

Le laps de temps dont dispose l'employé selon l'art. 336b CO pour s'opposer au congé est un délai de **péremption**. En **maxime des débats**, même lorsque le juge intervient d'office, les parties doivent lui soumettre les données factuelles et les preuves nécessaires. La charge d'alléguer et de prouver l'absence de péremption porte, en principe, sur **celui qui invoque le droit** soumis à un délai de péremption, puisque le respect de cette exigence est un élément constitutif de droit et une condition de l'exercice de l'action. Dans certaines circonstances, la non-péremption d'un droit est un **fait implicite**, soit un fait contenu dans un allégué que le demandeur ne doit alléguer et prouver que si la partie adverse l'a contesté (par ex. pour l'avis des défauts en matière de contrat de vente ou d'entreprise).

En matière de droit du travail, le législateur nourrit l'espoir – peut-être chimérique – que l'auteur du congé reviendra sur sa décision et préférera maintenir le rapport de travail plutôt que de payer une indemnité : **il appartient au salarié** de montrer 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 le congé abusif, qui présuppose une opposition valable. Le cas échéant, le juge devra **interpréter** la missive – la loi requiert la forme écrite – pour décider s'il y a eu opposition au sens de l'art. 336b CO. Ceci justifie une allégation en bonne et due forme, assortie d'une offre de preuve (cons. 4.2).

Note AW : *Le Tribunal fédéral admet que la loi est dure pour l'acheteur ou le maître en matière de respect du délai de péremption pour l'avis des défauts et que ces derniers ne doivent pas être privés trop facilement de leurs droits. Il juge l'inverse pour les salariés.*

Composition

Mmes et M. les Juges fédéraux
Jametti, Présidente, Kiss, Hohl,
Rüedi et May Canellas,
greffière Monti.

Participants à la procédure

A. _____ SA,
représentée par Me Selina Müller, avocate,
défenderesse et recourante,

contre

Z. _____,
représentée par Me Ivan Huguet, avocat,
demanderesse et intimée.

Objet

contrat de travail; résiliation abusive; opposition,

recours en matière civile contre l'arrêt rendu le 11 juillet 2022 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève (C/7492/2019-5, CAPH/127/2022).

Faits :

A.

A.a. Z. _____ vivait en France avec son époux et leur fille.

En 2017, son conjoint s'est vu proposer un poste au sein d'une société genevoise dont G. _____ était le gérant président. Le premier a demandé au second d'aider la prénommée à trouver un emploi dans cette ville. G. _____ a accédé à cette requête; il était aussi administrateur président de A. _____ SA, active dans le recrutement et la mise à disposition de personnel fixe et temporaire.

Par contrat de travail du 23 novembre 2017, cette entité a engagé Z. _____ (ci-après l'employée) dès le 2 janvier 2018 pour une durée indéterminée.

A.b. A la fin du premier trimestre 2018, les relations entre G. _____ et le conjoint se sont dégradées au point que son contrat de travail a été résilié le 21 juin 2018.

A.c. L'employée a quitté son travail le 5 octobre 2018. Elle a invoqué une crise d'angoisse due au climat de harcèlement et aux pressions exercées par G. _____, qui voulait "la virer sans aucune raison". Elle a produit un certificat médical.

Le 19 novembre 2018, elle a mis la société en demeure de respecter ses obligations légales et de prendre toutes mesures propres à protéger sa personnalité. Elle accusait G. _____ de lui faire subir un harcèlement psychologique et sexuel depuis plusieurs mois.

Le 21 novembre 2018, la société a licencié l'employée pour le 31 décembre 2018.

Celle-ci a produit deux certificats d'incapacité de travail pour la période du 22 novembre 2018 au 2 janvier 2019.

B.

B.a. Le 26 mars 2019, l'employée congédiée a attiré son ex-employeuse en conciliation devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève. Le 27 juin 2019, elle a déposé une demande tendant au paiement d'une indemnité pour congé abusif de 37'500 fr., équivalant à 6 mois de salaire. L'ex-employeuse a conclu au rejet de la demande.

