

Tribunal fédéral – 4A_548/2021
1^{re} Cour de droit civil
Arrêt du 22 mars 2022 (f)

Newsletter
décembre 2022



Résumé et commentaire

Procédure

Proposition de citation :

Nathalie Borno, Le for du lieu habituel de travail du cadre exerçant son activité dans plusieurs endroits ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_548/2021, Newsletter Droit du Travail.ch décembre 2022

Art. 34 et 35 CPC



Le for du lieu habituel de travail du cadre exerçant son activité dans plusieurs endroits ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_548/2021

Nathalie Borno, avocate, spécialiste FSA en droit du travail

I. Objet de l'arrêt

Dans son arrêt 4A_548/2021, le Tribunal fédéral (TF) a rendu une décision qui vient confirmer sa jurisprudence en matière de for du lieu d'exercice habituel du travail de l'art. 34, alinéa 1 du Code de procédure civile. Lorsque, comme dans le cas d'espèce, le travailleur exerce son activité professionnelle dans plusieurs lieux, il convient de rechercher celui qui peut être qualifié de centre effectif de ses activités.

II. Résumé des faits et du droit

A. Les faits

Le résumé qui suit se fonde sur l'état de fait de l'arrêt du Tribunal fédéral (TF), complété par les précisions contenues dans l'arrêt cantonal¹, dans la mesure utile au commentaire.

L'Employeur, une société anonyme, avec siège à Berne, active dans le domaine du transport de personnes et de biens en Suisse et à l'étranger, a engagé l'Employé en qualité de responsable de son marché international, en particulier pour la France. Le contrat, conclu pour une durée indéterminée, fixait une entrée en fonction au 1^{er} mai 2011.

Le contrat de travail désignait Berne comme lieu de travail, tout en précisant que, dans le cadre de ses fonctions, l'Employé pourrait être amené à exercer son activité professionnelle ailleurs en Suisse ou à l'étranger.

¹ Arrêt de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice civile de Genève CAPH/174/2021 du 8 septembre 2021, <<https://justice.ge.ch/apps/decis/fr/caph/show/2798211>> (consulté le 17 novembre 2022).

Organiquement l'Employé faisait partie de la direction de l'Employeur, avec pouvoir de signature collective.

Au moment de la conclusion du contrat de travail, l'Employé était domicilié dans le canton de Genève, où ses enfants étaient scolarisés. Il a conservé son domicile dans ce canton pendant la relation de travail.

Le 17 janvier 2012, les parties ont conclu un accord de télétravail prévoyant l'installation d'une place de travail au domicile genevois de l'Employé, tout en laissant à sa disposition une place de travail au siège de l'Employeur à Berne. L'accord de télétravail précisait que le lieu de travail de l'Employé restait déterminé par le contrat de travail.

Le 12 mai 2016, les Parties ont signé un nouveau contrat de travail, à la teneur identique au contrat initial, sans changement s'agissant du lieu de travail.

Le 11 juin 2018, l'Employeur a résilié les rapports de travail pour le 31 décembre 2018.

Le 24 juin 2019, l'Employé a initié une procédure devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, réclamant le paiement de CHF 321'727.85, aux titres du droit à une rémunération variable et d'une prestation fondée sur un plan social.

D'entrée de cause, l'Employeur a contesté la compétence à raison du lieu (*ratione loci*) du tribunal de Genève. Tant le Tribunal prud'homal que l'instance d'appel, la Cour de justice, ont rejeté l'exception d'incompétence et déclaré la demande recevable. L'Employeur porte la cause devant le Tribunal fédéral.

Les constatations de faits jugées décisives par les instances cantonales pour trancher du litige et qui lient en principe le Tribunal fédéral (art. 105 LTF) étaient les suivantes :

- l'Employé, membre de la direction se rendait à Berne deux fois par mois, parfois quatre, pour assister à des séances du comité de direction et rencontrer son supérieur hiérarchique, avec lequel il discutait par téléphone hors ses déplacements à Berne ;
- l'Employé ne disposait pas d'un bureau individuel à Berne, mais partageait un bureau avec son subalterne, voire avec l'ensemble des représentants pour le marché français ;
- l'Employé ne prenait pas des décisions seulement lorsqu'il était à Berne, mais exerçait aussi une fonction dirigeante depuis son domicile à Genève, où avait été installé un poste de télétravail ;
- quand il n'était pas en déplacement, l'Employé accomplissait principalement son activité à son domicile genevois ;
- depuis Genève, l'Employé était en contact permanent avec ses collaborateurs directs et y organisait des réunions avec les responsables du marché français ;
- c'est également depuis Genève que l'Employé organisait ses déplacements et s'acquittait de toutes ses tâches administratives.

