

## **BGE 149 III 304**

Bundesgericht (BGE), 2023-05-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_149 III 304](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_149_III_304)

FR: ATF 149 III 304

IT: DTF 149 III 304

### **Regeste**

Regeste Einsprache gegen die missbräuchliche Kündigung (Art. 336b OR). Der Kläger muss die Tatsachen behaupten und beweisen, gestützt auf welche das Gericht schliessen kann, dass er gegen die angeblich missbräuchliche Kündigung Einsprache erhoben hat (E. 4).

### **Erwägungen**

#### **E. 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 a contrario). 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; ATF 142 III 462 consid. 4.4; OBERHAMMER/WEBER, in ZPO, 3 e éd. 2021, n os 9-10 ad art. 55 CPC ).

#### **E. 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 1 er novembre 2012 consid. 2.1; 4A\_571/2008 du 5 mars 2009 consid. 4.3; STÉPHANIE PERRENOUD, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, 3 e éd. 2021, n° 11 ad art. 336b CO ; FACINCANI/BAZZELL, in Arbeitsvertrag [...], 2021, n° 11 ad art. 336b CO ;MARIE-GISÈLE ZOSS, 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, 2 e 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 BGE 149 III 304 S. 307 plus (arrêt 4C.163/1993 du 9 décembre 1993 consid. 4e; GAUCH ET AL., OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, vol. II, 11 e éd. 2020, n. 3386; BAPTISTE ALLIMANN, La péremption - Etude en droit privé suisse, 2011, n. 996 et 1385; PASCAL PICHONNAZ, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, 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, Revue fribourgeoise de jurisprudence [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 ohne Deliktsrecht*, 2 e 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 Ehelicherklärung*, ancien art. 262 CC), 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 BGE 149 III 304 S. 308 l'a contesté (arrêt 4A\_243/2018 du 17 décembre 2018 consid. 4.2.1; FABIENNE HOHL, *Procédure civile*, tome I, 2 e 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; ATF 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*, 6 e éd. 2019, n. 2175 s.; SCHÖNLE/HIGI, *Zürcher Kommentar*, 3 e 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 BGE 149 III 304 S. 309 (REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2 e 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.; ATF 136 III 96 consid. 2.1; arrêt 4A\_320/2014 du 8 septembre 2014 consid. 3.1 et 3.3; ZOISS, 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 (BO 1985 CN 1137 i.f. et BO 1987 CE 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 AL., Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7 e 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 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, 2 e 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. BGE 149 III 304 S. 310

#### **E. 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.

#### **E. 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.