

Loi sur l'égalité et procédure civile: un accès facilité ou complexifié à la justice?

PATRICIA DIETSCHY-MARTENET*

Mots-clés: Code de procédure civile, Loi sur l'égalité, droit du travail, cumul objectif d'actions, reconvention, compétence matérielle, type de procédure, maxime inquisitoire sociale, frais, procès social

A. Introduction

L'article 8 alinéa 3 de la Constitution fédérale (Cst.) donne mandat au législateur, qu'il soit fédéral, cantonal ou communal, de légiférer pour pourvoir à l'égalité de droit et de fait entre les hommes et les femmes, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. Le Code de procédure civile suisse (CPC) institue des règles spéciales de procédure applicables aux litiges relevant de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg). Ce domaine à caractère social nécessite une protection particulière de la partie faible, afin de favoriser l'application judiciaire du droit individuel à l'égalité entre les sexes dans les rapports de travail¹. Certaines de ces règles, mais pas toutes, s'appliquent à d'autres conflits de travail, à condition souvent qu'une certaine valeur litigieuse ne soit pas dépassée. La différence de régime procédural applicable entre une prétention fondée sur la LEg et une autre prétention de droit du travail peut engendrer des difficultés, en particulier lorsqu'une pluralité de prétentions, principales ou reconventionnelles, oppose les parties. Problèmes de compétence, de type de procédure applicable ou de réglementation sur les frais. Alors même que ces règles spéciales visent à garantir au justiciable un accès facilité à la justice, elles peuvent avoir pour conséquence, dans certaines situations, de compliquer le procès. L'objectif de la présente contribution est de

* Docteure en droit et titulaire du brevet d'avocat, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel, chargée de cours aux Universités de Fribourg et Lausanne, vice-présidente au Tribunal de prud'hommes de la Broye et du Nord vaudois.

1 Voir Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC), du 28 juin 2006, FF 2006 p. 6841 ss, p. 6954 s.; comp. également Message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 24 février 1993, FF 1993 p. 1163 ss, p. 1186, 1190 et 1225 ss.

mettre en lumière et de résoudre les problématiques que peuvent présenter des procédures dans lesquelles des prétentions relevant de la LEG sont invoquées à côté d'autres prétentions de droit du travail, en raison d'un cumul objectif d'actions ou du dépôt d'une demande reconventionnelle.

B. Définitions

I. Prétention relevant du droit du travail

Plusieurs dispositions du CPC se rapportent aux litiges qui relèvent du «droit du travail» (art. 34 CPC) ou d'un «contrat de travail» (art. 68 al. 2 let. d, 113 al. 2 let. d, 114 let. c, 247 al. 2 let. b ch. 2, 348 let. d CPC). Le litige relève du droit ou du contrat de travail lorsqu'il trouve sa source dans les relations de travail². Est à cet égard déterminant non pas le fondement juridique de la prétention, mais l'état de fait sur lequel celle-ci repose³. La prétention peut être fondée sur les art. 319 ss du Code des obligations (CO; RS 220), sur une loi spéciale – comme la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg; RS 151.1), la Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE; RS 823.11), la Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (Loi sur la participation; RS 822.14) ou la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr; RS 822.11) –, sur un règlement d'entreprise, ou encore sur les dispositions générales du CO (notamment acte illicite, art. 41 ss, ou en répétition de l'indu, art. 62 ss) ou du Code civil (protection de la personnalité, art. 28 ss, par exemple).

II. Prétention relevant de la LEG

Le CPC contient plusieurs dispositions qui concernent les litiges «relevant de la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité» (art. 113 al. 2 let. a, 114 let. a, 199 al. 2 let. c, 200 al. 2, 201 al. 2, 210 al. 1 let. a, 243 al. 2 let. a, 247 al. 2 let. a, 348 let. a CPC). La définition est plus stricte que celle du litige relevant du droit ou du contrat de travail, dans la mesure où le CPC se réfère expressément à la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes et non, de manière plus générale, à une prétention fondée sur une discrimination à raison du sexe. Il ne s'agit donc pas de s'attacher à l'état de fait sur lequel repose la prétention mais au fondement juridique de celle-ci, qui doit relever de la LEG. Peu importe en revanche que celle-ci renvoie au Code des obligations. Lorsque la LEG est invoquée dans le cadre de conclusions subsidiaires, le litige ne relève pas de cette loi⁴; le fondement de la prétention principale est déterminant.

2 ATF 137 III 311 c. 5.2.2; TF, 05.09.2011, 4A_220/2011 c. 3.2.2.

3 TF, 26.06.2014, 4A_580/2013 c. 4.3.

4 Comp. art. 91 al. 1, seconde phrase, CPC relatif au calcul de la valeur litigieuse.

III. Concours d'actions (ou action à double fondement)

Le concours d'actions, ou action à double fondement, fait référence à une réclamation unique qui s'appuie sur plusieurs causes juridiques⁵; il se différencie du cumul objectif d'actions, qui vise une pluralité de prétentions réclamées simultanément au même défendeur, sur la base d'un fondement juridique identique ou distinct⁶. Lorsque la prétention se fonde aussi bien sur la LEg que sur une autre loi (concurso d'azioni), il faut déterminer l'aspect prépondérant de la prétention⁷. Il convient d'éviter qu'une partie n'invoque une prétendue discrimination à raison du sexe à côté d'autres motifs qui ne relèvent pas de la LEg, dans le seul but de bénéficier des règles spéciales de procédure applicables dans ce domaine. Dans l'hypothèse où l'aspect prépondérant de la prétention ne ressort pas clairement de la demande, le tribunal peut interpellier la partie pour qu'elle précise son acte (art. 56 ou 247 CPC). Dans tous les cas, si l'aspect prépondérant ne peut pas être défini ou si le tribunal a des doutes, les règles spéciales de procédure en matière de LEg devraient s'appliquer⁸.

C. Compétences

I. Compétence locale

L'art. 34 CPC s'applique aussi bien aux litiges relevant de la LEg qu'aux autres conflits de travail⁹. Cette disposition prévoit deux fors alternatifs, le domicile ou siège du défendeur ou le lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle. Le for du lieu de l'établissement ou de la succursale (art. 12 CPC) de l'employeur peut également s'appliquer, si le litige présente des liens avec cet établissement ou cette succursale¹⁰. Les fors de l'art. 34 CPC sont semi-impératifs (art. 35 al. 1 let. d CPC)¹¹.

5 ATF 137 III 311 c. 5.1.1.

6 ATF 137 III 311 c. 5.1.1. Sur la distinction, voir TAPPY DENIS, Cumul objectif et concours d'actions selon le nouveau CPC, in: Bonomi/Tappy/Gaulis/Kohler (éd.), Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen, Actes du colloque de Lausanne du 27 janvier 2012, Genève 2012, p. 169 ss, p. 176 ss.

7 Comp. ATF 137 III 311 c. 5.2; TF, 12.02.2008, 4A_455/2007 c. 8–9; TF, 27.02.2006, 4C.321/2005 c. 10.2. Comp. également Kantonsgericht Basel-Landschaft, 16.02.2010, N 100 09 1245, disponible sur <www.gleichstellungsgesetz.ch>.

8 Application par analogie de la théorie des faits de double pertinence; sur les contours de cette théorie, voir ATF 141 III 294, c. 5.

9 SENTI/WAGNER, in: Brunner/Gasser/Schwander (éd.), ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, DIKE Kommentar, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2016, art. 34 CPC N 10 ss.

10 Comp., sous l'empire de la LFors, ATF 129 III 31 c. 3.2, JdT 2004 I 364.

11 Voir infra C/III/1/a.

II. Compétence matérielle

1. Règles du CPC

a. Autorité de conciliation en matière de LEG

La composition des autorités de conciliation dans les litiges relevant de la LEG est régie par l'art. 200 al. 2 CPC. Il s'agit d'une exception à la compétence des cantons dans le domaine de l'organisation judiciaire¹². D'après cette disposition, l'autorité de conciliation doit se composer d'un président et d'une représentation paritaire d'employeurs et d'employés des secteurs privé et public, l'ensemble des représentants étant constitué d'un nombre égal d'hommes et de femmes. La parité exigée est double: d'une part, d'hommes et de femmes, d'autre part, de représentants d'employeurs et de travailleurs¹³. Les autorités de conciliation siègent donc à trois membres¹⁴ au moins, le président et deux assesseurs issus des partenaires sociaux. Elles peuvent aussi siéger à cinq membres¹⁵, voire plus. Il suffit que la représentation des milieux employeurs et employés soit égale. A notre sens, le Code n'impose pas que les représentants soient paritairement issus des secteurs privé et public¹⁶, mais précise uniquement que les représentants peuvent être issus de ces deux secteurs¹⁷, dans la mesure où la même autorité peut être compétente pour les rapports de travail de droit public¹⁸. En matière de représentation des milieux professionnels, la loi fribourgeoise connaît une solution originale: elle prévoit que la moitié des assesseurs et des suppléants est choisie parmi les employeurs, un quart parmi les travailleurs et un quart parmi les organisations féminines (art. 62 al. 3 LJ). La représentation d'organisations féminines ne semble toutefois pas avoir été envisagée par le droit fédéral, qui visait une parité des sexes et des milieux professionnels uniquement¹⁹. A notre avis, une telle composition ne contrevient pas

12 ATF 141 III 439 c. 2.

13 Message CPC (n. 1), p. 6938 ad art. 197 P-CPC; MA FAURE, in: Aubert/Lempen (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011, art. 11 LEg N 12. D'un avis différent: SANDOZ BASTIEN, La conciliation, in: Bohnet (éd.), Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, p. 57 ss, p. 65 N 22, qui considère qu'il s'agit d'une triple parité.

14 C'est notamment le cas dans les cantons de Bâle-Ville (§ 6 al. 2 EG GIG), d'Argovie (§ 3 al. 3 GOG), de Vaud (art. 2 al. 1^{bis} LVLEg et 10 al. 2 LJT), de Genève (art. 11 al. 3 LTPH), de Neuchâtel (art. 12 al. 2 OJN) ou du Jura (art. 22 LCPH).

