht, vol. 1, Zurich 1995

SCHWANDER IVO, Arbeitsrechtliche Streitigkeiten in Zivilprozessverfahren, PCEF 2007 195-217 (cité : Streitigkeiten)
– Die Beteiligung Dritter am Prozess : Hauptintervention, Nebenintervention und Streitverkündung, PCEF 2007 353-377 (cité : Beteiligung)
– Prozessvoraussetzungen in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, PCEF 2007 301-326 (cité : Prozessvoraussetzungen)
– Verfahrensrechtliche Behandlung von Vorfragen und von Prozessvoraussetzungen, PCEF 2008/2009 469-482 (cité : PCEF)

SCYBOZ PIERRE, Les parties et leurs représentants dans le Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 : bref aperçu, Revue de l'avocat 2009 13-17

SEILER HANSJÖRG / VON WERDT NICOLAS / GÜNGERICH ANDREAS (éd.), Bundesgerichtsgesetz (BGG), Handkommentar, Berne 2007 (cité : Auteur in SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH)

SENTI CHRISTOPH, Arbeitsrecht und SchKG : Die Rechtsöffnung, PCEF 2007 219-251

SIEGRIST JEAN-MARC, La conciergerie, in Bohnet/Wessner (éd.), 15e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2008, 85-114

SOGO MIGUEL, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren, thèse Zurich 2007

SPÜHLER KARL, Rechtsmittel, PCEF 2007 395-400

SPÜHLER KARL / DOLGE ANNETTE / GEHRI MYRIAM, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, Berne 2010

SPÜHLER KARL / TENCHIO LUCA / INFANGER DOMINIK (éd.), Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG) : mit Kommentierung von Art. 30 Abs. 2 BV, Bâle/Genève/Munich 2001 (cité : GestG-BSK-Auteur)

– Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, Bâle 2010 (cité : BSK ZPO-Auteur)

SPÜHLER KARL / VOCK DOMINIK, Gerichtsstandsgesetz (GestG) : Gesetzesausgabe mit Anmerkungen, Zurich 2000

STAEHELIN ADRIAN, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch : Der Arbeitsvertrag : Art. 319-330a OR, Band V, 4ème éd., Zurich 2006 (cité : ZK-STAEHELIN)

STAEHELIN ADRIAN / STAEHELIN DANIEL / GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht : nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, Zurich 2008

STAEHELIN ADRIAN / SUTTER THOMAS, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zurich 1992

STAEHELIN ADRIAN / VISCHER FRANK, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch : Der Arbeitsvertrag : Art. 319-362 OR, Band V, 3ème éd., Zurich 1996 (cité : ZK-STAEHELIN/VISCHER)

STAUBER-MOSER SUSY / SAID-CRETTOL BRIGITTE (trad.), Egalité des salaires et jurisprudence du Tribunal fédéral, PJA 2006 1364-1375

STEIGER-SACKMANN SABINE, Der Beweis in Gleichstellungsprozessen, in Schwander/Schaffhauser (éd.), Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, Saint-Gall 1996, 81-126

STEINAUER PAUL-HENRI, Le droit d'action des associations visant à défendre la personnalité de leurs membres, en particulier en matière de protection des données, in Brem/Druey/Kramer/Schwander (éd.), Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, Berne 1990, 495-510

STREIFF ULLIN / VON KAENEL ADRIAN, Arbeitsvertrag : Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Zurich/Bâle/Genève 2006

STUDER URS W. / RÜEGG VIKTOR / EIHOLZER HEINER, Der luzerner Zivilprozess : Gesetz über die Zivilprozessordnung (ZPO) vom 27. Juni, Kriens 1994

SUBILIA OLIVIER, Le juge civil face à l'incapacité de travail ou le pêcheur sans filet – Le certificat médical (de complaisance) à l'épreuve de la procédure civile, RSPC 2007 413-430

SUBILIA OLIVIER / DUC JEAN-LOUIS, Droit du travail : Eléments de droit suisse, Lausanne 2010

SUTTER THOMAS, Zivilrechtspflege im Einzelarbeitsvertragsrecht (Art. 343 OR), BJM 1986 121-147 (cité : 1986)
– Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht : dargestellt anhand der systematischen Grundlagen und des Verhältnisses von Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht bei der Dispositions- und Offizialmaxime, Zurich 1998 (cité : 1998)

