

**Proposition de citation :**

Werner Gloor, L'opposition au congé : des conditions supplémentaires à sa validité ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_59/2023, Newsletter DroitDuTravail.ch juin 2023

**Art. 336b CO**

## L'opposition au congé : des conditions supplémentaires à sa validité

### Werner Gloor

#### I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, publié sur son site web<sup>1</sup> le 16 mai 2023, le Tribunal fédéral pose des conditions supplémentaires à la validité de l'opposition au congé au sens de l'art. 336b CO : pour être valable, elle doit, en sus des conditions de forme et de délai prévus dans cette disposition, indiquer, en outre, que *l'échéance* du congé, c'est-à-dire la fin du contrat, est également contestée. Enfin, l'opposant doit aussi relever le caractère *abusif* du congé et thématiser *l'indemnisation* prévue par l'art. 336a CO.

#### II. Résumé de l'arrêt

##### A. Les faits

Par contrat de travail du 2 avril 2013, Monsieur A (ci-après l'employé) a été engagé par B. Sàrl (ci-après : l'employeuse) en qualité de conseiller technique à plein temps, à compter du 8 avril 2013, moyennant un salaire mensuel brut de CHF 6'500.- X 13. Après la signature du contrat, les parties ont convenu de réduire le taux d'activité de l'employé à 90% et de ramener la rémunération mensuelle à CHF 6'000.- brut.

En 2016, l'employé a sollicité le paiement des heures supplémentaires réalisées depuis 2013.

Par courrier recommandé du 26 octobre 2016, l'employeuse a derechef licencié l'employé pour le 31 décembre 2016, en le libérant de son obligation de travailler avec effet immédiat. Elle y expliquait : « cette décision a été prise d'une part car nous n'entrevoions pas la même manière de travailler, ce qui entrave continuellement la communication. D'autre part, un manque d'implication s'est ressenti sur votre chiffre d'affaires de cette année qui a diminué comparativement à l'année 2015. Mais encore, en utilisant les cartes d'essence fournies par

---

<sup>1</sup> [www.bger.ch/jurisprudence/nouveautés](http://www.bger.ch/jurisprudence/nouveautés).

l'entreprise à des fins personnelles, le lien de confiance a été rompu. Il ne nous est dès lors plus possible d'espérer une continuité aux rapports de travail ».

L'employé a reçu ce courrier le 2 novembre 2016.

Par courrier du 9 novembre 2016 adressé par l'entremise de son assurance de protection juridique, l'employé a contesté les motifs de licenciement invoqués dans le courrier du 26 novembre 2016 et réclamé le paiement d'heures supplémentaires. Dans un courrier ultérieur du 18 novembre 2016, son assurance de protection juridique a pris acte du fait que l'employé avait été « valablement libéré de son obligation de travailler » et a fait part de sa position quant à la date à laquelle les rapports de travail prendraient fin.

Le 20 décembre 2016, agissant toujours par l'entremise de son assurance de protection juridique, l'employé a indiqué qu'il « form(ait) opposition à (ce) congé ». Il a contesté les motifs de résiliation invoqués par l'employeuse et la durée restante des rapports de travail, tout en prenant expressément acte du fait que les « rapports de travail prendront (...) fin le 31 janvier 2017 ».

Dans un second courrier que l'employé a lui-même envoyé à la même date, il a articulé diverses prétentions, dont le paiement de ses heures supplémentaires, de son solde de vacances et de divers frais professionnels, en brandissant la menace d'une action en justice. Aucun de ces deux courriers ne fait mention d'un congé abusif ou de son intention de requérir une indemnité pour congé abusif.

Par requête de conciliation du 6 avril 2017, l'employé a ouvert action en paiement. Devant l'échec de la conciliation, il a porté le litige devant le Tribunal de district de Sierre en concluant à la condamnation de l'employeuse à lui verser un montant brut de CHF 28'004.- avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> février 2017 à titre d'indemnité pour licenciement abusif et différents autres montants. Il n'a formulé aucune prétention au titre de ses heures supplémentaires.

