

Tribunal fédéral – 4A_412/2022
destiné à la publication
1^{re} Cour de droit civil
Arrêt du 11 mai 2023 (f)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Bohnet François/Corthay Gaëtan, Allégation et preuve des faits générateurs en matière d'opposition au congé, Résumé et analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_412/2022, Newsletter DroitDuTravail.ch août 2023

Newsletter août 2023

Opposition au congé ;
allégation des faits
générateurs

**Art. 336b al. 1 CO ; 55
al. 1, 229 al. 1 CPC**



Allégation et preuve des faits générateurs en matière d'opposition au congé ; résumé et analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_412/2022

François Bohnet, professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat
et

Gaëtan Corthay, assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel, avocat

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 4A_412/2022 du 11 mai 2023, destiné à la publication, clarifie la question de la répartition du fardeau de l'allégation et de la preuve de l'opposition au congé lorsqu'une indemnité pour licenciement abusif est réclamée en justice.

II. Résumé

A. Faits et procédure

Après son licenciement en novembre 2021, Z. (ci-après : l'employée) ouvre action contre son (ex-)employeur et sollicite le paiement d'une indemnité de CHF 37'500 équivalant à six mois de salaire, au titre de congé abusif.

Aux débats principaux, le Tribunal de première instance genevois constate que le courrier d'opposition au congé ne figure pas au dossier. L'employée admet avoir omis de le déposer et propose sa production en audience, tout en soulignant que la partie adverse n'a pas soulevé l'absence de l'opposition dans sa réponse.

Par jugement du 7 avril 2020, le tribunal rejette la demande en considérant que l'employée n'a ni allégué ni prouvé s'être opposée au congé.

Par jugement incident du 13 novembre 2020 rendu sur appel de l'employée, la Cour d'appel genevoise annule cette décision considérant que la non-péremption du droit à l'indemnité est un fait implicite qui ne doit être allégué et prouvé que s'il est contesté par la partie défenderesse, ce qui n'était pas le cas. L'affaire est renvoyée aux premiers juges pour

instruction et fixation de l'indemnité. Un recours est formé au Tribunal fédéral mais est frappé d'irrecevabilité.

Statuant à nouveau le 1^{er} juillet 2021, le Tribunal prud'homal juge le congé abusif et condamne l'employeur à payer une indemnité de CHF 15'000 à la partie adverse.

La Cour de justice, par jugement du 11 juillet 2022, admet partiellement l'appel formé par l'employeur et réduit l'indemnité à CHF 10'000.00.

Un recours en matière civile est formé au Tribunal fédéral.

B. Droit

Consid. 4.1.

Le Tribunal fédéral rappelle que la procédure était régie par la **maxime des débats** dès lors que la valeur litigieuse excédait CHF 30'000.00 dans ce conflit de droit du travail (art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC). Les parties devaient donc alléguer les faits sur lesquels elles fondaient leurs prétentions et produire les preuves s'y rapportant (art. 55 al. 1 CPC), le juge n'ayant qu'un devoir d'interpellation fondé sur l'art. 56 CPC. Le juge ne pouvait asseoir son jugement sur d'autres faits que ceux ayant été allégués par les parties conformément aux règles de procédure (ATF 147 III 463 consid. 4.2.3; 142 III 462 consid. 4.4 ; OBERHAMMER/WEBER, in : Kurzkomentar schweizerische Zivilprozessordnung, 3^e éd. 2021, nos 9-10 ad art. 55 CPC).

Consid. 4.2.

Le Tribunal fédéral relève d'abord que **le laps de temps dont dispose l'employé pour s'opposer au congé est un délai de péremption¹** dont le non-respect entraîne l'extinction totale du droit subjectif². Le juge doit intervenir d'office, ce qui ne dispense pas les parties de lui soumettre les données factuelles nécessaires et les preuves topiques. La péremption se distingue de la prescription qui n'est prise en compte que si le défendeur soulève l'exception correspondante (art. 142 CO). La question centrale est de savoir qui du demandeur ou du défendeur supporte la charge d'alléguer et de prouver la péremption.

Pour répondre à cette question, le Tribunal fédéral observe que des délais de péremption régissent de nombreuses situations et ne peuvent donner lieu à une généralisation en matière de répartition du fardeau de l'allégation et de la preuve.