SUTTER-SOMM THOMAS, Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, RDS 121 (2002) I 545-580 (cité : 2002)
– Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurich 2007 (cité : 2007)
– Die Verfahrensgrundsätze und die Prozessvoraussetzungen, PCEF 2007 301-326 (cité : PCEF)

SUTTER-SOMM THOMAS / HASENBÖHLER FRANZ / LEUENBERGER CHRISTOPH, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zurich 2010 (cité : Auteur in SUTTER-SOMM ET AL.)

TAKEI NAOKI D., Die Streitverkündung und ihre materiellen Wirkungen, thèse Bâle 2005

TAPPY DENIS, Les compétences des nouveaux tribunaux de prud'hommes vaudois, in Kahil-Wolff/Greber/Çaçi (éd.), Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc, Lausanne 2001, 343-382 (cité : 2001)
– Subrogation en cours de procès, substitution de parties ou intervention du subrogé et position de l'intervenant en cas de recours principal du créancier initial, JdT 2006 III 73-87 (cité : 2006)
– Le recours en matière civile, in Portmann Urs (éd.), La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, Lausanne 2007, 51-119 (cité : 2007)
– Note sur l'action partielle et ses sanctions, JdT 2008 III 105-108 (cité : JdT)
– Le déroulement de la procédure (procédure ordinaire et procédure simplifiée en première instance), in Lukic Suzana (éd.), Le projet de code de procédure civile fédérale : Travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007, Lausanne 2008, 159-233 (cité : 2008)
– Les décisions par défaut : les voies de droit et les remèdes aux décisions par défaut, in Bohnet François (éd.), Procédure civile suisse : les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, 409-451 (cité : 2010)

TERCIER PIERRE / AMSTUTZ MARC (éd.), Commentaire romand, Code des obligations II : Code des obligations art. 530-1186, Loi sur les bourses art. 22-33, Avec une introduction à la loi sur la fusion, Bâle 2008 (cité : CR CO II-Auteur)

TERCIER PIERRE / FAVRE PASCAL G. / EIGENMANN ANTOINE, in Tercier/Favre (éd.), Les contrats spéciaux, Titre IV : Les contrats de travail, 4ème éd., Zurich/Bâle/Genève 2009, 467-621

THEVENOZ LUC / WERRO FRANZ (éd.), Commentaire romand, Code des obligations I : Code des obligations art. 1 à 529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Genève/Bâle, 2003 (cité : CR CO I-Auteur)

TREZZINI FRANCESCO, Dichiarazioni testimoniali scritte oggi e alla luce del progetto di nuovo CPC federale, RSPC 2008 211-222

TROXLER DIETER M., Der sachliche Kündigungsschutz nach Schweizer Arbeitsvertragsrecht, thèse Bâle, Zurich 1993

VETSCH GOTTLIEB, Prozessuale Fragen in Arbeitsstreitigkeiten, in Beiträge zum Wirtschaftsrecht : Festgabe für den Schweizerischen Juristentag 1944 in St-Gallen, Saint-Gall 1944, 291-320 (cité : 1944)

VISCHER FRANK, Der Arbeitsvertrag, 3ème éd., Bâle/Genève/Munich 2005

VISSON ARIELLE ELAN, Droit à la production de pièces et discovery, thèse Lausanne, Zurich 1997

VOGEL OSCAR, "Der Richter erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen", Recht 2/1985 64-72 (cité : 1985)

– Die Stufenklage und die dienende Funktion des Zivilprozessrechts, Recht 2/1992 58-64 (cité : 1992)

VOGEL OSCAR / SPÜHLER KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8ème éd., Berne 2006

VÖGELI NICOLE CORINNE, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, thèse Zurich, Coire/Zurich 1996

VON ARX GREGOR, Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozess : unter Berücksichtigung seiner Auswirkungen auf ausgewählte zivil-prozessuale Institute, thèse Bâle 2007

VON DER CRONE HANS CASPAR / GERSBACH ANDREAS / KESSLER FRANZ J. / DIETRICH MARTIN / BERLINGER KATJA, Das Fusionsgesetz, Zurich 2004 (cité : VON DER CRONE ET AL.)

