

Helia Farman

Colloque « Droit du travail et accès à la justice »

Synthèse et compte-rendu

Le colloque « Droit du travail et accès à la justice » a pris place le 7 novembre 2023 à Genève. La présente contribution synthétise les différents exposés tenus. Elle regroupe les enjeux de l'accès à la justice prud'homale en quatre thèmes : la compétence à raison du lieu, le rôle du juge et des parties, le financement et les obstacles émotionnels. Elle résume les problématiques soulevés par les intervenant-e-s et les solutions proposées.

Catégories d'articles : Comptes-rendus de congrès

Domaines juridiques : Droit du travail, Procédure civile

Proposition de citation : Helia Farman, Colloque « Droit du travail et accès à la justice », in : Jusletter 19 février 2024

Table des matières

1. Introduction
2. Enjeux de l'accès à la justice prud'homale suisse
 - 2.1. Compétence à raison du lieu
 - 2.2. Rôle des juges et des parties
 - 2.2.1. Conciliation
 - 2.2.2. Types de procédure et maximes de procédure
 - 2.2.3. Mutualisation de l'effort : de la consorité aux actions collectives
 - 2.3. Financement
 - 2.4. Obstacles émotionnels
3. Conclusion

1. Introduction

[1] Ce compte-rendu a pour objet le colloque « Droit du travail et accès à la justice »¹ qui s'est déroulé le 7 novembre 2023 à l'Université de Genève. Organisé par le Pôle Berenstein de l'Université,² ce colloque, introduit par la Prof. Karine LEMPEN, a vu se succéder six interventions, dont voici l'intitulé :

- a. Mme VALÉRIE VAN GOETHEM : L'accès à la justice prud'homale en comparaison internationale
- b. M. RENÉ-SIMON MEYER : Conflits du travail et accès à la justice : quels constats en Suisse ?
- c. Prof. PATRICIA DIETSCHY : L'accès à la justice prud'homale : procédure et assistance judiciaire
- d. Me CHRISTINE SATTIVA SPRING : L'accès à la justice en cas de litiges relevant de la LÉg
- e. M. BASSEM ZEIN : Le point sur les révisions du Code de procédure civile
- f. Me GIUSEPPE DONATIELLO : Quelles solutions pour améliorer l'accès à la justice ?

[2] Les présentations ont été suivies d'une table ronde, modérée par le Prof. Aurélien WITZIG, et à laquelle participaient Me David AUBERT, Me Sara ROUSSELLE-RUFFIEUX et Me Diana TETTÜPOCHON. Ce compte-rendu n'a pas vocation à être exhaustif, mais cherche à exposer les différents obstacles à l'accès à la justice soulevés par les intervenant-e-s, tout en mettant en lien les propos des différentes personnes présentes.

[3] Principe fondamental de l'Etat de droit, l'accès à la justice est nécessaire à la réalisation de tous les droits humains³, dont ceux des travailleuses et travailleurs, a rappelé LEMPEN en introduction. Comme exposé par VAN GOETHEM, l'accès à la justice fait partie intégrante de l'objectif 16 « Paix, justice et institutions efficaces » des objectifs de développement durable des Nations-Unies.⁴ Cette dernière a cependant relevé l'absence de traités spécifiques visant à garantir l'accès à la justice prud'homale au niveau international. Elle a ensuite exposé les régimes de différents Etats en lien avec l'accès à la justice prud'homale. Du point de vue institutionnel, elle a distingué les pays où

¹ Pour plus d'informations sur le colloque : <https://www.unige.ch/droit/berenstein/activites-scientifiques/acces-justice> (tous les sites web ont été consultés la dernière fois le 4. février 2024).

² Pour le site du Pôle de recherche : <https://www.unige.ch/droit/berenstein/>.

³ C'est pourquoi le Centre suisse de compétences pour les droits humains (CSDH) en a fait un axe de recherche : <https://skmr.ch/fr/th%C3%A8mes/zugang-zur-justiz> Ce centre a fermé ses portes fin 2022 en vue de la création en mai 2023 d'une Institution suisse des droits humains : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-95359.html>.