Lors des débats principaux du 4 février 2020, le tribunal s'est enquis d'une éventuelle opposition au licenciement. L'employée a expliqué avoir envoyé un courrier en ce sens à l'employeuse le 27 novembre 2018. Elle a concédé avoir omis de le produire et a offert de le faire à ce stade, tout en relevant que cette missive était mentionnée dans des pièces versées au dossier; de toute façon, l'employeuse n'avait pas soulevé cette problématique dans sa réponse.

Par jugement du 7 avril 2020, le Tribunal des prud'hommes a rejeté la demande. Le courrier du 27 novembre 2018 était irrecevable, les conditions de l'art. 229 al. 1 CPC n'étant pas réalisées.

L'employée n'avait ni allégué, ni prouvé s'être opposée au licenciement avant la fin du délai de congé, de sorte qu'elle ne pouvait prétendre à une indemnité pour congé abusif.

Statuant le 13 novembre 2020 sur appel de l'employée, la Cour de justice genevoise a annulé cette décision et renvoyé la cause aux premiers juges pour qu'ils complètent l'instruction et rendent une nouvelle décision.

En substance, elle a considéré que l'art. 336b al. 1 CO instaurait un délai de péremption dont le non-respect entraînait la perte du droit au paiement d'une indemnité. Cependant, la non-péremption d'un droit était un fait implicite qui ne devait être allégué et prouvé que s'il était contesté par la partie défenderesse, ce qui n'était pas le cas en l'occurrence. Aussi les premiers juges devraient-ils instruire sur le fond, établir l'éventuel caractère abusif du congé et statuer sur la demande d'indemnité.

L'employeuse a tenté de déférer cette décision au Tribunal fédéral, en vain puisque son recours a été déclaré irrecevable (arrêt 4A_4/2021 du 25 janvier 2021).

Statuant à nouveau le 1er juillet 2021, le tribunal prud'homal a jugé le congé abusif et condamné l'employeuse à payer une indemnité de 15'000 fr. à la partie adverse.

B.b. Le 11 juillet 2022, la Cour de justice a partiellement admis l'appel de l'employeuse et réduit l'indemnité à 10'000 fr.

C.

L'employeuse a interjeté un recours en matière civile à l'issue duquel elle prie le Tribunal fédéral de rejeter entièrement la demande et de confirmer ainsi le jugement du 7 avril 2020.

L'employée a conclu à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

Un second échange d'écritures spontané a porté sur la recevabilité d'une pièce produite à l'appui de la réponse, soit le courrier litigieux du 27 novembre 2018.

L'autorité précédente s'est référée à son arrêt.

La requête d'effet suspensif formulée à l'appui du recours a été rejetée par ordonnance du 14 décembre 2022.

Considérant en droit :

1.

La recourante aspire à faire réformer l'arrêt final rendu par la Cour de justice le 11 juillet 2022. Elle critique aussi sa décision incidente du 13 novembre 2020, ce qui est admissible puisque celle-ci influence le contenu de celui-là et que le Tribunal fédéral n'a pas encore pu se prononcer (art. 93 al. 3 LTF; arrêt 4A_553/2020 du 16 février 2021 consid. 1).

Les autres conditions de recevabilité du recours en matière civile sont réalisées sur le principe, notamment celles afférentes au délai de recours (art. 100 al. 1 LTF) et à la valeur litigieuse minimale de 15'000 fr. (art. 74 al. 1 let. a LTF).

2.

2.1. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Cet état de fait peut être rectifié ou complété s'il est manifestement inexact - c'est-à-dire arbitraire - ou s'il découle d'une violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF).

2.2. Sous réserve de la violation des droits constitutionnels (art. 106 al. 2 LTF), le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Cependant, il ne statue que sur les griefs soulevés, sous réserve d'erreurs manifestes (ATF 140 III 115 consid. 2).

3.

Il est constant que les parties ont été liées par un contrat de travail résilié en fin de compte pour le 31 janvier 2019. L'employée sollicite une indemnité pour congé abusif qui est régie par l'art. 336b CO:

"1 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.

2 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. Elle doit agir par voie d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption."