15 C'est par exemple le cas dans les cantons de Berne (art. 88 al. 4 LOJM), de Fribourg (art. 62 al. 4 LJ) ou du Valais (art. 37 LcTr).

16 Le canton de Berne prévoit toutefois que l'autorité est composée de manière triplement paritaire (art. 88 al. 4 LOJM).

17 Dans le même sens, MA FAURE (n. 13), art. 11 LEg n. 33; HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, Le Code de procédure civile, 2^e éd., Berne 2015, p. 168.

18 MA FAURE (n. 13), art. 11 LEg N 25; GLOOR/UMBRICHT LUKAS, in: Oberhammer/Domej/Haas (éd.), ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2^e éd., Bâle 2013, art. 200 CPC N 6. C'est par exemple le cas dans le canton de Bâle-Campagne (§ 3 al. 1 EG GIG) ou de Zoug (§ 40 al. 3 GOG).

19 Voir Message CPC (n. 1), p. 6938 ad art. 197 P-CPC: «La représentation paritaire doit être double, à savoir une représentation égale des partenaires sociaux et des sexes».

au droit fédéral aussi longtemps que le représentant de l'organisation féminine est issu du milieu des travailleurs, afin que l'équilibre entre employeurs et travailleurs soit respecté.

Pour le surplus, les cantons sont libres dans l'organisation de leurs autorités de conciliation. L'autorité peut notamment être administrative ou judiciaire, identique ou distincte de l'autorité compétente pour les autres litiges de droit du travail²⁰. Le Code n'impose pas que les membres de l'autorité aient des connaissances particulières ou une certaine expérience de la LEg²¹; il appartient aux cantons de définir les règles et les conditions pour la nomination de ces membres²². De telles compétences sont à notre sens nécessaires au bon exercice des tâches qui sont confiées à l'autorité, à savoir concilier mais aussi conseiller les parties. Une formation pourrait être exigée, avant ou après la nomination des membres, voire le cas échéant être organisée par le canton lui-même.

b. Tâches des autorités de conciliation

Les tâches des autorités de conciliation en matière de LEg sont de deux ordres: tenter la conciliation (art. 201 al. 1 CPC) et conseiller les parties (art. 201 al. 2 CPC). Les conseils juridiques peuvent porter sur une question de droit matériel ou de procédure, dans le cadre d'un procès déjà engagé, par exemple lors de l'audience de conciliation, ou hors procès²³. Ils sont fournis gratuitement (art. 113 al. 2 let. a CPC)²⁴.

La tâche de conseiller les parties peut poser des problèmes d'impartialité lorsque le membre de l'autorité est ensuite amené à tenter la conciliation entre une partie qu'il a conseillée et son adversaire. Selon les circonstances, le membre devrait se récuser (art. 47 al. 1 let. b CPC)²⁵.

20 STAUBER-MOSER, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann (éd.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, Bâle 2009, art. 11 LEg N 15. A Neuchâtel par exemple, l'autorité de conciliation paritaire est compétente pour les litiges LEg comme pour les autres litiges de droit du travail, voir art. 12 al. 2 OJN: «Dans les litiges en matière de droit du travail ainsi que dans les litiges en matière d'égalité entre femmes et hommes, elle [l'autorité de conciliation] se compose d'une juge ou d'un juge, qui la préside, d'une représentante ou d'un représentant des employeurs et d'une représentante ou d'un représentant des employés».

21 STAUBER-MOSER (n. 20), art. 11 LEg N 22 s.

22 STAUBER-MOSER (n. 20), art. 11 LEg N 47 ss. Comp. également, s'agissant de la nomination des assesseurs des autorités de conciliation en matière de bail, ATF 141 III 439.

23 INFANGER, in: Spühler/Tenchio/Infanger (éd.), *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Basler Kommentar, 2^e éd., Bâle 2013, art. 201 CPC N 7; MA FAURE (n. 13), art. 11 LEg N 17; *Message CPC* (n. 1), p. 6938 s. ad art. 198 P-CPC; SCHRANK CLAUDE, *Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, thèse Bâle 2015, p. 105 ss N 184 ss; STAUBER-MOSER (n. 20), art. 11 LEg N 30.

24 GLOOR/UMBRIKHT LUKAS (n. 18), art. 201 CPC N 7.

25 BOHNET FRANÇOIS, in: Bohnet/Carron/Montini (éd.), *Droit du bail à loyer et à ferme*, *Commentaire pratique*, 2^e éd., Bâle 2017, art. 201 CPC N 10 s.; INFANGER (n. 23), art. 201 CPC N 8; MA FAURE (n. 13), art. 11 LEg N 17.

Pour les autres litiges de droit du travail, le CPC n'impose pas aux autorités de conciliation de fournir des conseils juridiques aux parties, mais les cantons peuvent le prévoir²⁶.

2. *Organisation judiciaire*

a. *Autorités de conciliation*

Certains cantons ont institué une seule autorité de conciliation en matière de LEg, compétente sur tout le territoire cantonal et distincte de l'autorité compétente pour les autres litiges de droit du travail. C'est par exemple le cas dans les cantons de Zurich (§ 58 GOG), de Berne (art. 85 LOJM), de Fribourg (art. 62 al. 1 LJ), de Bâle-Ville (§ 3 EG GIG) ou du Valais (art. 36 al. 1 LcTr). Dans d'autres cantons, la conciliation des litiges relevant de la LEg est confiée à la même autorité que celle compétente pour les autres affaires de droit du travail, dans une composition identique (Neuchâtel, art. 12 al. 2 OJN) ou différente (Zoug, Vaud, Genève ou Jura par exemple)²⁷.

b. *Tribunal compétent au fond*

Dans la procédure au fond, les cantons sont libres d'instituer des tribunaux spécialisés (tribunaux de prud'hommes) compétents pour traiter des prétentions relevant de la LEg²⁸, le cas échéant jusqu'à une certaine valeur litigieuse²⁹, ou de les confier à une juridiction ordinaire³⁰. Dans les cantons qui connaissent un Tribunal de commerce, celui-ci n'est jamais compétent en matière de LEg, compte tenu du fait que la procédure simplifiée s'applique toujours dans ce

26 Message CPC (n. 1), p. 6938 s. ad art. 198 P-CPC. Dans le canton du Jura par exemple, le greffier donne gratuitement des renseignements sur toute question de la compétence du Conseil de prud'hommes (art. 12 al. 2 LCPH). A Berne, il est prévu que le secrétariat des autorités régionales de conciliation donne des conseils juridiques dans les litiges relevant du droit du travail (art. 10 al. 2 LiCPM; voir, pour plus de détails à ce propos, KOLLER-TUMLER MARLIS, Das Schlichtungsverfahren im Kanton Bern, in: Kren Kostkiewicz/Markus/Rodriguez (éd.), Das Schlichtungsverfahren nach ZPO, Berne 2016 p. 47 ss, p. 55).

27 Dans ces cantons, les juridictions compétentes pour la conciliation des litiges de droit du travail fonctionnent également comme autorités de conciliation en matière de LEg, à la différence près que le président siège seul dans la première hypothèse et aux côtés de deux assesseurs dans la seconde: Zoug (§ 39 et 40 GOG), Vaud (art. 1 al. 1 et 1^{bis}, art. 2 al. 1 LVLEg), Genève (art. 11 al. 1, 2 et 3 LTPH), Jura (art. 22 LCPH).

28 Dans les cantons de Zurich (§ 20 GOG), de Lucerne (§ 32 JusG), de Fribourg (art. 54 al. 1 LJ), d'Argovie (§ 53 GOG), du Valais (art. 40 LcTr), de Genève (art. 1 al. 1 LTPH) ou du Jura (art. 2 al. 1 LCPH).

29 Dans les cantons de Bâle-Ville et de Vaud, le tribunal de prud'hommes est compétent dans les causes de droit du travail lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30 000.– (BS: § 73 GOG; VD: art. 2 al. 1 let. a LJT), respectivement CHF 15 000.– dans le canton de Berne (art. 9 al. 1 LiCPM).

30 Les cantons suivants n'ont pas institué de tribunaux spécialisés en droit du travail: Uri, Schwyz, Obwald, Nidwald, Glaris, Zoug, Soleure, Bâle-Campagne, Schaffhouse, Appenzel Rhodes-Extérieures, Appenzel Rhodes-Intérieures, Saint-Gall, Grisons, Thurgovie, Tessin et Neuchâtel.

domaine (art. 243 al. 1 et 2 let. a CPC) et que cette procédure ne peut pas s'appliquer devant ce tribunal (art. 243 al. 3 CPC), le type de procédure prévalant sur la compétence matérielle³¹.

En principe, la même autorité est matériellement compétente au fond pour les autres litiges de droit du travail. Tel peut cependant ne pas être le cas, notamment si la compétence du tribunal de prud'hommes est limitée à une certaine valeur litigieuse sauf pour les litiges découlant de la LEg³². Des différences peuvent également exister par rapport à la manière dont le tribunal est composé (compétence fonctionnelle)³³.

III. Conflits de compétences

1. *Compétences impératives*

a. *Compétence locale*

Les fors de l'art. 34 CPC sont de nature relativement impérative (art. 35 al. 1 let. d CPC): le travailleur ne peut pas y renoncer par avance ou par acceptation tacite. Il peut en revanche conclure valablement une prorogation de for avec son employeur après la naissance du différend (art. 35 al. 2 CPC). De son côté, l'employeur est lié par une élection de for (art. 17 CPC), conclue avant ou après la naissance du litige, et peut accepter tacitement un for (art. 18 CPC)³⁴. Cela signifie que l'employé peut – mais ne doit pas – agir au for élu. Il peut aussi agir à un autre for que l'un des fors légaux, pour autant que l'employeur l'accepte tacitement.

b. *Compétence matérielle*

aa. Principe

D'après le Tribunal fédéral, la compétence matérielle n'est pas à la libre disposition des parties, lesquelles ne peuvent pas convenir, expressément ou par acceptation tacite, de soumettre leur litige à un tribunal matériellement incompétent, à moins que la loi ne prévoie une telle possibilité³⁵. C'est par exemple le

31 ATF 143 III 137 c. 2; 139 III 457 c. 3, 4.4.3.1–4.4.3.3.

32 Dans le canton du Valais, le Tribunal du travail est compétent pour les litiges relevant de la LEg indépendamment de la valeur litigieuse et jusqu'à CHF 30 000.– pour les autres contestations de droit du travail (art. 40 LcTr); au-delà de ce montant, le Tribunal de district est compétent (art. 5 LOJ).

