

INSTITUT  
DU DROIT DES  
ASSURANCES  
ET DU TRAVAIL

IDAT

Faculté de droit  
et des sciences criminelles  
de l'Université de Lausanne

Collection dirigée par Bettina Kahil-Wolff

Rémy Wyler  
(éd.)

## Panorama II en droit du travail

Recueil d'études réalisées par des praticiens

Franck Ammann  
Marie-Christine Balzan  
Laurent Beck  
Christian Bettex  
Aline Bonard  
Philippe Carruzzo  
Estelle Chanson  
José Carlos Coret  
Alexandre Curchod  
Giuseppe Donatiello  
Stéphanie Fuld  
Christian Giauque  
Odile Juillerat  
Raffaella Martinelli Peter  
Véronique Perroud  
Véronique Rossé  
Vanessa Rossel  
Sara Rousselle-Ruffieux  
Nathalie Subilia-Bigler  
Anne Troillet  
Aurélien Witzig  
Rémy Wyler

38



Stämpfli Editions SA Berne



---

Rémy Wyler, éd.

**Panorama II en droit du travail**

---

# IDAT

**Faculté de droit  
et des sciences criminelles  
de l'Université de Lausanne**

**Collection de l'Institut du droit des assurances et du travail**

Collection dirigée par BETTINA KAHIL-WOLFF,  
Professeur à l'Université de Lausanne

Fondée en 1987 par JEAN-LOUIS DUC,  
Professeur honoraire de l'Université de Lausanne,  
ancien directeur de l'IRAL

---

Rémy Wyler

(éd.)

## **Panorama II en droit du travail**

### **Recueil d'études réalisées par des praticiens**

Avec les contributions de

Franck Ammann

Marie-Christine Balzan

Laurent Beck

Christian Bettex

Aline Bonard

Philippe Carruzzo

Estelle Chanson

José Carlos Coret

Alexandre Curchod

Giuseppe Donatiello

Stéphanie Fuld

Christian Giauque

Odile Juillerat

Raffaella Martinelli Peter

Véronique Perroud

Véronique Rossé

Vanessa Rossel

Sara Rousselle-Ruffieux

Nathalie Subilia-Bigler

Anne Troillet

Aurélien Witzig

Rémy Wyler



Stämpfli Editions SA Berne · 2012

© Stämpfli Editions SA, Berne

---

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek  
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2012  
Réalisation intégrale:  
Stämpfli Publications SA, Berne  
Printed in Switzerland

ISBN 978-3-7272-2230-6



© Stämpfli Editions SA, Berne

---

# Les faits de double pertinence en général et en droit du travail

Stéphanie FULD

## Plan

Introduction .....	837
I. Moment de l'examen de la compétence.....	838
A. Principe général.....	838
B. Report du moment de l'examen de la compétence du tribunal saisi en raison de la qualification des faits.....	839
1. Les faits simples.....	839
2. Les faits doublement pertinents.....	840
II. Théorie des faits de double pertinence.....	841
A. Origine et fondement.....	841
B. Quel est l'intérêt d'une telle théorie ?.....	842
C. Limites de la théorie .....	845
III. Illustration de la théorie .....	846
IV. Degré de vraisemblance nécessaire à l'application de la théorie .....	849
V. Applicabilité de la théorie à la consorité.....	851
VI. En conclusion.....	854

## Introduction

Au moment où survient un désaccord entre les parties au contrat, il arrive fréquemment qu'un des éléments du litige est que celles-ci qualifient le contrat qui les lie de manière différente.

Cette qualification divergente a non seulement des conséquences sur le fond mais soulève inévitablement des interrogations procédurales.

*« Lorsque le demandeur prétend à l'existence d'un contrat de travail alors que le défendeur invoque une qualification différente du contrat, par exemple un contrat de mandat ou de gérant, soit lorsque les parties ne s'entendent pas sur la qualification du contrat, faut-il alors appliquer les règles de compétences et de procédures spéciales prévues en matière de droit du travail ? »<sup>1</sup>.*

---

<sup>1</sup> DIETSCHY Patricia, Les conflits de travail en procédure civile suisse n° 20, p. 16.

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 22 mars 1999<sup>2</sup>, a tranché cette question et a admis que lorsque la question débattue est de savoir s'il existe ou non un contrat de travail entre les parties cette question est bien un litige relevant du droit du travail.

Cette interrogation doit dès lors être examinée et résolue conformément aux règles spéciales applicables aux litiges relevant du droit du travail, instituées tant par la législation fédérale que par la législation cantonale applicable, soit notamment en respectant les règles spéciales de fors, de compétence matérielle ou encore le type de maxime applicable au débat.

N'en demeure pas moins qu'il reste à déterminer à quel stade de la procédure la question de la qualification doit être tranchée et si elle doit être examinée à la lumière de la « théorie des faits de double pertinence ».

Dans le cadre de cette contribution, nous apprécierons successivement le moment auquel s'examine la compétence (I), la définition et l'origine de la théorie des faits doublement pertinents (II), l'illustration de la théorie (III), le degré de vraisemblance nécessaire à l'application de la théorie (IV), pour finir sur l'applicabilité de cette théorie à la consorité (V).

## **I. Moment de l'examen de la compétence**

### **A. Principe général**

La compétence de la juridiction saisie, matérielle ou territoriale, est une condition de recevabilité de la demande. Lorsqu'il est attiré devant une juridiction incompétente pour statuer sur le litige, le défendeur peut faire valoir une exception d'incompétence.

