

OAV

5 à 7 en droit du travail

24 novembre 2021

Me Michel Chavanne, avocat spécialiste fsa droit du travail
Grand-Chêne 8
Case postale 7283
1002 Lausanne
Tél. : 021 345 36 40
E-mail : mchavanne@r-associes.ch

On parle de quoi ce soir ?

- des obligations des employeurs en cas de maladie (324a CO)
- du licenciement abusif
- de la résiliation avec effet immédiat
- quelques aspects procéduraux:
 - l'action partielle
 - la preuve vs la protection des données
 - la compétence des tribunaux, avec en particulier les faits de double pertinence

PS: j'aurais pu évoquer la prescription (certificat de travail), les heures et le travail supplémentaire, le licenciement avec effet immédiat, et je ne parle que du CO. En droit public: droit d'être entendu, droit à réintégration.

Avis aux amateurs: prochain numéro de Plaidoyer avec présentation effectuée avec mon associé, Me N. Pétermann

Mes références principales

- Les classiques: voyez les arrêts du TF, car on y parle aussi des «locaux» (Olivier, Rémy ou Boris pour les intimes)
- Les pédagogiques: j'y mets les séminaires et les publications d'UNINE
- Les académiques: Stéphanie Perrenoud (maternité) et David Raedler (enquêtes internes)
- Les revues: AJP/PJA, Plaidoyer
- Au quotidien: cf livre de la FER
- Pour les nuls: les éditions loisirs et pédagogie

PS: le must de l'année (en droit du travail) : «Richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht 2021) de Roger Rudolph, le complément à la «bible»

Les obligations de l'employeur en cas de maladie (I)

- Serpent de mer à l'actualité brûlante
- Deux articles : 324a CO (salaire ou équivalence), 336c CO (protection contre les licenciements)
- Les problématiques: la couverture «équivalente» de 324a al. 4 CO, la preuve et le certificat maladie à géométrie variable
- Une pièce de théâtre qui met mal à l'aise tout le monde avec, en Ponce Pilate, les assureurs

PS: Situation peu glorieuse pour notre pays (même le Berner Kommentar, édition 2010 parle de «Revisionsbedarf»)

Les obligations de l'employeur en cas de maladie (II)

Art. 324a CO: « Si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne telles que maladie ou accident, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité».

Art. 336c CO: prévoit, en cas de maladie, une période de protection contre le licenciement, ceci pour une période proportionnelle (30, 90 ou 180 jours) à la durée des relations de travail.

Ci-après, seule l'actualité au regard de 324a CO est présentée

Salaire en cas d'empêchement de travailler pour cause de maladie (I)

- **Définition** de la maladie au sens de (même qu'à art. 3 LPGA): *«toute atteinte à la santé physique, mentale ou psychique qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail»*
- **Fardeau de la preuve**: le travailleur (8 CC)
- **Certificat médical**: présomption d'exactitude
- **Les conditions du droit au versement du salaire selon 324a CO**:
 - Durée minimum des rapports de travail de trois mois
 - Empêchement inhérent à la personne du travailleur (pas le danger d'avalanche)
 - Empêchement non fautif
 - Empêchement de travailler (au poste convenu)
 - ❖ Situations problématiques : on parle ici des tâches convenues contractuellement
 - ❖ La question: jusqu'où ne pas aller trop loin avec les maladies psychiques ?
- Limitation de la durée du versement du salaire: **échelle de Berne**
- Obligation du travailleur de **limiter le dommage** (44 CO par renvoi de 99 CO)

Salaire en cas d'empêchement de travailler pour cause de maladie (II)

L'indemnisation par l'assureur du travailleur en incapacité de travail: 324a al. 4 CO

□ Principe d'équivalence aux conditions suivantes (ATF 135 III 640, repris dans arrêt TF 4A_98/2914) :

- *L'employeur ou l'assureur versera des prestations moindres que celles dues légalement pendant un «temps limité», mais qui s'étendront sur une période plus longue (...). L'équivalence est généralement respectée lorsque l'employeur contracte une assurance qui alloue 80% du salaire pendant 720 jours, après un délai d'attente de 2–3 jours au maximum, moyennant un paiement de la moitié au moins des primes par l'employeur.*

NB: «720 jours», a priori, selon usage ou pratique des assureurs, y compris au-delà de la période contractuelle pour sinistres survenus avant cette fin.