33 Ainsi, dans le canton de Bâle-Ville, le «Zivilgericht», composé de trois juges, est compétent en matière de LEg dès que la valeur litigieuse dépasse CHF 30 000.–; dans les autres conflits de travail, il est compétent dans cette même composition aussi longtemps que la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 100 000.–; passé ce montant, le tribunal siège dans une composition à cinq juges (§ 71 GOG).

34 ATF 137 III 311 c. 4.1.1.

35 ATF 142 III 515 c. 2.2.1; 140 III 355 c. 2.4; 138 III 471 c. 3.1. Dans le même sens: VOCK/NATER, in: Spühler et al. (n. 23), art. 4 CPC N 5; ELKAÏM-LÉVY KATIA, Premières expériences

cas de l'art. 6 al. 3 CPC relatif à la compétence du Tribunal de commerce, qui laisse le choix au demandeur, lorsque les conditions définies par cette disposition sont réunies, de saisir ce tribunal ou la juridiction ordinaire³⁶. Dans son domaine de compétence, le droit cantonal peut admettre une prorogation de compétence matérielle ou une acceptation tacite de celle-ci³⁷. Il est également envisageable que le droit cantonal autorise les parties à convenir de la compétence fonctionnelle de l'autorité³⁸, par exemple en s'accordant sur une composition à un juge au lieu de trois, ou l'inverse.

bb. Autorités paritaires LEg

La composition doublement paritaire imposée par l'art. 200 al. 2 CPC est impérative, le droit fédéral ne prévoyant pas de possibilité d'y déroger. Les législations cantonales ne peuvent donc pas confier la conciliation des litiges fondés sur la LEg à d'autres autorités ni autoriser les parties à convenir, expressément ou par acceptation tacite, de la compétence d'une autorité différente. Elles peuvent en revanche confier aux autorités paritaires LEg la conciliation d'autres litiges, en particulier les autres conflits de droit du travail.

cc. Autorités de conciliation compétentes pour les autres litiges de droit du travail et tribunaux compétents au fond

Le droit cantonal définit librement quelle autorité de conciliation est compétente pour les autres conflits de travail et quel tribunal est compétent au fond pour les litiges relevant de la LEg ou du droit du travail en général. Il peut autoriser les parties à déroger, expressément ou par acceptation tacite, à la compétence matérielle prévue. Lorsque la loi cantonale ne précise pas si la compétence de l'autorité est impérative, partant s'il peut y être dérogé, elle doit être

avec le nouveau code de procédure civile, le point de vue du magistrat, in: Bonomi/Tappy/Gaulis/Kohler (éd.), Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen, Actes du colloque de Lausanne du 27 janvier 2012, Genève 2012, p. 25 ss, p. 28; HAAS/SCHLUMPF, in: Oberhammer et al. (n. 18), art. 4 CPC N 2; HALDY, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy (éd.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, art. 4 CPC N 3; NOVIER MERCEDES, Demande et réponse en procédure ordinaire selon le CPC: quelques observations, JdT 2010 III p. 195 ss, p. 198 s. Plus nuancé: BOHNET, in: Bohnet et al. (n. 35), art. 59 CPC N 29, qui considère que la compétence matérielle poursuit un intérêt public et n'est pas à la libre disposition des parties, qui ne peuvent «en principe» pas y déroger.

36 Le Tribunal fédéral a précisé cependant qu'il n'est pas possible pour les parties de convenir par avance de la compétence du tribunal de commerce, ATF 142 III 623 c. 2.

37 Voir par exemple dans le canton de Zurich, § 20 al. 2 GOG: «Ist für eine Streitigkeit auch ein anderes Gericht zuständig, können die Parteien schriftlich dessen Zuständigkeit vereinbaren. Der Ausschluss des Arbeitsgerichts darf nicht im Voraus vereinbart werden»; voir également la solution prévue par le canton de Bâle-Ville, § 73 al. 2 GOG: «Es steht den Parteien frei, das Arbeitsgericht auch bei einem höheren Streitwert als zuständig zu vereinbaren».

38 GRIEDER ALAIN, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), thèse, Bâle 2016, p. 196 N 497. Voir également VOCK/NATER, in: Spühler et al. (n. 23), art. 4 CPC N 7.

interprétée conformément aux méthodes usuelles d'interprétation³⁹. Par souci de sécurité juridique, le législateur devrait indiquer clairement si la juridiction dispose d'une compétence impérative ou dispositive⁴⁰.

Lorsque la loi institue un tribunal spécialisé, la compétence de celui-ci est en principe impérative, ce qui découle d'une interprétation aussi bien historique que téléologique. Le but est non seulement de confier ce type de litiges à des juges qui disposent de connaissances spéciales des usages de la branche et de certaines compétences techniques dans les domaines en cause⁴¹, mais aussi de favoriser les issues transactionnelles⁴². Par conséquent, sauf disposition cantonale contraire, les parties ne devraient pas pouvoir convenir de soumettre un conflit de travail à une juridiction ordinaire à la place du tribunal spécialisé.

2. *Compétence exclusive*

En principe, la compétence des autorités spécialisées est exclusive, c'est-à-dire que seules des prétentions relevant du droit du travail leur sont soumises. Des exceptions peuvent être admises, en cas de cumul d'actions, de prétentions reconventionnelles ou de prétentions opposées en compensation⁴³. L'autorité spécialisée peut aussi être amenée à appliquer un autre domaine du droit lorsque la qualification du contrat est contestée. Dans cette dernière hypothèse s'applique la théorie des faits de double pertinence⁴⁴, selon laquelle le tribunal examine sa compétence sur la base des allégués de la demande, l'administration des preuves sur ce point étant renvoyée à la phase du procès au fond; si, finalement, le tribunal spécialisé arrive à la conclusion qu'il ne s'agit pas d'un contrat de travail, il doit appliquer les règles du contrat tel qu'il l'a qualifié, sa compétence ne pouvant plus être remise en cause⁴⁵.

39 Sur les différentes méthodes d'interprétation et leur application, voir ATF 141 III 53 c. 5.4.1; 140 III 315 c. 5.2.1; 137 IV 180 c. 3.4; 136 III 283 c. 2.3.1.

40 Par exemple, le canton de Vaud prévoit qu'il ne peut pas être dérogé à la compétence du tribunal de prud'hommes, sauf par clause compromissoire contenue dans une convention collective de travail liant les parties (art. 3 al. 1 LJT). Hormis cette exception, la compétence de ce tribunal est donc impérative.

41 Voir à propos du but des juridictions spécialisées et de leur contexte historique, COTTER GUIDO, *Das Luzerner Arbeitsgericht und die Bestimmung des Art. 343 OR: ein Beitrag zur Arbeitsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, thèse Zurich 1979, p. 6; DIETSCHY PATRICIA, *Les conflits de travail en procédure civile suisse*, thèse Neuchâtel, Bâle 2011, p. 28 N 41 s.; GALLEY MARIE-JOSÉE, *Les juridictions du travail en Suisse*, thèse Genève 2003, p. 41 ss.

42 Voir Loi fédérale de procédure civile: Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, juin 2013, p. 97 ad art. 194 AP-CPC.

43 Cf. infra C/III/3 (cumul) et C/III/4 (reconvention).

44 Sur les contours de cette théorie, voir ATF 141 III 294 c. 5.2.

45 OGer ZH, 12.02.2014, LR130022, ZR 114/2015 p. 143, c. 4.5; TC VD, 14.01.2004, JdT 2005 III 79 c. 3; DIETSCHY (n. 41), p. 19 N 25.

3. *Cumul objectif d'actions*

a. *Compétence locale*

Lorsque le demandeur cumule des prétentions qui relèvent de la LEg avec d'autres prétentions de droit du travail, la compétence locale est celle de l'art. 34 CPC pour l'ensemble des conclusions prises. La question des fors n'est donc pas problématique.

b. *Compétence matérielle*

aa. *Autorité de conciliation*

D'après l'art. 90 let. a CPC, un cumul objectif d'actions n'est possible que si la même autorité est matériellement compétente pour chacune des prétentions. Des difficultés peuvent se rencontrer lorsque le demandeur veut cumuler des prétentions fondées sur la LEg avec d'autres prétentions relevant du contrat de travail, les autorités de conciliation compétentes pour chacune de ces prétentions n'étant pas nécessairement identiques. Dans certains cantons, ces autorités sont totalement distinctes l'une de l'autre; dans d'autres, seule la composition de l'autorité diffère⁴⁶.

aaa. *Attraction de compétence en faveur de l'autorité paritaire LEg?*

Il appartient au droit cantonal de déterminer si un cumul de prétentions est admissible devant l'autorité paritaire LEg, en prévoyant le cas échéant une attraction de compétence ou la possibilité pour les parties de convenir de la compétence matérielle de l'autorité paritaire. A défaut de réglementation expresse, il convient d'interpréter la loi cantonale.