B. Le droit

1. Rappel des principes généraux de détermination du for du lieu habituel du travail de l'art. 34 al. 1 CPC

Le Tribunal fédéral commence par rappeler sa jurisprudence en matière de for en droit du travail au sens de l'art. 34 al. 1 CPC, qui instaure un for alternatif en faveur du tribunal du

domicile (ou du siège) de l'Employeur ou du tribunal du lieu où le travailleur exécute habituellement son travail.

L'art. 34 al. 1 CPC est historiquement issu du droit international, lui-même adopté sur la base de la jurisprudence européenne².

En effet, cette disposition reprend la teneur de l'art. 24 al. 1 de la LFors (abrogé à l'entrée en vigueur du CPC) qui avait fait l'objet d'une harmonisation avec les dispositions de droit international privé (art. 115 al. 1 LDIP et art. 5 par. 1 de la Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988)³. Il s'en suit que les critères déterminants pour l'application de ces dispositions peuvent être pris en ligne de compte dans l'interprétation de l'art. 34 al. 1 CPC⁴.

Le Tribunal fédéral a rappelé, dans un arrêt publié au recueil officiel⁵, la téléologie de cette disposition. La Haute Cour relève, sur la base de la jurisprudence topique de la Cour de justice de l'Union européenne, que le lieu à retenir comme lieu où un travailleur accomplit habituellement son travail est celui dans lequel, ou à partir duquel, ce travailleur s'acquitte en fait de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur, ceci pour deux raisons : parce que c'est à cet endroit que le travailleur peut à moindres frais tenter une action judiciaire contre son employeur et parce que le juge de ce lieu est le plus apte à trancher la contestation relative au contrat de travail.

Le lieu où le travailleur exerce habituellement son travail correspond au centre *effectif* de ses activités professionnelles, déterminé selon les circonstances du cas concret, sans qu'un lieu de travail uniquement formel ou simplement transitoire, passager, puisse fonder le for alternatif de l'article 34 CPC⁶.

Le centre des activités professionnelles du travailleur ne correspond donc pas forcément au lieu d'exploitation de l'entreprise et n'implique pas nécessairement l'existence de certaines installations matérielles⁷.

Lorsque l'activité fournie par le travailleur est dispersée ou répartie entre plusieurs lieux, le for se trouve en principe au lieu où le travailleur est occupé pendant la majeure partie de son temps de travail (*critère quantitatif*), à moins qu'un autre lieu ne présente un rapport suffisamment stable et intense avec l'objet du litige pour qu'il doive être considéré comme un lieu d'attache prépondérant (*critère qualitatif*)⁸.

D'autres critères que celui du temps sont ainsi pris en compte, comme le lieu à partir duquel le travailleur organise et planifie ses déplacements, accomplit ses tâches administratives ou reçoit des instructions⁹. Le critère quantitatif peut donc venir s'effacer au profit du critère

² DIETSCHY, *op. cit.*, N 87.

³ *Ibid.*

⁴ ATF 145 III 14, consid. 6.

⁵ ATF 145 III 14, consid. 7.

⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_236/2016 du 23 août 2016, consid. 2 ; DIETSCHY, *op. cit.*, N 88.

⁷ ATF 145 III 14, consid. 6 ; DIETSCHY, *op. cit.*, N 90.

⁸ ATF 145 III 14, consid. 7 ; PC CPC-DIETSCHY-MARTENET, art. 34 N 12.

⁹ ATF 145 III 14, consid. 7 s. ; PC CPC-DIETSCHY-MARTENET, art. 34 N 13.

qualitatif, même si ces activités ne représentent qu'une partie accessoire du temps de travail, par exemple 10 à 20 %¹⁰.

Dans le cas d'espèce, à titre liminaire, la Haute Cour rappelle que le for alternatif de l'art. 34 CPC est destiné à protéger le travailleur en tant que partie socialement la plus faible au contrat. L'employé ne peut en outre pas renoncer à ce for avant la naissance du litige ou par acceptation tacite (art. 35 al. 1 let. d CPC) (consid. 2.1). L'endroit désigné contractuellement comme lieu de travail ne peut dès lors entrer en considération lorsque l'intention exprimée par les parties ne s'est pas concrétisée et qu'aucune activité ou seulement une activité moindre y a été entreprise (consid. 2.2).