---

<sup>2</sup> JAR 2000 389, c 2c. ATF 137 III 32 : « Gemäss Art. 24 Abs. 1 GestG ist für arbeitsrechtliche Klagen das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Ort, an dem der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin gewöhnlich die Arbeit verrichtet, zuständig. Der Begriff der arbeitsrechtlichen Klagen ("actions fondées sur le droit du travail"; "azioni in materia di diritto del lavoro") ist dabei weit zu verstehen. (...) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 343 Abs. 1 OR, der Vorgängernorm von Art. 24 Abs. 1 GestG (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 2862), liegt eine arbeitsrechtliche Streitigkeit bzw. Klage sodann bereits vor, wenn umstritten ist, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsvertrag besteht (Urteil 4P.18/1999 vom 22. März 1999 E. 2c, in: JAR 2000 S. 390; SPÜHLER/VOCK, Gerichtsstandsgesetz, 2000, N. 1 zu Art. 24 GestG ».



En principe, le juge examine d'office sa compétence. Les fins de non-recevoir qui concernent des droits laissés à la libre disposition des parties doivent être invoquées par le plaideur *in limine litis*, soit avant que les parties n'abordent les questions de fond. Si le juge constate son incompétence, il rend alors une décision d'irrecevabilité.

La compétence matérielle des juridictions cantonales du travail est en principe exclusive, la juridiction du travail examine d'office la question de sa compétence matérielle. Cet examen se fait à l'aune des faits présentés par le demandeur<sup>3</sup>.

## **B. Report du moment de l'examen de la compétence du tribunal saisi en raison de la qualification des faits**

Conformément au principe susmentionné, la compétence du tribunal saisi est ordinairement examinée *in limine litis* à savoir au commencement du procès et ceci à l'aune des faits présentés par le demandeur<sup>4</sup>.

La qualification des faits présentés par la partie demanderesse peut néanmoins être propre à influencer le moment auquel l'examen de la compétence du tribunal saisi sera exécuté.

L'examen de la compétence peut, en raison de la qualification des faits, être reporté à un stade ultérieur de la procédure et se faire uniquement au moment du jugement au fond, en lieu et place de l'examen *in limine litis* ordinairement effectué.

Le moment auquel l'examen de la compétence est réalisé dépend notamment de la qualification donnée aux faits présentés par le demandeur. Ces faits se distinguent de la manière suivante :

### 1. Les faits simples

Un fait se limitant à établir uniquement la compétence fera l'examen de l'administration des preuves *in limine litis*, permettant ainsi de déterminer d'entrée de cause la compétence du tribunal saisi.

Lorsqu'un fait concernant la compétence n'est pas déterminant pour le jugement au fond et qu'il se limite à permettre d'établir la compétence *ratione materiae* ou *ratione loci* du tribunal saisi, il ne sera pas possible de

---

<sup>3</sup> GALLEY M.-J. A., Les juridictions du travail en Suisse, p. 270.

<sup>4</sup> ATF 133 III 295 c. 6.2.

décider, au moment de l'examen de la compétence du tribunal *in limine litis*, de renvoyer l'administration des preuves de ce fait à une phase ultérieure<sup>5</sup>. Tel est sans doute le cas des faits allégués qui sont uniquement pertinents pour la question de la compétence, tels le domicile ou le lieu d'un acte illicite<sup>6</sup>.

Ainsi, un fait dont la pertinence se limite à déterminer la compétence matérielle ou territoriale du tribunal saisi et qui est sans portée sur la détermination du fond, devra impérativement être prouvé d'entrée de cause et il ne sera pas possible de décider au moment de l'examen de la compétence du tribunal de renvoyer l'administration de ces faits à une phase ultérieure<sup>7</sup>.

## 2. Les faits doublement pertinents

Se distinguent de ces faits simples les faits qualifiés de doublement pertinents. Il s'agit de faits qui ont la caractéristique de constituer à la fois une condition de compétence et de succès de l'action au fond. Un seul et même fait sera examiné pour déterminer tant la compétence que le fond.

Ces faits doublement pertinents peuvent intervenir lorsque l'une des parties, ou les deux, allègue(nt) un seul et même fait :

- d'une part, pour affirmer ou contester la validité d'une convention de prorogation de for ou un fait susceptible de fonder la compétence du tribunal saisi (lieu d'exécution, lieu de commission), et
- d'autre part, quand ce même fait est allégué pour nier le bien fondé, la validité ou l'existence même de la prétention au fond.

Lorsque le fait présenté est déterminant, tant pour la compétence que pour le jugement au fond, il sera possible pour le tribunal de renvoyer l'administration des preuves sur ces faits à la procédure au fond et ainsi de modifier le moment auquel l'examen de la compétence du tribunal saisi est ordinairement réalisé.

---

<sup>5</sup> KNOEPFLER François, Réflexions sur la théorie des faits doublement pertinents, AJP 1998 p. 789.

<sup>6</sup> ATF 5.5.2006, 4C.329/2005 c.2.2, non reproduit in ATF 132 III 579, Ecofin, SJ 2006 I p. 442 ; BUCHER Andreas, L'examen de la compétence internationale par le juge suisse, SJ 2007 II p. 154.

<sup>7</sup> KNOEPFLER François, Réflexions sur la théorie des faits doublement pertinents, AJP 1998 p. 789.

Quand le demandeur invoque des faits doublement pertinents, il convient ainsi de ne vérifier la pertinence de ces faits qu'une seule fois et de reporter cet examen au stade où le tribunal se prononce sur le fond<sup>8</sup>.

La compétence du tribunal saisi est alors fondée sur les seules allégations du demandeur, les faits allégués ne sont pas examinés et sont, à ce stade, présumés réalisés pour l'examen de la compétence. L'opposition du défendeur ne sera examinée par le tribunal qu'ultérieurement, soit en même temps que le fond<sup>9</sup>.