Lorsque l'autorité de conciliation compétente pour les autres conflits de travail est une autorité spécialisée, sa compétence est en principe impérative et ne peut pas être écartée au profit de l'autorité paritaire LEg⁴⁷. Cette impérativité s'explique toutefois par la présence de juges spécialisés, disposant de connaissances particulières du monde du travail, qui justifie que la compétence des autorités prud'homales l'emporte sur celle des juridictions ordinaires. Or les autorités paritaires LEg ne sont pas des juridictions ordinaires, bien au contraire; elles sont même souvent plus spécialisées que les instances compétentes pour les autres conflits de travail, dans la mesure où elles siègent paritairement en procédure de conciliation là où de nombreuses autorités de prud'hommes se composent d'un juge unique⁴⁸; et même lorsque la présence de représentants professionnels est prévue pour la phase de conciliation déjà⁴⁹, la composition des autorités paritaires LEg ne diffère que par la garantie d'un équilibre

46 Voir supra n. 27 ss.

47 Cf. supra C/III/1/b.

48 C'est notamment le cas dans les cantons de Fribourg, Bâle-Ville, Vaud, Valais, Genève et Jura.

49 Ainsi dans les cantons de Berne, de Lucerne ou encore d'Argovie.

hommes-femmes. Par conséquent, une attraction de compétence en faveur de l'autorité paritaire LEg devrait être admise en cas de cumul objectif⁵⁰. D'ailleurs, l'Avant-projet du Code de procédure civile suisse prévoyait que l'autorité de conciliation devait être composée paritairement pour tous les litiges de droit du travail (art. 194 let. b et c AP-CPC), une telle composition étant particulièrement appropriée pour le règlement des conflits à caractère social⁵¹. Le Conseil fédéral y a finalement renoncé pour des raisons de coûts⁵². Ce motif d'ordre financier explique aussi pourquoi de nombreux cantons ont choisi de confier la conciliation des litiges de droit du travail à un magistrat unique.

Dans l'hypothèse où la conciliation des prétentions fondées sur le droit du travail ne relève pas de la compétence d'une autorité spécialisée mais d'une autorité ordinaire⁵³, le cumul devant l'autorité paritaire LEg est possible, dans la mesure où la compétence de la juridiction ordinaire n'est en principe pas impérative. Il faut réserver une disposition cantonale contraire, qui interdirait de déroger à la compétence de l'autorité ordinaire.

Admettre une attraction de compétence devant l'autorité paritaire LEg se justifie dans un souci d'efficacité et d'économie de procédure. Dans une optique de sécurité juridique, il serait souhaitable que les lois d'organisation judiciaire cantonales prévoient expressément une attraction de compétence en faveur de l'autorité paritaire LEg en cas de cumul objectif d'actions⁵⁴ ou la possibilité pour les parties de convenir de la compétence matérielle de cette autorité.

Outre le souci d'économie de procédure, l'attraction de compétence a encore pour but d'éviter que le demandeur ne renonce à la conciliation préalable pour ses prétentions fondées sur la LEg – comme le lui permet l'art. 199 al. 2 let. c CPC – au seul motif qu'il ne souhaite pas engager deux procédures distinctes. La possibilité réservée au justiciable de renoncer à la conciliation n'a pas été conçue dans ce dessein.

50 Solution retenue par l'Obergericht de Thurgovie, voir OGer TG, 18.03.2004, ZBO 2003.24, disponible sur <www.gleichstellungsgesetz.ch>. Dans le même sens également: TAPPY (n. 6), p. 197 s.

51 Loi fédérale de procédure civile: Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts, juin 2013, p. 97 ad art. 194 AP-CPC.

52 Voir à cet égard les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de Code de procédure civile in: Classement des réponses à la procédure de consultation, Avant-projet relatif à une loi fédérale sur la procédure civile suisse (PCS), 2004, p. 498 ss ad art. 194 AP-CPC.

53 Par exemple dans le canton de Zurich, la conciliation des autres litiges de droit du travail est confiée au «Friedensrichter» (§ 52 GOG). Dans le canton de Vaud, la conciliation a lieu devant le Tribunal d'arrondissement ou la Chambre patrimoniale cantonale, lorsque la valeur litigieuse dépasse CHF 30 000.– (art. 2 LJT). Dans le canton du Valais, lorsque la valeur litigieuse des prétentions de droit du travail dépasse CHF 30 000.–, le Juge de commune est compétent (art. 3 LACPC).

54 Comp. ATF 138 III 471 c. 5.1, en matière de cumul subjectif et de compétence du tribunal de commerce.

L'attraction de compétence permet enfin d'éviter que les prétentions relevant de la LEg ne soient conciliées devant l'autorité compétente pour les autres litiges de droit du travail, soit parce que le demandeur a renoncé à la conciliation pour ses prétentions fondées sur la LEg (art. 199 al. 2 let. c CPC), soit parce qu'il a introduit deux procédures de conciliation distinctes et que la séance de conciliation portant sur les autres prétentions de droit du travail a lieu d'abord. L'art. 201 al. 1, seconde phrase, CPC, permet en effet aux parties de transiger sur des questions litigieuses qui ne sont pas comprises dans l'objet du litige. Or ces questions ne doivent pas nécessairement relever de la compétence matérielle de l'autorité devant laquelle a lieu la transaction⁵⁵. Le dépôt de requêtes distinctes ou la renonciation à la conciliation peut donc avoir pour conséquence de soustraire à l'autorité paritaire LEg la conciliation des prétentions relevant de cette loi, au profit de l'autorité compétente en droit du travail, ce qui est contraire à l'esprit de l'art. 200 al. 2 CPC.

bbb. Attraction de compétence en faveur de l'autorité de conciliation compétente pour les autres conflits de travail?

Lorsque le cumul d'actions comprend des prétentions fondées sur la LEg, une attraction de compétence en faveur de l'autorité de conciliation compétente pour les autres litiges de droit du travail n'est en principe pas possible, compte tenu du caractère impératif de l'art. 200 al. 2 CPC⁵⁶. Il faut réserver l'hypothèse où l'autorité compétente pour les autres conflits de travail est composée paritairement conformément à l'art. 200 al. 2 CPC. Rien n'empêche dans ce cas d'admettre un tel cumul, dans la mesure où les prescriptions du droit fédéral sont respectées. Il s'agit alors d'interpréter la loi cantonale pour déterminer si la compétence de l'autorité de conciliation prévue pour les litiges relevant de la LEg est absolument impérative. A notre avis, la compétence de cette autorité ne devrait en tout cas pas être écartée lorsque les représentants qui la composent disposent de connaissances particulières de cette loi, de par leur formation ou leur expérience. A défaut, le but de confier ce type de litiges à une autorité spécialisée dans ce domaine serait mis à mal⁵⁷.

55 DOLGE ANNETTE/INFANGER DOMINIK, Schlichtungsverfahren nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, Zurich 2012, p. 6 s.; FRECH SIBYLLE, Die Schlichtungsbehörde – eine Erfolgsgeschichte?, *Revue de l'avocat* 2015 p. 23 ss, p. 25; SCHRANK (n. 23), p. 101 s. N 176. Cela s'explique par un souci d'économie de procédure, mais aussi pour éviter que les parties ne doivent renoncer à une transaction judiciaire et passer par le biais d'une convention extrajudiciaire, moins favorable en raison des seuls effets de droit privé qu'elle emporte; pour faire partie de la convention judiciaire, il suffit que les prétentions soient à la libre disposition des parties. D'un avis différent: HONEGGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (éd.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3^e éd., Zurich 2016, art. 201 CPC N 3.

56 Cf. supra C/III/1/b/bb.

57 Par exemple, dans le canton de Berne, les autorités de conciliation compétentes pour les autres litiges de droit du travail sont composées d'un président et de deux assesseurs représentant les salariés et les employeurs; il suffit donc que les assesseurs soient en nombre égal d'hommes et de fem-

bb. Tribunal compétent au fond

Dans la procédure au fond, le cumul de prétentions ne pose pas de problème lorsque le même tribunal est compétent pour l'ensemble des prétentions découlant du droit du travail. Si tel n'est pas le cas, la question se pose de savoir si une attraction de compétence matérielle est envisageable. A nouveau, il appartient au droit cantonal de régler la question, en prévoyant par exemple une attraction de compétence en cas de cumul, soit en faveur de l'autorité prud'homale, soit en faveur de la juridiction ordinaire⁵⁸, ou en permettant aux parties de convenir de la compétence matérielle ou fonctionnelle, expressément ou par acceptation tacite. A défaut de règle expresse en ce sens⁵⁹, il faut considérer que la compétence du tribunal spécialisé est impérative⁶⁰ et qu'un cumul n'est pas possible devant la juridiction ordinaire. L'inverse – soumettre l'entier du litige au tribunal spécialisé – n'est en principe pas possible non plus, le demandeur ne devant pas pouvoir bénéficier, de par le cumul, de la compétence prud'homale pour des prétentions qui en sont exclues; l'interprétation du droit cantonal pourrait cependant mener à une solution différente.

4. *Prétentions reconventionnelles*

a. *Compétence locale*

Des problèmes de compétence locale peuvent se poser lorsque l'employeur oppose une prétention reconventionnelle au travailleur, vu le caractère semi-impératif des fors de l'art. 34 CPC. Si l'action a été portée au domicile ou siège de l'employeur et que ce lieu ne correspond pas au lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle ni au domicile de l'employé, la prétention reconventionnelle n'est pas recevable au regard des art. 34 et 35 CPC, faute de compétence locale. Il faut réserver une prorogation de for conclue entre les parties après la naissance du différend (art. 35 al. 2 CPC) ou la possibilité d'appliquer l'art. 14 CPC, qui prévoit une attraction de compétence locale de la demande reconventionnelle en faveur du for de la demande principale. La doctrine est divisée sur la question de savoir si cette disposition peut s'appliquer et déroger aux fors semi-impératifs de l'art. 34 CPC. Certains auteurs retiennent – avec raison selon nous – que l'art. 14 CPC est applicable⁶¹, au motif notamment

mes pour que l'art. 200 al. 2 CPC soit respecté; dans ce cas, un cumul de prétentions dont certaines relèvent de la LEG n'est pas exclu en tant que la composition de ces autorités respecte le droit fédéral; il reste cependant à interpréter le droit cantonal, c'est-à-dire déterminer si la compétence de l'autorité paritaire LEG est absolument impérative ou si une dérogation est possible.