- *La dérogation à 324a CO : par écrit, avec l'arrivée d'un tiers à la relation contractuelle de droit du travail : l'assureur.*

Premier commentaire: le flou commence ici, car rien n'est précis, rien n'est clairement défini.

Salaire en cas d'empêchement de travailler pour cause de maladie (III)

L'indemnisation par l'assureur du travailleur en incapacité de travail: 324a al. 4 CO. Deux arrêts ébouriffants:

1) **ATF 146 III 339 (du 14.07.2020) :**

- 1) distinction sur la base de la LCA entre assurance de sommes (prestation prédéfinie = but) et assurance de dommages (perte patrimoniale effective = selon dommage effectif)
- 2) Selon TF, l'expression «incapacité de gain n'est pas décisive»: place à l'interprétation
- 3) TF est d'avis que l'assurance collective perte de gain est une assurance de dommages

2) **ATF 147 III 73 (du 19.01.2021):**

- 1) A travaillait depuis 9 ans au service de C. Licencié en février 2018 avec effet fin août 2018, conclut convention avec libération de l'obligation de travailler + 12 mois d'indemnité. Début de dépression dès le 27 juillet 2018
- 2) Assurance de dommages: indemnisation seulement si employé rend vraisemblable (vraisemblance prépondérante = 75 % de probabilité) qu'il aurait retrouvé un travail dès le 1^{er} septembre 2018 et qu'il aurait perçu davantage que les indemnités de l'assurance chômage

Conclusions:

- 1) - si incapacité antérieure à décision de licenciement: présomption de fait que sans la maladie qui l'affecte la personne n'aurait pas été licenciée et aurait donc continué à percevoir le même salaire pendant toute la durée de l'incapacité
- 2) - si incapacité survenue durant le délai de congé: la personne assurée doit prouver l'existence d'une perte de gain et l'ampleur de celle-ci pour prétendre aux IJ au-delà de la fin du contrat

Salaire en cas d'empêchement de travailler pour cause de maladie (IV)

Commentaires personnels:

- Raisonnements (trop) subtils
- Pouvoir laissé aux assureurs
- Cas d'espèce: peut-être pas choquant. Mais la règle générale ?
- Équité respectée si primes payées par les deux parties ?
- Prévisibilité respectée ?

Si intérêt: voir Emilie Conti Morel, «De la fin du mythe des 730 jours d'indemnisation, Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_424/2020», in REAS 2021, p. 156

Salaire en cas d'empêchement de travailler pour cause de maladie (V)

324a al. 4 CO: la vis sans fin

- Arrêt du TF 4A 502/2020 du 15 février 2021: un travailleur assuré collectivement en perte de gain en cas de maladie est licencié. A la fin des rapports de travail, incapacité de travail perdue. Le travailleur doit s'affilier à titre individuel et demande ensuite le remboursement des primes (fort élevées, en général).

Le TF valide le principe suivant: il est parfaitement licite que les CG contiennent une clause indiquant que la prise en charge d'un sinistre né et non encore terminé durant les rapports de travail s'arrête au même moment que le contrat de travail.

Commentaire: - arrêt peu motivé

- pas une clause insolite: vraiment ?
- qui lit les CG d'une APG avant de signer un contrat de travail ou même pendant les relations contractuelles ?
- absence de prévisibilité et de clarté: problématique pour E et T
- solution provisoire : communiquer (dès la signature du contrat et de ses annexes) non seulement lors de la conclusion du contrat, mais tout au long des rapports de travail.