Il identifie d'abord le cas du « véritable délai de péremption » qui vise les délais d'ouverture d'action. Son respect est relativement aisé à contrôler. Dans ces situations la jurisprudence règle la question du fardeau de l'allégation et de la preuve dans une formule consacrée : « *celui qui invoque un droit soumis à un délai de péremption doit prouver qu'il a observé celui-ci, car le respect de cette exigence est un élément constitutif de droit et une condition de l'exercice de l'action³* ». Le régime applicable à ces délais ne peut toutefois pas nécessairement être transposé à tous les cas de péremption tant les situations qu'ils régissent sont variables.

¹ TF 4A_316/2012 du 1^{er} novembre 2012, consid. 2.1 ; 4A_571/2008 du 5 mars 2009, consid. 4.3.

² ATF 133 III 6, consid. 5.3.4.

³ TF 5C.215/1999 du 9 mars 2000, consid. 6b ; TF 4A_200/2008 du 18 août 2008, consid. 2.4.2.1.

Le Tribunal fédéral explore ensuite la diversité des régimes existants en matière de péremption. Il relève que la jurisprudence a parfois considéré que la non-péremption d'un droit était un fait implicite, soit un fait contenu dans un allégué que le demandeur ne doit alléguer et prouver que si la partie adverse le conteste⁴.

La jurisprudence considère encore qu'un régime particulier s'applique à l'allégation et à la preuve en matière l'avis des défauts. Dans cette configuration, le vendeur doit alléguer l'acceptation de la chose ou de l'ouvrage, respectivement l'absence ou la tardiveté de l'avis des défauts. Il revient alors à l'acheteur ou au maître de prouver qu'il a donné l'avis en temps utile s'il entend sauvegarder ses droits à la garantie⁵. Le juge ne peut relever d'office la tardiveté de l'avis. Au vu de la singularité de ce régime, il n'y a pas lieu d'après le Tribunal fédéral d'établir un parallèle avec le délai de l'art. 336b al. 1 CO⁶.

Le raisonnement suivi par le Tribunal fédéral est le suivant. Un employé licencié ne peut prétendre à une indemnité pour congé abusif **que s'il a formé opposition valablement et que les parties n'ont pas pu s'entendre pour maintenir les rapports de travail**. Le législateur entendait par là permettre à l'employeur de revenir sur sa décision⁷. Ainsi, le droit à l'indemnité n'existe **que** si l'étape de l'opposition, qui a pour but de susciter la réflexion de l'employeur, a été respectée et se révèle infructueuse. **Elle concourt ainsi à fonder l'indemnité⁸**.

En matière d'indemnité pour congé abusif, le défendeur ne doit donc pas invoquer la péremption pour que le demandeur allègue et prouve avoir fait opposition dans le délai légal.

Il appartient, au contraire, à l'employé de démontrer que les conditions participant au fondement de son droit sont réunies et partant, **d'alléguer et de prouver les circonstances factuelles dont le juge pourra inférer le droit à un dédommagement pour congé abusif, qui présuppose une opposition valable⁹**.

En l'espèce, l'employé n'avait pas allégué ni prouvé l'existence d'une opposition. Le Tribunal fédéral relève en ce sens que ladite opposition ne figurait pas au dossier et n'a pas pu être utilement produite lors des débats principaux, compte tenu de la non-réalisation des conditions de l'art. 229 al. 1 CPC. Le recours est admis.

III. Analyse

A. L'opposition au congé : une incombance à charge de l'employé

Au terme de l'art. 336b CO, « *La partie qui entend demander l'indemnité fondée sur les art. 336 et 336a doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé* ». Comme l'avis des défauts, l'opposition est une incombance de

⁴ TF 4A_243/2018 du 17 septembre 2018, consid. 4.2.1 ; sur la notion de fait implicite, ATF 144 III 519, consid. 5.3.2.

⁵ ATF 107 II 50, consid. 2a.

⁶ *contra* DIETSCHY-MARTENET/DUNAND, in : *Commentaire du contrat de travail*, 2^e éd., 2022, n° 24 ad art. 336b CO et sous-note 53.

⁷ ATF 134 III 67, consid. 5.

⁸ ATF 123 III 246, consid. 4c pr. p. 252.