58 Comp. ATF 138 III 471 c. 5.1.

59 Dans le même sens: SCHUMACHER RAINER, Einheitliche sachliche Zuständigkeit bei Klagenhäufung – wieder ein negativer Kompetenzkonflikt im Kanton Zürich, DC 2012 p. 229 ss, p. 232.

60 Cf. supra C/III/1/b/bc.

61 KAISER JOB, in: Spühler et al. (n. 23), art. 35 CPC N 10; RUGGLE, in: Spühler et al. (n. 23), art. 14 CPC N 12; HAAS/SCHLUMPF, in: Oberhammer et al. (n. 18), art. 14 CPC N 5; HALDY, in:

que la semi-impérativité des fors de droit du travail ne doit pas avoir pour conséquence de protéger la partie faible contre une demande en justice. Le but des fors partiellement impératifs est de protéger l'employé contre une action en justice qui se déroulerait en un lieu qui n'a aucun rapport avec le contrat de travail ou avec le domicile ou siège des parties et avec lequel le travailleur ne pouvait pas compter. Or, dès le moment où celui-ci a choisi d'agir à un certain for, il n'y a pas de raison de le protéger contre une prétention reconventionnelle. D'ailleurs, cette situation serait contraire au principe d'économie de procédure, puisqu'elle contraindrait l'employeur à ouvrir un second procès. D'autres auteurs soutiennent toutefois que l'art. 14 CPC ne peut pas s'appliquer pour les fors partiellement impératifs, l'employeur n'ayant d'autre choix que d'engager une procédure distincte⁶².

Si la prétention reconventionnelle émane de l'employé dans le cadre d'une procédure principale diligentée par l'employeur, l'attraction de compétence prévue à l'art. 14 CPC s'applique, puisque les fors de l'art. 34 CPC sont dispositifs vis-à-vis de l'employeur.

b. Compétence matérielle

Le CPC n'impose pas que la demande reconventionnelle soit soumise à la même autorité matériellement compétente que la demande principale. L'art. 224 al. 2 CPC prévoit au contraire que lorsque la valeur litigieuse de la prétention reconventionnelle dépasse la compétence matérielle du tribunal, les deux demandes sont transmises au tribunal compétent. Cette disposition ne traite toutefois que de la compétence matérielle déterminée en fonction de la valeur litigieuse. Comment faut-il régler le cas du tribunal matériellement compétent à raison de la nature des prétentions, telles les autorités paritaires LEg ou prud'homales? L'autorité saisie au principal peut-elle traiter d'une prétention reconventionnelle qui ne ressortit pas, de par sa nature, à sa compétence matérielle? Certains auteurs considèrent que la demande reconventionnelle ne doit pas relever de la compétence matérielle du tribunal, de sorte qu'elle doit dans tous les cas être admise⁶³. D'autres sont d'avis qu'une juridiction spéciale ne

Bohnet et al. (n. 35), art. 14 CPC N 4; DIETSCHY (n. 41), p. 57 N 109; GROSS, in: Müller/Wirth (éd.), Gerichtsstandsgesetz: Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zurich 2001, art. 21 LFors N 37; RAPOLD MANUELA/FERRARI-VISCA RETO, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, PJA 2013 p. 387 ss, p. 389.

62 FÜLLEMANN, in: Brunner et al. (n. 9), art. 14 CPC N 26; GRIEDER (n. 38), p. 190 ss N 478 ss; SUTTER-SOMM/GRIEDER, in: Sutter-Somm et al. (n. 55), art. 14 CPC N 7; URBACH, in: Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach (éd.), ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd., Zurich 2015, art. 14 CPC N 9.

63 MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht: eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 31 et 71; STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht: unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2^e éd., Zurich 2013, § 14 p. 225 N 33. Apparemment dans ce sens également: Message CPC (n. 1), p. 6947 ad art. 221 P-CPC.

peut pas se saisir d'une prétention reconventionnelle ne relevant pas de sa compétence, pas plus qu'un tribunal ordinaire ne peut traiter d'une reconvention relevant de la compétence d'une autorité spécialisée⁶⁴. Il appartient en réalité au droit cantonal de régler la question⁶⁵. Il faut à cet égard distinguer selon que l'autorité saisie est l'autorité de conciliation ou la juridiction compétente au fond.

aa. Autorité de conciliation

aaa. Attraction de compétence en faveur de l'autorité paritaire LEg?

Lorsque la procédure principale est portée devant l'autorité de conciliation paritaire LEg, la question se pose de savoir si le défendeur peut opposer reconventionnellement une autre prétention de droit du travail. Le droit cantonal peut le prévoir expressément ou admettre que les parties puissent convenir de la compétence de l'autorité paritaire. A défaut, il faut interpréter la loi. A notre sens, le même raisonnement doit être suivi qu'en cas de cumul objectif d'actions, c'est-à-dire qu'il faut favoriser une attraction de compétence⁶⁶ et admettre qu'une demande reconventionnelle fondée sur le droit du travail soit portée devant l'autorité paritaire LEg, dans un souci d'efficacité et d'économie de procédure. Dans tous les cas, la conciliation n'est pas obligatoire pour la demande reconventionnelle (art. 198 let. g CPC) et les parties peuvent conclure une transaction portant sur d'autres points que les prétentions litigieuses (art. 201 al. 1 CPC); le problème pourra donc être résolu sans trop de peine en pratique.

bbb. Attraction de compétence en faveur de l'autorité de conciliation compétente pour les autres conflits de travail?

Si la procédure principale a lieu devant l'autorité de conciliation compétente pour les autres litiges de droit du travail, le défendeur ne peut pas opposer une prétention reconventionnelle fondée sur la LEg, sauf si cette autorité respecte les prescriptions de double parité prévues à l'art. 200 al. 2 CPC et si l'interprétation des dispositions cantonales le permet⁶⁷. A défaut, le défendeur doit engager une procédure de conciliation distincte. Le droit cantonal ne peut en tout cas pas déroger à l'art. 200 al. 2 CPC et autoriser une attraction de compétence en cas de reconvention si l'autorité n'est pas doublement paritaire.

64 KILLIAS, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Berne 2012, art. 224 CPC N 40 ss; TAPPY, in: Bohnet et al. (n. 35), art. 224 CPC N 23.

65 GRIEDER (n. 38), p. 207 N 530 s.; TAPPY (n. 6), p. 209 s. D'un avis différent: MEIER (n. 63), p. 71, qui considère qu'une disposition de droit cantonal violerait le droit fédéral en tant que celui-ci n'impose pas l'identité de compétence matérielle pour la reconvention.

66 Cf. C/III/3/b/aa/aaa.

67 Voir les développements relatifs au cumul objectif supra C/III/3/b/aa/bbb.

bb. Tribunal compétent au fond

Dans la procédure au fond, des problèmes peuvent se poser lorsque le tribunal compétent pour les prétentions relevant de la LEg est différent de celui compétent pour les autres prétentions de droit du travail, notamment si le tribunal de prud'hommes est compétent à hauteur d'une certaine valeur litigieuse, sauf en matière de LEg⁶⁸.

aaa. Attraction de compétence en faveur de la juridiction ordinaire?

Si la procédure principale a lieu devant la juridiction ordinaire, le défendeur peut opposer une prétention reconventionnelle relevant de la LEg, en principe soumise à la compétence du tribunal spécialisé, pour autant que le droit cantonal le prévoie. Dans un souci d'économie de procédure, la solution d'une attraction de compétence en cas de reconvention devrait être favorisée, étant précisé que le défendeur est libre de réclamer sa prétention dans le cadre d'une procédure séparée, devant le tribunal de prud'hommes. A défaut de règle cantonale en ce sens, une dérogation en faveur des tribunaux ordinaires n'est pas possible, la compétence de la juridiction spécialisée étant exclusive et impérative⁶⁹. Le droit cantonal pourrait aussi prévoir qu'en cas de reconvention la cause soit transmise dans son entier à la juridiction spécialisée⁷⁰, dans le même esprit que l'art. 224 al. 2 CPC, ce qui nous semble être la solution optimale. La transmission serait naturellement conditionnée au respect du même type de procédure applicable (art. 224 al. 1 CPC)⁷¹.

bbb. Attraction de compétence en faveur de la juridiction spécialisée?

Si la procédure principale, relevant de la LEg, est portée devant la juridiction spécialisée, le défendeur peut opposer une demande reconventionnelle fondée sur le droit du travail qui relèverait, compte tenu de sa valeur litigieuse, de la compétence de la juridiction ordinaire, si le droit cantonal prévoit une telle attraction de compétence ou s'il admet que les parties puissent convenir du tribunal matériellement compétent. A défaut de réglementation expresse, il convient d'interpréter le droit cantonal. A notre avis, la solution d'une attraction de compétence doit être favorisée⁷², à la condition que le même type de procédure soit applicable⁷³.

68 Voir par exemple le cas du canton du Valais, supra n. 32.

69 Dans le même sens: KILLIAS, in: Berner Kommentar (n. 64), art. 224 CPC N 42; GRIEDER (n. 38), p. 209 s. N 539.

70 GRIEDER (n. 38), p. 210 N 539.

71 Sur cette condition, voir infra D/II/3.

72 Dans le même sens, GRIEDER (n. 38), p. 210 N 540 ss. D'un avis différent: KILLIAS, in: Berner Kommentar (n. 64), art. 224 CPC N 40 s.

73 Voir infra D/II/3.

D. Type de procédure

I. Procédure de conciliation

Que la procédure au fond soit ordinaire ou simplifiée, la conciliation préalable se déroule selon les mêmes règles de forme des art. 202 ss CPC⁷⁴. Une pluralité de prétentions ou des conclusions reconventionnelles peuvent donc être réclâmées durant la phase de conciliation, peu importe le type de procédure applicable au fond⁷⁵. Il conviendra, le cas échéant, de déposer par la suite deux demandes distinctes.

