

# Les maximes de procédure en droit du travail

Véronique FERROUD

## Plan

I.	Remarques introductives.....	875
II.	Les maximes de procédure consacrées par le CPC.....	876
	1. Généralités.....	876
	2. Maxime de disposition et maxime d'office.....	877
	2.1 Principe : maxime de disposition.....	877
	2.2 Exception : maxime d'office.....	877
	3. Maxime inquisitoire et maxime des débats.....	878
	3.1 Principe : maxime des débats.....	878
	3.2 Atténuations au principe.....	878
	3.3 Exception au principe : maxime inquisitoire.....	881
	3.4 Synthèse et distinctions.....	883
III.	Les différents types de procédure envisagés par le CPC.....	884
	1. Généralités.....	884
	1.1 La procédure ordinaire.....	884
	1.2 La procédure simplifiée.....	885
	1.3 La procédure sommaire.....	885
	2. Quelle maxime pour quelle procédure ?.....	886
IV.	Les maximes de procédure en droit du travail.....	886
	1. Généralités.....	886
	2. Maxime de disposition et maxime d'office.....	887
	2.1 Application de la maxime de disposition.....	887
	2.2 Portée de la maxime de disposition.....	887
	3. Maxime inquisitoire et maxime des débats.....	889
	3.1 Généralités.....	889
	3.2 La maxime des débats en droit du travail.....	889
	3.3 La maxime inquisitoire en droit du travail.....	895
V.	Conclusions.....	901

## I. Remarques introductives

Jusqu'à l'entrée en vigueur du Code de procédure civile fédérale (ci-après : CPC<sup>1</sup>), le 1<sup>er</sup> janvier 2011, chaque canton appliquait ses propres règles de procédure. Ce morcellement engendrait des différences importantes d'un

<sup>1</sup> RS 272.

code à l'autre, notamment sous l'angle des principes et maximes de procédure, éléments importants susceptibles d'influer sur l'issue d'une cause.

L'état de fait d'un litige, tel qu'il sera retenu par le juge, est déterminant au regard de la décision qui sera rendue. Les dispositions régissant l'apport des faits dans un procès sont donc essentielles pour les plaideurs et c'est le droit de procédure qui fixe notamment par qui, comment et jusqu'à quel stade ils peuvent être invoqués.

La présente contribution porte sur l'analyse de la maîtrise de l'objet du litige et celle de l'apport des faits et moyens de preuve au procès sous l'angle particulier du droit du travail.

Dans cette perspective, le système général sera présenté dans un premier temps, soit les maximes de procédure codifiées par le CPC (II) ainsi que les différents types de procédure envisagées (III), avant que l'on cerne le débat sur les solutions retenues par cette nouvelle législation en relation avec les litiges relevant d'un contrat de travail (IV).

La question relative à la maxime éventuelle, qui détermine jusqu'à quel stade d'une procédure des faits et moyens nouveaux peuvent être invoqués, ne sera abordée qu'en relation avec l'analyse relative au droit du travail, la solution variant selon le type de procédure applicable.

Enfin, les grands principes de procédure, bien connus et repris par le nouveau code (cf. notamment les art. 52, 53, 54 et 57 CPC), tels le respect des règles de la bonne foi, du droit d'être entendu, de la publicité des débats, de l'égalité de traitement et de l'application du droit d'office ne seront pas développés dans le cadre de cette analyse.

## II. Les maximes de procédure consacrées par le CPC

### 1. Généralités

Notre droit privé étant dominé par le principe de l'autonomie privée, l'existence du procès dépend, sauf exceptions prévues par la loi, de la volonté des parties. L'apport des faits dans une procédure est également, en règle générale, du ressort des parties. Il convient donc de distinguer les maximes de disposition ou d'office, principes régissant la maîtrise de

l'objet du litige, et les maximes des débats ou inquisitoire, principes régissant la maîtrise de la recherche des faits dans une procédure<sup>2</sup>.

### 2. Maxime de disposition et maxime d'office

#### 2.1 Principe : maxime de disposition

L'article 58 al. 1 CPC prévoit que le juge « ne peut accorder à une partie ni plus ni autre chose que ce qui est demandé, ni moins que ce qui est reconnu par la partie adverse ». La conception du législateur fédéral est donc traditionnelle puisqu'elle consacre l'application du principe de disposition, sous réserve de prescriptions légales contraaires (art. 58 al. 2 CPC<sup>3</sup>).

Ainsi et en application de ce principe, les parties décident librement de recourir à la justice, elles fixent le cadre du débat judiciaire en fonction des conclusions prises, elles décident librement de la fin du procès et elles décident si elles entendent contester une décision par le biais d'un recours ou d'un appel<sup>4</sup>.

A noter l'article 85 al. 1 CPC qui autorise, à certaines conditions, une action non chiffrée, une valeur minimale devant toutefois être indiquée.

En procédure de recours, la maxime de disposition a pour corollaire le principe de l'interdiction d'une *reformatio in peius*, empêchant la péjoration de la situation du recourant<sup>5</sup>.

#### 2.2 Exception : maxime d'office

Le principe de disposition est assorti d'un certain nombre d'exceptions en relation avec lesquelles le législateur fédéral impose au juge la maxime d'office. Les dispositions légales consacrant l'application de ce principe peuvent résulter du CPC lui-même (cf. par exemple l'art. 296 al. 3) ou d'autres lois (par exemple l'art. 273 al. 5 du Code suisse des obligations du

<sup>2</sup> CHAIX François, L'apport des faits au procès, in : Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, p. 117.

<sup>3</sup> Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006, p. 6890 (cité Message CPC).

<sup>4</sup> CHAIX, *op. cit.*, p. 117.

<sup>5</sup> GEHRI Myriam, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bâle 2010, ad art. 58, N 6 (cité: GEHRI BSK-ZPO).

30 mars 1911, ci-après : CO<sup>6</sup>). Il s'agit principalement de domaines dans lesquels les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits subjectifs privés tels le droit de la famille concernant les enfants mineurs, dominé par l'intérêt de l'enfant, ou le sort du logement de la famille dans le cadre d'une procédure portant sur la contestation d'un congé et où la possibilité d'une prolongation doit être examinée d'office par le juge si la résiliation est considérée comme valable. Le juge n'est ainsi, sous l'angle de la maxime d'office, pas lié par les conclusions des parties<sup>7</sup>.

### 3. Maxime inquisitoire et maxime des débats

#### 3.1 Principe : maxime des débats

Aux termes de l'article 55 CPC, la maxime des débats s'applique, sous réserve des dispositions légales prévoyant l'application de la maxime inquisitoire. Cela signifie que la partie qui déduit un droit en justice doit introduire dans le procès les faits pertinents à l'appui de ses prétentions, proposer l'administration des preuves y relatives et contester les faits allégués par la partie adverse en respectant les règles imposées pour ce faire par la loi de procédure<sup>8</sup>.

A défaut, un fait non contesté sera tenu pour établi et un fait non expressément allégué sera considéré comme inexistant dans le cadre du procès en cours et le juge ne pourra pas le prendre en considération, sous réserve des quelques atténuations suivantes portées au principe<sup>9</sup>.

#### 3.2 Atténuations au principe

##### 3.2.1 Devoir d'interpellation du juge

La maxime des débats est d'abord atténuée par le devoir d'interpellation du juge<sup>10</sup>, atténuation qui peut revêtir deux formes selon que ce devoir est simple (A) ou accru (B)<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> RS 220.

<sup>7</sup> Hohl, Fabienne, Procédure civile, Tome I, Berne 2001, p. 161.