⁹ FRANÇOIS BOHNET, *Actions civiles*, vol. II, 2^e éd., 2019, §° 35 n. 19.

l'employé, que le législateur soumet à un certain délai¹⁰. A défaut d'opposition formulée dans le délai de congé, l'employé perd tout droit à une indemnité pour congé abusif. C'est en ce sens que le Tribunal fédéral retient qu'il s'agit d'un délai de péremption, puisque l'absence d'opposition dans le délai de congé, acte nécessaire à l'exercice du droit à une indemnité pour congé abusif, « entraîne l'extinction totale dudit droit ». A notre sens, faute d'opposition valable, il n'existe tout simplement aucun droit à réclamer une indemnité.

B. La qualification de l'opposition au congé sous l'angle de la théorie des normes

L'opposition au congé, est-elle aux côtés de l'existence d'un congé abusif, un fait générateur (*rechtsbegründende* ou *rechtserzeugende Tatsache*) du droit à l'indemnité, ou est-ce qu'au contraire, il faut voir dans l'absence d'opposition un fait dirimant (*rechtshindernde Tatsache*) qui empêche la naissance du droit, voire, puisque l'on parle de péremption, un fait extinctif (*rechtsvernichtende Tatsache*)? De la même manière, qu'en est-il de la formation de l'opposition dans le délai de congé. Est-ce un fait générateur ou au contraire un fait dirimant ou extinctif ?

La réponse à ces questions permet de déterminer qui supporte l'absence d'allégation et de preuve de l'opposition ainsi que de sa ponctualité.

Les fardeaux objectifs de l'allégation et de la preuve sont des éléments essentiels du procès. Ils sont intimement liés.

Le fardeau objectif de l'allégation implique que la partie chargée d'alléguer les faits (*fardeau subjectif de l'allégation* ; art. 55 al. 1 CPC) supporte également les conséquences de l'absence d'un fait au procès, à savoir le rejet de sa prétention¹¹. Quant au fardeau objectif de la preuve, il implique que la partie en charge d'apporter la preuve supporte également les conséquences de son absence, à savoir la perte du procès¹².

En droit suisse, la répartition du fardeau de la preuve répond en premier lieu à l'art. 8 CC. Celui-ci dispose en substance, qu'à défaut de disposition contraire, chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. L'art. 8 CC permet de désigner la partie qui supporte la perte du procès en cas d'échec de la preuve et partant, le fardeau objectif de la preuve.

L'art. 8 CC manque toutefois de précision. Il impose une concrétisation suffisante pour permettre la répartition équitable du fardeau de la preuve dans le cas concret. A ce jour, le Tribunal fédéral se réfère principalement à la Théorie des normes qui postule que le fardeau de la preuve d'un fait déterminé est supporté par la partie pour laquelle la présence du fait en question dans le procès **est favorable**. Elle suppose ainsi une opération intellectuelle basée sur le texte de la norme, permettant d'identifier le fait favorable. Pour ce faire, il convient d'identifier les liens entre les diverses dispositions, au moyen de l'interprétation du droit

¹⁰ Voir par exemple, TF 4A_261/2020 du 10 décembre 2020 c. 7.2.1.

¹¹ ATF 144 III 519, consid. 5.2.1.1.

¹² BOHNET FRANÇOIS, L'allégation des faits et leur contestation en procédure civile : principes et modalités, in : Bohnet François/Dupont Anne-Sylvie (édit.), Dix ans de Code de procédure civile, Bâle/Neuchâtel 2020, p. 1 ss, N 13.

matériel. Cet examen de la norme applicable au cas concret constitue la base de l'approche utilisée.

Une classification en trois catégories peut dès lors être effectuée : les règles **génératrices** qui fixent les conditions de la naissance d'un droit, les règles **dirimantes** qui fixent les conditions permettant d'empêcher ou retarder la naissance d'un droit et les règles **extinctives** qui prévoient les conditions d'extinction d'un droit¹³.

Une fois cette classification opérée, les faits traduisant les éléments constitutifs d'une norme sont à leur tour des *faits générateurs*, *dirimants* ou *extinctifs* selon qu'ils constituent une norme permettant **la naissance**, **l'empêchement de la naissance** ou **l'extinction d'un droit**. La théorie des normes permet ainsi de révéler les trois catégories de faits utilisées de manière constante en procédure civile suisse¹⁴.