Ce n'est que sur interpellation du juge à l'audience des débats que l'employée a affirmé avoir formé opposition écrite le 27 novembre 2018. Elle a offert de produire la pièce topique mais s'est heurtée à une fin de non-recevoir.

Dans sa décision incidente du 13 novembre 2020, la Cour de justice a jugé que cette omission ne prêtait pas à conséquence: selon la théorie des faits implicites, la demanderesse aurait dû alléguer et prouver avoir formé opposition uniquement si la défenderesse avait contesté ce point. Or, tel n'était pas le cas.

La recourante critique cette analyse. Le fardeau de l'allégation et de la preuve concernant l'opposition écrite forme donc le noeud du litige.

4.

4.1. En préambule, on relèvera que la procédure était régie par la maxime des débats dès lors que la valeur litigieuse excédait 30'000 fr. 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 *Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3e éd. 2021, nos 9-10 ad art. 55 CPC).

4.2. Le laps de temps dont dispose l'employé pour s'opposer au congé est un délai de péremption (arrêts 4A_316/2012 du 1er novembre 2012 consid. 2.1; 4A_571/2008 du 5 mars 2009 consid. 4.3; STÉPHANIE PERRENOUD, in *Commentaire romand*, 3e éd. 2021, n° 11 ad art. 336b CO; FACINCANI/BAZZELL, in *Arbeitsvertrag, Handkommentar*, [Etter et alii éd.] 2021, n° 11 ad art. 336b CO; MARIE-GISÈLE ZOISS, *La résiliation abusive du contrat de travail*, 1997, p. 310 s.). La péremption entraîne l'extinction totale d'un droit subjectif suite à l'expiration du délai dans lequel son titulaire devait l'exercer ou accomplir un acte nécessaire à son exercice (ATF 133 III 6 consid. 5.3.4 p. 26). Elle doit être retenue d'office par le juge (DIETSCHY-MARTENET/DUNAND, in *Commentaire du contrat de travail*, 2e éd. 2022, n° 24 ad art. 336b CO et la réf. à l'ATF 131 III 566 consid. 3.2 [concernant le délai de l'art. 270b CO]). En revanche, la prescription est prise en compte uniquement si le défendeur a soulevé une exception (art. 142 CO). Cette différence tient au fait qu'une obligation prescrite conserve une certaine existence: elle devient une obligation imparfaite, alors qu'un droit frappé de péremption cesse d'exister. Et l'ordre juridique suisse n'admet pas que le juge alloue une prétention qui n'existe plus (arrêt 4C.163/1993 du 9 décembre 1993 consid. 4e; GAUCH ET ALII, OR AT, vol. II, 11e éd. 2020, n. 3386; BAPTISTE ALLIMANN, *La péremption - Etude en droit privé suisse*, 2011, n. 996 et 1385; PASCAL PICHONNAZ, in *Commentaire romand*, op. cit., n° 8 ad art. 127 et n° 1 ad art. 142 CO; FABIENNE HOHL, *L'avis des défauts de l'ouvrage: fardeau de la preuve et fardeau de l'allégation*, in RFJ 1994 p. 271).

Lorsque le juge intervient d'office, soit indépendamment des arguments soulevés par les parties, mais dans le cadre de la maxime des débats, cela ne dispense pas les parties de lui soumettre les données factuelles nécessaires et les preuves topiques (cf. ATF 139 III 278 consid. 4.3; arrêt 4P.239/2005 du 21 novembre 2005 consid. 4.3; EUGEN BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2e éd. 1988, p. 451 et sous-note 35). Il reste ainsi à résoudre la question de savoir qui, du demandeur ou du défendeur, a la charge d'alléguer et de prouver la péremption. Quelques réponses éparses ont été données. Dans un litige concernant une action en nullité de la légitimation (Anfechtung der Eheklärung, art. 262 aCC), l'autorité de céans a jadis jugé que le respect du délai de péremption pour ouvrir action était une condition de la prétention ("die Einhaltung der Frist eine Voraussetzung des Anspruchs ist"), si bien que le demandeur devait l'alléguer. Elle a immédiatement tempéré cette exigence en indiquant que l'élément devait à tout le moins ressortir du dossier (ATF 54 II 409; cf. aussi ATF 84 II 593 consid. 4). Ce précédent a inspiré une formule plus générale: 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'action (arrêts 5C.215/1999 du 9 mars 2000 consid. 6b; 4A_200/2008 du 18 août 2008 consid. 2.4.2.1).