Est déterminant le lieu où se situe effectivement le centre de l'activité concernée, de sorte que si le travailleur est occupé simultanément dans plusieurs lieux, c'est celui qui se révèle manifestement central du point de vue de l'activité fournie qui prévaut (consid. 2.2).

Il faut en conséquence se fonder exclusivement sur les circonstances du cas concret, en tenant compte des aspects quantitatifs et qualitatifs du travail effectué pour déterminer le for alternatif de l'art. 34 al. 1 CPC (consid. 2.2).

Incidentement, le Tribunal fédéral relève qu'il « ne faut envisager qu'avec retenue la situation singulière où aucun for du lieu de travail habituel n'est disponible » (consid. 2.2)¹¹.

Pour le Tribunal fédéral la recherche du lieu de travail habituel doit donc se faire en fonction des *liens effectifs* que le travailleur a entretenus avec un certain endroit (consid. 4.2). S'appuyant sur la doctrine le Tribunal fédéral retient que « *la manière dont la relation de travail s'est effectivement déroulée prime l'accord théorique préalable, que les parties sont libres de modifier* » (consid. 4.2).

2. Examen des griefs de l'Employeur recourant

Ainsi qu'il l'avait fait en première et deuxième instances, l'Employeur se prévaut de la volonté concordante et réitérée des parties de fixer contractuellement le lieu du travail au siège de la recourante, à Berne.

Le Tribunal fédéral souligne une nouvelle fois le caractère matériel de l'analyse présidant à la détermination du lieu de travail habituel, en ce sens que le lieu contractuellement prévu doit céder le pas devant le lieu – différent – où le travailleur exerce habituellement son activité, citant à ce sujet la doctrine et sa jurisprudence antérieure¹².

¹⁰ P. DIETSCHY-MARTENET, *Procédure civile et droit du travail*, in : Bohnet/Dunand/Mahon (éd.), Les procédures en droit du travail, Zurich 2020, p. 5 ; voir aussi G. DONATIello, Le lieu habituel de travail de l'employé appelé à se déplacer, commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_527/2018, Newsletter, DroitDuTravail.ch, février 2019, p. 5.

¹¹ Le Tribunal fédéral fait à cet égard référence à un précédent (arrêt du Tribunal fédéral 4A_131/2019 du 11 septembre 2019, consid. 3), où les juges de Mon-Repos avaient suivi l'appréciation de la Cour de justice genevoise, favorable au travailleur, alors qu'il aurait pu être retenu, au vu des circonstances (peu détaillées du cas d'espèce), qu'il n'existait aucun lieu de travail habituel, et partant aucun for correspondant.

¹² Cf. DIETSCHY-MARTENET, in : Code de procédure civile, Petit Commentaire, 2020, n° 12 ad art. 34 CPC ; FELLER/BLOCH, in : Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], SUTTER-SOMM ET AL., 3^e éd. 2016, n° 28 ad art. 34 CPC ; SENTI/WAGNER, in : ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung ; BRUNNER ET AL., 2^e éd. 2016,

Mis à part des situations particulières, précontractuelles ou lorsque le contrat de travail n'a pas été suivi d'effet qui permettent d'envisager la contractualisation du lieu de travail comme for, le Tribunal fédéral envisage deux hypothèses dans lesquelles la question de cette contractualisation peut se poser.

La *première hypothèse*, la plus fréquente, est celle où les parties s'écartent en pratique de leur accord théorique sur le lieu de travail (consid. 4.2).

La *seconde hypothèse*, qui est particulière, vise le cas où les parties envisagent d'entrée de cause de désigner l'endroit qui doit être qualifié de lieu de travail effectif afin de maintenir un for spécial en faveur du travailleur, du fait de son activité dans différents lieux, activité qui rend impossible la détermination du lieu d'une activité habituelle. Le Tribunal fédéral retient qu'une telle clause serait « *prima facie valable* », tout en relevant une potentielle contradiction avec l'art. 35 al. 1 let. d CPC. Il relève aussi que dans les faits, il sera rare d'aboutir à la conclusion qu'aucun centre d'activité du travail ne se détache des autres (consid. 4.2).

Dans le cas d'espèce, les circonstances conduisent le Tribunal fédéral à exclure la *seconde hypothèse* et à chercher dans le cadre de la *première hypothèse*, le « *lieu [où] l'employé avait effectivement entretenu le plus d'attaches* » (consid. 4.2).