<sup>8</sup> HALDY Jacques, La nouvelle procédure civile suisse. Introduction pour les praticiens et les étudiants, Bâle 2009, p. 13 (cité : HALDY. La nouvelle procédure).

<sup>9</sup> HALDY Jacques, Projet de Code de procédure civile suisse : cadre, objectifs et choix fondamentaux, *in* : Le Projet de Code de procédure civile fédérale, Lausanne 2008, p. 18 s. (cité : HALDY, Projet de Code de Code de procédure).

<sup>10</sup> CHAIX, *op. cit.*, p. 117-118.

#### A. Devoir d'interpellation simple

En application de l'article 56 CPC : « *Le tribunal interpelle les parties lorsque leurs actes ou déclarations sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets et leur donne l'occasion de les clarifier et de les compléter* ».

Le devoir d'interpellation simple, codifié par cette disposition, impose au juge de mettre en garde les parties lorsqu'il considère une allégation ou une offre de preuve comme mal formulée ou manifestement insuffisante, afin qu'elles puissent les rectifier. Le juge n'est pas tenu d'interpeller les parties sur tous les éléments lui paraissant déterminants et, à défaut de rectification, il ne procède pas à une correction d'office. Par ailleurs, en cas de comportement contraire à la bonne foi (art. 52 CPC), notamment en cas d'action négligente d'une partie, le juge n'est pas tenu par ce devoir d'interpellation, qui est également fortement limité si la partie est assistée d'un mandataire professionnel<sup>12</sup>. Il s'agit donc d'un devoir du tribunal, limité, dans les cas où la maxime des débats prévaut, aux cas de manquements manifestes<sup>13</sup>.

#### B. Devoir d'interpellation accru

Lorsque la maxime des débats est applicable dans le cadre de la procédure simplifiée, le devoir du juge est accru. Ainsi, en application de l'article 247 al. 1 CPC : « *[le] tribunal amène les parties, par des questions appropriées, à compléter les allégations insuffisantes et à désigner les moyens de preuve* ». Si les parties sont, comme en procédure ordinaire, tenues de participer activement à l'établissement des faits, le tribunal leur porte ici une aide active, les parties recueillant elles-mêmes les éléments du procès mais sous la conduite du juge<sup>14</sup>. L'intervention du tribunal n'est ainsi pas limitée à l'omission manifeste, celui-ci devant s'assurer du caractère complet du dossier, même en cas d'allégués clairs et précis. Là encore, le devoir d'interpellation cesse toutefois lorsque la partie se comporte de

<sup>11</sup> DIETSCHY Patricia, Le devoir d'interpellation du tribunal et la maxime inquisitoire sous l'empire du Code de procédure civile suisse, RSPC 2011, p. 82 (cité : DIETSCHY, RSPC).

<sup>12</sup> DIETSCHY, RSPC, p. 83.

<sup>13</sup> Message CPC, p. 6890.

<sup>14</sup> Message CPC, p. 6956.

manière contraire à la bonne foi (art. 52 CPC) et diminue considérablement en cas de représentation par un mandataire professionnel<sup>15</sup>.

### 3.2.2 Conduite du procès

En application des articles 124 et suivants du CPC, le tribunal conduit le procès et veille à son avancement (art. 124 CPC), il l'organise et peut, par exemple, traiter en premier d'une question particulière telle la prescription ou décider de joindre ou de diviser des causes (art. 125 CPC), il peut également suspendre la procédure si des motifs pertinents le justifient (art. 126 CPC) et a la faculté, en cas d'actions connexes devant un autre tribunal, d'interpeller le premier tribunal saisi et, en cas d'accord, de lui transmettre l'affaire (art. 127 CPC).

Contrairement à de nombreuses lois de procédures cantonales romandes dans lesquelles le juge jouait un rôle d'arbitre s'assurant du respect des règles de procédure, il devient donc, sous l'empire du CPC, l'élément central du procès et dispose d'une grande marge de manœuvre. L'introduction de cette nouveauté devrait en conséquence impliquer une connaissance suffisante du dossier par le tribunal, à compter de la litispendance, à défaut de quoi l'efficacité du système pourrait rapidement être remise en cause, notamment de par l'augmentation de la durée des procédures qui pourrait résulter d'une mauvaise organisation ou d'une organisation défaillante<sup>16</sup>.

### 3.2.3 Administration d'office des preuves

Aux termes de l'article 153 al. 2 CPC, le tribunal peut faire administrer la preuve de faits non contestés lorsque des motifs sérieux l'amènent à douter de leur véracité. Il s'agit d'une atténuation importante de la maxime des débats, le juge étant en principe lié par les offres de preuves des parties et les faits admis.

### 3.2.4 Faits notoires

En application de l'article 151 CPC, les faits notoires n'ont pas à être allégués par les parties, ni prouvés, le juge pouvant en tenir compte d'office mais étant toutefois tenu, s'il entend retenir des faits notoires non allégués,

<sup>15</sup> DIETSCHY, RSPC, p. 84.

<sup>16</sup> Voir BOHNET François, La face cachée du Code de procédure civile suisse, Plaidoyer 3/2010, p. 32 s. (cité : BOHNET, Plaidoyer).

d'en informer les parties en leur donnant l'occasion de se déterminer sur ces éléments, en conformité avec l'article 29 al. 2 de Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.<sup>17</sup>)<sup>18</sup>.

### 3.2.5 Inspection locale ou expertise ordonnée d'office

En principe, les preuves doivent être produites ou requises par les parties afin d'établir les faits allégués. Le tribunal peut toutefois, en application des articles 181 al. 1 et 183 al. 1 CPC, ordonner d'office une inspection locale ou une expertise s'il la considère nécessaire pour établir une allégation.

### 3.3 Exception au principe : maxime inquisitoire

En opposition à la maxime des débats, le CPC réserve, à l'article 55 al. 2, l'application de la maxime inquisitoire lorsque la loi la prévoit pour une procédure particulière. Il existe deux types de maximes inquisitoires : la maxime inquisitoire *sociale* ou *atténuée* et la maxime inquisitoire *pure* ou *absolue*<sup>19</sup>.

#### 3.3.1 Maxime inquisitoire sociale ou atténuée

La maxime inquisitoire sociale s'applique dans le cadre de litiges soumis à la procédure simplifiée ou sommaire et qui relèvent notamment des domaines suivants :

- de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (ci-après : LEg<sup>20</sup>) (art. 247 al. 2 lit. a et 243 al. 2 lit. a CPC) ;
- d'un contrat de travail si la valeur litigieuse est inférieure ou égale à CHF 30'000.- (art. 247 al. 2 lit. b ch. 2 CPC) ;
- de la loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993 (loi sur la participation<sup>21</sup>) ;
- d'un bail à loyer ou à ferme d'habitation ou de locaux commerciaux ou d'un bail à ferme agricole si la valeur litigieuse est inférieure ou égale à CHF 30'000.- (art. 247 al. 2 lit. b ch. 1 CPC) ou en matière de

<sup>17</sup> RS 101.

<sup>18</sup> CHAIX, *op. cit.*, p. 123 s.

<sup>19</sup> DIETSCHY, RSPC, p. 84.

<sup>20</sup> RS 151.1.

<sup>21</sup> RS 822.14.

consignation d'un loyer ou d'un fermage, de protection contre les loyers ou les fermages abusifs ainsi que de protection contre les congés et prolongation de bail à loyer ou à ferme (art. 247 al. 2 lit. a et 243 al. 2 lit. c CPC) ;

- des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC) sous réserve des questions touchant aux enfants (art. 296 CPC) ;
- du droit d'accès aux données prévu par la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD<sup>22</sup>) ou
- de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP<sup>23</sup>).