Par jugement du 9 mars 2020, le Tribunal de district de Sierre a condamné l'employeuse à verser à l'employé différents montants à titre de retenue sur salaire opérée à tort et de salaire brut pour le mois de janvier 2017, à quoi s'ajoutait une indemnité pour congé abusif de CHF 6'501.- plus intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> février 2017.

Par arrêt du 13 décembre 2022, la Cour civile I du Tribunal cantonal du canton du Valais a partiellement admis l'appel de l'employeuse et rejeté l'appel joint de l'employé. Elle a réformé le premier jugement sur le point de l'indemnité pour congé abusif, à laquelle l'employé ne pouvait prétendre *faute d'avoir formé opposition au licenciement au sens de l'art. 336b al. 1 CO en temps utile*.

L'employé a formé un recours en matière civile au Tribunal fédéral, concluant principalement à la condamnation de l'employeuse à lui verser un montant de CHF 26'620.- avec intérêts à titre d'indemnité pour licenciement abusif.

## **B. Le droit**

Le Tribunal fédéral a résumé l'arrêt cantonal comme suit :

« Le litige porte exclusivement sur l'indemnité pour résiliation abusive (art. 336a CO) à laquelle prétend l'employé. La cour cantonale a rejeté ce chef de conclusion pour le motif

suyant. L'employé n'avait pas fait opposition au congé par écrit auprès de l'employeuse jusqu'à la fin du délai de congé (art. 336b al. 1 CO). Elle a procédé à une interprétation subjective du seul courrier adressé à l'employeuse où il était question d'une opposition, à savoir celui de l'assurance de protection juridique de l'employé du 20 décembre 2016. Elle a relevé que, certes, l'employé déclarait dans cette lettre 'form(er) opposition à ce congé' en contestant les motifs invoqués pour justifier le licenciement. Cela étant, à aucun moment il ne contestait la fin des rapports de travail ni ne manifestait la volonté de poursuivre les rapports de travail. Parcourant les différentes missives adressées à l'employeuse par les soins de l'employé ou de son assurance de protection juridique (i. e. les courriers des 9 novembre, 18 novembre et 20 décembre 2016), elle a constaté qu'il n'avait jamais été question de congé abusif. Partant, elle a conclu que la réelle intention de l'employé était de dénouer la relation contractuelle, seuls lui important les montants qui devaient lui échoir jusqu'à l'échéance du délai de congé ».

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours de l'employé en ces termes :

4. « L'employé se plaint d'une violation de l'art. 336b CO. En substance, il soutient que l'usage du terme « opposition au congé » serait suffisant pour remplir la condition légale. Par ailleurs, il estime que la loi n'impose pas à l'employé d'offrir ses services lorsqu'il forme opposition au congé.

4.1. En vertu de l'art. 336b al. 1 CO, la partie qui entend demander une indemnité pour résiliation abusive (art. 336 et 336a CO) doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie, au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé.

Selon la jurisprudence, il ne faut pas poser des exigences trop élevées à la formulation de cette opposition écrite. Il suffit que son auteur y manifeste à l'égard de l'employeur qu'il n'est pas d'accord avec le congé qui lui a été notifié (ATF 136 III 96, consid. 2 ; 123 III 246, consid. 4c ; arrêts du TF 4A\_320/2014 du 8 septembre 2014, consid. 3.1 ; 4A\_571/2008 du 5 mars 2009, consid. 4.1.2 ; 4C.233/2005 du 15 octobre 2006, consid. 3 ; 4C.39/2004 du 8 avril 2004, consid. 2.1).