⁴ Pour plus d'informations sur l'objectif 16 : <https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/peace-justice/>.

les conflits de droit du travail sont portés devant une juridiction ordinaire, de ceux qui ont des juridictions spécialisées ; de plus, certains pays voient les conflits de droit du travail traités par des instances quasi-judiciaires. Elle a également souligné que les conflits de travail peuvent être classifiés en fonction de trois critères : la nature du conflit (conflit de droits, ou d'intérêts), les parties au conflit (partie salariée, employeuse, faux indépendant-e, travailleur-se domestique) et la source des droits (conflit collectif ou individuel). En Suisse, les conflits individuels résultant des rapports de travail sont du ressort des tribunaux spécialisés ou des juridictions ordinaires, selon le canton.⁵ C'est l'accès à la justice dans de tels conflits qui a fait l'objet de ce colloque, et dont traiteront les paragraphes qui suivent.

2. Enjeux de l'accès à la justice prud'homale suisse

2.1. Compétence à raison du lieu

[4] L'exposé de DIETSCHY est revenu sur les différents fors applicables en droit du travail. De manière relativement impérative, l'art. 34 CPC⁶ liste deux fors : le tribunal du lieu de domicile ou siège du défendeur, ainsi que le lieu habituel de travail. Ces deux fors ont pour but de protéger la partie salariée. Ils impliquent que toute acceptation tacite, ou élection de for, n'est pas opposable à la partie salariée. Elles seront en revanche opposables à la partie employeuse. Concernant le for du lieu habituel de travail, il correspond au lieu où se situe le centre effectif des activités professionnelles de la partie salariée. Ce lieu se définit selon un critère quantitatif (où la partie salariée passe la majorité de son temps) ou qualitatif (lieu qui entre dans un rapport suffisamment stable et intense avec l'activité prévue contractuellement).⁷ Le critère qualitatif est admis alternativement par la jurisprudence pour les métiers où la partie salariée est majoritairement en déplacement⁸. L'intervenante a précisé qu'en présence de plusieurs lieux de travail d'une importance équivalente, aucun d'entre eux ne crée de for ; afin de pallier ce problème, il est possible d'inscrire dans le contrat le lieu habituel de travail. Il ne reste qu'un tel accord ne sera pris en compte que si l'application des critères quantitatif et qualitatif aboutit à une impasse.⁹ En cas de télétravail, le Tribunal fédéral considère que le lieu où cette activité à distance est accomplie est un élément parmi d'autres dans l'appréciation globale des éléments quantitatifs ou qualitatifs qui permettent de désigner le lieu habituel de travail.¹⁰

⁵ Bureau international du travail, Accès à la justice du travail : Institutions et procédures judiciaires dans des pays européens sélectionnés, Genève 2021 (cité : BIT, Europe), p. 5, n. 6.

⁶ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC), RS 272.

⁷ Pour plus de précisions, voir PATRICIA DIETSCHY, Droit du travail et procédure civile, Bâle 2023, N 75–76.

⁸ Voir ATF 145 III 14, c. 8.

⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_548/2021 du 22 mars 2022, c. 4.2.

¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_548/2021 du 22 mars 2022, c. 4.5.

2.2. Rôle des juges et des parties

2.2.1. Conciliation

[5] Lors de la table ronde, WITZIG a thématisé le rôle de la conciliation et les moyens de rendre son utilisation plus efficace. Pour mémoire¹¹, l'autorité de conciliation tente de trouver un accord entre les parties de manière informelle (art. 201 al. 1 CPC); la conciliation est par ailleurs généralement obligatoire (art. 197 CPC). La procédure est introduite par la requête de conciliation de la partie demanderesse, qui mène l'autorité à notifier la requête à la partie adverse et à citer les parties à l'audience (art. 202 al. 1, 3 CPC). SATTIVA SPRING souligne ici qu'en matière LLeg, lors d'une plainte pour harcèlement sexuel, il est souvent difficile pour la partie demanderesse de se retrouver face à son harceleur. L'art. 199 al. 2 let. c CPC lui permet alors de renoncer à la conciliation.