A l'occasion de l'examen des griefs factuels de l'Employeur, les juges fédéraux relèvent que le fait que le travailleur ait partagé à Berne un bureau avec son subalterne direct représente un élément potentiel parmi d'autres dans l'appréciation globale de la situation, eu égard au fait qu'il occupait une position dirigeante et appartenait à l'équipe de direction (consid. 4.3).

En réponse au fait que selon l'Employeur l'importance quantitative du travail effectué à l'étranger, aurait dépassé la moitié du temps d'activité et aurait dépassé le temps de travail effectué à Genève, le Tribunal fédéral rappelle que le critère qualitatif doit avoir priorité et que dans le cas d'espèce, l'activité dans le canton de Genève était, du point de vue qualitatif, plus importante qu'à l'étranger ou qu'à Berne (consid. 4.4).

Les juges fédéraux confirment ainsi les observations des juges cantonaux relativement aux critères quantitatif et qualitatif : sous ces deux aspects, le poids géographique de la relation contractuelle se situait principalement à Genève (consid. 4.4).

De même, le Tribunal fédéral refuse de s'engager dans l'analyse de la problématique, en soi intéressante, soulevée par l'Employeur, qui invoquait que, au vu des évolutions technologiques dans les rapports de travail, le lieu d'*impact* du travail accompli – soit à Berne – devait prendre le pas sur le lieu d'accomplissement du télétravail. Les juges se limitent en effet à considérer que l'endroit (ou les endroits) où est accomplie l'activité à distance ne représente qu'un élément d'appréciation parmi les autres critères qualitatif et quantitatif. Les avis de doctrine¹³ considérant qu'en cas de télétravail, l'endroit d'accomplissement (généralement au domicile de l'employé) pourra constituer le lieu de travail effectif doivent être relativisés (consid. 4.5).

n° 33 ad art. 34 CPC ; STREIFF ET AL., Arbeitsvertrag, Praxis Kommentar zu Art. 319-362 OR, 7^e éd. 2012, p. 29 et cf. arrêt précité 4A_236/2016 consid. 5.5.1.

¹³ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 34 N 17 ; BK ZPO-WALTHER, Art. 34 N 9.

Les juges fédéraux examinent ensuite la question du critère, du « *juge le plus apte à trancher le litige* », retenu dans la jurisprudence exposée plus haut¹⁴. La Haute Cour estime que la portée protectrice de l'art. 34 CPC prescrit d'analyser ce critère au regard du but de la norme qui est de protéger le travailleur en tant que partie socialement la plus faible, plutôt que de procurer un confort à l'employeur. Le fait que l'employé ait occupé une fonction élevée ne le prive pas de cette protection. Pas plus que le fait que le litige concernerait plusieurs personnes à Berne et que les documents étaient en allemand n'a été considéré comme déterminant (consid. 4.6).

En définitive, le Tribunal fédéral confirme l'arrêt cantonal, en relevant au passage que la clause contractuelle de détermination du lieu de travail du cas d'espèce semble n'avoir été que « *de pure forme* », de sorte que d'admettre l'existence d'un abus de droit si l'employé se prévaut du for alternatif du lieu de l'activité habituelle en présence d'une clause contractuelle de détermination du for rendrait illusoire la protection offerte aux travailleurs par l'art. 34 CPC (consid. 4.7).

Avec raison, le Tribunal fédéral a retenu que l'instance cantonale avait rendu une décision nuancée et dûment motivée.

III. Commentaire

Deux éléments importants se dégagent de l'arrêt du 22 mars 2022 du Tribunal fédéral, qui s'inscrit dans la ligne des précédentes décisions rendues en matière de détermination du for compétent, fondé sur le lieu où le travailleur exerce habituellement son activité :

1. Protection du travailleur

Le Tribunal fédéral relève plusieurs fois dans son arrêt l'objectif visé par l'art. 34 al. 1 CPC de protection du travailleur en tant que partie socialement la plus faible (consid. 4.2, 4.6 et 4.7), balayant sur cette base trois griefs.

Premièrement, le fait que le travailleur ait dans trois documents contractuels successifs accepté que le lieu habituel de travail soit à Berne est sans incidence, la volonté des parties n'ayant pas le pas sur la recherche du lieu où se situe le centre effectif des activités professionnelles du travailleur (consid. 4.2).