L'opposition a pour but de permettre à l'employeur de prendre conscience que son employé conteste le licenciement et le considère comme abusif ; elle tend à encourager les parties à engager des pourparlers et à examiner si les rapports de travail peuvent être maintenus (cf. art. 336b al. 2 CO ; arrêts du TF 4A\_320/2014 déjà cité, consid. 3.1 ; 4A\_571/2008 déjà cité, consid. 4.1.2 WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4<sup>e</sup> éd., 2019, p. 839). Dans cette perspective, le droit du travailleur de réclamer l'indemnité pour licenciement abusif s'éteint si le travailleur refuse l'offre formulée par l'employeur de retirer la résiliation (ATF 134 III 67, consid. 5 ; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 839).

Il n'y a pas d'opposition lorsque le travailleur s'en prend seulement à la motivation de la résiliation, ne contestant que les motifs invoqués dans la lettre de congé, et non à la fin des rapports de travail en tant que telle (arrêts du TF 4A\_320/2014 déjà cité, consid. 3.1. ; 4A\_57/2008 déjà cité, consid. 4.1.2 ; 4C.39/2004 déjà cité, consid. 2.4, WYLER/HEINZER, op. cit. p. 836).

4.2. En l'espèce, la question ne se pose pas dans les termes décrits par le recourant. Il ne s'agit pas de savoir s'il suffit à l'employé d'indiquer par écrit qu'il « forme opposition au congé » pour satisfaire au réquisit de l'art. 336b al. 1 CO. Il ne s'agit pas non plus d'ailleurs de

déterminer si cette disposition lui impose parallèlement d'offrir expressément ses services à l'employeur. En effet, il résulte des faits souverainement constatés par la cour cantonale que le recourant a écrit, le 20 décembre 2016, qu'il « form(ait) opposition à ce congé » et simultanément qu'il prenait acte que les « rapports de travail prendront (...) fin le 31 janvier 2017 ». Quoi qu'en dise l'employé, ses intentions n'étaient pas claires puisqu'il déclarait tout à la fois former opposition au congé et que ce congé interviendrait bien à la date susmentionnée. Ces deux éléments sont antagonistes puisque si l'opposition concerne la terminaison des rapports de travail (car cette résiliation est abusive), l'employé ne peut simultanément accepter que ceux-ci se terminent. Exprimé autrement, soit il accepte la résiliation soit il s'y oppose. Devant une telle situation, la cour cantonale se devait de procéder par interprétation, selon les règles communément admises (ATF 135 III 410, consid. 3.1 ; 128 III 419, consid. 2.2 ; 127 III 444, consid. 1b), ce qu'elle a correctement fait. Donnant la préséance à l'interprétation subjective, elle a dégagé la véritable intention de l'employé qui était d'accepter la fin des rapports de travail. Il fallait donc comprendre la lettre du 20 décembre 2016 en ce sens que son opposition portait sur les motifs avancés par l'employeuse et non sur la fin de son emploi, avec laquelle il était d'accord. Et c'est ainsi que l'employeuse l'a comprise. A aucun moment la discussion n'a ainsi porté sur le caractère abusif du congé ou une indemnité pour licenciement abusif (avant que l'employé n'ouvre action en justice). Ce procédé était parfaitement légitime et la cour cantonale n'a pas enfreint l'art. 336b CO en procédant de la sorte. Le résultat auquel elle est parvenue pourrait tout au plus être attaqué sous l'angle de l'arbitraire dans la constatation des faits ou l'appréciation des preuves – puisque l'interprétation subjective relève de ce domaine –, exercice auquel l'employé ne se livre pas dans son recours. Il fait uniquement valoir que l'employeuse aurait marqué sa ferme intention de ne point le maintenir à son poste de sorte qu'il eût été vain de sa part de lutter pour la poursuite des rapports de travail. Cela étant, cet élément qui n'a pas valeur de fait – l'employé n'avance d'ailleurs pas l'avoir allégué en procédure – ne lui ouvre pas la perspective désirée : la jurisprudence a déjà précisé que la condition de l'opposition en temps utile selon l'art. 336b CO demeurerait, lors même que l'issue de discussions avec l'employeur paraissait illusoire compte tenu de son attitude (ATF 136 III 96, consid. 2.2).