Les principes applicables à cette maxime, développés par la jurisprudence fédérale sous l'empire notamment des articles 343 aCO et 12 aLEg en matière de droit du travail ou 274d al. 3 aCO en relation avec le droit du bail, peuvent être repris en relation avec le CPC<sup>24</sup>. Ainsi, le juge peut et doit fonder son prononcé sur tous les faits pertinents établis lors des débats, même si les parties ne les ont pas invoqués à l'appui de leurs conclusions. L'obligation pour le juge d'établir les faits d'office ne dispense toutefois pas les parties d'une collaboration active à la procédure. Il leur incombe notamment de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles. Par ailleurs, le juge ne doit s'assurer du caractère complet des allégations et des offres de preuve que s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. Selon le Tribunal fédéral en effet, il n'y a pas de raison d'imposer au tribunal une inquisition plus poussée que celle prévue dans d'autres procédures également dominées, à certains égards, par le principe d'instruction d'office, comme le domaine du divorce, celui des assurances sociales ou en matière de contentieux administratifs<sup>25</sup>.

A l'instar du devoir d'interpellation du juge, la maxime inquisitoire sociale s'applique avec retenue lorsque la partie est assistée d'un mandataire professionnel<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> RS 235.1.

<sup>23</sup> RS 281.1.

<sup>24</sup> Message CPC, pp. 6953-6956.

<sup>25</sup> ATF 107 II 233 consid., 2b ; ATF 130 III 102 consid., 2.2 ; TF arrêt 4C.340/2004 consid., 4 ; TF arrêt 4C.255/2006 consid., 4.

<sup>26</sup> Message CPC, p. 6956.

### 3.3.2 Maxime inquisitoire pure ou absolue

Dans le cadre de la maxime inquisitoire absolue, même si un certain devoir de collaboration incombe aux parties qui sont tenues de renseigner le juge<sup>27</sup>, ce dernier instruit d'office la cause, les parties ne supportant ni le fardeau de l'allégation des faits ni celui de l'administration des preuves<sup>28</sup>. Le juge peut instruire selon son appréciation, il peut ordonner d'office l'administration de preuves nécessaires et il lui appartient d'éclaircir les faits et considérer tous les éléments importants<sup>29</sup>. Cette maxime s'applique aux questions touchant les enfants dans les affaires de droit de la famille (art. 296 al. 1 CPC).

### 3.4 Synthèse et distinctions

En règle générale, notre procédure civile est dominée par l'application de la maxime des débats, deux types d'exceptions dérogeant à la règle : les atténuations à la maxime des débats et l'application de la maxime inquisitoire.

La maxime inquisitoire sociale, applicable dans certains domaines lorsque les litiges sont soumis à la procédure simplifiée ou sommaire, se distingue du devoir d'interpellation accru du juge imposé par l'article 247 al. 1 CPC et applicable dans le cadre de la procédure simplifiée soumise à la maxime des débats en ce sens que, sous l'angle du devoir d'interpellation, le juge ne peut pas tenir compte de faits non allégués par les parties ou ordonner d'office l'administration d'une preuve, ce qu'il peut faire en relation avec la maxime inquisitoire sociale.

La maxime inquisitoire pure se distingue elle de la maxime inquisitoire sociale, laquelle ne suppose une intervention du tribunal qu'en cas de doutes quant au caractère complet des allégations et offres de preuves, la première impliquant une telle intervention sans limite, l'unique objectif étant la recherche, par le juge, de tous les faits importants et éléments de preuve pertinents<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> ATF 128 III 411 consid., 3.2.1.

<sup>28</sup> Ducrocq Michel/Fux Roland, Nouvelles législations relatives à l'organisation judiciaire et à la procédure civile : Quoi de neuf pour le praticien valaisan ? in : RVJ 2011, p. 25.

<sup>29</sup> CHAIX, *op. cit.*, pp. 119 s.

<sup>30</sup> DIEFSCHY, RSPC, pp. 87 s.

### III. Les différents types de procédure envisagés par le CPC

#### 1. Généralités

Le CPC connaît trois procédures de base : la procédure ordinaire (1.1), la procédure simplifiée (1.2) et la procédure sommaire (1.3). Les dispositions y relatives sont complétées par les règles applicables aux procédures spéciales (cf. art. 271 à 294 CPC), soit celles relatives au droit matrimonial, celles relatives au droit des enfants et celles portant sur le partenariat enregistré, qui ne seront pas développées dans le cadre de la présente contribution<sup>31</sup>.

##### 1.1 La procédure ordinaire

La procédure ordinaire, qui constitue la procédure de base prévue par le CPC, est régie par les articles 219 à 242 CPC. Les dispositions y relatives s'appliquent par analogie aux autres procédures, sauf dispositions contraires de la loi (art. 219 CPC).

Son champ d'application se définit négativement, la procédure ordinaire s'appliquant chaque fois qu'un litige n'est pas soumis par la loi à une autre procédure. Elle vise ainsi tous les litiges dont la valeur patrimoniale est supérieure à CHF 30'000.-, les litiges qui sont de la compétence d'une instance cantonale unique et les litiges non patrimoniaux qui ne sont pas soumis à la procédure simplifiée<sup>32</sup>.

Cette procédure comporte trois phases distinctes :

- la préparation des débats principaux qui comprend les échanges d'écritures (art. 221 à 225 CPC) et les débats d'instruction (art. 226 CPC) ;
- les débats principaux (art. 228, 231 et 232 CPC) et
- la clôture de la procédure par une décision d'irrecevabilité ou une décision au fond (art. 236 al. 1 CPC).

<sup>31</sup> Pour une présentation détaillée des procédures spéciales du droit matrimonial, voir notamment VOULLOZ François, Les procédures du droit de la famille *in* : Jusletter du 10 octobre 2010 et TAPPY Denis, Les procédures en droit matrimonial, *in* : Procédure civile suisse. Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, pp. 241 ss.

<sup>32</sup> TAPPY Denis, Le déroulement de la procédure (procédure ordinaire et procédure simplifiée en première instance), *in* : Le Projet de Code de procédure civile fédérale, Lausanne 2008, pp. 162-166.

Le rôle du juge dans la gestion de la cause est actif, une grande latitude lui étant laissée quant à l'opportunité d'ordonner, à tout moment de la procédure, l'ouverture des débats d'instruction, ce qui pourrait, selon TAPPY, engendrer des disparités selon les procès et les différentes pratiques locales qui viendront à se développer. En effet, si la phase préparatoire est conséquente, les débats principaux ne devraient porter que sur certaines auditions et les plaidoiries. Au contraire, si la première phase est limitée, les débats principaux nécessiteront, selon les causes, plusieurs séances impliquant, outre certaines auditions et les plaidoiries, d'éventuelles mesures d'instruction<sup>33</sup>.

##### 1.2 La procédure simplifiée

La procédure simplifiée est codifiée aux articles 243 à 247 CPC et s'applique aux litiges patrimoniaux dont la valeur litigieuse est inférieure à CHF 30'000.- (art. 243 al. 1 CPC) ainsi qu'aux litiges relevant des domaines énumérés par l'article 243 al. 2 CPC, quelle que soit leur valeur litigieuse, sauf cas dans lesquels une instance cantonale unique ou le tribunal de commerce est compétent (art. 243 al. 3 CPC).

Cette procédure est moins formaliste que la procédure ordinaire et devrait, selon la volonté du législateur, être régie par une unique audience (art. 246 al. 1 CPC). La ligne de démarcation évoquée ci-dessus en relation avec la procédure ordinaire entre les débats préparatoires et principaux ne se retrouvera dès lors pas systématiquement dans la procédure simplifiée.