Dans la phase de conciliation, le type de procédure applicable au fond a une influence sur la possibilité de se faire représenter à l'audience. Selon l'art. 204 al. 3 let. c CPC, l'employeur peut se faire représenter par un employé habilité à transiger lorsque la procédure se poursuit en la forme simplifiée. A notre sens, en cas de cumul objectif d'actions ou de prétentions reconventionnelles qui ne relèveraient pas du même type de procédure au fond, les règles sur la comparaison personnelle doivent s'appliquer au regard de chaque type de prétentions⁷⁶.

Le Code prévoit par ailleurs certaines règles spéciales pour les procédures de conciliation qui portent sur des prétentions relevant de la LEg. Ainsi, l'art. 199 al. 2 let. c CPC autorise le demandeur à renoncer unilatéralement à la conciliation préalable. En cas de cumul avec d'autres prétentions de droit du travail, la question se pose de savoir si la renonciation à la conciliation peut valoir pour le tout⁷⁷. A notre avis, le demandeur peut renoncer à la conciliation pour ses prétentions fondées sur la LEg, alors que les autres prétentions de droit du travail y restent soumises⁷⁸. Si le requérant n'est tenu par aucun délai de péremption, il peut attendre la fin de la procédure de conciliation pour déposer l'entier de ses prétentions dans une seule et même procédure au fond. Le problème ne se pose pas en cas de prétentions reconventionnelles, puisque celles-ci échappent à la conciliation préalable en vertu de l'art. 198 let. g CPC.

74 GRIEDER (n. 38), p. 292 N 804.

75 Demeurent réservées les autres conditions du cumul et de la reconvention, notamment en ce qui concerne la compétence de l'autorité saisie.

76 D'un avis différent: BOHNET, in: Bohnet et al. (n. 35), art. 204 CPC N 16, qui considère qu'il serait exagérément formaliste de refuser la représentation pour l'ensemble des prétentions et admet que celles soumises à la procédure ordinaire bénéficient de l'exception de l'art. 204 al. 3 let. c CPC.

77 AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de la LEg, in: Dunand/Lempen/Mahon (éd.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail: 1996–2016: 20 ans d'application de la LEg, Genève 2016, p. 95 ss, p. 113. Dans le même sens, pour autant que l'aspect prépondérant du litige relève de la LEg: GROBÉTY LAURENT, Cumul objectif d'actions et conciliation en procédure civile suisse, Jusletter du 13 avril 2015, N 22. D'un avis différent: TAPPY (n. 6), p. 198, selon lequel la conciliation doit être obligatoire pour l'ensemble des prétentions, y compris celles découlant de la LEg.

78 Dans le même sens: BOHNET, in: Bohnet et al. (n. 35), art. 199 CPC N 19.

L'art. 210 al. 1 let. a CPC permet enfin à l'autorité de conciliation de rendre une proposition de jugement lorsque la prétention relève de la LEg, peu importe la valeur litigieuse ou le caractère patrimonial du litige. Dans les autres affaires de droit du travail, la proposition de jugement n'est possible que si la valeur litigieuse des prétentions ne dépasse pas CHF 5000.– (art. 210 al. 1 let. c CPC). En cas de cumul objectif d'actions ou de prétentions reconventionnelles qui ne sont pas toutes soumises au même régime, l'autorité de conciliation peut rendre une proposition de jugement pour la prétention fondée sur la LEg et délivrer une autorisation de procéder pour le reste des prétentions litigieuses.

II. Procédure au fond

1. Principes

Lorsque la cause relève de la LEg ou de la loi sur la participation, la procédure simplifiée et la maxime inquisitoire sociale sont applicables, peu importe le caractère patrimonial du litige⁷⁹ ou la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 let. a et e et art. 247 al. 2 let. a CPC). Dans les autres litiges de droit du travail, la procédure simplifiée et la maxime inquisitoire sociale ne s'appliquent que lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30 000.– (art. 243 al. 1 et 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC). Si la valeur litigieuse est supérieure ou si les prétentions ne sont pas de nature patrimoniale⁸⁰, la procédure ordinaire et la maxime des débats s'appliquent (art. 219 et 55 al. 1 CPC). Comparée à la procédure ordinaire, la procédure simplifiée se caractérise par un formalisme moindre, une plus grande rapidité et une plus forte implication du juge⁸¹. Ces règles poursuivent un but d'économie de procédure et des objectifs sociaux⁸².

2. Cumul objectif d'actions

D'après l'art. 90 let. b CPC, les prétentions cumulées doivent relever du même type de procédure. Lorsque celui-ci se détermine en fonction de la valeur litigieuse, la valeur de chaque prétention doit être additionnée (art. 93 al. 1 CPC)⁸³. Si la procédure simplifiée s'applique en raison de la nature de la prétention, telles les prétentions relevant de la LEg (art. 243 al. 2 let. a CPC), la valeur litigieuse de celle-ci ne doit pas être additionnée aux autres,

79 MAZAN, in: Spühler et al. (n. 23), art. 243 CPC N 14; FRAEFEL, in: Oberhammer et al. (n. 18), art. 243 CPC N 14; TAPPY (n. 6), in: Bohnet et al. (n. 35), art. 243 CPC N 15.

80 ATF 142 III 145 c. 4.

81 ATF 142 III 402 c. 2.1.

82 *Ibid.*

83 ATF 142 III 788 c. 4.2; BOHNET, in: Bohnet et al. (n. 35), art. 90 CPC N 8; TAPPY (n. 6), p. 190 ss. Dans ce sens également: ATF 142 III 402 c. 2.5.4.

puisque ce critère n'est pas pertinent pour fixer le type de procédure applicable⁸⁴.

Des problèmes peuvent se poser lorsque des prétentions LEg sont cumulées avec d'autres prétentions de droit du travail dont la valeur litigieuse dépasse CHF 30 000.-; les premières relèvent de la procédure simplifiée, les secondes de la procédure ordinaire. Un cumul est en principe impossible⁸⁵. Certains auteurs proposent toutefois d'admettre que ces prétentions puissent être invoquées dans le cadre d'un seul procès. AUBRY GIRARDIN plaide pour l'application de la procédure simplifiée à l'ensemble des prétentions cumulées, la procédure spéciale applicable en matière de LEg devant l'emporter⁸⁶. D'après elle, un tel cumul se justifie pour des motifs de clarté, mais aussi de simplification, «pour éviter les situations absurdes obligeant la partie demanderesse à intenter deux procès»⁸⁷. Nous partageons son avis en ce sens qu'un cumul devrait être admis dans un souci d'économie de procédure, mais, à notre sens, le procès devrait se dérouler en procédure ordinaire⁸⁸. L'existence de prétentions relevant de la LEg ne doit pas profiter au demandeur et s'étendre aux autres conclusions de droit du travail. D'une part, il en va de l'égalité de traitement par rapport à une partie qui ne disposerait pas de conclusions fondées sur la LEg et qui devrait donc agir en procédure ordinaire. D'autre part, cette solution pourrait inciter les plaideurs à invoquer la LEg uniquement pour bénéficier des avantages procéduraux qui y sont liés, sans avoir de réelles prétentions à ce titre. Certes, AUBRY GIRARDIN réserve les hypothèses où cette loi serait invoquée de manière abusive ou de façon manifestement non pertinente⁸⁹. Il n'est toutefois pas toujours aisé de le déterminer en début de procès, au moment où le type de procédure doit être fixé. Par conséquent, il faudrait admettre un cumul de prétentions soumis à la procédure ordinaire, la partie demanderesse renonçant à l'application de la procédure simplifiée pour les prétentions fondées sur la LEg. Si elle veut bénéficier de la procédure simplifiée, rien ne l'empêche d'ouvrir deux procès distincts.

84 HOFMANN DAVID, Droit du bail et Code de procédure civile, CdB 4/2010 p. 113 ss, p. 124; TAPPY (n. 6), p. 193. Par exemple, le demandeur réclame CHF 200 000.- à titre de discrimination salariale à raison du sexe, ainsi que CHF 10 000.- pour des heures supplémentaires effectuées; les valeurs litigieuses de chaque prétention ne doivent pas être additionnées puisque la procédure simplifiée s'applique pour la prétention LEg indépendamment de la valeur litigieuse.

85 FÜLLEMANN, in: Brunner et al. (n. 9), art. 90 CPC N 6; HEINZMANN MICHEL, *Verfahrensüberschreitende Klagenhäufung?*, RSPC 3/2012 p. 269 ss, p. 374; TAPPY (n. 6), p. 193.

86 AUBRY GIRARDIN (n. 85), p. 113 s. On pourrait y voir une application analogique de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui qualifie de non pécuniaire, partant qui ouvre la voie du recours en matière civile, l'action visant le constat d'une atteinte à la personnalité et le paiement de dommages-intérêts ou d'une indemnité pour tort moral, au motif que l'aspect pécuniaire est accessoire, voir TF, 03.09.2008, 5A_205/2008 c. 2.3 et les réf.; voir également à ce propos HEINZMANN (n. 85), p. 275 ss, spéc. p. 277.

87 AUBRY GIRARDIN (n. 85), p. 114.

88 DIETSCHY (n. 41), p. 219 N 447. Dans le même sens: WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, *Droit du travail*, 3^e éd., Berne 2014, p. 760.