Selon l'art. 8 CC concrétisé à l'aide de la théorie des normes, **le demandeur supporte le fardeau de la preuve des faits qui lui sont favorables à savoir les faits générateurs de la norme fondant sa prétention. Le défendeur supporte à son tour le fardeau de la preuve des faits qui lui sont favorables. Il s'agit alors des faits qui lui permettront d'écarter la prétention du demandeur, à savoir les faits dirimants et extinctifs**. Cette approche est pour l'essentiel suivie par le Tribunal fédéral et permet de justifier la répartition du fardeau de la preuve en droit suisse¹⁵.

D'autres paramètres peuvent compléter cette approche. Ainsi le Tribunal fédéral admet que la distinction entre fait générateur, dirimant et extinctif n'est pas toujours évidente et – comme la répartition du fardeau de la preuve qui lui est étroitement liée – doit être déterminée sur la base de la raison et de l'équité. Etablir ce qui, selon la loi ou l'expérience générale de la vie représente la règle ou l'exception, peut servir d'aide décisionnelle¹⁶.

En l'espèce, la demanderesse, qui réclamait CHF 37'500.00 à titre d'indemnité pour congé abusif en procédure ordinaire, n'a pas allégué dans ses écritures avoir fait opposition au congé dans le délai légal. La partie adverse ne s'est pas plus exprimée sur ce point dans ses actes. Ce n'est que lors des débats principaux que le tribunal s'est enquis d'une éventuelle opposition au licenciement. L'employée a concédé avoir omis de produire le courrier d'opposition et a offert de le faire à ce stade, tout en relevant que cette missive était mentionnée dans des pièces versées au dossier et que l'employeuse n'avait pas soulevé cette problématique dans sa réponse.

Comme le retient le Tribunal fédéral, l'opposition au congé **n'est pas un fait implicite**. Par-là, on entend un fait qui est contenu « *sans aucun doute dans un autre allégué de fait expressément invoqué, dont le fardeau de l'allégation objectif et le fardeau de la preuve n'incombent à la partie demanderesse que lorsque la partie adverse l'a contesté*¹⁷ ». On ne voit d'ailleurs pas quel autre fait le contiendrait nécessairement. Tel n'est à l'évidence pas le cas de l'allégué selon lequel la résiliation est abusive. Selon nous, le fait d'affirmer avoir fait

¹³ ROSENBERG, Die Beweislast, 6^e éd., Munich 1965, p. 99 ss.

¹⁴ Voir déjà en 1875, ATF 11 69, consid. 5.

¹⁵ ATF 139 III 13, consid. 3.1.3.1.

¹⁶ TF 4A_679/2010, consid. 6.5.1.3, RSPC 2011 304, en matière de responsabilité médicale.

¹⁷ TF 4A_243/2018, consid. 4.2.1, SJ 2019 I 306, RSPC 2019 239.

opposition au congé ne signifie d'ailleurs pas implicitement l'avoir fait avant l'échéance du délai de congé.

L'opposition au congé, et ce avant l'échéance du délai de congé, est un élément générateur de la prétention de l'employé. Cette conclusion peut être confirmée par l'analyse de la norme applicable selon l'approche de ROSENBERG. L'art. 336b al. 1 CO dispose que « *la partie qui entend demander l'indemnité fondée sur les art. 336 et 336a doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé.* » Par sa formulation, la norme précitée prévoit trois conditions nécessaires à l'obtention de l'indemnité pour congé abusif envisagée à l'art. 336 al. 1 CO : **1°** l'opposition au congé (« [...] *doit faire opposition au congé* »), **2°** la forme écrite (« [...] *par écrit* ») et **3°** sa ponctualité (« [...] *au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé* »)¹⁸. On peut donc conclure que l'art. 336b al. 1 CO est bien d'une norme génératrice, comme le confirme l'art. 336b al. 2 première phrase CO, *a contrario* (« *Si l'opposition est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir le rapport de travail, la partie qui a reçu le congé peut faire valoir sa prétention à une indemnité* »). Par conséquent, il est cohérent de conclure que les faits qui en sont les éléments constitutifs sont à leur tour des faits générateurs.

¹⁸ Le respect du délai est un élément générateur, voir pour l'avis des défauts, ATF 118 II 142 consid. 3a et les réf., entre autres à BK-KUMMER, art. 8 CC N 151, 312 ss.