## II. Théorie des faits de double pertinence

### A. Origine et fondement

La théorie des faits doublement pertinents a été développée en Allemagne<sup>10</sup>.

Elle se fonde sur l'approche procédurale de faits qui jouent un rôle tant au niveau de la recevabilité ou de la compétence judiciaire qu'au niveau du fond de la cause. La portée du fait présenté au tribunal est donc double<sup>11</sup>.

Selon cette théorie, lorsqu'une question de fait se pose à la fois pour déterminer la compétence du juge saisi et pour la solution au fond de la prétention litigieuse, ce fait doublement pertinent doit être résolu une fois pour toutes à l'occasion de l'examen du fond<sup>12</sup>.

La preuve de ce fait n'est pas administrée au moment où le tribunal examine sa compétence ; elle est renvoyée.

Techniquement, le fait doublement pertinent est provisoirement admis (*Unterstellung des Zulässigkeitsseite für doppelrelevante Tatsachen*), sans preuve, sur la base des simples allégués du demandeur sans tenir compte

---

<sup>8</sup> BUCHER Andreas, SJ 2007 II p. 155.

<sup>9</sup> ATF 122 III 252 ; ATF 133 III 298 ; cf. KNOEPFLER François, Réflexions sur la théorie des faits doublement pertinents, AJP 1998 p. 787-791 ; obs. A. Schmidt SJ 1997 p. 61.

<sup>10</sup> SCHUMANN Ekkehard, in *Zuständigkeit: Besonderheiten, Wahlfeststellung, doppelrelevante Tatsachen*, in *Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit*, Festschrift für Heinrich Nagel, p. 402 ss) in AJP/PJA p. 787-791.

<sup>11</sup> KNOEPFLER François, Réflexions sur la théorie des faits doublement pertinents, AJP 1998 p. 789.

<sup>12</sup> ATF 124 III 382, c. 3.

des éventuelles oppositions du défendeur. Le fait allégué par le demandeur et dont la portée est double, ainsi que les arguments du défendeur, ne seront examinés qu'au stade où le tribunal se prononcera sur le fond<sup>13</sup>.

Par conséquent doivent être appliquées les règles de compétences à raison du lieu et de la matière relatives au contrat, tel qu'il a été qualifié par le demandeur. La nature du litige est déterminée par le contenu de la demande, les conclusions et les motifs qui le justifient<sup>14</sup>.

Cette théorie s'applique aussi bien dans le cadre de procédures domestiques qu'internationales<sup>15</sup>.

## **B. Quel est l'intérêt d'une telle théorie ?**

L'intérêt d'une telle théorie est controversé en doctrine.

Pour SCHUMANN, cette théorie se fonde essentiellement sur un argument de justice processuelle ; il considère en effet que cette théorie est « au service » de la justice processuelle (*im Dienste prozessualer Gerechtigkeit*). Selon cet auteur, la théorie pourrait impliquer que l'effet de l'autorité de la chose jugée aurait une portée qui dépasse le dispositif du jugement sur la compétence<sup>16</sup> lorsque, par exemple, le demandeur dispose de par la loi de plusieurs fors, alternatifs ou subsidiaires<sup>17</sup>.

Illustrons cette affirmation :

Un litige survient dans le cadre d'un contrat de vente. Le demandeur peut agir en vertu de l'article 31 CPC au siège du défendeur ou au lieu où la prestation caractéristique doit être exécutée<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> KNOEPFLER François, Réflexions sur la théorie des faits doublement pertinents, AJP 1998 p. 789.

<sup>14</sup> JdT 1941 I 52.

<sup>15</sup> BURGER Laurence, le point sur la théorie des faits de double pertinence (« *doppelrelevante Tatsachen* ») en arbitrage international – in commentaire de l'ATF 4A\_160/2009, ASA Bull. 2/2010 p. 297.

<sup>16</sup> SCHUMANN Ekkehard, in Internationale Zuständigkeit : Besonderheiten, Wahlfeststellung, zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit in AJP/PJA p. 787-791.

<sup>17</sup> KNOEPFLER François, Réflexions sur la théorie des faits doublement pertinents, p. 790.

<sup>18</sup> Code de procédure civile du 19 décembre 2008 FF 2009 21, art. 31CPC.

Si le demandeur agit au lieu de l'exécution de la prestation caractéristique basée sur le contrat de vente et si le contrat de vente est contesté par le défendeur, alors le tribunal devra admettre l'existence de ce contrat comme un présupposé et renvoyer au fond l'examen de ce fait. Ce fait doit être qualifié de doublement pertinent puisqu'il permet d'établir tant la compétence que le fond.

A supposer que le tribunal dans son jugement au fond nie l'existence du contrat de vente, le défendeur ne pourra alors plus être actionné ailleurs, le jugement revêtant l'autorité de la chose jugée.

En revanche, si la question du contrat de vente avait été examinée dans la procédure incidente relative à la compétence du tribunal uniquement, la demande aurait été déclarée irrecevable et l'autorité de la chose jugée ne porterait que sur la compétence, le demandeur pouvant réintroduire la même demande devant un autre tribunal<sup>19</sup>.

Si l'action était portée devant le for ordinaire du domicile ou du siège du défendeur, il n'y aurait pas vraiment lieu d'examiner la question d'un fait doublement pertinent, la compétence *ratione loci* du tribunal ne relevant pas dans ce cas de l'existence ou non d'un contrat de vente<sup>20</sup>.