Le rôle du juge est plus actif que dans la procédure ordinaire puisqu'il applique, de façon générale, la maxime des débats atténuée en aidant les parties à formuler de manière exacte leurs faits et propositions de preuve (art. 247 al. 1 CPC) (cf. ci-dessus II.3.2.1 B), la maxime inquisitoire sociale s'appliquant toutefois, comme nous le verrons ci-dessous (cf. IV.3.3) dans les litiges visés à l'article 247 al. 2 CPC (cf. ci-dessus II. 3.3.1).

##### 1.3 La procédure sommaire

La procédure sommaire est visée par les articles 248 à 270 du CPC. Son champ d'application est très large et comprend les cas prévus par la loi (cf. art. 249 à 251 CPC), les cas clairs, la mise à ban, les mesures provisionnelles et la juridiction gracieuse (art. 248 CPC).

<sup>33</sup> TAPPY, *op. cit.*, p. 194.

La procédure sommaire se distingue de la procédure simplifiée par sa rapidité, les moyens de preuve admis étant en principe limités à ceux disponibles ou pouvant être administrés sans retarder la procédure (art. 254 CPC).

Sous réserve des cas de faillite et de concordat ainsi qu'en relation avec les procédures relevant de la juridiction gracieuse, soumis à la maxime inquisitoire en application de l'article 255 CPC, le juge applique la maxime des débats. Il incombe donc au requérant d'alléguer clairement les faits pertinents et les moyens de preuve, le juge n'ayant pas la charge de compléter les allégations insuffisantes, sauf manquements manifestes (cf. ci-dessus II.3.1).

## 2. Quelle maxime pour quelle procédure ?

Dans chaque cas particulier, selon le genre de litige, il convient donc de définir le type de maxime qui s'applique. Nous pouvons à ce stade retenir que la procédure ordinaire est soumise à la maxime des débats atténuée par le devoir d'interpellation simple du juge.

La procédure simplifiée peut elle être soumise soit à la maxime des débats atténuée par le devoir d'interpellation accru du juge, soit à la maxime inquisitoire sociale, voire à la maxime inquisitoire pure.

Enfin, la procédure sommaire peut, à l'instar de la procédure ordinaire, être soumise à la maxime des débats atténuée par le devoir d'interpellation simple du juge, à la maxime inquisitoire atténuée ou à la maxime inquisitoire pure<sup>34</sup>.

## IV. Les maximes de procédure en droit du travail

### 1. Généralités

Avec l'entrée en vigueur du CPC le 1<sup>er</sup> janvier 2011, l'article 343 CO, intitulé « *Procédure civile* », a été abrogé (cf. ch. II 5 annexe 1 CPC). Cet article prévoyait que les cantons étaient tenus de soumettre à une procédure simple et rapide tous les litiges résultant du contrat de travail dont la valeur litigieuse ne dépassait pas CHF 30'000.-. L'alinéa 4 de cette disposition précisait que le juge établissait d'office les faits et appréciait librement les preuves.

<sup>34</sup> DIETSCHY, RSPC, p. 88.

Vu l'abrogation de cette disposition, la procédure en matière de contrat de travail est désormais régie exclusivement par le CPC. Les articles 52 à 58 CPC, fixant les principes de procédure, s'appliquent donc également aux litiges ressortant au droit du travail.

## 2. Maxime de disposition et maxime d'office

### 2.1 Application de la maxime de disposition

La maxime de disposition s'applique dans les litiges relevant du contrat de travail en application de l'article 58 CPC. Le juge est ainsi lié par les conclusions des parties et il ne peut octroyer davantage ou autre chose que ce qui est revendiqué. Il peut en revanche allouer moins que ce à quoi il est prétendu<sup>35</sup>.

Lors des débats parlementaires ayant précédé l'adoption du CPC, une proposition minoritaire avait été formulée tendant à introduire un article 243 al. 4 CPC visant, en matière de droit du travail, l'introduction de la maxime d'office dans les litiges relevant de la LEg ainsi que dans les litiges résultant de congés fondés sur les articles 336a et 337 CO. L'objectif était de permettre au juge de pouvoir aller au-delà des conclusions prises par les parties afin de protéger la partie faible et de rendre une justice plus équitable. La majorité parlementaire ayant toutefois considéré que la maxime de libre disposition devait s'appliquer même dans de telles hypothèses, il n'a pas été jugé souhaitable d'introduire cet alinéa et la proposition a été écartée<sup>36</sup>.

La maxime d'office ne s'applique donc pas en matière de droit du travail.

### 2.2 Portée de la maxime de disposition

Sous l'angle de l'interdiction de statuer *ultra petita*, il a par exemple été jugé que la constatation de l'existence d'une créance, sans indication du montant y relatif, va moins loin et non plus loin que l'octroi d'une somme déterminée à ce titre. Il s'agissait d'une affaire qui portait sur diverses revendications pécuniaires exercées par un préretraité contre son ancien employeur, dont une somme de CHF 20'000.- à titre de contre-valeur de facilités de transport. L'employeur a saisi le Tribunal fédéral en reprochant

<sup>35</sup> DIETSCHY Patricia, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Neuchâtel 2011, p. 133 (cité : DIETSCHY, Les conflits).

<sup>36</sup> BO 2008 N 968.

notamment aux juges cantonaux, qui avaient constaté le bien-fondé de cette prétention dans son principe sans fixer de montant, d'avoir statué *extra petita*. Selon le Tribunal fédéral toutefois : « *La simple constatation que la prétention élevée est justifiée va moins loin que l'octroi d'un montant à ce titre. La conclusion visant à obtenir un montant déterminé sur cette base inclut du reste aussi celle tendant simplement à constater que la créance invoquée à l'appui de la réclamation, quel que puisse être le montant de cette dernière, existe encore et toujours dans son principe.* »<sup>37</sup>.

En relation avec la prétention portant sur la délivrance d'un certificat de travail, DIETSCHY relève que deux alternatives s'offrent au demandeur : il a le choix entre une conclusion de principe et une conclusion spécifique contenant la teneur de l'attestation souhaitée. Etant lié par la conclusion prise, le juge ne pourra, dans la première hypothèse, se saisir d'office de la question du contenu. Si le travailleur n'est pas satisfait, il n'aura d'autre choix que d'introduire une seconde procédure en rectification du certificat. A l'inverse, si l'employé opte pour une conclusion incluant la teneur du certificat, les possibilités du juge sont plus larges : il peut l'admettre et condamner l'employeur à la délivrance d'un certificat reprenant la teneur proposée, il peut la rejeter ou il peut l'admettre partiellement après en avoir supprimé certains éléments, étant précisé qu'il ne peut en revanche pas en ajouter<sup>38</sup>.

Sur la faculté du juge d'attirer l'attention d'une partie sur une possible erreur quant à l'application du droit, nous partageons l'avis de DIETSCHY selon laquelle le respect de la maxime de disposition devrait conduire le juge à ne pas intervenir dans une situation où, par exemple, un employé se fonde sur un délai de congé de deux mois alors qu'un délai de trois mois est en réalité applicable et ce, même dans les causes soumises à la maxime inquisitoire sociale<sup>39</sup>. Une solution différente serait en effet contraire à la maxime de disposition.

37

TF, arrêt 4P.296/2004 consid., 4.

38

DIETSCHY, Les conflits, pp. 133 s.

39

DIETSCHY, Les conflits, p. 146.