[6] Selon TETTÜ POCHON, chaque partie devrait favoriser la conciliation, p. ex. en chiffrant les pré-tentions de bonne foi, ainsi qu'en admettant une certaine marge d'erreur sur les faits. A son avis, ainsi qu'à celui de ROUSSELLE-RUFFIEUX, l'avocat-e doit s'efforcer de régler à l'amiable les litiges. Les deux intervenantes ont relevé que si l'art. 202 al. 3 CPC prévoit la citation en audience à la suite de la réception de la requête par le Tribunal, il existe des pratiques devant certaines juridictions cantonales, notamment à Zurich, Fribourg ou au Jura, où l'on donne la possibilité à la partie défenderesse de se déterminer, pour que les juges disposent des deux versions des faits lors de la conciliation, ce qui permet d'améliorer son efficacité. Une partie du public a relevé que les juges pourraient de plus utiliser leur faculté de tenir des audiences supplémentaires, afin de par ex. interroger des témoins (art. 203 al. 4 CPC). Le fait de connaître les versions des faits des deux parties, combiné avec des audiences supplémentaires, pourrait leur permettre de préparer au mieux une proposition de jugement au sens de l'art. 210 CPC. Une telle proposition permettrait de régler le litige au stade de la conciliation, et d'éviter des frais supplémentaires pour les deux parties. ZEIN a noté que dans le cadre de la réforme du CPC, l'art. 210 al. 1 let. c nCPC étend la possibilité de soumettre aux parties une proposition de jugement aux autres litiges patrimoniaux dont la valeur litigieuse maximale est inférieure à 10'000 CHF (l'article actuel prévoyant 5'000 CHF, et une possibilité sans limite de valeur litigieuse dans les procédures portant sur la Loi fédérale sur l'égalité¹²).¹³

[7] AUBERT a relevé également que la conciliation n'est pas assez utilisée devant le tribunal au fond. Dans cette situation, une partie du public avance que le risque de préjugement serait trop élevé, et pourrait constituer un motif de récusation.¹⁴ Une autre partie du public avance que les juges construisent dans tous les cas leur avis durant le procès, et qu'en cas de possibilité de concilier en cours de procédure, leur intervention serait la bienvenue et arrêterait les litiges et les frais plus rapidement, ce qui serait à l'avantage des deux parties. MEYER et AUBERT ont souligné également la possibilité de faire une médiation (art. 213 ss CPC). On notera sur ce point que la Loi genevoise sur la médiation¹⁵ promeut le recours à ce mode alternatif de résolution des conflits

¹¹ Pour plus de détails, DIETSCHY (nbp. 7), N. 517 ss.

¹² Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg), RS 151.1.

¹³ Code de procédure civile (CPC), Modification du 17 mars 2023, FF 2023 786, p. 10.

¹⁴ ATF 134 I 16, c. 4.1 en lien avec la garantie d'impartialité du juge.

¹⁵ Loi sur la médiation du 27 janvier 2023 (LMédiation), RS/GE E 6 25.

(art. 1 al. 1 LMédiation/GE), et prévoit dans une certaine mesure sa prise en charge (art. 19 LMédiation/GE).

2.2.2. Types de procédure et maximes de procédure

[8] La valeur litigieuse, et l'objet du litige, peuvent avoir une influence tant sur les maximes procédurales que sur le type de procédure en droit du travail.

[9] S'agissant des différentes procédures, on rappellera que la procédure simplifiée est appliquée pour les litiges ayant une valeur litigieuse en dessous de 30'000 CHF, et pour les litiges en lien avec la Loi sur l'égalité ou la Loi sur la participation (art. 243 al. 1, al. 2 let. a, e CPC). Les autres litiges dont la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 CHF, ainsi que les litiges non patrimoniaux, impliquent la procédure ordinaire¹⁶. DIETSCHY a rappelé que, contrairement à la procédure simplifiée, marquée par une plus grande oralité et rendant possible des allégations de faits et de preuves jusqu'aux délibérations, la procédure ordinaire est plus formaliste, écrite, et implique des *novas* ou faux *novas* uniquement aux conditions prévues par l'art. 229 al. 1 CPC.

[10] La maxime inquisitoire sociale s'applique à tous les litiges de droit du travail en procédure simplifiée (art. 247 al. 2 CPC), en première instance uniquement.¹⁷ Elle aura pour effet de ne pas lier les juges concernant les allégations et offres de preuve des parties.¹⁸ Ainsi, s'ils ont connaissance sur la base du dossier de moyens de preuve pertinents, ils peuvent les administrer d'office en citant un témoin par exemple.¹⁹ La maxime ne porte en revanche pas sur les questions d'ouverture et de clôture de la procédure, ni sur les conclusions.²⁰ On notera qu'elle ne dispense pas les parties de collaborer activement en renseignant les juges sur les faits de la cause et en leur indiquant les moyens de preuve pertinents (art. 247 al. 1 CPC); si les parties ne collaborent pas à l'administration des preuves, celle-ci peut être close, la maxime inquisitoire sociale ne devant pas servir à étendre à volonté la procédure probatoire et à administrer tous les moyens de preuve possible.²¹ Les juges doivent faire preuve de retenue dans l'application de la maxime lorsque les parties sont représentées en justice.²² DIETSCHY a souligné tout de même que dans tous les cas, l'interprétation de la maxime varie énormément d'un-e magistrat-e ou d'un tribunal à l'autre.