Salaire en cas d'empêchement de travailler pour cause de maladie (VI)

324a al. 4 CO: la fin...pour aujourd'hui !

L'incapacité à géométrie variable (*arbeitsplatzbedingte Arbeitsunfähigkeit*).

La problématique: une incapacité de travail peut être, de fait, ou souvent par précision mentionnée par le médecin dans le certificat d'incapacité, être limitée à un poste de travail occupé par le travailleur, voire à un certain type d'activité.

En arrière-fond: des tensions au travail, des allégations de violation de la personnalité. Prise en charge souvent contestée par les assureurs perte de gain.

- **Arrêt du TF 4D_7/2021 du 12 avril 2021: affaire bernoise. Examen uniquement de l'application de l'art. 324a CO**
 - Licenciement. L'APG refuse de prendre en charge les trois derniers mois du contrat parce que l'incapacité était limitée à la place de travail.
 - Action en paiement contre assureur (87 LCA avec droit d'action directe). Condamnation en 1^{ère} et en 2^{ème} instance.
 - TF: OK avec raisonnement consistant à dire que le certificat d'incapacité de travail, fût-il limité à la place, vaut bien comme certificat d'incapacité (force probante forte grâce à la menace de 318 CP), et ce raisonnement n'a rien d'arbitraire.
 - Dans le cas d'espèce, l'APG doit continuer d'assumer les IJ, y compris jusqu'au terme du contrat.

Salaire en cas d'empêchement de travailler pour cause de maladie (VI)

324a al. 4 CO: la fin...pour aujourd'hui !

L'incapacité à géométrie variable (*arbeitsplatzbedingte Arbeitsunfähigkeit*)

Commentaires personnels sur 4D_7/2021:

- Arrêt non publié, pas en phase avec arrêt TF 4A_391/2016 du 8.11.2016
- TF n'a qu'un pouvoir d'examen limité: en fait, que veut-il dire quand il exprime le fait qu'«il n'est pas arbitraire de...»
- On ne peut sans doute pas tirer de grands enseignements pour 342a al. 4 CO, et encore moins pour 336c CO (effet protecteur, ou pas, d'un certificat de travail limité à la place de travail)
- Rigueur dans la gestion RH et en étroite coordination avec le «case manager» de l'assureur
- Vigilance absolue
- Eviter en particulier toute demeure de l'employeur, notamment pour avoir toléré des comportements attentatoires à la personnalité au regard de l'art. 328 CO

Rappel: en cas d'assurance équivalente au sens de 324a CO, et de contestation de l'incapacité de travail par l'assureur, c'est bien contre ce dernier que l'action en justice devra être menée pour l'obtention des IJ (confirmation dans arrêt TF 4A_42/2018 du 05.12.2018).

Le licenciement abusif (I)

Un mystère: pourquoi une jurisprudence aussi floue sur une thématique aussi fréquente ?

- Rappel de l'art. 336 CO: exhaustif, vous avez dit ? Non, et tout le monde est d'accord (via par art. 2 CC). Extension aussi à la manière de licencier.
- Le TF ne cesse de le rappeler: «Le motif de la résiliation relève du fait», donc examen sous l'angle restreint de l'arbitraire. En revanche, savoir si motif établi donne lieu à un congé abusif ou relève du droit que le TF revoir librement (arrêt TF 4A_126/2020 du 30.10.2020).

Commentaire: limite dès lors que l'on recherche de la cohérence dans la pratique provenant de 26 Cantons

- le TF a nié le caractère abusif d'un congé donné à une cadre: le fait que son supérieur ait agi de manière blessante et irrespectueuse à son égard ne constituait pas un conflit interpersonnel dans la mesure où les autres cadres subissaient le même traitement ! (arrêt du TF 4A_50/2020 du 01.07.2020).

Commentaire: Honni soit qui mal y pense : Blanc-seing ?