Par conséquent, si le demandeur agit devant un for spécial (lieu de l'acte illicite, lieu du résultat, lieu de l'exécution de la prestation caractéristique), la prétention matérielle qui détermine précisément ce for spécial est un fait doublement pertinent et les moyens de preuve qui seront susceptibles de confirmer ou d'infirmer la compétence du tribunal et le bien fondé de la prétention seront examinés de façon définitive par le juge dans la procédure préliminaire. Si le juge infirme sa compétence, le demandeur ne pourra plus agir devant un autre tribunal. Au contraire, un jugement incident sur la compétence n'empêcherait pas le demandeur d'agir devant un autre tribunal<sup>21</sup>.

Ainsi, en agissant différemment, on donnerait au demandeur la possibilité d'agir au moins devant deux tribunaux différents si le tribunal du for

---

<sup>19</sup> KNOEPFLER François, *Réflexions sur la théorie des faits doublement pertinents*, p. 790.

<sup>20</sup> KNOEPFLER François, *Réflexions sur la théorie des faits doublement pertinents*, p. 790.

<sup>21</sup> BURGER Laurence, *Le point sur la théorie des faits de double pertinence (« doppelrelevante Tatsachen ») en arbitrage international*, Commentaire de l'ATF 4A\_160/2009 p. 310.

spécial se déclarait incompétent<sup>22</sup>. Or, la pluralité de fors offerte au demandeur au terme de la loi ne doit pas lui permettre de disposer de privilèges supplémentaires autres que le privilège de choisir le lieu unique où il entend ouvrir son action<sup>23</sup>.

D'après le Tribunal fédéral, dès l'instant où le défendeur doit répondre à des allégations déterminantes avancées par le demandeur, tant en ce qui concerne la recevabilité que le bien-fondé de la demande, le défendeur doit pouvoir opposer l'exception de chose jugée si une seconde demande matériellement identique à la première est introduite, d'où la priorité de la décision sur le fond par rapport à celle de la compétence<sup>24</sup>.

Dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.296/2004 du 22 décembre 2004<sup>25</sup>, notre Haute Cour précise que cette règle tend à protéger la partie défenderesse puisqu'elle lui permet d'opposer l'exception de la chose jugée à une action qui serait introduite ultérieurement à un autre for<sup>26</sup>.

Selon BUCHER, pour profiter de l'avantage de l'exception de la chose jugée, le défendeur doit s'engager dans le procès au fond alors qu'une procédure limitée à la seule question de la compétence serait moins lourde à supporter, ce d'autant plus qu'elle aboutirait normalement à une décision incidente susceptible d'un recours immédiat. Dès lors, cet auteur considère que cette théorie contraint le défendeur à suivre jusqu'au bout une procédure diligentée à son encontre à n'importe quel for incompétent saisi par la partie demanderesse<sup>27</sup>.

BUCHER considère encore que le défendeur qui s'oppose à la compétence du tribunal saisi s'expose, au risque d'un procès ultérieur ailleurs, risque qu'il peut éviter en entrant en matière sur le fond sans soulever l'exception

---

<sup>22</sup> KNOEPFLER François, *Réflexions sur la théorie des faits doublement pertinents* p. 790.

<sup>23</sup> KNOEPFLER François, *Réflexions sur la théorie des faits doublement pertinents* p. 790.

<sup>24</sup> DIETSCHY Patricia, *Les conflits de travail en procédure civile suisse* n° 22, p. 18 ; ATF 131 III 153 c.5.1.

<sup>25</sup> ATF 131 III 153 c.5.1.

<sup>26</sup> ATF 124 III 382 c. 3. ATF 122 III 249 consid.3b/bb p. 252.

<sup>27</sup> BUCHER Andreas, *L'examen de la compétence internationale par le juge suisse*, in SJ 2007, p. 157.

d'incompétence. Dès lors, le véritable objectif de cette théorie consiste à éviter que l'examen de la compétence anticipe celui du litige au fond<sup>28</sup>.

KNOEPFLER considère que ce n'est pas parce que le demandeur dispose, par hypothèse, de plusieurs fors alternatifs qui s'ajoutent au for naturel du domicile du défendeur que ce dernier doit recevoir une protection particulière ou des privilèges supplémentaires.

Selon cet auteur, peu importe si la prétention est examinée complètement au moment de la détermination de la compétence du tribunal : l'examen au fond aura bien lieu et seule la portée du principe de l'autorité de la chose jugée devrait porter à réflexion<sup>29</sup>.

KNOEPFLER préconise même d'envisager de reconsidérer la question de l'autorité de la chose jugée dans le cas où compétence et fond sont étroitement liés. A cet effet, il va jusqu'à proposer que la décision d'incompétence emporte chose jugée sur le fond lorsqu'une décision d'incompétence suppose fatalement une prise de position sur le fond. Cette dérogation se justifie selon cet auteur par le fait que, contrairement à toutes les autres hypothèses, il est impossible dans ce cas de décliner la compétence du tribunal sans avoir pris une décision relative au fond<sup>30</sup>.

Force est donc d'admettre que la théorie des faits doublement pertinents, bien que régulièrement appliquée par le Tribunal fédéral, appelle de nombreuses controverses doctrinales et que son utilité reste contestée.

### **C. Limites de la théorie**

Pendant longtemps, le Tribunal fédéral avait considéré cette théorie comme revêtant un caractère exceptionnel sans toutefois définir les limites de cette exception.

Plus récemment, et de manière explicite, le Tribunal fédéral a spécifié que le principe de la double pertinence n'entraîne pas en ligne de compte lorsque la compétence d'un tribunal arbitral était contestée.