### 3. Maxime inquisitoire et maxime des débats

#### 3.1 Généralités

En application de l'article 55 al. 1 CPC, la maxime des débats est en principe applicable en droit du travail, sous réserve des atténuations et exceptions présentées au point II.3 ci-dessus, notamment des dispositions prévoyant l'établissement des faits et l'administration des preuves d'office par le juge (art. 55 al. 2 CPC).

Sous l'angle du droit du travail précisément, ces dispositions ont une portée particulière, les exceptions suivantes résultant du CPC :

- l'article 247 al. 2 lit. b ch. 2 CPC impose l'établissement d'office des faits par le tribunal dans les conflits portant sur un contrat de travail et dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.- ;
- ainsi en va-t-il, quelque soit la valeur litigieuse, en application de l'article 247 al. 2 lit. a pour les affaires relevant de la LEg (art. 243 al. 2 lit. a CPC) et celles relevant de la loi sur la participation (art. 243 al. 2 lit. e CPC).

Il s'agit de litiges soumis à la procédure simplifiée (art. 243 CPC).

#### 3.2 La maxime des débats en droit du travail

##### 3.2.1 Champ d'application

Il découle *a contrario* des articles 55 et 247 al. 2 lit. a et b ch. 2 CPC que la maxime des débats s'applique à toutes les affaires de droit du travail soumises à la procédure ordinaire, à savoir celles dont la valeur litigieuse est supérieur à CHF 30'000.- et qui ne relèvent ni de la LEg ni de la loi sur la participation, ainsi qu'à celles qui sont de nature non patrimoniale.

Il sied ici de rappeler que, selon la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral, les conflits portant sur la délivrance ou la teneur d'un certificat de travail sont de nature pécuniaire<sup>40</sup>. La détermination de la valeur litigieuse d'un certificat de travail aura donc son importance sous l'angle du type de procédure applicable, respectivement des maximes de procédure en

40

ATF 116 II 379 consid., 2b.



découlant<sup>41</sup>. A noter ici l'article 91 al. 2 CPC prévoyant la détermination de la valeur litigieuse d'une action ne portant pas sur le paiement d'une somme d'argent déterminée par le juge si les parties n'arrivent pas à s'entendre ou si la valeur avancée est manifestement erronée.

En matière de procédure sommaire, la maxime des débats s'applique aussi aux litiges relevant du droit du travail, notamment en matière de mesures provisionnelles (art. 248 et 255 CPC), dans les affaires portant sur la désignation d'un expert chargé de calculer la participation ou la provision du travailleur en application des articles 322a al. 2 et 322c al. 2 CO, ainsi que dans celles portant sur la fixation d'un délai pour la garantie des prétentions découlant des rapports de travail au sens de l'article 337a CO (art. 250 lit. b ch. 1 et 2 CPC).

La maxime des débats s'applique encore, en relation avec un conflit relevant du droit du travail, pour la protection d'un cas clair au sens de l'article 257 CPC, y compris dans les causes usuellement soumises à la procédure simplifiée, par exemple celles dont la valeur litigieuse est inférieure à CHF 30'000.<sup>42</sup>

### 3.2.2 *Portée*

Comme exposé ci-dessus, la maxime des débats impose aux parties d'alléguer les faits pertinents à l'appui de leurs prétentions, d'en supporter le fardeau de la preuve et de contester les faits allégués par la partie adverse (cf. II.3.1).

En droit du travail, les atténuations au principe prévues par le CPC s'appliquent, en particulier le devoir d'interpellation simple du juge prévu par l'article 56 CPC et qui lui permet d'interpeller les parties, surtout non assistées, en cas de manquements manifestes, pour qu'elles clarifient ou complètent leurs actes (cf. II.3.2).

A noter toutefois que le devoir d'interpellation accru du juge découlant de l'article 247 al. 1 CPC ne trouve pas application dans les affaires découlant du droit du travail, lesquelles sont soumises à la maxime des débats dans le

cadre de la procédure ordinaire ou sommaire et à la maxime inquisitoire sociale dans le cadre de la procédure simplifiée (art. 247 al. 2 CPC)<sup>43</sup>.

Concrètement, dans un litige de droit du travail soumis à la maxime des débats, le devoir d'interpellation du juge codifié à l'article 56 CPC devrait, par exemple, conduire le tribunal à interpeller un demandeur lorsque ses allégations de fait sont insuffisantes et ne lui permettent pas d'identifier l'existence d'un lien de subordination, respectivement de qualifier la relation en cause de contrat de travail. Selon les éclaircissements éventuellement apportés par le demandeur, le juge rendra une décision de procédure en déclarant irrecevable une demande dont le contenu lacunaire ne lui permet pas d'identifier la prétention revendiquée alors qu'il statuera au fond en rejetant une demande dont les allégués permettent d'identifier la prétention tout en étant insuffisamment motivés<sup>44</sup>.

En effet, sous l'angle de la maxime des débats, une allégation ne peut consister en une simple affirmation générale dénuée de tout caractère concret, mais elle doit être formulée de manière à permettre une contestation substantielle par la partie adverse<sup>45</sup>. La question de savoir quand le contenu d'une allégation conforme au droit de procédure doit être considéré comme suffisant pour permettre au juge de statuer sur une prétention relève du droit matériel<sup>46</sup>.

Le Tribunal fédéral a ainsi par exemple retenu que : « [S] il n'est pas possible de conclure à l'existence d'un contrat de travail sur la base des faits constatés de manière complète par l'autorité cantonale, la partie qui entendait déduire des droits d'un tel contrat devra supporter l'échec de la preuve sur ce point. (...) Les premiers juges pouvaient retenir que l'absence des allégations nécessaires pour qualifier les relations juridiques qui s'étaient nouées entre les parties empêchait la cour, qui applique le droit d'office, d'examiner si les prétentions du demandeur pourraient être allouées sur la base d'un autre contrat que celui invoqué »<sup>47</sup>.

<sup>43</sup>

DIETSCHY, Les conflits, p. 142.

<sup>44</sup>

BOHNET François, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 128 (2009) II 185-322, p. 298 (cité : BOHNET, RDS).

<sup>45</sup>

GEHRI, BSK-7PO, ad art. 44, N 4.

<sup>46</sup>

DIETSCHY, Les conflits, pp. 136 s.; BOHNET, RDS, p. 297 s.

<sup>47</sup>

TF 4C.39/2005, RSPC 2005 378, arrêt critiqué dans une note par SCHWEIZER Philippe et BOHNET François qui soulignent que la qualification du contrat ne relevant pas des faits, le tribunal n'aurait pas dû se contenter de rejeter sans analyser la question du bien-fondé sous l'angle de la relation effectivement conclue.

Dans une décision plus ancienne portant sur les possibilités alors offertes au droit cantonal de refuser ou d'autoriser une partie à combler des allégations lacunaires en cours d'instance, le Tribunal fédéral a cité l'exemple suivant : « Pour faire appliquer l'article 337 CO à un comptable congédié sans délai, il suffira d'alléguer que, pendant des années, le travailleur a soustrait de grosses sommes d'argent à son employeur ; si l'allégation est contestée, le droit cantonal peut habiliter le juge à refuser d'administrer des preuves sur une allégation aussi imprécise et à exiger des indications complémentaires sur l'époque, la nature et le montant des malversations »<sup>48</sup>.

Il s'agit là d'une application du devoir d'interpellation du juge aujourd'hui codifié à l'article 56 CPC.