Le licenciement abusif (II)

- Le TF semble avoir nuancé sa jurisprudence rendue sur **la protection accrue des travailleurs âgés contre le licenciement** en retenant que l'âge et l'ancienneté ne sont que des éléments parmi d'autres à prendre en compte dans l'examen du caractère éventuellement abusif du licenciement (arrêt TF 4A_44/2021 du 02.06.2021 c. 4 et commentaire de Christine Sattiva Spring, Le bouclier de l'âge sous les coups du TF, in Newsletter DroitDuTravail.ch septembre 2021).

Mon commentaire: le TF semble très, trop mouvant dans sa pratique en ce qui concerne la protection, respectivement la notion de licenciement abusif pour les travailleurs âgés (cf l'article de R. Wyler sur la «la protection accrue du travailleur âgé au bénéfice d'une grande ancienneté, in Regards de marathonien sur le droit suisse, Mélanges, Genève, Slatkine, 2015, pp. 187). Besoin de définition plus précise pour trois critères:

- Âge
- Ancienneté
- Années avant retraite

Pour les spécialistes, voir la critique de Roger Rudolph in «Richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht, 2021, p. 302 à 304» dans le chapitre «Widersprüchlichkeiten und Inkohärenzen innerhalb der eigenen Rechtsprechung»

Quand le TF fait œuvre de législateur (art. 1 CC), il patine et semble ne pas être en mesure de poursuivre le raisonnement et de le rendre plus PREVISIBLE.

Le licenciement avec effet immédiat (I)

Pourquoi autant de licenciements avec effet immédiat traités par le TF ?

Rappels de principes (de base ?):

- Une résiliation immédiate ne peut pas intervenir subséquemment à une résiliation ordinaire si les motifs invoqués sont les mêmes (TF 4A_255/2020 du 25.08.2020 c. 3.2.1 ss; voir ég. ATF 144 I 11 c. 4.7.).
- Le temps de réflexion laisse à la libre disposition de l'employeur. Position plus flexible: le TF valide un licenciement avec effet immédiat prononcé plusieurs mois après la connaissance des faits incriminés parce que l'employeur attendait le sort de l'action pénale intentée contre l'employée (arrêt TF 4A_319/2020 du 05.08.2020).

Rappel: dans la fonction publique, lente pour prendre ses décisions, le TF a déjà validé un délai de réflexion de 8 jours

- L'employeur était en droit d'avoir des exigences accrues envers les cadres; ainsi la position du travailleur, sa fonction et les responsabilités qui lui sont confiées impliquent un accroissement de la rigueur et de la loyauté attendues de ces derniers (arrêt du TF 4A_393/2020 du 27.01.2021 c. 4.1.1. et également TF 4A_44/2021 du 02.06.2021 c. 4.3.4). Un licenciement avec effet immédiat peut dès lors être prononcé «plus facilement» à l'égard d'un cadre.

Le licenciement avec effet immédiat (II)

A été considéré comme justifié un licenciement prononcé avec effet immédiat:

- En raison de l'envoi d'une vidéo pédopornographique sur un groupe WhatsApp auprès de plusieurs collègues (TF 4A_319/2020 du 05.08.2020 c. 4.).
- Lorsqu'un travailleur a traité son supérieur de «gros connard» et de «trou du cul». Des injures ou de la violence contre la personne de l'employeur pouvant justifier un licenciement immédiat si elles atteignent une certaine intensité (TF 4A_431/2020 du 29.12.2020 c. 5.2.).
- A l'encontre d'un travailleur qui a gravement violé le code de conduite et le règlement du personnel de l'entreprise afin de couvrir des activités contraires à la loi en matière d'exportation de matériel de guerre (TF 4A_498/2020 du 15.02.2021 c. 4.1).

Commentaire personnel: on peut vivre avec de telles décisions.