Cette jurisprudence visait à l'origine "de véritables délais de péremption", dans lesquels l'action doit être ouverte et dont le respect est relativement facile à contrôler (HOHL, op. cit., p. 268 sous-note 134). Elle n'est pas nécessairement transposable pour chaque délai de péremption.

L'on trouve parfois l'affirmation selon laquelle la non-péremption d'un droit est un fait implicite, soit un fait contenu dans un allégué que le demandeur ne doit alléguer et prouver que si la partie adverse l'a contesté (arrêt 4A_243/2018 du 17 décembre 2018 consid. 4.2.1; FABIENNE HOHL, Procédure civile, tome I, 2e éd. 2016, n. 1594. Sur la notion de fait implicite, ATF 144 III 519 consid. 5.3.2 p. 526; 48 II 347 consid. 4 spéc. p. 356; arrêt 4A_625/2015 du 29 juin 2016 consid. 4.1). Pour d'autres, cette position est sujette à discussion (" fraglich ", JÜRGEN BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, 1989, p. 116). La Cour de justice a exploité la première citation.

En réalité, les délais de péremption régissent moult situations, ce qui devrait dissuader de procéder à une généralisation.

Ainsi, une solution particulière s'applique quant à l'avis des défauts que doit donner l'acheteur ou le maître s'il entend sauvegarder ses droits à la garantie: le vendeur ou l'entrepreneur doit alléguer l'acceptation de la chose ou de l'ouvrage, respectivement l'absence ou la tardiveté de l'avis des défauts, auquel cas l'acheteur ou le maître devra prouver qu'il a donné un tel avis en temps utile (ATF 107 II 50 consid. 2a; 118 II 142 consid. 3a; arrêts 4A_28/2017 du 28 juin 2017 consid. 4; 4A_405/2017 du 30 novembre 2017 consid. 3.3; 4A_260/2021 du 2 décembre 2021 consid. 5.1.2). Le juge ne peut pas prendre en compte d'office la tardiveté de l'avis (ATF 107 II 50 consid. 2a). Si cette jurisprudence est la cible de critiques, il est néanmoins admis que la loi est dure pour le maître (respectivement l'acheteur), lequel ne doit pas être privé trop facilement de ses droits (PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6e éd. 2019, n. 2175 s.; SCHÖNLE/HIGI, Zürcher Kommentar, 3e éd. 2005, n° 24b ad art. 201 CO et la réf. à l'ATF 114 II 131 consid. 1c). Il n'est pas davantage contesté que l'entrepreneur peut renoncer à invoquer la tardiveté de l'avis (arrêt 4A_256/2018 du 10 septembre 2018 consid. 3.2.2 et les réf.). Vu ces singularités, on ne saurait se hasarder à établir un parallèle avec le délai de l'art. 336b al. 1 CO, contrairement à ce que suggèrent des commentateurs (DIETSCHY-MARTENET/DUNAND, op. cit., n° 24 ad art. 336b CO et sous-note 53) et la recourante, qui invoque quelques analogies qui ne lui sont d'aucun secours.