VON SALIS FRANZ, Die Conseils de Prud'hommes des Kantons Genf, thèse Zurich 1949

VOUILLOZ FRANÇOIS, La preuve dans le Code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC), PJA 2009 830-848

VUILLEUMIER MICHEL, Le certificat médical en droit du travail, in Questions de droit n° 2, Centre patronal, Lausanne 2000, 3-6

WALDER HANS ULRICH, Die Offizialmaxime : Anwendungsbereich und Grenzen im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zurich 1973 (cité : 1973)
– Bemerkungen zum Beweisverbot bezüglich illegal beschaffter Beweismittel, RSJ 89 (1993) 191-193 (cité : 1993)

WALDER-RICHLI HANS ULRICH / GROB-ANDERMACHER BÉATRICE, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 5ème éd., Zurich 2009

WALTER HANS PETER, Auf dem Weg zur schweizerischen Zivilprozessordnung, RSJ 100 (2004) 313-321

WEHRLI PETER, Die gemeinsame Durchführung des Gesamtarbeitsvertrags gemäss Art. 323ter OR, thèse Zurich 1961

WENGER WERNER, Schiedsgerichtsbarkeit, PCEF 2007 401-418

WENNUBST GABRIELLA, Mobbing (ou harcèlement psychologique) analysé sur le lieu de travail, Lausanne 1999

WEY RAINER, Die Streitverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in Fellmann/Weber (éd.), Haftpflichtprozess 2010 : unbezifferte Forderungsklage, Teilklage, Streitverkündungsklage, Beweis und Sammelklage im Lichte der Schweizerischen Zivilprozessordnung : Beiträge zur Tagung vom 5. Mai 2010, Zurich 2010, 53-78

WILDHABER ISABELLE / JOHNSON WILCKE ALEXANDRA, Die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit, DTA 2010 160-169

WISSMANN LUKESCH JUDITH, Schutz vor sexueller Belästigung gemäss Gleichstellungsgesetz Grundlagen und Erfahrungen aus der Praxis, PJA 2006 1422-1427

WÜTHRICH WALTER, Teilklage und Teilurteil, thèse Zurich 1952

WYLER REMY, Droit du travail et jurisprudence récente : aperçu de quelques arrêts fédéraux et cantonaux, JdT 1998 I 98-110 (cité : 1998)
– Droit du travail, 2ème éd., Berne 2008 (cité : 2008)
– Le droit du travail à l'épreuve de la LFus – Analyse de quelques points controversés, in Peter/Dutoit (éd), Les restructurations en droit des sociétés, du travail et international privé, Genève 2010, 223-250 (cité : 2010)

WYSS GABRIELA, Aus dem Arbeitsrecht : arbeitsrechtliche Gerichtsstände, NZZ 2002 75 N 276 (cité : 2002)

WYSS JEAN-ALBERT, La péremption dans le Code civil suisse, thèse Lausanne 1957 (cité : 1957)

WYSS LUKAS, Die negative Feststellungswiderklage : eine legitime Antwort auf die Teilklage, HAVE 2008 77-81 (cité : 2008)

ZIMMERLI CHRISTOPH, Die Verrechnung im Zivilprozess und in der Schiedsgerichtsbarkeit : unter besonderer Berücksichtigung internationaler Verhältnisse, thèse Bâle, Bâle/Genève 2003 (cité : 2003)

– Arbeitnehmerschutz bei Umstrukturierungen unter besonderer Berücksichtigung des Fusionsgesetzes, PJA 2005 771-783 (cité : 2005)

ZINSLI JÖRG MATHIAS, Krankheit im Arbeitsverhältnis, thèse Zurich 1992

ZOSS MARIE-GISELE, La résiliation abusive du contrat de travail : étude des articles 336 à 336b CO, thèse Lausanne 1997

INDEX

Les numéros renvoient aux paragraphes.