---

<sup>28</sup> BUCHER Andreas, L'examen de la compétence internationale par le juge suisse in SJ 2007, p. 158.

<sup>29</sup> KNOEPFLER François, Réflexions sur la théorie des faits doublement pertinents, AJP 1998 p. 791.

<sup>30</sup> KNOEPFLER François, Réflexions sur la théorie des faits doublement pertinents AJP 1998 p. 791.

Il est en effet exclu de contraindre une partie à souffrir qu'un tel tribunal se prononce sur des droits et des obligations litigieux s'ils ne sont pas couverts par une convention d'arbitrage valable<sup>31</sup>. De même, la théorie de la double pertinence ne s'applique pas à la question de l'immunité de juridiction invoquée par un Etat<sup>32</sup>.

Ainsi, en excluant limitativement l'application de la théorie des faits de double pertinence à certaines situations spécifiques, cette dernière perd son caractère exceptionnel et doit dès lors être considérée comme une théorie applicable de manière générale au solde des situations litigieuses<sup>33</sup>.

### III. Illustration de la théorie

En application de la théorie des faits de double pertinence, l'existence des faits relatifs à la recevabilité et de ceux qui justifient le fondement matériel de la demande sont les mêmes. Ces faits, s'ils sont contestés ne seront prouvés et examinés que lors de l'examen du fond<sup>34</sup>.

Pour illustrer la théorie, prenons en premier lieu un conflit lié à la compétence *ratione materiae* du tribunal saisi par le demandeur.

Le demandeur soutient être lié à une société par un contrat de travail, en particulier en raison du lien de subordination qui le lie à cette dernière, et réclame un montant de CHF 30'000.- à titre d'indemnités pour des heures supplémentaires effectuées sur la base de l'article 321c CO<sup>35</sup>.

Sur la base de son appréciation et de la qualification du contrat, le demandeur saisira le tribunal compétent *ratione materiae* désigné par la loi d'organisation judiciaire cantonale au for désigné par l'article 34 CPC<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> ATF 131 III 152 c.5.1 p. 158; ATF 128 III 50 c. 2b/bb p. 56; ATF 121 III 495 c. 6d, p.503.

<sup>32</sup> ATF 124 III 382 c. 3b p. 387.

<sup>33</sup> BUCHER Andreas, L'examen de la compétence internationale par le juge suisse in SJ 2007, p. 156.

<sup>34</sup> SCHUMANN Ekkehard, exemples tirés d'une étude publiée en 1987 dans le Festschrift für Heinrich Nagel, p. 414ss par et résumés dans la note de la rédaction SJ 1997, p. 61.

<sup>35</sup> Art. 321c de la Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations, RS 220).

<sup>36</sup> Code de procédure civile du 19 décembre 2008 FF 2009 21, article 34 CPC.



Le défendeur qui s'oppose à la qualification donnée au contrat par le demandeur invoquant en lieu et place un mandat, se verra néanmoins soumis au jugement de la juridiction du travail saisie.

En effet, en vertu de la théorie des faits de double pertinence, la juridiction du travail tranchera la prétention selon l'appréciation qu'elle donnera au rapport contractuel établi entre le demandeur et le défendeur, que ce soit sur la base des articles 319 ou 394 ss du Code des Obligations<sup>37</sup>.

La question de savoir si on est en présence ou non d'un contrat de travail est un fait doublement pertinent car il est pertinent tant au regard de la compétence que du bien fondé de la prétention<sup>38</sup>.

En application de cette théorie, il peut ainsi appartenir à un tribunal, désigné comme exclusivement compétent en matière de travail par la loi d'organisation judiciaire cantonale, de devoir trancher des prétentions fondées sur un autre type de contrat. Le tribunal ainsi saisi devra appliquer des règles de droit relevant d'un autre droit que celui pour lequel cette juridiction spécialisée est désignée par la loi d'organisation judiciaire<sup>39</sup>.

La théorie s'applique de manière analogue aux conflits de compétence *ratione loci*.

A titre d'illustration, un défendeur est assigné devant le tribunal du canton de Zurich, lieu où il aurait commis illicitement un acte dommageable sur la base de l'article 41 CO<sup>40</sup>.

En admettant qu'il y ait eu un acte illicite commis sur le territoire de la juridiction de Zurich, il y a un for en vertu de l'article 36 CPC (« *Le tribunal du domicile ou du siège du lésé ou du défendeur ou le tribunal du lieu de l'acte ou du résultat de celui-ci est compétent pour statuer sur les actions fondées sur un acte illicite* »)<sup>41</sup>.

Si le défendeur venait à contester l'existence d'un tel acte, et par là même la compétence *ratione loci* du tribunal saisi, il y aurait alors un fait

---

<sup>37</sup> DIETSCHY Patricia, Les conflits de travail en procédure civile suisse n° 24, p. 19.

<sup>38</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 25.09 2006, 4P.1004/2006 c. 2.4 et 2.4.1.

<sup>39</sup> DIETSCHY Patricia, Les conflits de travail en procédure civile suisse n° 25, p. 19; JdT 2005 III 79, – arrêt du Tribunal fédéral du 18.11. 2010, 4A\_453/2010, c 4.3.

<sup>40</sup> Art. 41 de la Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livres cinquième: Droit des obligations, RS 220).

<sup>41</sup> Code de procédure civile du 19 décembre 2008, FF 2009 21, article 36 CPC.

doublement pertinent à prouver, l'acte délictuel prétendument commis déterminant tant le for zurichois que le fond de l'action.