Le délai dont il est ici question se distingue aussi d'un véritable délai d'ouverture d'action et pose une problématique d'un autre ordre: l'employé licencié ne peut prétendre à une indemnité pour congé abusif que s'il a formé une opposition valable et que les parties n'ont pas pu s'entendre pour maintenir le rapport de travail (art. 336b al. 2 CO). Le législateur nourrit l'espoir - peut-être chimérique (REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2e éd. 2014, n° 1 ad art. 336b CO) - que l'auteur du congé reviendra sur sa décision et préférera maintenir le rapport de travail plutôt que de payer une indemnité (ATF 134 III 67 consid. 5 p. 70 i.f.; 136 III 96 consid. 2.1; arrêt 4A_320/2014 du 8 septembre 2014 consid. 3.1 et 3.3; ZOSS, op. cit., p. 300, 311-313). Le législateur était conscient que le justiciable peu habitué à de tels délais pouvait en être victime, mais il a maintenu cette solution au nom de la sécurité du droit (BOCN 1985 p. 1137 i.f. et BOCE 1987 p. 347 i.f., cités à l'ATF 136 III 96 consid. 2.1 i.f.). En cas d'entente, il n'y a évidemment plus de place pour l'indemnité de l'art. 336a CO (STREIFF ET ALII, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7e éd. 2012, n° 4 ad art. 336b CO p. 1064). En d'autres termes, le droit à l'indemnité n'existe que si cette étape pour la réflexion que doit susciter l'opposition a été respectée et se révèle infructueuse. Elle concourt ainsi à fonder l'indemnité (cf. ATF 123 III 246 consid. 4c pr. p. 252).

Dans ces circonstances, il ne saurait être question d'attendre que la partie actionnée invoque la péremption pour que le demandeur allègue et prouve avoir fait opposition dans le délai légal: il lui appartient de montrer que les conditions participant au fondement de son droit sont réunies, partant d'alléguer et de prouver les circonstances factuelles dont le juge pourra inférer le droit à un dédommagement pour le congé abusif, qui présuppose une opposition valable (FRANÇOIS BOHNET, Actions civiles, vol. II, 2e éd. 2019, § 35 n° 19). Le cas échéant, le juge devra interpréter la missive - la loi requiert la forme écrite - pour décider s'il y a eu opposition au sens de l'art. 336b CO (arrêts 4A_59/2023 du 28 mars 2023 consid. 4; 4A_320/2014 du 8 septembre 2014 consid. 3.3). Ceci justifie une allégation en bonne et due forme, assortie d'une offre de preuve.

En l'espèce, force est de constater que l'employée demanderesse, qui était déjà assistée d'un mandataire professionnel dès avant le début de sa procédure judiciaire, a tout simplement omis de

satisfaire à ces exigences. La missive litigieuse du 27 novembre 2018 ne figurait même pas au dossier et l'on ne peut guère contester l'irrecevabilité de cette pièce proposée à l'audience des débats principaux, tant il est vrai que les conditions de l'art. 229 al. 1 CPC faisaient effectivement défaut, n'en déplaise à l'intéressée. Les premiers juges ont également considéré que la preuve de l'opposition ne découlait pas d'autres éléments du dossier. Dans ce contexte, il n'y a pas à poursuivre la discussion plus avant.

4.3. Le devoir d'interpellation du juge n'est ici d'aucun secours à l'employée puisqu'elle était assistée d'un avocat dès avant le début de la procédure.

4.4. En bref, l'autorité précédente a enfreint le droit fédéral en considérant que l'opposition au congé constituait un fait implicite qui aurait dû être contesté par l'employeuse, à défaut de quoi l'employée était dispensée d'alléguer et prouver les éléments topiques, l'opposition étant réputée avoir été effectuée.

5.

Partant, le recours doit être admis et l'arrêt du 11 juillet 2022 réformé en ce sens que la demande formée par l'employée est rejetée. Il n'est pas nécessaire de renvoyer la cause à l'autorité précédente puisque les décisions cantonales ont toutes été rendues sans frais ni dépens. En revanche, l'intimée supportera les frais de la présente procédure (art. 66 al. 1 LTF) et versera à son adverse partie une indemnité pour ses frais d'avocat (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est admis. L'arrêt attaqué est réformé en ce sens que la demande formée le 27 juin 2019 par Z. _____ est rejetée.

2.

Les frais de la présente procédure, fixés à 2'000 fr., sont mis à la charge de l'intimée.

3.

L'intimée versera à la recourante une indemnité de 2'500 fr. à titre de dépens.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Cour de justice du canton de Genève (Chambre des prud'hommes).

Lausanne, le 11 mai 2023

Au nom de la I re Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : Jametti

La Greffière : Monti