A

Abandon de poste, 593, 601, 654

Acceptation tacite, 98 ss

Acquiescement, 522 ss

Action, 382 ss

– condamnatoire, 384 ss
– échelonnée, 404 ss
– en constatation de droit, **424 ss**, 718 ss, 728, 730, 733 ss
– en paiement non chiffrée, 392 ss
– formatrice, 421 ss
– partielle improprement dite, 411 ss
– partielle proprement dite, 407 ss
– voir aussi *Compensation*, *Cumul objectif*, *Mesures provisionnelles*, *Protection dans les cas clairs* et *Reconvention*

Agent d'affaires breveté, voir *Représentation à titre professionnel*

Allègement du fardeau de la preuve, 605 ss, 675

Allocations familiales, 35

Annulation du congé, voir *Congé annulable*

Appel, 825 ss

– joint, 830, 846

Appel en cause, 118, **343 ss**

Appréciation des preuves, **618 s.**, 625 ss, 632 ss, 646, 653

Arbitrage, 706 ss ; voir aussi *Convention d'arbitrage*

Assistance

– en justice, voir *Représentation*
– judiciaire, 293, **517 ss**

Association professionnelle, voir *Organisation professionnelle*

Audience, voir *Conciliation* et *Débats*

Autorisation de procéder, 229 ss

Autorité de conciliation, voir *Conciliation*

Avances de frais, 228

Avocat, voir *Représentation à titre professionnel*

B

Brut, 159 ss, 822

C

Caisse de chômage, 353 ss

– intervention, 363, 366
– procédure distincte, 361, 365, 368 ss

– substitution, 358 ss, 366
– transaction, 371 s.

Capacité
– d'ester, 211 ss, 721 s.
– d'être partie, 208 ss, 721 s.

Certificat de travail, 169 ss, 266, 586

Certificat médical, 654 ss
– appréciation, 655 ss
– effet rétroactif, 663 ss
– étranger, 669
– relatif à une maladie psychique, 668

Cession de créance, 37, 100

Chose jugée, 221 ss

Commission professionnelle paritaire, 747 ss

Comparution personnelle, 326 ss, 560 s., 564

Compensation, 111, 126 ss, 457

Compétence, 78 ss, 702 ss
– locale/ratione loci, 22 ss, 79 ss, 205 ss, 344, 702 s. ; voir aussi *For*
– matérielle/ratione materiae, 22 ss, 123 ss, 164 s., 205 ss, 345 ss, 454 s., 704 s., 805

Comptabilité, 636 s.

Conciliation
– audience, 758 s.
– autorité, 49 ss
– comparution personnelle, 326 ss, 560 s., 564
– conditions de recevabilité, 257 ss
– défaut, 560 ss
– écritures, 755 ss
– frais, 488 s.
– procédure, 750 ss
– récusation, 143 s.
– représentation, 326 ss

Conclusions
– augmentation, 155, 496, 800 ss
– modification, 800 ss, 838 s., 846
– ne visant pas au versement d'une somme d'argent, 166 ss
– réduction, 152, 495, 810

Concurrence déloyale, 740 ss

Conditions de recevabilité, 202 ss
– autorisation de procéder, 229 ss
– autorité de conciliation, 257 ss
– avances de frais et sûretés, 228
– capacité d'être partie et d'ester, 208 ss
– compétence à raison du lieu et de la matière, 205 ss
– conséquences en cas de non-réalisation, 263 s.
– contenu de la demande, 242 ss
– convention d'arbitrage, 252 ss
– décision entrée en fore, 221 ss
– délais de déchéance, 235 ss
– examen, 257 ss
– immunité de juridiction, 246 ss

– intérêt digne de protection, 203 s.
– litispendance préexistante, 218 ss
– procédure applicable, 233 s.
– procédure préalable, 238 ss, 737
– qualité pour agir/défendre, 217

Conflit
– collectif de travail, 10 s., 701 ss
– individuel de travail, 9, 77 ss
– voir aussi Litige relevant du droit du travail

Congé
– abusif, 161, 199, 433, 590, 609, 609, 654, 682 ss
– annulable, 196, 470, 600
– donné en temps inopportun, 431 s., 588, 654
– immédiat injustifié, 161, 199, 434, 589, 654
– nul, 198, 664

Connexité, 108, 116, 376, 379, 801, 806, 838 s., 841

Consignation, 383, 468

Consorité, 112 ss, 162, **311 ss**, 749
– nécessaire, 306 s., **312 s.**, 556, 564, 732, 749
– simple, **314 ss**, 364, 557, 565, 749