Deuxièmement, l'argumentation consistant à avancer que les activités sont égales au niveau quantitatif dans les différents lieux d'activité du travailleur et qu'il sied de choisir le lieu du siège parce qu'aucun lieu de travail ne se détache dans les faits est quasiment toujours vouée à l'échec. En effet, tant la jurisprudence que la doctrine admettent que vient s'ajouter au paramètre quantitatif celui d'ordre qualitatif, ce dernier pouvant prendre le pas sur le premier, lorsque la prestation de travail est dispersée entre plusieurs lieux¹⁵. Il résulte qu'il sera rare dans les faits de ne pas pouvoir déterminer au moyen des critères quantitatif et qualitatif le point central des relations de travail et d'exclure le for du lieu habituel du travail au profit de celui du domicile ou du siège de l'employeur (consid. 4.2).

¹⁴ ATF 145 III 14, consid. 6 *in fine* et 7.

¹⁵ P. DIETSCHY-MARTENET, *Procédure civile et droit du travail*, in : Bohnet/Dunand/Mahon (éd.), *Les procédures en droit du travail*, Zurich 2020, p. 5 ; DONATIELLO, *op. cit.*, p. 5.

Enfin, le statut du travailleur, parce qu'il aurait une position de cadre, ne change rien au but visé par l'art. 34 al. 1 CPC de protéger le travailleur en tant que partie socialement la plus faible (consid. 4.6).

2. Le lieu du télétravail n'est pas forcément le lieu du travail effectif

Cet arrêt n'est pas l'illustration du tribunal compétent à raison du lieu en cas de télétravail.

Au contraire, le Tribunal fédéral a rappelé que le lieu où est effectué le télétravail constitue un paramètre parmi d'autres et qu'il faut l'insérer dans l'appréciation globale de la situation en tenant compte des autres critères d'ordre quantitatif et qualitatif pour pouvoir déterminer le centre effectif des relations de travail (consid. 4.5).

Cet arrêt vient ainsi rappeler de manière claire que les paramètres d'ordre technologique et organisationnel qui permettent le travail à distance (téléphone, visioconférences, espace de coworking) n'ont pas plus de poids que les autres critères et que, dans chaque cas, il faudra analyser l'ensemble des circonstances concrètes afin de dégager le centre effectif du travail.

On relèvera à cet égard que les circonstances factuelles du cas d'espèce plaident sans véritablement d'équivoque pour la solution retenue par toutes les instances amenées à trancher de la question du for.

Cela nous amène à considérer les limites que pose le devoir de fidélité de l'employé (art. 321a CO) et le pouvoir d'instruction de l'employeur (art. 321d CO) à la constitution d'un for alternatif au sens de l'art. 34 al. 1 CPC en cas de télétravail.

Effectivement, la solution de cet arrêt ne devrait à notre sens pas pouvoir être transposée à une situation dans laquelle un travailleur, à plus forte raison un cadre, par essence soumis à un devoir de fidélité accru¹⁶, aurait pris avantage de la liberté d'organisation conférée par son statut pour exercer l'essentiel de son activité dans un lieu inconnu de son employeur et se constituer ce faisant un for alternatif plus favorable.

Il nous semble en effet qu'un travailleur, *a fortiori* revêtu d'une position dirigeante, ne devrait pas pouvoir bénéficier d'un tel for « de faveur ».

En ce sens, l'insistance du Tribunal fédéral sur le but de protection de l'art. 34 al. 1 CPC devrait être relativisée.

Nous ne discuterons d'ailleurs pas des problématiques qui pourraient résulter de situations internationales¹⁷.

Afin de parer à la constitution d'un for alternatif à l'insu de l'employeur, ce dernier devrait instaurer un cadre strict d'exercice du télétravail dans ses directives internes et veiller à en contrôler le respect.

¹⁶ ATF 127 III 86, consid. 2c = JdT 2001 I 160.

¹⁷ Nous renvoyons le lecteur à ce sujet au commentaire de G. DONATIELLO (Le lieu habituel de travail de l'employé appelé à se déplacer, commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_527/2018, Newsletter, DroitDuTravail.ch, février 2019).

Nous relèverons finalement que cet arrêt porte sur un cas « pré-COVID » qui ne préjuge en rien de situations ressortant du développement exponentiel du télétravail qui s'est ensuivi. Cela étant, nous considérons que l'accomplissement de travail à distance pendant la période COVID du fait d'une situation sanitaire exceptionnelle revêt un caractère provisoire certain qui ne devrait pas permettre de retenir de façon indifférenciée la création d'un for au domicile du travailleur.