[11] Concernant la procédure ordinaire, la table ronde a mis en évidence que celle-ci s'est complexifiée depuis l'entrée en vigueur du CPC, et a engendré en raison du fardeau de l'allégation des écritures bien plus longues, et une multiplication des audiences d'administration des preuves. DONATIELLO en a retenu la rigueur de la règle des deux chances dans l'allégation²³, qui cadre tant la procédure qu'elle rend parfois trop difficilement possible le fait d'apporter des faits nouveaux, notamment face à des faits exorbitants qui ressortent des propos d'un témoin. Il a souligné que la règle des deux chances ne serait pas un problème si les parties connaissaient tous les faits de la

¹⁶ DIETSCHY (nbp. 7), N. 584.

¹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_572/2019 du 20 décembre 2019, c. 2.

¹⁸ DIETSCHY (nbp. 7), N. 245

¹⁹ DIETSCHY (nbp. 7), N. 245.

²⁰ DIETSCHY (nbp. 7), N. 247.

²¹ DIETSCHY (nbp. 7), N. 244, 246.

²² DIETSCHY (nbp. 7), N. 248 ; sur ce point, DIETSCHY (nbp. 7), n. 596, et RSPC 2/2016, avec note de FRANÇOIS BOHNET, p. 96, n. 96, qui avancent que la retenue ne concerne que l'interpellation par le juge quant au caractère complet des allégations et offres de preuve.

²³ Pour la règle des deux chances dans l'allégation, voir : ATF 144 III 117, c. 2.2 ; ATF 140 III 450, c. 3.2.

cause, mais qu'en pratique tel n'est le plus souvent pas le cas, notamment pour la partie salariée, à qui des décisions d'entreprise peuvent être notifiées sans qu'elle ait participé à leur élaboration. Selon MEYER, cela implique de bien plus grandes difficultés à agir en justice sans représentation juridique, et par conséquent une augmentation des coûts pour les justiciables. AUBERT avance dans cette discussion qu'une utilisation accrue des ordonnances de preuves en procédure ordinaire permet de centrer les débats sur les éléments de preuves pertinents. La procédure peut ainsi être mieux cadrée et l'administration des preuves souvent (grandement) raccourcie.

[12] Concernant la procédure simplifiée, SATTIVA SPRING, au sujet des procédures L'EG, a souligné qu'elle a certes pour atout une allégation plus avantageuse, mais entraîne le plus souvent une procédure probatoire allongée et moins encadrée, compte tenu de la possibilité d'ajouter des faits nouveaux presque en tout temps. Ce rallongement de la procédure a aussi été déploré par ROUSSELLE-RUFFIEUX durant la table ronde, qui note que paradoxalement, la procédure simplifiée peut s'avérer plus difficile pour les juges. Leur rôle nécessite en effet une meilleure préparation aux audiences, avec des questions précises de manière à encadrer les débats, qui permettent ainsi une utilisation plus efficace de la procédure simplifiée. L'exposé de MEYER a confirmé ce besoin de préparation accru des juges, tout en soulignant que l'accès à la justice s'en trouve en principe facilité pour la partie salariée. Une autre problématique plus spécifique à la L'EG est l'établissement de la preuve de la discrimination. L'art. 6 L'EG décrit une procédure en deux étapes ; celle-ci consacre premièrement une présomption de la discrimination en cas de simple vraisemblance.²⁴ Secondement, la partie employeuse peut renverser cette présomption *via* l'apport d'une preuve stricte du fait que la différence de traitement repose sur des motifs objectifs.²⁵ La scission de ces deux étapes, théorique, ne trouve pas de pendant dans la procédure, ce qui peut complexifier l'utilisation de l'allègement. En matière de discrimination salariale, dans le cadre de la maxime inquisitoire sociale, les juges sont censés ordonner des expertises d'office en matière d'égalité salariale (art. 247 al. 2 let. c CPC), à moins que l'expertise n'apparaisse d'emblée inutile, comme lorsque les juges possèdent les connaissances nécessaires pour élucider la question d'une potentielle discrimination.²⁶ Un problème pratique soulevé par SATTIVA SPRING est le nombre restreint d'experts capables d'effectuer de telles analyses, qui peut mener à de longs mois d'attente avant de pouvoir en mandater un ; l'intervenante suggère dans ce contexte la mise en place d'une formation d'expert certifiant, pour augmenter le *pool* d'experts disponibles sur le marché.²⁷ L'extension de l'utilisation des expertises à d'autres problématiques, comme la discrimination à la promotion permettrait également un accès facilité à la justice. Convaincre les juges d'ordonner de telles expertises semble soulever un certain nombre de difficultés, et ce notamment en raison du coût élevé de celles-ci, qui doivent être prises en charge par le tribunal.²⁸ L'ajout des expertises privées au *numerus clausus* des preuves prévu par l'art. 177 nCPC pourrait permettre aux parties