Le Tribunal fédéral ne décèle dès lors aucune violation du droit fédéral dans ce pan du jugement cantonal.

### III. Commentaire

L'arrêt du Tribunal fédéral laisse pantois. Il donne à comprendre que, pour valoir opposition au congé au sens de l'art. 336b al. 1 CO, le travailleur ne saurait se cantonner à écrire à l'employeur, dans le délai imparti par la loi, qu'il s'opposait au congé. Il lui faut, en plus, a. qu'il conteste l'échéance du congé, c'est-à-dire la fin du contrat, b. qu'il dénonce le caractère abusif du congé, et c. qu'il thématise l'indemnité prévue par l'art. 336a CO.

Cette jurisprudence va à l'encontre de ce que la doctrine et la jurisprudence ont professé, depuis l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 1989, du nouveau droit de résiliation dans le contrat de travail<sup>2</sup>. A ce jour, il suffisait que le travailleur informe l'employeur, par écrit, et avant la fin

---

<sup>2</sup> Message 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, du 9 mai 1984, FF 1984 III pp. 524-633, p. 622 ; RO 1988 1472.

des rapports de travail, qu'il s'opposait au congé<sup>3</sup>. Cela suffisait pour marquer le désaccord avec le congé<sup>4</sup>. Il n'était pas nécessaire que le travailleur  *motive son opposition*<sup>5</sup>, ni encore qu'il communique sa *volonté de poursuivre les rapports de travail*<sup>6</sup>, ni enfin, qu'il ait entamé, en vain, des  *négociations avec l'employeur* en vue de la poursuite des rapports de travail<sup>7</sup>. Certes, il était constant que la  *simple contestation des motifs du congé* ne valait pas opposition au congé<sup>8</sup>.

Mais, à ce jour, point n'était besoin que le travailleur licencié (moyennant préavis) conteste, en outre, **a.** le  *principe et l'échéance du congé*, c'est-à-dire la fin des rapports de travail, **b.** qu'il  *manifeste la volonté de poursuivre les rapports de travail*, **c.** qu'il qualifie, dans sa lettre-opposition, le congé reçu d'*abusif*, et **d.** y évoque d'ores et déjà  *l'indemnité pour licenciement abusif*. Enfin, il n'avait pas à offrir ses services, dans la mesure, en particulier, où l'employeur l'avait libéré durant le préavis.

S'agissant de l'exigence faite au travailleur de contester le  *principe et l'échéance* du congé, aucune jurisprudence connue, fédérale ou cantonale, n'avait affirmé un tel réquisit à ce jour. L'on ne voit pas la raison qui sous-tendrait cette condition. Dans la pratique, les travailleurs, victimes d'un congé abusif ont tendance à tomber malade – cela suffit, si le délai de protection n'est pas déjà échu, pour reporter l'échéance des rapports de travail (cf. art. 336c al. 1 let. b CO).

Il est possible que par l'exigence faite à l'opposant de  *contester l'échéance* du congé le Tribunal fédéral ait visé l'idée, déjà articulée en 2014, et reprise ici dans l'arrêt cantonal, que l'art. 336b al. 1 CO imposerait au travailleur de «  *manifester clairement sa volonté de vouloir poursuivre les rapports de travail* »<sup>9</sup> A noter que cette idée-là avait été vivement critiquée en doctrine<sup>10</sup>.

---

<sup>3</sup> La formulation standard était : «  *Par la présente, je forme opposition au congé du .. reçu le ...* ».