Contenu de la demande, 242 ss

Contrat
– collectif de travail, 6 ss, 13
– individuel de travail, 3 ss, 13
– mixte, 30 ss

Contrat-type, 8, 597, 673, 720, 733

Contrôle des salaires, 717, 723

Convention collective de travail, 7, 597 s., 673, 708, 718 s., 730 ss

Convention d'arbitrage, 252 ss ; voir aussi *Arbitrage*

Cotisations sociales, 34 ; voir aussi *Montant brut/net*

Cumul
– objectif, 116 s., 162, **444 ss**
– subjectif, voir *Consorité*

D

Débats
– d'instruction, 566, 773, 776, 789, 791
– principaux, 567 s., 774 ss, 789, 791, 799

Décision du tribunal, 817 ss

Décision entrée en force, 221 ss

Défaut, 503, **552 ss**

Délais de déchéance, 235 ss

Délibérations, 818

Dénonciation, 342

Dépens, 485 ss
– dispense, 489, 498
– voir aussi *Témérité*

Déposition, 652 s.

Déroulement du procès, 750 ss

Désistement
– d'action, 527 ss
– d'instance, 530

Devoir d'information de l'employeur, 194, 602 s., 617

Devoir d'interpellation accru, 279 ss ; voir aussi *Maxime*

Discrimination à raison du sexe, 438 ss, 611 ss, 640, 735 ss ; voir aussi *Discrimination salariale* et *Harcèlement sexuel*

Discrimination salariale, 611 ss, 640, 694 ss ; voir aussi *Discrimination à raison du sexe*

Dispositif de la décision, 819

Division de cause, 373 ss

Domicile, 82 ss, 702

E

Ecritures

– en procédure de conciliation, 755 ss
– en procédure ordinaire, 764 ss
– en procédure simplifiée, 779 ss
– en procédure sommaire, 793 ss

Effet suspensif, 832 s., 845, 848, 853, 876, 878, 886, 888

Einlassung, voir Acceptation tacite

Empêchement de travailler, 584 ; voir aussi *Incapacité de travail*

Etablissement, 84, 702

Etat de collocation, 33

Expertise, **639 ss**, 658 s., 695

– appréciation, 646 ss
– privée, 645

F

Faillite, 540 s.

Faits de double pertinence, 22 ss

Fait notoire, 582

Faits nouveaux, 811 ss, 836 s., 846

Fardeau de la preuve, 580 ss

Fondement de la prétention, 14 s., 17 ss ; voir aussi *Pluralité de fondements*

For, 79 ss, 702 s.

– acceptation tacite (Einlassung), 98 ss
– appel en cause, 118, 344
– compensation, 111
– connexité, 108, 116
– dispositif, 101
– domicile, 82 ss, 702
– cumul objectif, 116 s.
– cumul subjectif (consorité), 112 ss
– en matière de LSE, 95 s.
– établissement, 84, 702
– impératif, 119, 122
– légal, 79 ss
– LFus, 97
– lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle, 86 ss, 702
– mémoire préventif, 121
– mesures provisionnelles ou superprovisionnelles, 119 ss
– pluralité de fondements, 105 ss
– procédure gracieuse, 122

– prorogation de for, **98 ss**, 112 s.
– reconvention, 108 ss
– résidence habituelle, 83
– semi-impératif, **98 ss**, 109, 115, 117, 118
– siège, 82 ss, 702
– succursale, 84, 702
– voir aussi *Compétence ratione loci*

Frais, 28, 129, **485 ss**
– répartition, 511 ss
– voir aussi *Témérité*

Frais judiciaires, **485 ss**, 644
– dispense, 488, 490 ss
– voir aussi *Témérité*

Fusion, 471

G

Gracieux, voir *Procédure gracieuse*

H

Harcèlement
– psychologique, voir *Mobbing*
– sexuel, 616, 654, 692 ; voir aussi *Discrimination à raison du sexe*

Hearsay, voir *Ouï-dire*

Heures supplémentaires, 583, 597, 640, 670 ss

I

Immunité de juridiction, 246 ss

Impôt à la source, 34

Incapacité de travail, 598, 640, 654 ; voir aussi *Empêchement de travailler*

Indices, 608 ss, 682 ss, 688

Informations, 465 s.