En application de la théorie, le juge zurichois saisi devra présumer la compétence du for du délit choisi par le demandeur et examiner l'existence d'un acte illicite en abordant le fond.

Si, lors de l'examen du fond du litige, l'acte illicite n'est pas prouvé, le défendeur obtiendra un jugement au fond qui sera revêtu de l'autorité de la chose jugée.

En l'absence de la théorie, le défendeur obtiendrait un jugement d'irrecevabilité, le tribunal zurichois étant considéré comme incompétent *ratione loci*.

La portée du jugement serait limitée à la juridiction zurichoise et le demandeur pourrait à nouveau ouvrir, pour le même complexe de faits, une action devant une autre juridiction, prétendant encore une fois être victime d'un acte illicite, ce qu'il ne peut pas faire lorsqu'au fond le jugement constate l'absence d'acte illicite.

A notre sens, le but de protection de la partie défenderesse, tel que retenu par le Tribunal fédéral, se comprend aisément au regard de ce second exemple, le défendeur pouvant valablement se prévaloir par la suite du jugement qui jouit de l'autorité de la chose jugée dans l'hypothèse où l'action serait intentée une seconde fois à un for alternatif.

En revanche, il est plus difficile à notre sens d'apprécier le bénéfice de cette théorie dans le cadre du premier exemple présenté.

En effet, la théorie des faits de double pertinence permet, dans le cas présenté, l'application par une autorité désignée comme spécialisée par la loi d'organisation judiciaire d'un autre type de droit que celui pour lequel cette autorité est spécifiquement compétente.

Outre le droit pour lequel cette autorité est spécifiquement compétente, elle est également soumise à une organisation procédurale préalablement définie (maxime applicable, frais de procédure, composition du tribunal) par le législateur.

L'obligation pour cette juridiction spécialisée de devoir trancher un litige relevant d'un autre domaine du droit que celui pour lequel elle est spécifiquement constituée contribue à notre sens, à une insécurité juridique et pourrait favoriser la prolongation des procédures, tant en raison de

l'augmentation du nombre de recours que de la complexification des dossiers à traiter dans un domaine du droit qui devrait être rendu rapidement et dans le respect de la maxime inquisitoire sociale.

#### **IV. Degré de vraisemblance nécessaire à l'application de la théorie**

Si les faits sont contestés, l'existence de ces derniers doit être prouvée pour justifier la compétence, sauf s'il s'agit de faits qui sont à la fois déterminants pour la compétence et pour le fond.

Dans ce cas, de tels faits sont présumés réalisés pour l'examen de la compétence et ne devront être prouvés qu'au moment où le juge statuera sur le fond de la demande.

En d'autres termes, pour admettre la compétence du tribunal, il suffit que les faits qui constituent à la fois la condition de cette compétence et le fondement nécessaire de la prétention soumise à l'examen du tribunal soient allégués avec « une certaine vraisemblance » (*für die Anerkennung der Zuständigkeit genügt es, wenn die vorgebrachten Tatsachen, welche sowohl für die Zulässigkeit der Klage als auch für deren materielle Begründetheit erheblich (doppelrelevant) sind, mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vorliegen*)<sup>42</sup>.

Il s'agit donc d'examiner le degré de vraisemblance requis pour que cette théorie soit applicable.

En règle générale, le juge saisi examine sa compétence sur la base des faits et moyens de preuve contenus dans la demande sans tenir compte des objections de la partie défenderesse.

Notre Haute Cour a, de maintes fois, précisé que la preuve des faits doublement pertinents était différée, pour autant que les faits invoqués soient allégués avec une certaine vraisemblance<sup>43</sup>. A noter que dans

---

<sup>42</sup> ATF 135 V 373 du 24 juillet 2009 c.3.2. p. 378. Arrêt du Tribunal fédéral du 31.09. 2010, 4A.293/2010 c. 3.

<sup>43</sup> ATF 135 V 373 c. 3.2, p. 377 ; Arrêt du Tribunal fédéral du 31.09. 2010, 4A.293/2010 c.4.

d'autres arrêts relatifs au même sujet, le Tribunal fédéral ne mentionne pas du tout cette condition<sup>44</sup>.

La nécessité d'une « certaine vraisemblance » dans l'allégation des faits est contestée par une partie de la doctrine. Certains auteurs considèrent que cette condition de « vraisemblance » est étrangère à la théorie des faits de double pertinence<sup>45</sup>.

D'autres auteurs encore considèrent que l'exigence d'alléguer avec une « certaine vraisemblance » les faits doublement pertinents conduit à un examen *prima facie* de leur pertinence dès le stade de l'examen de la compétence, ce qui est contradictoire avec l'idée même de renvoyer l'examen de ces mêmes faits au fond<sup>46</sup>.

BUCHER, quant à lui, considère que cette exigence de vraisemblance révèle la faiblesse de la théorie puisqu'il faut, avec l'instauration de cette exigence supplémentaire, examiner tout au moins *prima facie* le fond de la demande afin de s'assurer de la compétence du juge saisi<sup>47</sup>.

Le Tribunal fédéral considérait initialement dans ses décisions que la compétence du tribunal saisi se déterminait d'après la nature et le contenu de la demande, sans égard aux objections élevées contre elle par le demandeur, et cela même dans le cas où cette demande apparaissait d'emblée inconsistante<sup>48</sup>. Il a néanmoins réservé l'éventualité où la demande serait présentée sous une forme destinée à en déguiser la nature véritable et à éluder la règle de for applicable<sup>49</sup>.

Dans un arrêt de 2007, le Tribunal fédéral a réservé l'éventualité d'allégués «manifestement faux»<sup>50</sup>.