<sup>4</sup>  *Pro multis* : STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 2014, N 3 ad art. 336 b CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Zurich, 2012, N 3 ad art. 336b CO, p. 1062 ; PORTMANN/RUDOLPH, in : Basler Kommentar, 2020, N 1b ad art. 336b CO ; DIETSCHY-MARTENET/DUNAND, in : Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne, 2022, Nos 11–10 ad art. 336b CO ; PERRENOUD, in : Commentaire romand CO I, Bâle, 2021, N 6 ad art. 336b CO ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, Commentaire du contrat de travail, Berne/Lausanne, 2019, N 4 ad art. 336b CO ; WITZIG, Droit du travail, Zurich, 2018, p. 298 ; HUMBERT/LERCH, Kündigungsschutz, in : Portmann/Von Kaenel (édit.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zurich, 2018, p. 426 ; BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Bâle, 2014, N 1 ad art. 336 b CO ; DUNAND, La fin du contrat de travail, in : Dupont/Mahon (édit.), La fin des rapports de travail, Zurich, 2021, p. 42–43.

<sup>5</sup> Cf. ATF 123 III 246, consid. 4 c = JdT 1998 I 300 ; TF 4A\_571/2008 du 5 mars 2009, consid. 4.1.2 ; DIETSCHY-MARTENET/DUNAND, op. cit., N 11 ad art. 336 b CO.

<sup>6</sup> FACINCANI/BAZZELL, in : Etter/Facincani/Sutter (édit.), Arbeitsvertrag, Berne, 2021, N 4 ad art. 336b CO. Précisons que le Tribunal fédéral avait postulé ce point comme obligation à charge du travailleur dans l'arrêt, sévèrement critiqué en doctrine, TF 4A\_320/2014 du 8 septembre 2014, consid. 3.3  *in fine*.

<sup>7</sup> ArG ZH JAR 2013, p. 608 ; FACINCANI/BAZZELL, in : op. cit., N 9 ad art. 336b CO ; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2014, N. 3 ad art. 336b CO ; STAEHELIN, op. cit., N 6 ad art. 336b CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., N 4 ad art. 336 b CO, p. 1064 ; ZOISS, La résiliation abusive du contrat de travail, Lausanne, 1997, p. 312.

<sup>8</sup> TF 4A\_320/2014 du 8 septembre 2014, consid. 3.1 = ARV/DTA 2015, p. 32 = JAR 2015, p. 177 ; TF 4A\_571/2008 du 5 mars 2009, consid. 4.1.2 = ARV/DTA 2009, p. 129 = JAR 2010, p. 223 ; TF 4C.29/2004 du 8 avril 2004, consid. 2.4 ; Genève : CAPH/26/2023 du 06 mars 2023, consid. 4.3.

<sup>9</sup> TF 4A\_320/2014 du 8 septembre 2014, consid. 3.3  *in fine*.

<sup>10</sup> Cf. DIETSCHY-MARTENET/DUNAND, op. cit. N. 11 ad art. 336b CO ; VON KAENEL, Neue Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Kündigungsschutz, in : Festschrift Thomas Geiser, Zurich, 2017,

Par ailleurs, le fait, pour le travailleur licencié, d'accepter la date de l'échéance du préavis ne saurait signifier qu'il « accepte » le congé, c'est-à-dire, qu'il le considère comme non abusif ; c'est du reste, ce que le Tribunal fédéral, désavouant l'Obergericht du canton de Zurich, avait posé, lui-même, comme principe, en son temps<sup>11</sup>. La prise d'acte du licenciement et de l'échéance du contrat apporte de la clarté, non pas un consentement quant à l'abus. Du reste, le licenciement est un acte formateur unilatéral de l'employeur ; il n'a pas besoin d'être « accepté » du destinataire pour déployer ses effets. Il constitue une rupture unilatérale du contrat. Cette rupture unilatérale, fût-elle licite et prononcée moyennant préavis, ne saurait, par le miracle d'une interprétation d'une opposition, prétendument pas claire, se transformer en *cessation consensuelle* des rapports de travail à l'échéance indiquée dans la lettre de congé.