²⁴ Le champ d'application de l'art. 6 L'EG couvre tous les cas de discriminations énoncés dans la loi, l'exception de la discrimination à l'embauche et du harcèlement sexuel (Karine Lempen/Roxane Sheybani (éd.), La loi fédérale sur l'égalité (L'EG) devant les tribunaux : Guide L'EG, Lausanne 2020, p. 12 (cité : Guide L'EG)).

²⁵ Guide L'EG (nbp. 24), p. 10 ; CHRISTIAN BRUCHEZ, Réflexions sur l'action judiciaire individuelle pour discrimination salariale, in : Jean-Philippe Dunand/Karine Lempen/Pascal Mahon (éd.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 179 ss, p. 181.

²⁶ BRUCHEZ (nbp. 25), p. 184 ; ATF 133 III 545, c. 4.2, 4.3.

²⁷ CHRISTINE SATTIVA SPRING, La discrimination salariale dans le canton de Vaud : problèmes choisis, in : Jean-Philippe Dunand/Karine Lempen/Pascal Mahon (éd.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 191 ss, p. 196 s.

²⁸ SATTIVA SPRING (nbp. 27), p. 196.

de directement mandater de tels experts, bien que cela impliquerait des coûts plus élevés à leur charge.²⁹

2.2.3. Mutualisation de l'effort : de la consorité aux actions collectives

[13] La présentation effectuée par VAN GOETHEM a permis de mettre en avant l'importance de la mutualisation de l'effort dans certains pays européens, où les syndicats jouent un rôle bien plus important dans les procédures, ce qui confère aux personnes salariées un meilleur accès à la justice. Par exemple en Islande, Norvège ou Suède, tout conflit ayant pour source la violation d'une Convention collective de travail (CCT) est considéré comme un conflit collectif ; cela signifie que l'organisation de défense des personnes salariées sera partie à la procédure, même si la violation ne concernait qu'une personne salariée.³⁰

[14] En Suisse, même si une grande partie des personnes actives sont couvertes par une CCT,³¹ les conflits devant les juridictions prud'homales sont traditionnellement de nature individuelle. L'art. 89 CPC permet certes une action des organisations, afin de protéger les intérêts d'un groupe de personnes touchées par une même atteinte.³² Toutefois, il s'agit d'une action en interdiction, cessation ou constatation de l'atteinte à la personnalité des membres de l'organisation (art. 89 al. 2 let. a-c CPC). L'art. 89 CPC ne permet pas d'agir en réparation d'un dommage, cet aspect relevant uniquement des actions individuelles des parties salariées.³³ DONATIELLO a salué l'existence d'actions collectives spécifiques en droit du travail, qui protègent tout autant des intérêts privés que collectifs.³⁴

[15] Le deuxième volet de la réforme du CPC susmentionnée vise à élargir l'action des organisations de l'art. 89 CPC ; ZEIN a exposé que l'action serait dorénavant élargie à toute prévention de droit privé (et non uniquement les atteintes à la personnalité).³⁵ De plus l'organisation pourrait dorénavant faire valoir les préentions pécuniaires des personnes concernées par l'action (art. 307b ss P-CPC).³⁶ Une procédure de transaction collective, qui prend en compte les besoins et les risques spécifiques en matière de règlement des dommages collectifs, fait également partie du projet de réforme (art. 307h ss P-CPC). L'entrée en force de la transaction sera soumise à l'approbation du tribunal.³⁷ Si DONATIELLO et ZEIN ont souligné que cette modification législative faciliterait l'accès à la justice des salariés, qui pourraient ensemble faire valoir leurs préentions par le biais de l'action de l'organisation, le projet semble en l'état loin d'être abouti.