89 AUBRY GIRARDIN (n. 85), p. 113.

Certes, la solution préconisée se heurte à première vue à la lettre de l'art. 90 let. b CPC, qui impose que les prétentions «soient soumises à la même procédure». Elle correspond toutefois à une interprétation téléologique de la norme, le but du législateur n'étant pas d'empêcher le cumul en tant que tel, mais d'éviter que plusieurs procédures soient simultanément applicables⁹⁰, ce qui serait impraticable vu les disparités, de formes mais aussi de rythme, entre les procédures ordinaire et simplifiée. L'art. 90 let. b CPC devrait donc être interprété comme l'obligation, en cas de cumul, de soumettre l'entier des prétentions au même type de procédure, c'est-à-dire, le cas échéant, à la procédure ordinaire (art. 219 CPC). La solution du cumul en procédure ordinaire semble également contrevenir au texte de l'art. 243 al. 2 let. a CPC, qui prévoit que les prétentions fondées sur la LEg relèvent de la procédure simplifiée. A nouveau, il faut se référer au but de la loi, celui de protéger la partie faible en lui assurant un accès facilité à la justice⁹¹. Il convient donc d'admettre que le demandeur puisse renoncer à la procédure simplifiée en cas de cumul et faire valoir l'entier de ses prétentions dans une seule procédure ordinaire. Notons que dans un arrêt portant sur le champ d'application de la procédure simplifiée et la notion de «protection contre les congés» en matière de bail prévue à l'art. 243 al. 2 let. c CPC, le Tribunal fédéral s'est écarté du texte clair de la loi pour des motifs de protection du locataire, de clarté et de sécurité du droit⁹². Ces mêmes motifs doivent conduire à interpréter les art. 90 let. b et 243 al. 2 let. a CPC en ce sens que le travailleur peut cumuler, en procédure ordinaire, des prétentions fondées sur la LEg avec d'autres prétentions de droit du travail.

Si des prétentions relevant de la LEg peuvent être invoquées dans le cadre d'une procédure ordinaire, la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 let. a CPC) devrait continuer à s'appliquer pour ces prétentions⁹³. En effet, le Code n'interdit pas de cumuler plusieurs types de maximes, et d'ailleurs il le prévoit expressément dans la procédure de divorce, la maxime étant différente selon le type de prétentions invoquées (voir art. 277 et 296 CPC)⁹⁴. En outre, un cumul de prétentions en procédure simplifiée pourrait aussi entraîner l'application de maximes différentes, selon que l'alinéa 1 ou l'alinéa 2 de l'art. 247 CPC est applicable (devoir d'interpellation accru à l'al. 1 et maxime inquisitoire sociale à l'al. 2). La maxime inquisitoire sociale poursuit un but de protection accru du travailleur, auquel il ne se justifie pas de renoncer lorsque la procédure ordinaire s'applique. Dans ce cas, le juge devrait pouvoir instruire d'office, retenir des faits non allégués ou admettre des nouveaux faits ou moyens de preuve jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC) pour les prétentions relevant de la

90 Voir HOFMANN (n. 84), p. 124.

91 Message CPC (n. 1), du 28 juin 2006, FF 2006 p. 6953 ss.

92 ATF 142 III 402 c. 2.

93 DIETSCHY (n. 41), p. 151 N 300. Du même avis: WYLER/HEINZER (n. 97), p. 760 s.

94 TAPPY (n. 6), p. 199 s.

LEg, mais pas pour les autres prétentions de droit du travail⁹⁵. Il faut éviter que, par le biais du cumul, la partie demanderesse ne bénéficie des avantages procéduraux réservés aux prétentions fondées sur la LEg.

3. Conclusion reconventionnelle

a. Prétention principale soumise à la procédure ordinaire et prétention reconventionnelle soumise à la procédure simplifiée

L'art. 224 al. 1 CPC impose que la demande reconventionnelle et la prétention principale soient soumises au même type de procédure. Des problèmes peuvent se rencontrer si le procès principal est instruit en la forme ordinaire et si la prétention reconventionnelle relève de la procédure simplifiée. La doctrine majoritaire considère que la reconvention est en principe possible dans cette hypothèse, dans la mesure où la procédure ordinaire va s'appliquer pour l'entier des prétentions, par souci d'économie de procédure⁹⁶. Rien n'empêche au demeurant le défendeur de renoncer à opposer sa prétention à titre reconventionnel et de la soumettre dans le cadre d'une procédure principale, soumise à la procédure simplifiée. Cela étant, la volonté du législateur de protéger la partie faible pour les litiges relevant de la LEg n'est pas mise à mal. Certains auteurs réservent cependant les hypothèses où la prétention reconventionnelle est soumise à la maxime inquisitoire sociale, notamment les prétentions fondées sur la LEg et les prétentions de droit du travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30 000.– (art. 247 al. 2 let. a et let. b ch. 2 CPC), l'application de cette maxime en procédure ordinaire étant exclue selon eux⁹⁷. A notre avis, la maxime inquisitoire sociale peut s'appliquer même en procédure ordinaire, un cumul de maximes n'étant pas interdit par le Code⁹⁸. D'ailleurs, lorsque les parties sont représentées par des avocats, le juge doit faire preuve de retenue dans l'application de la maxime inquisitoire sociale, «comme dans un procès soumis à la procédure ordinaire»⁹⁹. Or il est rare qu'une partie procède seule en procédure ordinaire. Les conséquences de l'application de la maxime inquisitoire

95 D'un avis différent: TAPPY (n. 6), p. 199 s., qui considère que les faits retenus ne peuvent pas varier dans un même procès selon les questions à examiner.

96 Certains auteurs y voient une renonciation, par le défendeur, à la procédure simplifiée: DIETSCHY (n. 41), p. 222 N 452; GRIEDER (n. 38), p. 236 N 614 s.; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm et al. (n. 55), art. 224 CPC N 14; RAPOLD/FERRARI-VISCA (n. 61), p. 390 s. D'autres auteurs considèrent qu'il s'agit simplement d'appliquer le principe de l'art. 94 al. 1 CPC qui prévoit que la valeur litigieuse, en cas de demande reconventionnelle, se détermine d'après la prétention la plus élevée: TAPPY (n. 6), p. 207; NOVIER, p. 219. Sans précision, mais dans le même sens: KILLIAS, in: Berner Kommentar (n. 64), art. 224 CPC N 25; ELKAÏM-LÉVY, p. 40; HOFMANN/LÜSCHER (n. 17), p. 157 s. et 203. D'un avis différent: WILLISEGGER, in: Spühler et al. (n. 23), art. 224 CPC N 43; PAHUD, in: Brunner et al. (n. 9), art. 224 CPC N 15.

97 KILLIAS, in: Berner Kommentar (n. 64), art. 224 CPC N 26; GRIEDER (n. 38), p. 237 N 616; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm et al. (n. 55), art. 224 CPC N 14.

98 Voir à ce propos supra D/III/2 en lien avec le cumul de maximes en procédure simplifiée.

99 ATF 141 III 569 c. 2.3.1.

sociale pour les prétentions relevant de la LEg invoquées dans le cadre d'une telle procédure sont donc réduites.

b. Prétention principale soumise à la procédure simplifiée et prétention reconventionnelle soumise à la procédure ordinaire

Lorsque la procédure principale relève de la LEg et se déroule en la forme simplifiée (art. 243 al. 2 let. a CPC), le défendeur ne peut pas opposer une prétention de droit du travail dont la valeur litigieuse dépasse CHF 30 000.¹⁰⁰, la procédure ordinaire lui étant applicable. Le défendeur ne doit pas pouvoir bénéficier, par le moyen de la reconvention, de la procédure simplifiée. On pourrait toutefois admettre que le demandeur principal accepte expressément que la reconvention soit soumise à la procédure simplifiée¹⁰¹, dans un souci d'économie de procédure. Il peut avoir intérêt, notamment financier, à ce que la prétention de la partie adverse soit traitée dans le procès déjà ouvert plutôt que de devoir mener deux procédures parallèles. En outre, il n'est pas rare en pratique que la partie qui invoque la LEg soit représentée par un avocat, compte tenu de la difficulté à appréhender cette loi. Or, en présence d'avocats, le déroulement de la procédure simplifiée se rapproche de celui de la procédure ordinaire, les écritures étant déposées selon les mêmes formes et les débats principaux pouvant avoir lieu selon un rythme similaire. Imposer aux parties la tenue de deux procès distincts peut paraître disproportionné.

E. Frais

I. Règles régissant les frais

1. Frais judiciaires

Les frais judiciaires sont exclus en procédure de conciliation comme en procédure au fond lorsque la cause relève de la LEg (art. 113 al. 2 let. a et 114 let. a CPC), de la loi sur la participation (art. 113 al. 2 let. e et 114 let. d CPC) ou d'une autre disposition de droit du travail pour autant, dans ce dernier cas, que la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30 000.– (art. 113 al. 2 let. d et 114 let. c CPC) ou que les prétentions ne soient pas de nature patrimoniale¹⁰².

Lorsque le demandeur invoque l'application de la LEg, mais que, en cours ou au terme de l'instruction, le tribunal constate que la prétention ne relève en

100 TF du 13.06.2017, 4A_576/2016 c. 3.2.4 (destiné à la publication); GRIEDER (n. 38), p. 235 N 612; HOFMANN/LÜSCHER (n. 17), p. 203; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm et al. (n. 55), art. 224 CPC N 14; RAPOLD/FERRARI-VISCA (n. 61), p. 390.

101 DIETSCHY (n. 41), p. 222 N 452. D'un avis contraire, *de lege lata* à tout le moins: TAPPY (n. 6), p. 208.

102 TF, 10.02.2016, 4A_332/2015 c. 6.4.

réalité pas de cette loi mais d'une autre disposition de droit du travail et que la valeur litigieuse dépasse CHF 30 000.–, le litige demeure selon nous gratuit¹⁰³. Il faudrait appliquer par analogie la théorie des faits de double pertinence, selon laquelle les règles de compétence s'apprécient sur la base des allégués de la demande – en l'occurrence le fait que la prétention est fondée sur une discrimination à raison du sexe –, sauf s'il ressort manifestement du dossier que la LEG est invoquée abusivement. Cette solution nous paraît conforme à l'esprit des règles spéciales prévues pour les litiges relevant de la loi sur l'égalité, qui visent à garantir un accès facilité à la justice et à empêcher qu'un justiciable ne renonce à faire valoir ses droits pour des motifs d'ordre procédural. Or si la partie doit compter avec le risque que le litige ne soit finalement pas gratuit parce que, au terme de l'instruction, le tribunal retient que la prétention ne relève pas d'un comportement discriminatoire à raison du sexe, mais tombe sous le coup d'une autre disposition de droit du travail, elle pourrait être tentée de renoncer à agir. En outre, il ne se justifie pas d'appliquer des principes différents pour la question de la compétence – le tribunal saisi reste compétent peu importe l'issue de l'instruction – ou du type de procédure applicable – un changement de procédure en cours de procès n'est pas envisageable – que pour la question des frais. Dans tous les cas, si la LEG est invoquée de manière manifestement abusive, l'autorité renoncera d'entrée de cause à appliquer les règles spéciales de procédure prévues dans ce domaine.