### 3.2.3 La maxime éventuelle

#### A. L'apport des faits<sup>49</sup>

Dans les conflits de droit du travail soumis à la maxime des débats, l'économie du procès exige qu'une limite soit posée et que les parties ne puissent pas articuler leurs moyens selon leur bon vouloir au cours du procès. Le principe de simultanéité des moyens d'attaque et de défense leur impose en conséquence de présenter leurs moyens en une fois, à un stade déterminé de la procédure. L'article 229 CPC fixe le stade du procès auquel les faits et moyens de preuve doivent être présentés et les conditions auxquelles des faits et moyens de preuve nouveaux peuvent être produits en première instance, l'article 317 al. 1 CPC étant déterminant pour la procédure d'appel<sup>50</sup>.

D'une manière générale, les parties doivent alléguer l'ensemble des faits et proposer leurs moyens de preuve dans leurs écritures (art. 221 ss CPC). Il convient toutefois d'opérer la distinction suivante :

- dans le cadre d'une procédure complète (comprenant un double échange d'écritures ou des débats d'instruction), la présentation des faits et moyens peut intervenir sans restriction jusqu'à l'une ou l'autre des ces étapes (art. 229 al. 1 CPC) ;

- dans le cadre d'une procédure raccourcie (ne comprenant pas de second échange d'écritures ni de débats d'instruction), les faits et moyens de preuve peuvent être présentés sans restriction jusqu'à l'ouverture des débats principaux, soit avant que ne débute ces débats (art. 229 al. 2 CPC).

Ultérieurement, les *nova propterea dicta* (art. 229 al. 1 lit. a CPC), soit les faits et moyens de preuve qui n'existaient pas encore avant les échéances mentionnées ci-dessus, peuvent encore être invoqués mais doivent l'être sans retard. A titre d'exemple, on peut citer ici la découverte, en cours de procédure, d'un document postérieur à l'ouverture des débats d'instruction et attestant le caractère abusif d'un licenciement.

Les *nova improprie dicta*, soit les faits et moyens qui existaient avant les échéances susmentionnées mais qui n'ont pu être produits, peuvent être présentés ultérieurement si la partie qui s'en prévaut ne pouvait le faire avant, malgré sa diligence, et si elle agit sans délai (il s'agit de faits ou de moyens qui n'étaient pas connus de la partie, qui sont présentés avec un retard excusable ou qui ressortent de l'administration des preuves). Par exemple, le document attestant le caractère abusif d'un licenciement dont avait connaissance l'employé mais qu'il avait égaré sans que sa diligence ne puisse être remise en cause pourra encore être produit mais sans retard.

En matière de licenciement immédiat, le Tribunal fédéral pose la règle suivante : il faut, pour justifier un licenciement immédiat, que les faits allégués aient effectivement entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Notre Haute Cour retient toutefois que : « [Sous] certaines conditions restrictives, l'employeur peut avancer, à l'appui d'un licenciement immédiat, une circonstance qui existait au moment de la déclaration de licenciement, mais qu'il ne connaissait pas et ne pouvait pas connaître. En effet, l'obligation de motiver la résiliation immédiate n'impose pas qu'il soit fait abstraction d'un tel motif. Dès l'instant où l'art. 337 CO prescrit au juge de tenir compte des règles de la bonne foi, ce serait méconnaître cette disposition que d'ignorer l'existence d'un semblable motif. Toutefois, c'est uniquement à titre exceptionnel que des circonstances antérieures à la résiliation immédiate, alors ignorées de la partie qui a donné le congé, pourront amener un tribunal à considérer, sur la base des motifs déjà allégués, que celle-ci, en s'en prévalant ultérieurement, a rapporté la preuve de la destruction du rapport de confiance entre les parties au contrat. Il faut donc se demander, dans un tel cas, si les circonstances antérieures, non invoquées au moment

<sup>48</sup> ATF 108 II 337, consid. 3, JdT 1983 I 538, 543.

<sup>49</sup> Pour une présentation détaillée de la question, voir notamment CHAIX, *op. cit.*, pp. 115 ss.

<sup>50</sup> HOHL, Procédure, p. 217.

du licenciement immédiat, auraient pu conduire l'employeur, s'il les avait connues, à admettre que le rapport de confiance était rompu et à résilier le contrat de travail avec effet immédiat.<sup>51</sup>

En appel, seuls les faits et moyens de preuve nouveaux qui n'ont pas pu être présentés en première instance peuvent encore être admis (art. 317 al. 1 CPC)<sup>52</sup>.

#### B. La modification des conclusions

La modification des conclusions est réglée par les articles 227 et 230 CPC, que l'on peut résumer comme suit<sup>53</sup> :

- jusqu'aux débats principaux (second échange d'écriture ou audience d'instruction), une demande peut être modifiée si : la nouvelle prétention relève de la même procédure et qu'elle présente un lien de connexité avec l'objet du litige (art. 227 lit. a CPC) ou, à défaut, moyennant le consentement de la partie adverse (art. 227 lit. b CPC) ;
- dès l'ouverture des débats principaux, les conditions sont identiques à celles qui viennent d'être mentionnées mais la prétention nouvelle doit par ailleurs reposer sur des faits ou moyens de preuve nouveaux (art. 230 CPC).

A titre d'exemple, on peut imaginer le cas d'un employeur, poursuivant son employé sur la base de l'article 321e CO en réparation du dommage subi à hauteur de CHF 30'000.- (procédure simplifiée), qui apprend, en cours de procédure, que sa partie adverse s'est également rendue coupable d'une violation de la clause de prohibition de concurrence contractuelle et qui entend lui opposer la peine conventionnelle prévue d'un montant de CHF 10'000.- (procédure ordinaire résultant de l'addition des valeurs litigieuses). Il devra introduire une procédure séparée, même si le temps limite fixé pour l'augmentation des conclusions est respecté, sauf à obtenir le consentement de sa partie adverse à soumettre l'intégralité du litige à la procédure ordinaire.

A l'inverse, si la procédure simplifiée s'applique en raison de la nature de la prétention invoquée et non de la valeur litigieuse, par exemple en

<sup>51</sup> ATF 124 III 25 consid., 3c.

<sup>52</sup> HOHL, Procédure, pp. 222-225 ; CHAIX, *op. cit.*, pp. 124-139.

<sup>53</sup> BORNET, Plaidoyer, p. 35.

application de la LEg, quel que soit le montant revendiqué à ce titre, une partie pourra, moyennant respect des échéances et conditions évoquées ci-dessus, amplifier ses conclusions en invoquant, par exemple, l'indemnisation d'un solde de vacances et ce, jusqu'à concurrence d'un montant de CHF 30'000.-<sup>54</sup>.

Dans les deux hypothèses, lorsque la prétention nouvelle ou modifiée a pour effet de porter la valeur litigieuse au-delà de la compétence du tribunal saisi, la cause doit être transmise au tribunal compétent (art. 227 al. 2 et 230 al. 2 CPC). Un cas d'application de cette transmission pourrait résulter, dans le canton de Vaud, d'une prétention nouvelle augmentant la valeur litigieuse d'un conflit résultant d'un contrat de travail de CHF 100'000.- à CHF 120'000.-. La procédure applicable est, dans les deux cas, la procédure ordinaire mais l'autorité compétente passe du tribunal d'arrondissement à la Chambre patrimoniale (art. 2 al. 1 lit. b et c de la loi sur la juridiction du travail du 12 janvier 2010 [LJT])<sup>55</sup>.

Il sied de préciser ici que si l'application simultanée de deux procédures différentes dans une même affaire est exclue, l'application de différents types de maximes paraît envisageable notamment lorsque la nature de la prétention impose l'application de la maxime inquisitoire sociale, quelle que soit la valeur litigieuse. Tel pourrait être le cas par exemple dans le cadre d'un conflit visant une indemnisation pour licenciement discriminatoire à raison du sexe ainsi que le paiement d'un solde de vacances pour un montant total supérieur à CHF 30'000.-. L'ensemble du litige serait soumis à la procédure ordinaire, la maxime inquisitoire sociale s'appliquant pour le volet relevant de la LEg, la maxime des débats pour l'autre volet<sup>56</sup>.