Inspection, 638

Intérêt collectif, 726 ss

Intérêt digne de protection, 203 s., 425, 698

Interprétation, 849 ss, 887

Interrogatoire, 652 s.

Intervention, **338 ss**, 363, 366, 538 s.
– accessoire, 341
– principale, 338 ss

J

Jonction de causes, 376 ss

Juge laïque, 45 ss, 134, 137 ss ; voir aussi *Tribunaux spécialisés*

Jugement, voir *Décision du tribunal*

L

Légitimation active/passive, 309 ss

LFus, 36, 97, 306

Libre disponibilité, 103, 254, 265, 751, 753, 760, 847

Licenciement, voir *Congé*

Lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle, 86 ss, 702

Litige relevant du droit du travail, 1 ss ; voir aussi *Conflit*

Litispendance préexistante, **218 ss**, 537

M

Magistrat professionnel, 44, 138 ss

Mandataire

– professionnel, voir *Représentation à titre professionnel*

– professionnellement qualifié, 330 s.

Mauvaise foi, voir *Témérité*

Maxime, 265 ss

– d'office, 267

– de disposition, 265 s.

– des débats, **268 ss**, 575

– inquisitoire pure, 272 ss

– inquisitoire sociale, 28, 130, 132, 272 ss, **282 ss**, 576, 641, 648, 695, 816, 837

– en cas de représentation par un mandataire professionnel, 270, 291 s.

– et assistance judiciaire gratuite, 293

– pluralité de maximes applicables, 299 ss

– voir aussi *Devoir d'interpellation accru*

Médiation, 754

Mémoire préventif, 121, 478

Mesures provisionnelles, 119 s., **458 ss**, 877 s.

Mesures superprovisionnelles, 119 s., **476 ss**

Mobbing, 587, 610, 640, 654, 688 ss, 808 ; voir aussi *Personnalité*

Modification des prétentions, 800 ss, 838 s., 846 ; voir aussi *Conclusions*

Montant brut/net, 159 ss, 822

Motivation de la décision, 820 s.

N

Net, 159 ss, 822

Nova, 811 ss, 836 s., 846

Nullité du congé, voir *Congé nul*

O

Office de conciliation,

– cantonal, 711 s.

– fédéral, 710

Organe d'une personne morale, 621, 652

Organisation judiciaire, 39 ss

Organisation professionnelle, 721 ss

Ouï-dire, 629

P

Participation (loi sur la), 306 s., 734

Participation au résultat, 192, 383, 385, 400, 406, 465, 480, 540, 640, 807

Participation de tiers au procès, 338 ss ; voir aussi *Appel en cause*, *Dénonciation*, *Intervention* et *Substitution*

Parties au procès, 303 ss, 721 ss

Peine conventionnelle, 182 ss, 226, 415, 423, 430, 462 s., 591, 715, 723

Personnalité, 435 ss, 587, 640, 724 s., 727 ; voir aussi *Mobbing*

Personne de confiance, **333 ss**, 748 ; voir aussi *Représentation*

Pluralité de fondements, 17 ss, 105 ss, 300 ss, 446 ss, 492 ss

Poursuite des rapports de travail, 197

Preuve, 571 ss

– administration, 575 s.
– allègement du fardeau de la preuve, 605 ss, 675
– appréciation, **618 s.**, 625 ss, 632 ss, 646, 653, 655 ss, 671 ss
– contre-preuve, 594
– degré, 577 ss
– preuve du contraire, 595, 614
– fardeau de la preuve, 580 ss
– fait notoire, 582
– illicite, 572 ss
– indices, 608 ss
– moyens de preuve, 620 ss
– moyens de preuve nouveaux, 808 ss, 836 s., 846
– renversement du fardeau de la preuve, 596 ss, 675
– secret d'affaires, 574, 637
– stricte, 577
– voir aussi *Déposition*, *Expertise*, *Interrogatoire*, *Inspection*, *Renseignements écrits*, *Témoignage* et *Titre*