Le licenciement avec effet immédiat (III)

N'est en revanche pas justifié le licenciement immédiat prononcé:

- en raison de la suppression par une employée de bureau de plusieurs courriels envoyés par un client sans les traiter et sans en informer sa hiérarchie. Il a été retenu dans le cas particulier que le secrétariat était mal organisé et qu'il y avait une trop grande charge de travail (arrêt du TF 4A_585/2019 du 22.07.2020 c. 5.).
- à l'encontre d'un animateur en EMS qui a jeté à deux reprises un stylo en direction de résidents afin d'attirer leur attention, dans la mesure où l'acte en question n'a pas été effectué avec force ou agressivité (arrêt du TF 4A_21/2020 du 24.08.2020 c. 6.3.).
- à l'encontre d'une avocate-stagiaire qui a quitté son poste pour des raisons de santé en ayant informé dans un premier temps uniquement le secrétariat, son maître de stage ne l'ayant été que quelques heures plus tard (arrêt du TF 4A_5/2021 du 09.03.2021 c. 4.1.).
- en raison du fait qu'un employé de cuisine aurait refusé de plier des cartons de sauce tomate et aurait «fait un cirque» durant 15 minutes la veille au soir (TF 4A_51/2021 du 23.03.2021).

Commentaire personnel: on peut aussi vivre avec ces décisions du TF. Reste que le TF est presque toujours d'accord avec les décisions cantonales de 2^{ème} instance (pouvoir de cognition du TF qui fait une application étendue de la notion de «faits» qui ne sont revus que sous l'angle de l'arbitraire (art. 74 al. 2 lit. A LTF).

Le licenciement avec effet immédiat (IV)

En ce qui concerne 337 CO, où va le TF ?

Pas nécessairement d'une actualité brûlante, mais toujours créatrice d'incertitude, la jurisprudence du TF (voir notamment ATF 129 III 380) qui a semblé à un certain moment exiger non seulement des faits objectifs pouvant casser la confiance, mais qui a aussi exigé un ébranlement ou une destruction de la confiance de la mutuelle (élément subjectif).

Or, le TF a accepté que des licenciements avec effet immédiat puissent être justifiés par des faits qui certes existaient au moment du licenciement, mais qui ne sont parvenus à la connaissance de l'employeur qu'après le prononcé du licenciement. Voir par exemple l'ATF 142 III 579 dans lequel le TF justifie le fait qu'un motif de congé peut être ajouté après coup même s'il n'est pas similaire ni de même nature que celui indiqué pour justifier la résiliation.

Pour ceux qui ont de l'intérêt pour ces questions: Roger Rudolph (encore lui), dans op. cit. dia 23 (toujours la même œuvre).

L'action partielle (I)

- Nouveauté du CPC: art. 86. Était déjà connue ou pratiquée dans certains cantons
- Effet clivant: bonne foi ? Abus de droit ? Sécurité du droit
- Gros intérêts, en droit du travail et RC notamment
- Doctrine concernée, comme le TF (au moins 4 décisions majeures depuis le 22.12.20)
- Touche de nombreux articles du CPC
- Jurisprudence pas encore consolidée: ça promet !

PS: voir le post LinkedIn de l'étude r & associés avocats publié il y a quelques jours

L'action partielle (II)

Un cas pratique

A la suite d'une fin de rapports contractuels un peu tendue, Sandra, employée de BonMarket SA, qui avait un salaire mensuel de Fr. 7'000.- brut, prétend au versement des montants suivants :

- Fr. 21'000.- au titre d'indemnité pour licenciement abusif ;
- Fr. 15'000.- à titre de compensation pour des vacances non prises ;
- Fr. 18'000.- pour des heures supplémentaires non compensées ;
- Fr. 42'000.- pour des bonus non accordés ;
- un certificat de travail complet (valeur prise en compte en justice dans le Canton de Vaud : un mois de salaire, soit Fr. 7'000.-).

La valeur litigieuse serait donc de Fr. 21'000.- + 15'000.- + 18'000.- + 42'000.- + 7'000.- (équivalence pour certificat de travail, selon la pratique vaudoise), soit un **total de Fr. 103'000.-**.