---

<sup>44</sup> ATF 134 III 27 c. 6.2.1, p. 34. Arrêt du Tribunal fédéral du 31.09. 2010, 4A.293/2010 c.4.

<sup>45</sup> HOFFMAN-NOWOTNY Urs, Doppelrelevante Tatasachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, 2010, p. 120 n° 190 et 191 in Arrêt du Tribunal fédéral du 31.09. 2010, 4A.293/2010 c.4.

<sup>46</sup> BUCHER Andreas, L'examen de la compétence internationale par le juge suisse in SJ 2007, p. 158-159.

<sup>47</sup> BUCHER Andreas, L'examen de la compétence internationale par le juge suisse in SJ 2007, p. 158-159.

<sup>48</sup> ATF 24 I 657 c. 2, p. 660; ATF 45 I 302 c. 2 p. 307; ATF 74 II 187 c. 2 p. 188 in Arrêt du Tribunal fédéral du 31.09. 2010, 4A.293/2010 c.4.

<sup>49</sup> ATF 22 I 32 c. 2, p. 37; ATF 22 I 50 c. 2 p. 58/59; ATF 66 II 179 c. 2 p. 183; in Arrêt du Tribunal fédéral du 31.09. 2010, 4A.293/2010 c.4.

<sup>50</sup> ATF 134 III 27 c. 6.4 in fine, p. 37.

Force est donc d'admettre que l'exigence d'une « certaine vraisemblance » ne fait référence qu'à ces hypothèses exceptionnelles où la thèse de la demande apparaît d'emblée spécieuse ou incohérente ou se trouve immédiatement et sans équivoque réfutée par la réponse et les documents de la partie défenderesse. Cette exigence supplémentaire « de vraisemblance » protège ainsi la défenderesse contre une tentative excessive du demandeur de l'attirer au for choisi abusivement par ce dernier<sup>51</sup>.

Dans un arrêt récent du 22 novembre 2010<sup>52</sup> relatif à la compétence *ratione materiae* du tribunal saisi, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que la théorie des faits doublement pertinents devait être réservée dès lors qu'il ressortait clairement de la demande que la qualification choisie par le demandeur n'était pas correcte.

Ainsi, lorsque les éléments de la demande font clairement apparaître que la qualification donnée par le demandeur au contrat est erronée ou que les pièces produites par la défense permettent immédiatement de réfuter de manière équivoque la qualification donnée par le demandeur au contrat, le Tribunal doit alors se déclarer incompétent *ratione materiae* ou *loci* et déclarer la demande irrecevable d'entrée de cause et ne pas appliquer le renvoi au fond tel qu'il est prévu dans le cadre de la théorie des faits de double pertinence<sup>53</sup>.

## V. Applicabilité de la théorie à la consorité

En vertu de l'article 15 al. 1 CPC, lorsque l'action est intentée contre plusieurs consorts, le tribunal compétent à l'égard d'un défendeur l'est à l'égard de tous les autres, à moins que sa compétence ne repose que sur une élection de for.

La consorité se définit comme « le fait d'agir en justice par plusieurs ou contre plusieurs ». Elle peut être *active* ou *passive* suivant que le procès

---

<sup>51</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 31.09.2010, 4A\_293/2010 c. 4.

<sup>52</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 22.11.2010, 4A\_461/2010 c.2.3 « *Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheint und durch die Klageantwort sowie die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden kann (BGE 4A\_293/2010 vom 31. August 2010 E. 4 [zur Publikation vorgesehen]* ».

<sup>53</sup> DIETSCHY Patricia, Les conflits de travail en procédure civile suisse n°23, p. 18.

implique une pluralité de demandeurs ou de défendeurs, *simple*<sup>54</sup> ou *nécessaire*<sup>55</sup> selon qu'elle est obligatoire ou non, et *originnaire* ou *subséquente* en fonction de la formation dès le dépôt de la demande ou en cours de procédure<sup>56</sup>.

La compétence *ratione loci* en cas de consorité implique encore que le for choisi par le demandeur corresponde vis-à-vis des deux conjoints à l'un des fors prévus par l'article 34 CPC. Si le for choisi par le demandeur ne relève pas de l'un des fors prévus par l'article 34 CPC, la demande doit être déclarée irrecevable<sup>57</sup>.

Dans le cadre d'une consorité passive simple, le Tribunal fédéral a retenu que la partie qui n'était pas recherchée à son for ordinaire pouvait contester la compétence du tribunal saisi en invoquant des circonstances démontrant l'absence de fondement de l'action à l'égard dudit conjoint, pour autant que l'opposition ne soit pas dirigée contre des faits doublement pertinents<sup>58</sup>.

En d'autres termes, le conjoint passif qui n'est pas recherché à son for ordinaire peut s'opposer à la demande. Il peut contester la compétence du tribunal en utilisant des arguments permettant de démontrer l'absence de fondement à l'action, pour autant que ces arguments soient basés sur des faits simples, à l'exception de ceux doublement pertinents.

Ainsi, si des défendeurs conjoints devaient être assignés devant le tribunal du canton de Zürich, lieu où ils auraient prétendument commis illicitement un acte dommageable sur la base de l'article 41 CO<sup>59</sup> (*le tribunal du lieu du résultat de celui-ci est compétent pour statuer sur les actions fondées sur un acte illicite*), alors que l'un d'eux réside à Genève, et que ce dernier venait à contester l'existence d'un tel acte et par là même la compétence *ratione loci* du tribunal saisi, il y aurait alors un fait doublement pertinent à prouver, l'acte délictuel prétendument commis déterminant tant le for zurichois que le fond de l'action.