S'agissant ensuite de la condition faite au travailleur de caractériser dans sa lettre-opposition le congé comme « abusif », elle non plus n'a, à ce jour, été évoquée par la jurisprudence ou la doctrine. Disons que le simple fait, pour le travailleur, de notifier à l'employeur, conformément à l'art 336b CO, son opposition au congé le caractérise comme abusif. Point n'est besoin qu'il évoque *expressis verbis* le caractère abusif du licenciement. Cette exigence a, du reste, quelque chose d'exorbitant : n'est-il pas vrai que l'employeur n'a pas besoin de motiver le congé ; la motivation n'est pas une condition de sa validité. Comment alors exiger du travailleur qu'il *caractérise* un congé dans sa lettre-opposition sans en connaître les motifs ? Certaines oppositions sont formulées à *toutes fins utiles*, pour préserver les droits d'actionner l'employeur en paiement de l'indemnité prévue à l'art. 336a CO<sup>12</sup>.

Enfin, pour ce qui est de l'obligation supplémentaire, faite au travailleur, de thématiser – déjà dans la lettre opposition au congé – la question de l'indemnité pour licenciement abusif, elle n'a pas non plus de fondement. Il va de soi que, confronté à une opposition, au sens de l'art. 336b CO, au congé signifié, l'employeur devinera aisément qu'il court le risque d'une action en justice – dans les 180 jours qui suivent la fin des rapports de travail – action visant sa condamnation à une indemnité pour licenciement abusif (cf. art. 336a CO). Du reste, le fait, pour le travailleur de devoir aborder, déjà à ce stade, soit donc *avant* la fin des rapports de travail, la question de l'indemnité encouragera l'employeur de ne point lui délivrer de certificat de travail final, ou alors, de se fendre juste d'un certificat insatisfaisant.

L'arrêt ici discuté constitue une nouvelle étape dans la tendance, amorcée dans des décisions cantonales, à restreindre les droits, jugés excessifs, des travailleurs, et de privilégier la sécurité de l'employeur face au risque que l'ex-employé licencié lui intente une action fondée sur l'art. 336 CO. Cette tendance restrictive se trouve à présent confirmée par le Tribunal fédéral.

L'on s'étonne que la question de l'application de l'art. 336b CO, respectivement de son interprétation – tâche qui incombe, en dernière instance, au Tribunal fédéral, cède le pas à

---

p. 492-493. L'idée, toutefois, semble avoir été favorablement accueillie par WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne, 2019, p. 836. Cela étant, pour une victime d'un harcèlement sexuel ou d'un mobbing, source d'une longue incapacité de travail, il paraît illusoire d'exiger d'elle, qu'après avoir reçu son congé (abusif, dès lors que l'employeur se prévaut des conséquences de sa propre turpitude) « de manifester sa volonté de poursuivre les rapports de travail ».

<sup>11</sup> TF 4A\_571/2008 du 8 mars 2009, consid. 4.2-4.4 = ARV/DTA 2009, p. 129 =JAR 2010, p. 223 ; même avis : RUDOLPH, Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zum sachlichen Kündigungsschutz, in : Jusletter, 20. Juni 2011, p. 7.

<sup>12</sup> Zoss, op. cit. p. 303 et p. 310.

une *argutie* tirée de l'art. 18 CO et du droit procédural. La cour cantonale avait cru opportun de construire une absence de clarté, un « antagonisme », dans les courriers que l'employé avait adressés à l'employeur – par sa protection juridique notamment. Or, *clara non sunt interpretanda*. L'intéressé avait bel et bien formé opposition par écrit, dans les termes usuels, et dans le délai légal. En quoi, pour la cour cantonale, cette manifestation de volonté n'aurait-elle été « pas claire », nécessitant une *interprétation subjective* (art. 18 CO) ? Le fait que ce dernier ait, encore, dans une autre missive, voulu s'assurer que la fin des rapports de travail intervienne non pas le 31 décembre 2016 (comme indiqué dans la lettre de congé), mais bel et bien le 31 janvier 2017 ? Où décèlerait-on un « antagonisme » ? L'employeur pouvait-il, de bonne foi, ne pas comprendre ce que signifiait le courrier-opposition de l'employé ?