2. Dépens

L'art. 113 al. 1 CPC exclut l'allocation de dépens dans toutes les procédures de conciliation. Le Tribunal fédéral a toutefois relativisé la règle en considérant que, lorsque la procédure se poursuit au fond, les dépens alloués par le juge peuvent couvrir la phase de conciliation également¹⁰⁴.

Lorsque l'autorité de conciliation rend une proposition de jugement (art. 210–211 CPC) ou une décision (art. 212 CPC), la question de savoir si des dépens peuvent être alloués fait l'objet de controverses doctrinales. Certains auteurs l'admettent de manière générale¹⁰⁵ ou seulement pour la décision¹⁰⁶, alors que d'autres l'excluent totalement¹⁰⁷. A notre avis, des dépens devraient

103 Comp. TF, 16.03.2017, 4A_592/2016 c. 3. D'un avis différent: TAPPY, in: Bohnet et al. (n. 35), art. 114 CPC N 9.

104 ATF 141 III 20 c. 5.

105 STERCHI, in: Berner Kommentar (n. 64), art. 113/114 CPC N 3; JENNY, in: Sutter-Somm et al. (n. 55), art. 113 CPC N 5; SEILER MICHELLE, Die Anwendung von Rechtsnormen der ZPO auf das Schlichtungsverfahren, PCEF 35/2014 p. 174 ss, p. 177; URWYLER/GRÜTTER, in: Brunner et al. (n. 9), art. 113 CPC N 4.

106 RÜEGG/RÜEGG, in: Spühler et al. (n. 23), art. 113 CPC N 3a; SCHMID, in: Oberhammer et al. (n. 18), art. 113/114 CPC N 2.

107 PÜNTENER RICHARD, Das mietrechtliche Schlichtungsverfahren in der Zivilprozessordnung, MP 2011 p. 243 ss, p. 252; TAPPY, in: Bohnet et al. (n. 35), art. 113 CPC N 6.

pouvoir être alloués en cas de décision comme de proposition de jugement, puisque le but de l'art. 113 al. 1 CPC vise à favoriser l'aboutissement de la tentative de conciliation¹⁰⁸, qui a cependant échoué dans l'une ou l'autre de ces hypothèses. En outre, la proposition de jugement et la décision peuvent avoir les mêmes effets qu'un jugement au fond (art. 211 al. 1 et 212 CPC). Il n'y a donc pas de raison de les traiter différemment. Dans tous les cas, l'autorité de conciliation est libre de ne pas allouer de dépens (art. 107 al. 1 let. f CPC), notamment si elle considère que l'une des parties pourrait s'opposer à la proposition de jugement pour ce seul motif.

3. *Droit cantonal*

Les cantons peuvent prévoir des dispenses de frais plus larges (art. 116 al. 1 CPC), c'est-à-dire soit exempter de frais judiciaires les procédures de droit du travail dont la valeur litigieuse dépasse CHF 30 000.–, soit exclure l'allocation de dépens dans la procédure au fond.

II. En cas de cumul d'actions

En cas de cumul de prétentions relevant de la LEg avec des prétentions de droit du travail dont la valeur litigieuse dépasse CHF 30 000.–¹⁰⁹, les prétentions fondées sur la LEg ne seront pas prises en compte pour fixer le montant des frais, compte tenu de la gratuité instituée par l'art. 113 al. 2 let. a CPC, et les frais judiciaires ne seront calculés que sur la base des autres prétentions de droit du travail¹¹⁰.

III. En cas de prétentions reconventionnelles

Si les prétentions principale et reconventionnelle ne sont pas soumises au même régime de frais, il faut procéder comme en matière de cumul, c'est-à-dire que la gratuité vaut pour la prétention relevant de la LEg et des frais judiciaires doivent être perçus pour les autres prétentions de droit du travail si leur valeur litigieuse dépasse CHF 30 000.–¹¹¹.

108 ATF 141 III 20 c. 5.3.

109 Le procès devrait être instruit en la forme ordinaire, voir supra D/II/2.

110 HOFMANN/LÜSCHER (n. 17), p. 106 s.; TAPPY (n. 6), p. 197; WYLER/HEINZER (n. 97), p. 752.

111 GRIEDER (n. 38), p. 239 s. N 626 s.; HAUCK, in: Sutter-Somm et al. (n. 55), Vorbemerkungen zum Art. 243 CPC N 16; comp. SCHRANK (n. 23), p. 163 N 262. D'un avis différent: KILLIAS, in: Berner Kommentar (n. 64), art. 224 CPC N 24, qui exclut la demande reconventionnelle lorsque celle-ci n'est pas soumise au même régime de frais que la prétention principale.

F. Conclusion

Les règles spéciales de procédure applicables en matière de LEg doivent être saluées dans la mesure où elles favorisent la mise en œuvre de cette loi, qui reste malgré tout peu invoquée en pratique¹¹². Les avantages de ces règles ne sont pas remis en cause. Celles-ci peuvent cependant aussi avoir pour effet de compliquer le procès lorsqu'une partie veut cumuler des prétentions ou opposer des conclusions reconventionnelles qui relèvent du droit du travail, mais qui ne sont pas soumises au même régime procédural. Par souci d'efficacité et d'économie de procédure, des solutions doivent être trouvées, sans que la protection particulière de la partie faible visée par les règles spéciales de procédure soit mise à mal.

En matière de compétence, le problème principal a trait à la composition doublement paritaire de l'autorité de conciliation imposée par l'art. 200 al. 2 du CPC. Il peut être résolu en admettant une attraction de compétence en faveur de cette autorité lorsque des prétentions fondées sur la LEg sont cumulées ou opposées reconventionnellement avec d'autres prétentions de droit du travail, dans un souci d'efficacité et d'économie de procédure. Par sécurité juridique, il conviendrait que le droit cantonal règle expressément la question.

S'agissant du type de procédure applicable, une exception à l'application de la procédure simplifiée pour les prétentions relevant de la LEg doit être admise en cas de cumul d'actions ou de reconvention. Une telle prétention doit pouvoir être élevée dans le cadre d'un procès soumis à la forme ordinaire, afin d'éviter une multiplication des procédures entre les parties. Si une prétention fondée sur la LEg est invoquée en procédure ordinaire, la maxime inquisitoire sociale n'en demeure pas moins applicable, le Code n'interdisant pas un cumul de maximes.

La question des frais peut enfin poser problème puisque la gratuité est garantie pour les prétentions relevant de la Leg, alors qu'elle est limitée à une certaine valeur litigieuse pour les autres prétentions de droit du travail. Cette différence de régime ne doit pas empêcher un cumul ni l'introduction d'une demande reconventionnelle, chaque prétention devant être traitée séparément en ce qui concerne les frais.

Les règles spéciales de procédure prévues en matière de LEg ont été instituées pour protéger la partie faible en lui garantissant un accès facilité à la justice. Lorsque leur application nécessite l'ouverture de plusieurs procédures parallèles, cet objectif est sérieusement mis à mal. Il convient donc d'interpréter ces normes de manière conforme à leur but, lequel doit, le cas échéant, prévaloir sur la lettre de la loi. Le règlement dans un seul procès de toutes les questions litigieuses entre les parties doit être favorisé. La protection particulière accordée au travailleur ne doit pas se retourner contre lui. Autrement dit: cet accès facilité ne doit pas se complexifier.

112 Voir à ce sujet AUBRY GIRARDIN (n. 85), p. 95 ss.

Résumé

Le CPC institue des règles spéciales de procédure pour les litiges relevant de la LEg, afin d'assurer une protection particulière de la partie faible en garantissant à celle-ci un accès facilité à la justice. Certaines de ces règles s'appliquent aussi à d'autres prétentions de droit du travail, à condition souvent qu'une certaine valeur litigieuse ne soit pas dépassée. En cas de cumul objectif d'actions ou de prétentions reconventionnelles, la différence de régime procédural applicable entre une prétention fondée sur la LEg et une autre prétention de droit du travail peut compliquer le procès et même imposer aux parties de conduire plusieurs procédures parallèles. Les problèmes principaux ont trait à la compétence de l'autorité, au type de procédure applicable ou à la réglementation sur les frais. Par souci d'efficacité et d'économie de procédure, des solutions doivent être trouvées, sans que la protection particulière de la partie faible visée par les règles spéciales de procédure soit mise à mal.

Zusammenfassung

Die ZPO sieht für Verfahren infolge von Streitigkeiten nach dem GIG spezielle Verfahrensregeln vor, die einen besonderen Schutz der schwachen Partei gewährleisten indem sie ihr einen vereinfachten Zugang zur Gerichtsbarkeit anbieten. Einige dieser Regeln finden auch auf andere Ansprüche aus dem Arbeitsrecht Anwendung, oft unter der Voraussetzung, dass ein gewisser Streitwert nicht überschritten wird. Im Falle der objektiven Klagehäufung oder bei Widerklagen kann der Unterschied zwischen den verfahrensrechtlichen Regelungen einer Forderung gemäss dem GIG und einer anderen arbeitsrechtlichen Forderung das Verfahren komplizieren und die Parteien sogar dazu zwingen, parallel verschiedene Verfahren zu führen. Die Hauptprobleme liegen dabei bei der Zuständigkeit der Behörde, der Art des anwendbaren Verfahrens und der Kostenregelung. Aus Gründen der Effizienz und der Verfahrensökonomie müssen Lösungen gefunden werden, ohne dass dies eine Bedrohung des durch die speziellen Verfahrensregeln gewollten besonderen Schutzes der schwachen Partei nach sich zieht.