---

<sup>54</sup> Code de procédure civile du 19 décembre 2008 FF 2009 21, article 71 CPC.

<sup>55</sup> Code de procédure civile du 19 décembre 2008 FF 2009 21, article 70 CPC.

<sup>56</sup> DIETSCHY Patricia, Les conflits de travail en procédure civile suisse n°312, p. 156.

<sup>57</sup> DIETSCHY Patricia, Les conflits de travail en procédure civile suisse n°115, p. 61.

<sup>58</sup> ATF 134 III 24 c. 6.

<sup>59</sup> Art. 41 de la Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations, RS 220).

Le consort opposant pourrait se prévaloir de « faits simples » pour contester la compétence du tribunal saisi, les faits de double pertinence ne pouvant être examinés par le tribunal qu'au fond.

En présence de faits de double pertinence, tels que l'existence ou non d'un acte illicite, le consort passif simple perd la possibilité de soulever immédiatement l'incompétence du juge et doit subir l'ensemble de la procédure diligentée à son encontre, potentiellement devant un for incompétent. Au terme de la procédure, il sera, certes, au bénéfice d'un jugement revêtant l'autorité de la chose jugée mais aura été contraint à se soumettre à l'ensemble de la procédure et ce, hypothétiquement, devant un tribunal incompétent.

A la différence de la consorité nécessaire, la consorité simple dépend de la volonté des parties qui peuvent aussi bien agir séparément qu'ensemble. La consorité simple est exclue lorsque les causes relèvent de procédures différentes. Ainsi, pour qu'il y ait possibilité d'agir en tant que consort simple, il faut que les demandes relèvent de la même procédure.

Lorsque la compétence d'une juridiction spécialisée se limite au seul domaine du droit du travail, les parties peuvent agir ou être actionnées en tant que consorts uniquement si les prétentions ressortent du même domaine du droit. Le tribunal doit déclarer la demande irrecevable vis-à-vis de la prétention pour laquelle il n'est pas compétent<sup>60</sup>.

En application de la théorie des faits de double pertinence, l'existence des faits relatifs à la recevabilité et ceux qui justifient le fondement matériel de la demande sont les mêmes. Ces faits, s'ils sont contestés, ne seront prouvés et examinés que lors de l'examen du fond<sup>61</sup>.

Dans le cadre de l'application de cette théorie, le défendeur qui s'oppose à la qualification donnée au contrat de travail par le demandeur, invoquant en lieu et place un mandat, se verra néanmoins soumis au jugement de la juridiction du travail saisie. La question de savoir si on est en présence ou non d'un contrat de travail est un fait doublement pertinent, car il est pertinent tant au regard de la compétence que du bien fondé de la prétention<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 4.12. 2007 4A\_310/2007 c. 3.

<sup>61</sup> SCHUMANN Ekkehard, exemples tirés d'une étude publiée en 1987 dans le *Festschrift für Heinrich Nagel*, p. 414ss et résumés dans la note de la rédaction SJ 1997, p. 61.

<sup>62</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 25.09 2006, 4P.1004/2006 c. 2.4 et 2.4.1.

Si l'un des consorts passifs simples s'oppose à la qualification donnée au contrat de travail par le demandeur, invoquant en lieu et place être lié à ce dernier par un mandat, les consorts ne pourront pas fatalement se voir soumettre au jugement de la juridiction du travail saisie puisque celle-ci peut, dans le cadre d'une consorité simple, uniquement trancher des prétentions qui ressortent du même domaine du droit et pour lesquelles elle doit être compétente<sup>63</sup>.

La juridiction du travail devrait donc - en contradiction à la théorie des faits de double pertinence - examiner *in limine litis* sa compétence - sur la base des moyens de preuve avancés par le demandeur et des oppositions du consort passif, et déclarer la demande irrecevable vis-à-vis de la procédure pour laquelle la juridiction spécialisée n'est pas compétente<sup>64</sup>.

Ceci aurait pour conséquence qu'une nouvelle procédure pourrait être diligentée contre le consort passif opposant, avec un risque de jugements contradictoires rendus par deux juridictions différentes, et ce sur la base d'un même complexe de faits.

## VI. En conclusion

Bien que la théorie des faits de double pertinence puisse présenter certains avantages devant les juridictions ordinaires, notamment celui de permettre au défendeur de se prévaloir d'un jugement revêtant l'autorité de la chose jugée, son utilité est, à notre sens, limitée lorsqu'elle est invoquée devant une juridiction spécialisée.

D'une part, la théorie des faits de double pertinence permet l'application, par une juridiction de travail désignée comme spécialisée par la loi d'organisation judiciaire, d'un autre type de droit que celui pour lequel cette autorité est spécifiquement compétente.

D'autre part, la théorie est mise en échec devant une juridiction spécialisée du travail lorsque la consorité des défendeurs est fondée sur des prétentions différentes et pour lesquelles le tribunal spécialisé n'est pas forcément compétent. Des jugements contradictoires peuvent en résulter, et ceci bien que ces jugements soient rendus sur la base d'un même complexe de faits.

---

<sup>63</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 4.12.2007 4A\_310/2007 c. 3.

<sup>64</sup> JdT 1997 II 10 c.5a ; Arrêt du Tribunal fédéral du 4.12.2007, 4A\_310/2007 c. 3.



L'application de cette théorie contribue ainsi, à notre sens, à une prolongation des procédures et à une insécurité juridique qui ne peut se justifier devant une juridiction spécialisée du travail, en particulier en raison du caractère éminemment social du droit qu'elle doit appliquer et du type de procédure à laquelle cette juridiction est soumise.