### 3.3 La maxime inquisitoire en droit du travail

#### 3.3.1 Champ d'application

En application de l'article 247 al. 2 let. a et b ch. 2 CPC, le tribunal établit les faits d'office dans les litiges portant sur un contrat de travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.- ainsi que dans les affaires relevant de la LEg ou de la loi sur la participation.

<sup>54</sup> DIETSCHY, Les conflits, p. 389.

<sup>55</sup> RS-VD 173.61.

<sup>56</sup> DIETSCHY, Les conflits, p. 151.

Il s'agit de conflits soumis à la procédure simplifiée qui, en matière de droit du travail, constitueront une partie importante de l'activité des tribunaux. Cette procédure succède à la *procédure simple et rapide* que le droit fédéral prescrivait déjà aux cantons en la matière par le biais de l'article 343 aCO et qui a été qualifiée par la doctrine et la jurisprudence de maxime inquisitoire sociale<sup>57</sup>.

Il est intéressant de relever que la formulation de l'article 247 CPC a été sujette à d'importantes discussions dans le cadre des débats parlementaires. Initialement, le Projet ne faisait pas de distinction quant au type de procédure inquisitoire applicable dans le cadre de la procédure simplifiée. Il peut dès lors se poser la question de savoir si c'est une maxime inquisitoire pure qui s'applique dans les litiges relevant du droit du travail et soumis à la procédure simplifiée ou au contraire la maxime inquisitoire sociale, qui était déjà en vigueur sous l'empire de l'article 343 aCO. Une analyse de la genèse de l'article 247 CPC conduit DIETSCHY à la conclusion que l'article 247 al. 2 CPC instaure une maxime inquisitoire sociale et non pure, soit identique à celle qui était retenue sur la base de l'article 343 al. 4 aCO<sup>58</sup>. Nous partageons, à l'instar de plusieurs autres auteurs<sup>59</sup>, cette approche qui s'inscrit dans la conception traditionaliste du CPC et semble parfaitement adéquate pour répondre à l'objectif de protection sociale poursuivi.

### 3.3.2 Portée

Comme il a été précisé ci-dessus, les principes suivants relatifs à la maxime inquisitoire sociale développés par la jurisprudence fédérale notamment sous l'empire de l'article 343 aCO restent applicables sous l'angle de l'établissement des faits d'office par le juge dans les litiges du droit du travail visés à l'article 247 al. 2 let a et b ch. 2 CPC<sup>60</sup> :

- les parties sont tenues de collaborer activement à la procédure en renseignant le juge sur les faits de la cause et les moyens de preuve disponibles ;

- si le juge a des motifs objectifs d'éprouver un doute sur le caractère complet des allégués de faits et offres de preuve, il doit interpellé les parties sur ce point. Si une partie renonce à présenter son point de vue, le juge n'a pas à instruire d'office la cause et il peut clore l'administration des preuves si une partie refuse d'y collaborer ;

- enfin, le juge n'est pas lié par les faits allégués. Sa décision doit se fonder sur tous les faits pertinents établis au cours des débats, même s'ils ne résultent pas d'une allégation expresse d'une partie à l'appui de ses conclusions et il peut aussi ordonner des mesures d'instruction qui ne résultent pas des offres de preuve présentées par les parties.

### Illustrations :

Sous l'angle du fardeau de l'allégation objectif et du fardeau de la preuve, il convient de rappeler la règle spéciale de l'article 6 LEg, qui instaure un allègement du fardeau de la preuve en faveur de la partie qui se prévaut d'une discrimination de nature sexiste en ce sens qu'il suffit à la partie demanderesse de rendre vraisemblable l'existence d'une telle discrimination<sup>61</sup>. Selon le Tribunal fédéral : « La règle de l'art. 6 LEg tend à corriger l'inégalité de fait résultant de la concentration des moyens de preuve en mains de l'employeur. En effet, la maxime inquisitoire ne déploie aucun effet si ce dernier omet de proposer des moyens de preuve, dont ni le juge ni l'employé ne soupçonne l'existence. En revanche, si l'employeur supporte le fardeau de la preuve et donc le risque de perdre le procès au cas où il ne prouve pas l'absence de discrimination, il sera dans son intérêt d'informer complètement le juge et de lui fournir toutes pièces utiles. Pour éviter que des actions ne soient introduites à la légère, il est exigé, avant que le fardeau de la preuve soit mis à la charge de l'employeur, que la personne qui invoque la LEg apporte des indices qui rendent vraisemblable l'existence d'une discrimination. Le juge n'a pas à être convaincu du bien-fondé des arguments du travailleur; il doit simplement disposer d'indices objectifs suffisants pour que les faits allégués préviennent une certaine vraisemblance, sans devoir exclure qu'il puisse en aller différemment »<sup>62</sup>.

Toujours sous l'angle de la LEg, le Tribunal fédéral pose des exigences élevées en particulier en relation avec la constatation des faits, la procédure probatoire et le devoir d'examen du juge. Ainsi, en application de l'article 12 aLEg, combiné avec l'article 343 al. 4 aCO, le Tribunal fédéral a par

<sup>61</sup> ATF 127 III 207, consid., 3b.

<sup>62</sup> ATF 130 III 145, consid., 3.2.

<sup>57</sup> Message CPC, p. 6953 ; DIETSCHY, Les conflits, p. 137 s.

<sup>58</sup> DIETSCHY, Les conflits, pp. 138-141.

<sup>59</sup> Voir notamment GEHRI, BSK-ZPO, ad art. 55 N 24 ; CHAIX, *op. cit.*, pp. 119 s. ; HOHL, Fabienne, Procédure civile, Tome II, Compétence, délais, procédures et voies de recours, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2010, p. 271 (cité HOHL, Procédure).

<sup>60</sup> MAZAN Stephan, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bâle 2010, ad art. 247, N 4 (cité: MAZAN BSK-ZPO).

exemple jugé que la maxime inquisitoire sociale est violée lorsque, en cas de discrimination salariale, le juge, qui ne dispose pas des compétences techniques pour évaluer la politique salariale de l'entreprise ou pour juger si deux fonctions à comparer sont de « valeur égale », refuse d'ordonner une expertise requise par une partie.<sup>63</sup>

Dans le cadre d'une procédure portant sur la demande en paiement de prétentions salariales afférentes à des vacances non prises contreé par une créance en dommages-intérêts pour abandon d'emploi opposée en compensation par l'employeur, le Tribunal fédéral a confirmé le rejet de la demande en précisant que, sous l'angle de la maxime inquisitoire sociale et du devoir de collaboration des parties, le juge n'avait pas à s'enquérir d'une éventuelle renonciation à sa créance par le défendeur dès lors que ni les allégations ni les moyens de preuve présentés ne permettaient de supposer l'existence d'un accord ou d'une manifestation de volonté portant sur cette renonciation. Il incombait ici au demandeur de l'invoquer et de le prouver.<sup>64</sup>

Dans une autre affaire, également fondée sur l'indemnisation de vacances non prises et heures supplémentaires non rémunérées, le Tribunal fédéral a retenu que la maxime inquisitoire sociale ne pouvait permettre de pallier le silence ou les carences d'une partie négligente. Ainsi, le demandeur qui ne conteste pas formellement l'argumentation de sa partie adverse qui invoque la déduction en compensation, sur les jours de vacances non pris, d'un excédent de jours de repos, ne satisfait pas à son devoir de collaboration.<sup>65</sup>