Et le Tribunal fédéral de se rallier à cette curieuse construction – avec le reproche adressé à la plume du recourant – d'avoir omis de formuler, en dernière instance cantonale « l'allégué » que l'employeur n'entendait plus le maintenir en emploi, d'avoir omis de « discuter » d'un licenciement abusif (!)<sup>13</sup>, et d'avoir omis de plaider, dans son recours en matière civile, *l'arbitraire dans la constatation des faits* par la cour cantonale. Certes, le résultat d'une « interprétation subjective » d'une manifestation de volonté relève des faits au sens de l'art. 97 LTF. En l'espèce, le recourant eût dû, concomitamment avec le grief tiré de la violation de l'art. 336b CO, plaider l'arbitraire dans la constatation des faits ; mais, il est à douter que cela lui eût été d'un grand secours.

L'on peut, du reste, se demander si, dans l'interprétation d'une manifestation de volonté – acte formateur *unilatéral* tel qu'une *opposition* à un congé – il fallait vraiment procéder à *l'interprétation subjective*, i. e. rechercher la volonté réelle « *des parties* » (Feststellung des inneren Willens der Parteien)<sup>14</sup>. Vu les difficultés d'un tel exercice, une *interprétation normative*, faite selon le *principe de la confiance* (« Vertrauensprinzip ») aurait été plus appropriée en l'espèce. La question à poser, en l'espèce, eût dû être celle-ci : comment, un *tiers*<sup>15</sup> employeur, raisonnable et de bonne foi, aurait-il pu et dû comprendre les missives du demandeur après son licenciement ? Et non pas celle de savoir comment l'employeur *concret* du demandeur pouvait-il les comprendre. Défendeur dans une instance à lui intentée par son ex-employée, cet employeur *concret* avait, bien évidemment, tout intérêt à plaider qu'il ne comprenait rien à rien. L'interprétation normative débouche, elle, sur un résultat qui relève du droit et, de ce fait, il eût été « contrôlable » par le Tribunal fédéral.

L'interprétation subjective, à laquelle s'était livrée la cour cantonale, d'une manifestation de volonté telle une opposition au sens de l'art. 336 b CO, pose par ailleurs, dès lors qu'il s'agit d'une « constatation d'un fait », un problème procédural : le travailleur assume, d'abord, un fardeau de l'allégation (« *Behauptungslast* »), et puis un fardeau de la preuve (art. 8 CC, « *Beweisführungslast* »). Il doit alléguer que son intention était de former opposition, puis, sur contestation par l'employeur de cet allégué, apporter la preuve de cette intention. L'administration d'une telle preuve sera difficile à l'excès. Le travailleur devrait alors être débouté – à moins que le juge, pour couper court au débat, lui vienne au secours en faisant état, dans sa décision, de sa conviction intime.

---

<sup>13</sup> L'on se demande dès lors comment le recourant avait pu obtenir, dans le volet licenciement abusif, gain de cause – à tout le moins sur le principe – en *première* instance cantonale.

<sup>14</sup> Cf. WIEGAND, Basler Kommentar, OR I, 2020, N 3e ad art. 18 CO.

<sup>15</sup> Cf. VIONNET, L'exercice des droits formateurs, Zurich, 2008, p. 182-183.

Un dernier mot pour ce qui est des conséquences de cet arrêt. Certes, il ne sera pas publié au Recueil Officiel (ATF), mais, dès lors qu'il est publié, depuis le 16 mai 2023, sur le site web du Tribunal fédéral, les praticiens du droit ne sauraient, à présent, l'ignorer. Il n'apporte pas de la sécurité aux parties à un contrat de travail ; bien au contraire, il fera augmenter en nombre les litiges relatifs à la *validité de l'opposition* au sens de l'art. 336 b CO à un congé en soi abusif. Le *procès pour licenciement abusif* fera place au *procès de l'opposition au licenciement abusif*.

Il reste l'espoir que le Tribunal fédéral, pour obvier une telle évolution, saisisse la prochaine occasion pour corriger une surprenante jurisprudence, qui mériterait de rester isolée.