Dans le Canton de Vaud, pour une telle demande – qui relèverait de la compétence de la Chambre patrimoniale cantonale – **l'avance de frais, à charge de Sandra, serait de plus de Fr. 9'500.-**. De plus, en cas de rejet de son action, Sandra pourrait être amenée à assumer jusqu'à **Fr. 25'000.- de dépens**.

Budget du «worst case scénario»: **Fr. 50'000.-**

L'action partielle (III)

Solutions pour le cas pratique

A. **Déposer l'action pour l'entier** des prétentions, car le mandant assume le risque. Risques financiers, certes, mais alors «assumés».

B. **La plus prudente, et la classique**: limiter les prétentions à Fr. 30'000.- ou Fr. 100'000.- avec quelques prises de tête sur les postes à réduire.

- Aucune distinction entre prescription et péremption (336 CO) ? Solde est abandonné ?
- Pas d'interruption de prescription: elle est limitée à l'action ?
- Prise de risques (très limitée), posture plutôt faible (y compris dans les négociations), mais «supportable» ? Vraiment ?

C. **Une voie médiane ? Déposer une action partielle** (et réserver l'entier des prétentions). Exemple avec VL de Fr. 29'500.-:

- Fr. 21'000.- au titre d'indemnité pour licenciement abusif (total à cause de péremption);
- Fr. 500.- à titre de compensation pour des vacances non prises ;
- Fr. 500.- pour des heures supplémentaires ;
- Fr. 500.- pour des bonus non accordés ;
- un certificat de travail entièrement formulé (valeur litigieuse évaluée à Fr. 7'000.-).

L'action partielle (IV)

86 CPC : Une prétention divisible est susceptible d'une action partielle

A. Conditions

- A. Le demandeur doit faire comprendre qu'il dépose une action partielle
- B. Pas d'obligation de préciser dans la demande quels postes sont réduites
- C. Le juge décide ensuite de la manière d'instruire et d'avancer (attention à la bonne foi)

B. Effets

- A. Le défendeur peut déposer une action reconventionnelle en constatation négative
- B. Pour cette dernière action, il ne sera pas fait application de l'art. 224 al. 1 CPC (identité des procédures)
- C. Limitation des voies de droits (appel, recours au TC et au TF)
- D. Interruption de la prescription : seulement partielle ? Etonnamment, réponse pas certaine (voir article à ce propos de Felix Hunziker-Blum, dans AJP/PJA, 2019)
- E. Quelle autorité de la chose jugée après la 1^{ère} décision ? Sans doute l'enjeu principal (voir plus loin)

L'action partielle (V)

Quatre décisions du TF essentielles

1) 4A_529/2020 du 22.12.2020

- 86 et 224 CPC
- L'exception à l'exigence de la même procédure prévue à l'art. 224 al. 1 CPC pour les demandes reconventionnelles en constatation de droit négative vaut indépendamment du point de savoir si celles-ci ont été introduites en réaction à une action partielle au sens propre ou à une action partielle improprement dite (confirmation – renforcement de la jurisprudence)

L'action partielle (VI)

Quatre décisions du TF essentielles

2) ATF 147 III 345 (arrêt 4A_449/2020 du 23.03.2021)

- Art. 59 al. 2 litt. e (autorité de la chose jugée) et art. 86 CPC
- Lorsque, par une action partielle, le demandeur fait valoir seulement une partie du montant de sa créance, le rejet de cette action partielle qui est revêtu de l'autorité de la chose jugée exclut que le demandeur puisse ouvrir action ultérieurement pour réclamer une autre partie du montant de cette même créance (consid. 6)

Commentaire: arrêt essentiel qui démontre, au final, les gros risques, en cas de dépôt d'une action pour une partie seulement de la créance totale auquel il pourrait être prétendu.