Dans un litige portant sur une indemnité pour licenciement immédiat injustifié fondée sur l'article 337c CO, le juge doit s'enquérir auprès du travailleur d'une éventuelle rémunération tirée d'une nouvelle activité avant l'échéance du délai ordinaire de congé afin de permettre, le cas échéant, une correcte application de l'article 337c al. 2 CO. Dans une logique similaire, le juge doit, si le conflit porte sur la résiliation du contrat, s'assurer auprès de l'employé qu'il est bien titulaire de l'entier de la créance et qu'il n'a pas perçu d'indemnités de l'assurance chômage.<sup>66</sup>

Enfin, dans une décision rendue en 2009, le Tribunal fédéral a rappelé que si le juge a des motifs objectifs de douter du caractère complet des

allégations de fait et des preuves offertes par les parties, il est tenu de les interpellier. Cette affaire portait sur une demande en paiement opposée par un travailleur à son employeur au motif que sa requête de passage dans le régime individuel de l'assurance perte de gain maladie lui avait été refusée suite à la résiliation de son contrat de travail pour un motif imputable à l'employeur, la police conclue avec l'assurance ne prévoyant pas une telle possibilité pour un travailleur frontalier, contrairement au contrat de travail. Selon le tribunal fédéral, l'objet du litige a ainsi été clairement fixé et il incombait à l'employé, en application de l'article 8 CC, de démontrer : (i) l'existence d'une obligation contractuelle de l'employeur relative au passage dans le régime individuel d'assurance, (ii) qu'il s'était annoncé dans les délais auprès de l'assurance pour en bénéficier et (iii) qu'une telle requête lui avait été refusée en raison d'une carence imputable à l'employeur. Or, selon le Tribunal fédéral, dès lors qu'il a été constaté que la réponse donnée par l'assurance et les preuves administrées ne permettaient pas de se déterminer sur ce dernier point, le juge, qui n'interpelle pas le demandeur en l'invitant à compléter ses moyens de preuve sur cet élément déterminant, agit en violation de la maxime inquisitoire sociale.<sup>67</sup>

Sous l'angle du droit du bail, dans une affaire dans laquelle le défendeur invoquait la nullité de la résiliation au motif qu'il vivait avec son épouse au moment de la notification des actes de résiliation et que, ceux-ci n'ayant été notifiés qu'à lui, les formalités imposées par l'article 266n CO en liaison avec 266o CO n'avaient pas été respectées, le Tribunal fédéral a jugé, en application de l'article 274d al. 3 aCO, que la cour cantonale ne pouvait se contenter de constater l'absence de preuve de la vic commune, le défendeur ayant indiqué que son épouse vivait avec lui depuis leur mariage, mais devait attirer l'attention du défendeur sur le fait qu'elle ne se contenterait pas des explications fournies, contestées par la partie adverse et non établies par les pièces fournies, et lui laisser la possibilité de compléter les preuves apportées à ce sujet.<sup>68</sup>

Toujours sous l'angle de l'article 274d al. 3 aCO, il a été jugé que la maxime inquisitoire sociale ne permet pas d'étendre à bien plaisir l'administration des preuves. Un juge peut ainsi refuser de donner suite à des réquisitions subsidiaires d'une partie après avoir apprécié le caractère peu probant des pièces produites. Selon le Tribunal fédéral en effet :

<sup>67</sup> TF, arrêt 4A\_522/2008 consid., 3 4.

<sup>68</sup> TF, arrêt 4C\_441/2006 consid., 4.3.

<sup>63</sup> TF, arrêt 4A\_249/2007 consid., 2.1.

<sup>64</sup> ATF 107 II 233 consid., 2c.

<sup>65</sup> TF, arrêt 4C\_255/26, consid., 4.2.

<sup>66</sup> DIETSCHY, Les conflits, p. 144.

« Ouvrir la porte à des lancers de ballons d'essai probatoires n'est pas le but de la disposition invoquée, laquelle tend notamment à accélérer la procédure. En produisant des pièces insuffisamment probantes, la bailleuse a pris des risques et elle doit assumer les conséquences de son choix »<sup>69</sup>.

### 3.3.3 Limite

La procédure simplifiée et la maxime inquisitoire sociale qui s'appliquent dans les domaines particuliers énoncés ci-dessus (II.3.3.1) ont été voulues par le législateur pour pallier les lourdeurs de la procédure ordinaire et pour répondre à un besoin de protection d'une partie considérée comme socialement plus faible. Lorsque ce besoin de protection est atténué par le fait que les deux parties sont assistées d'un avocat ou d'un mandataire professionnel, le tribunal peut et doit toutefois faire preuve de retenue comme dans un procès ordinaire<sup>70</sup>.

Il découle de la jurisprudence rendue sous l'empire notamment de l'article 343 aCO que le juge reste tenu d'attirer l'attention d'une partie sur les lacunes de son dossier mais qu'il ne peut pas ordonner d'office des mesures d'instruction même si elles semblent utiles<sup>71</sup>.

### 3.3.4 La maxime éventuelle

#### A. L'apport des faits

Sous l'angle de la procédure simplifiée et en application de la maxime inquisitoire sociale, la production de nouveaux faits et moyens de preuve, qu'il s'agisse de *novas proprement dits* ou *improprement dits* (cf. IV.3.2.3) est possible sans restriction jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 avec 219 CPC).

La vérité matérielle devant ici l'emporter, une partie pourrait même invoquer un fait qu'elle a omis de présenter fautivement auparavant, les frais judiciaires relatifs à ce défaut de diligence étant toutefois, dans une telle hypothèse, mis à sa charge (art. 108 CPC)<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> TF, arrêt 4C.50/2000 consid., 4b.

<sup>70</sup> Message CPC, pp. 6953-6956.

<sup>71</sup> DIETSCHY, Les conflits, p. 148 et les références citées.

<sup>72</sup> CHAIX, *op. cit.*, p. 131.

#### B. La modification des conclusions

Les principes et règles en matière d'augmentation des conclusions sont identiques à ceux exposés sous l'angle de la maxime des débats (cf. IV.3.2.3 B).

### V. Conclusions

La conception du législateur fédéral dans le choix des maximes de procédure est traditionnelle et consacre, de manière générale, l'application de la maxime des débats et celle de la maxime inquisitoire.

Sous l'angle plus particulier du droit du travail, si l'on considère l'un des objectifs poursuivis par le CPC, qui était de garantir la protection de la partie considérée comme faible au contrat dans les litiges à caractère social, la procédure unifiée n'engendre pas non plus de modification majeure, les principes jurisprudentiels dégagés en application des diverses règles spéciales qui régissaient la matière jusque là demeurant applicables.

Pour les affaires dont la valeur litigieuse est inférieure ou égale à CHF 30'000.- ou pour celles relevant de domaines spécifiques tels la LEg ou la loi sur la participation, l'adoption de la nouvelle procédure simplifiée, combinée à l'application de la maxime inquisitoire sociale, devrait donc permettre d'aboutir à une décision rapide basée sur un état de fait et une administration des preuves complets.

Une nouveauté réside toutefois dans le renforcement du rôle du juge qui devient l'élément central du procès, décidant de sa conduite et jouissant d'une grande marge de manœuvre. Cette liberté, ainsi que le caractère très général de la rédaction de nombreuses dispositions du CPC, auront sans doute pour conséquence le développement de pratiques et d'interprétations divergentes d'un canton à l'autre et d'un tribunal à l'autre. Il conviendra donc d'être attentif à l'interprétation et à l'encadrement que ne manquera pas de donner la jurisprudence en relation avec certains grands principes procéduraux.