²⁹ Code de procédure civile (CPC), Modification du 17 mars 2023, FF 2023 786, p. 8.

³⁰ BIT, Europe (nbp. 5), p. 13, 23 s.

³¹ On comptait 2'157'900 salariés couverts par une Convention collective de travail en 2021 : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/conventions-collectives-travail-partenariat-social/conventions-collectives-travail.html>.

³² NICOLAS JEANDIN, Art. 89 CPC, in : Commentaire Romand : Code de procédure civile, Bâle 2019, (cité : CR CPC-Auteur-e), CR CPC-JEANDIN, Art 89 N. 5 ; pour plus de détails sur les conditions à remplir dans le cadre de l'art. 89 CPC, voir DIETSCHY (nbp. 7), N. 369.

³³ CR CPC-JEANDIN (nbp. 32), Art. 89 N. 6 : DIETSCHY (nbp. 7), N. 370.

³⁴ Comme par exemple l'art. 15 al. 2 de la Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993 (LParticipation), RS 822.14, l'art. 11 de la Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contratstypes de travail du 8 octobre 1999 (LDét), RS 823.20, ou encore l'art. 7 LEG.

³⁵ Message sur une modification du code de procédure civile du 10 décembre 2021, FF 2021 3048, p. 15.

³⁶ Message sur une modification du code de procédure civile du 10 décembre 2021, FF 2021 3048, p. 16.

³⁷ Message sur une modification du code de procédure civile du 10 décembre 2021, FF 2021 3048, p. 17.

Après le report de sa décision d'entrée en matière l'été 2022,³⁸ la Commission des affaires juridiques du Conseil National a décidé de demander une analyse d'impact de la réglementation ainsi qu'une analyse de droit comparé, dont elle a pris connaissance à l'été 2023. Après avoir à nouveau reporté sa décision et demandé des clarifications complémentaires, elle devrait examiner le projet durant le premier semestre 2024.³⁹ ZEIN a noté dans ce contexte l'opposition très forte des milieux économiques, qui craignent une utilisation abusive de ces nouvelles actions collectives.

[16] L'action collective n'est toutefois pas le seul moyen offert aux justiciables pour ne pas agir seuls. L'objectif de *Laienfreundlichkeit*, soit d'accès facilité à la justice, mis en évidence par ZEIN, est illustré par plusieurs aspects du 1^{er} volet de la réforme du CPC (par exemple en matière de *novas* ou d'indications erronées des autorités). Des modifications sont notamment aussi prévues en matière de consorité, cumul, demande reconventionnelle. Concernant la consorité simple, la réforme a codifié la jurisprudence du Tribunal fédéral en rajoutant en 3^e condition la compétence à raison de la matière du tribunal saisi pour toutes les créances produites (art. 71 al. 1 let. c nCPC).⁴⁰ Concernant le cumul d'actions, il sera dorénavant admis lorsque la compétence à raison de la matière ou la procédure sont différentes du seul fait de la valeur litigieuse. Si des procédures différentes sont applicables, les prétentions sont jugées en procédure ordinaire (art. 90 al. 2 nCPC).⁴¹ S'agissant de la demande reconventionnelle, lorsque la demande principale doit être jugée en procédure ordinaire, il sera désormais possible de faire valoir en demande reconventionnelle une prétention qui relève de la procédure simplifiée du seul fait de la valeur litigieuse. Il en résulte que la demande reconventionnelle devra être traitée en procédure ordinaire (art. 224, al. 1^{bis} let. a nCPC).⁴²