Pour les intéressés: voir commentaire dans AJP/PJA, 2021, p. 956-958 (arrêt discuté)

Extrait (trad. perso) de l'ATF 147 III 345

6.4.1 (...). Certes, l'effet de l'autorité de la chose jugée se limite au dispositif du jugement ; toutefois, sa portée ne se révèle souvent qu'à la lumière des considérants du jugement, notamment dans le cas qui nous intéresse ici, à savoir le rejet d'une demande (ATF 141 III 229 consid. 3.2.6 ; ATF 121 III 474 consid. 4a avec d'autres références).

6.4.2 Si, comme en l'espèce, le demandeur ne limite sa demande qu'en termes de montant, le tribunal ne peut la rejeter que s'il est parvenu à la conclusion que le demandeur n'a aucune créance découlant des faits allégués. En d'autres termes, avant de rejeter l'action partielle, il doit examiner l'ensemble de la créance alléguée par le demandeur. Lors de l'interprétation du dispositif du jugement (sur le rejet de la demande), il faut tenir compte de cette étendue de l'examen, avec pour conséquence que l'autorité de la chose jugée exclut une deuxième demande portant sur une autre partie de la même créance. En revanche, un nouveau jugement serait contraire au principe de l'unicité de la protection juridique, exprimé à l'art. 59 al. 2 let. e CPC. Cela doit d'ailleurs valoir indépendamment du type de procédure (voir art. 243 al. 1 CPC) et du tribunal (voir art. 4-8 CPC) qui a jugé la première action partielle sur la base de sa valeur litigieuse (voir art. 91 al. 1 CPC) et des voies de recours ouvertes contre la décision sur l'action partielle (voir art. 308 al. 2 CPC et art. 74 al. 1 LTF). En effet, la partie demanderesse a la possibilité d'intenter une action en justice pour le montant total au lieu d'une partie de celui-ci.

L'action partielle (VII)

Quatre décisions du TF essentielles

3) Arrêt TF 4A_100/2021 du 10.05.2021

- 59 al. 2 litt. e et 86 CPC
- Toujours en ce qui concerne l'autorité de chose jugée, un cas particulier (entre deux parties non assistées en justice): le TF est d'avis que c'est à juste titre que la seconde action partielle ne devait pas être admise en application de l'art. 59 al. 2 lit. e CPC, le litige ayant déjà fait l'objet d'une décision entrée en force par le retrait de l'action (art. 241 CPC).

Commentaire: décision cohérente au regard de la jurisprudence et du CPC. En effet, un retrait d'une partie de la demande vaut renonciation. A lire la décision, on a cependant le sentiment que le retrait a été effectué par le demandeur à l'insu de son plein gré

L'action partielle (VIII)

Quatre décisions du TF essentielles

4) Arrêt du TF 4A_395/2021 (cas de LCR, en droit du travail)

- Confirmation que la partie défenderesse confrontée à une action partielle a un intérêt juridique à faire constater, par une demande reconventionnelle, l'inexistence de la (totalité) de la prétention alléguée ou du rapport d'obligation, y compris les autres prétentions qui en découlent
- Pour le TF, Il n'est pas exact de dire que l'action reconventionnelle négative en constatation ne serait recevable que si la partie défenderesse était «entravée dans sa liberté de mouvement économique»: donc grosse marge de manœuvre laissée à la partie défenderesse.
- Pour le TF toujours, même en cas d'action partielle, la partie défenderesse est atteinte dans la mesure complète (de la créance) dans sa sphère de droit privé par l'action introduite contre elle (= fondement de l'action reconventionnelle en constatation).

Un peu de procédure avant de conclure (I)

- **Les faits de double pertinence**
- Relativement fréquent en droit du travail
- Question d'autant plus sensible qu'en droit du travail il y a des juridictions spécialisées
- **En pratique :**
- Le demandeur dépose une action en paiement (compensation des heures supplémentaires) au tribunal des prud'hommes, alors que le défendeur prétend que la créance fondant les prétentions repose sur un contrat de mandat
- La compétence matérielle est une condition de recevabilité, en principe examinée d'office.
- En principe la compétence est examinée *in limine litis*, à savoir au commencement du procès. Or, il arrive fréquemment que les faits qui permettraient de qualifier la compétence du tribunal sont doublement pertinents: ils constituent à la fois une condition de compétence et de succès de l'action au fond. Instruire ces faits pour examiner la question de la compétence en revient à instruire au fond
- La solution ? *Il est admis que lorsque le demandeur invoque des faits doublement pertinents, il convient de n'examiner la pertinence de ces faits qu'une seule fois et de reporter cet examen au stade où le tribunal*