Preuve à futur, 698

Prévoyance professionnelle, 32

Procédure

– de conciliation, 750 ss ; voir aussi *Conciliation*
– gracieuse, 122, **382 s.**
– ordinaire, 763 ss ; voir aussi *Débats* et *Ecritures*
– pénale pendante, 542 ss
– simplifiée, 777 ss ; voir aussi *Débats* et *Ecritures*
– sommaire, 792 ss ; voir aussi *Débats* et *Ecritures*

Procuration, 337

Prohibition de faire concurrence, 181 ss, 429 s., 459 ss, 474, 591, 640, 808

Prorogation de for, 98 ss, 112 s.

– vis-à-vis de l'employeur, 101
– vis-à-vis du travailleur, 102 ss

Protection dans les cas clairs, 479 ss

Provision, 192, 383, 385, 400, 406, 465, 480, 540, 807

Publication d'un avis relatif à la résiliation du contrat, 200 s.

Q

Qualification du contrat, 20 ss, 863

Qualité

– des parties, 16

– pour agir/défendre, 217, **303 ss**, 723 ss
– pour représenter, 330 ss
Question juridique de principe, 864 ss
Question préjudicielle, 38

R

Reconvention, 108 ss, 163, 395, 418 s., **449 ss**, 487
Recours, 840 ss
Recours constitutionnel subsidiaire, 878 ss
Recours en matière civile, 855 ss
Rectification, 849 ss, 887
Récusation, 133 ss, 713
Reformatio in pejus, 831
Réintégration, 196, 470
Remise d'un décompte, 189 s.
Renseignements écrits, 650
Renseignements inexacts, 195
Renversement du fardeau de la preuve, **596 ss**, 675
Représentant
– élu des travailleurs, 599
– professionnel, voir *Représentation à titre professionnel*
Représentation, 324 ss
– à titre professionnel, 330 ss
– devant l'autorité de conciliation, 326 ss
– devant le tribunal, 329
– mandataire professionnellement qualifié, 330 s.
– personne de confiance, 333 ss, 748
– procuration, 337
– qualité pour représenter, 330 ss
Représentation des travailleurs, 306 ss, 471
Résidence habituelle, 83
Résiliation, voir *Congé*
Responsabilité, 592
Restitution, 186 ss, 383, 468
Révision, 847, 883 ss

S

Salaire, 159 s., 193, 428, 469, 583, 807, 822 s.
Secret d'affaires, 574, 637
Siège, 82 ss, 702
Subrogation, 100, 353 ss
Substitution, 351 s.
– Caisse de chômage, 358 ss, 366
Succursale, 84, 702
Sûretés, 228, 383, 472, 486
Suspension du procès, 534 ss
Syndicat, voir *Organisation professionnelle, Personne de confiance* et *Représentation à titre professionnel*

T

Témérité, 499 ss
Témoignage, **620 ss**, 657

– par ouï-dire, 629
– valeur probante, 625 ss,
– verbalisation, 624
Théorie des faits de double pertinence, 22 ss
Tiers subrogé, voir *Subrogation*
Titre, 630 ss
Transaction, 371 s., **531 ss**, 760 s.
Transfert d'entreprise, 310, 314, 350
Travail au noir, 742 ss
Travailleurs détachés, 745
Tribunaux de prud'hommes, voir *Tribunaux spécialisés*
Tribunaux spécialisés, **39 ss**, 124, 165
– composition, 44 ss
– dans les cantons romands, 55 ss
– juges laïques, 45 ss, 134
– magistrat professionnel, 44, 138 ss

V

Vacances, 585, 678 ss
Valeur litigieuse, 125, **149 ss**, 827, 859 ss
– calcul, 150 ss
– jonction de causes, 380 s.
– minimale, 156 ss
Verbalisation, 624
Voies de recours, 824 ss
– cantonales, 824 ss
– fédérales, 854 ss
– voir aussi *Appel*, *Interprétation*, *Recours*, *Recours constitutionnel subsidiaire*, *Recours en matière civile*, *Rectification* et *Révision*
Vraisemblance
– prépondérante, **578**, 606, 608, 616, 617, 675 s., 679, 682, 692
– simple, 458, **579**, 611, 694, 698