[17] Présentant un cas fictif de cumul d'actions, DONATIELLO a imaginé la situation suivante : une travailleuse est licenciée pour le 31.12.23 et veut invoquer une indemnité pour congé abusif. En outre, l'employeur ne lui paie pas le treizième salaire de CHF 6'500.- à la fin du contrat. Il s'agit de deux complexes de faits différents, où un cumul d'actions demeure possible.⁴³ La travailleuse peut dès lors décider d'introduire soit deux actions différentes : une à hauteur de 6'500 CHF, et une où elle limite ses conclusions pour licenciement abusif à 30'000 CHF. Les deux actions seront alors soumises à la procédure simplifiée (art. 243 al. 1 CPC), et pourraient être jointes à l'initiative du tribunal (art. 125 let. c CPC). La travailleuse peut en outre décider de cumuler les actions, qui seront alors soumises à la procédure ordinaire (art. 243 al. 1 CPC *a contrario*), à moins qu'elle ne décide de limiter son indemnité pour licenciement abusif à 23'500 CHF afin de garder le procès soumis à la procédure simplifiée.⁴⁴ DONATIELLO souligne l'incohérence du système, qui n'est pas résilient selon que la partie demandeuse opère un cumul d'actions ou pas. Il propose un changement de la pratique du droit vers une solution où le type de procédure pour chaque prétention est maintenu, malgré l'addition des valeurs litigieuses, à l'instar de ce

³⁸ Voir : Exercice collectif des droits : trop de questions encore en suspens (parlement.ch)

³⁹ Voir : Exercice collectif des droits (parlement.ch) (tous les sites web ont été consulté pour la dernière fois le 21 décembre 2023).

⁴⁰ Code de procédure civile (CPC), Modification du 17 mars 2023, FF 2023 786, p. 3.

⁴¹ Code de procédure civile (CPC), Modification du 17 mars 2023, FF 2023 786, p. 4; DIETSCHY (nbp. 7), N. 355 s.

⁴² Code de procédure civile (CPC), Modification du 17 mars 2023, FF 2023 786, p. 10; pour plus de détails sur les potentielles situations, voir DIETSCHY (nbp. 7), N. 336 ss.

⁴³ GIUSEPPE DONATIELLO, Cumul d'actions, procédure applicable et devises Shadoks, in : Michelle Cottier/Karine Lempen/Julia Xoudis (éd.), Lettres à Christine Chappuis, p. 63 ss, p. 63.

⁴⁴ DONATIELLO (nbp. 43), p. 64–65

qui vaut pour la consorité simple (art. 93 al. 2 CPC). Il souligne que dès le 1^{er} janvier 2025, l'art. 90 al. 2 nCPC prévoira qu'en cas de cumul d'actions, si chaque prétention est soumise à une procédure différente en raison de sa propre valeur litigieuse, les prétentions sont jugées en procédure ordinaire. Il ouvre le champ à une application *a contrario* de cette disposition, selon laquelle, si chaque prétention est soumise à la procédure simplifiée, les prétentions sont jugées en procédure simplifiée⁴⁵.

2.3. Financement

[18] La grande majorité des interventions du colloque ont relevé l'obstacle que peut présenter le coût de l'accès à la justice. DIETSCHY a présenté les règles spécifiques en la matière, qui permettent d'ores et déjà de faciliter l'accès aux tribunaux prud'homaux. Les art. 113 et 114 CPC prévoient en effet une dispense des frais lorsque la cause relève du droit du travail et que la valeur litigieuse est inférieure ou égale à 30'000 CHF ou lorsque la cause relève de L'EG ou la Loi sur la participation. Selon le Tribunal fédéral, cette dispense vaut également en cas de conflit de nature non patrimoniale.⁴⁶ DIETSCHY a relevé qu'en matière de demande reconventionnelle, la valeur litigieuse se détermine séparément à celle de la demande principale et non en additionnant les deux.⁴⁷ Selon l'art. 116 CPC, les cantons peuvent prévoir des dispenses de frais plus généreuses. C'est notamment le cas du canton de Genève, où il n'est pas perçu de frais judiciaires au tribunal des prud'hommes jusqu'à 75'000 CHF, ni à la Chambre d'appel de la Cour de justice jusqu'à 50'000 CHF.⁴⁸ Comme exposé par ZEIN, avec la réforme du CPC, l'avance de frais au sens de l'art. 98 al. 1 nCPC est limitée à la moitié des frais judiciaires présumés (sauf exceptions, voir art. 98 al. 2 nCPC). De plus, le règlement des frais (art. 111 CPC) est adapté pour ne permettre la compensation des frais judiciaires qu'avec les avances fournies par la partie qui doit supporter la charge des frais.⁴⁹