Dernière jurisprudence (PAS en droit du travail) ATF 147 III 159 du 17 février 2021: la TF confirme l'approche de la théorie de la double pertinence quant à son résultat. Et en plus il précise que le justiciable n'a en principe pas un droit à obtenir une décision séparée sur la compétence. Et en cas de refus de décision séparée à ce propos, il n'y a pas de préjudice irréparable qui pourrait créer un préjudice irréparable. Le TF laisse toutefois ouverte d'autres réponses en fonction des circonstances.

Un peu de procédure avant de conclure (II)

Le droit du travail et la protection des données

- Un chantier qui va encore nous réserver de grands débats et de multiples ajustements.
- Entre 328 et 328b CO d'une part, et la Loi sur la protection des données d'autre part, il y a encore une absence de coordination qui est patente.
- Tout aussi gênant, aujourd'hui, il n'y a quasiment pas un seul litige en droit du travail qui ne soit pas d'une manière ou d'une autre concerné par la protection des données, respectivement par l'accès aux données personnelles.

Arrêt 4A_518/2020 du 25 août 2021: à lire...

- Résumé des faits: suite à son licenciement ordinaire et aussi immédiat durant le délai de résiliation, T a restitué son téléphone portable après avoir été invité par l'employeuse à supprimer toute donnée privée qui s'y trouvait. Le directeur charge alors sa fille de récupérer les données contenues dans ce téléphone.
- La Cour de justice genevoise a écarté diverses pièces produites (cf. let. B.a *supra*) au motif qu'il s'agissait de moyens de preuve obtenus illicitement sans que l'employeuse pût invoquer un intérêt prépondérant à la manifestation de la vérité (art. 152 al. 2 CPC *a contrario*).
- Selon son analyse, le droit à la protection de la personnalité de l'employé avait été gravement violé dans la mesure où les données récoltées relevaient non seulement de sa sphère privée, mais aussi de sa sphère intime. Et la production de ces données n'apparaissait pas indispensable pour la défense des droits de l'employeuse. Cette dernière aurait pu faire auditionner en qualité de témoins les employés qui avaient travaillé avec l'intimé. Le litige s'inscrivant dans un contexte privé à caractère purement patrimonial, l'intérêt à la découverte de la vérité ne prévalait pas sur le droit de l'intimé à la protection de sa personnalité.

Un peu de procédure avant de conclure (III)

Le TF se lâche:

- L'utilisation du téléphone était limité à un usage professionnel ?

Pour le TF, «la simple lecture de la première ligne des messages en question ne laissait certainement nulle place au doute si l'on en croit la description haute en couleur qu'elle en fait dans son recours».

- La manifestation de la vérité devait prévaloir sur l'intérêt de son employé à la protection de sa personnalité ?

Le TF écarte l'argument: aucun argument sérieux n'a été avancé à ce propos.

- Les données stockées sur le «Cloud» appartenaient à l'employeuse et qu'elle pouvait les visionner et en disposer comme elle l'entendait ?

Faux dit le TF, car les données étaient manifestement à caractère privé et l'employeuse, même avec toute l'ingénuité dont elle s'affuble en la circonstance, ne pouvait manquer de s'en apercevoir.

Conclusion du TF: de toute évidence, l'art. 152 CPC a été appliqué à bon escient, et il y avait lieu de donner la priorité à la protection des données personnelles

Commentaire: reste que pour le praticien, des preuves tirées d'un téléphone valent (beaucoup) mieux que celles à éventuellement tirer de deux témoins...

Un grand merci pour votre attention