[19] Concernant les dépens, l'art. 113 al. 1 CPC les exclut en procédure de conciliation. Selon la jurisprudence de notre Haute Cour, ils peuvent tout de même être alloués pour cette phase si la procédure se poursuit et aboutit à une décision au fond⁵⁰. Ils sont normalement alloués dans la procédure au fond (art. 114 al. 1 CPC *a contrario*), à moins que le droit cantonal ne prévoie une dispense sur ce point (art. 116 CPC).⁵¹ A Genève, c'est le cas à l'art. 22 al. 2 LaCC,⁵² qui stipule : « *Il n'est pas alloué de dépens ni d'indemnité pour la représentation en justice dans les causes soumises à la juridiction des prud'hommes* ». MEYER souligne que la règle est à l'avantage de la demanderesse non représentée, ce qui concerne encore un certain nombre de cas en droit du travail. Pour DONATIELLO, il s'agit aussi d'une question de prévisibilité des coûts : si une partie peut connaître au fur et à mesure de l'avancement de la procédure ses propres frais de défense

⁴⁵ DONATIELLO (nbp. 43), p. 65–66.

⁴⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_332/2015 du 10 février 2016, c. 6.

⁴⁷ DIETSCHY (nbp. 7), N. 432 ; voir arrêt du Tribunal fédéral 4A_89/2022 du 20 septembre 2022, c. 6.

⁴⁸ DIETSCHY (nbp. 7), N. 415 et N. 417 pour le droit cantonal.

⁴⁹ Code de procédure civile (CPC), Modification du 17 mars 2023, FF 2023 786, p. 4 s.

⁵⁰ ATF 141 III 20, c. 5.

⁵¹ DIETSCHY (nbp. 7), N. 419 s.

⁵² Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012 (LaCC), RS/GE E 1 05.

(que son avocat-e lui facture) et prendre ses dispositions en conséquence, elle n'a en revanche aucune visibilité ni contrôle sur les frais de défense de la partie adverse. DIESTCHY a estimé qu'une telle suppression des dépens n'est en réalité pas à l'avantage de la partie faible, car elle ne protège que la partie faible qui succombe. Celle victorieuse devra alors dans tous les cas payer des dépens. Selon l'intervenante, l'utilisation accrue de l'art. 107 CPC, qui permet aux juges de s'écartier de la règle générale de répartition des frais de l'art. 106 CPC (dépens pris en charge par la partie qui succombe), est à encourager. L'art. 107 al. 1 let. f CPC permettrait une répartition des frais en équité, en cas par exemple de disparité économique importante entre les parties.⁵³

[20] Hormis les exemptions de frais et de dépens, le mécanisme de l'assistance judiciaire des art. 117 ss CPC a également vocation de faciliter l'accès à la justice. Celle-ci nécessite deux conditions : l'indigence de la partie concernée, et le fait que sa cause ne soit pas dépourvue de chance de succès (art. 117 CPC). DONATIELLO a signalé que l'effet de seuil du critère de l'indigence du client et le manque de ressources pour assurer une défense efficace (notamment en procédure ordinaire) auquel peuvent être confrontés celles et ceux qui se situent juste au-dessus de ce seuil. DIETSCHY a relevé pour sa part que le fait que les contentieux de droit du travail soient soumis à une procédure simple et rapide n'empêche pas qu'une partie puisse bénéficier de l'assistance judiciaire gratuite, et ce malgré l'application de la maxime inquisitoire sociale et la mise à disposition de formulaires pour introduire la demande⁵⁴. Quand cela s'avère nécessaire, un-e avocat-e d'office peut être désigné (art. 118 al. 1 let. c CPC) ; c'est aussi possible en procédure de conciliation, bien que les conditions soient plus sévères que dans la procédure au fond.⁵⁵ Il reste que l'assistance judiciaire devra être remboursée (art. 123 al. 1 CPC), et que selon DIETSCHY elle ne vaut donc pas forcément la peine d'être demandée dans des litiges où la valeur litigieuse est inférieure à 10'000 CHF.

[21] MEYER a exposé que l'assistance des syndicats ainsi que les assurances de protection juridique peuvent toutes deux permettre de renforcer l'accès à la justice des parties salariées en couvrant leur droit à une assistance juridique en cas de conflit avec la partie employeuse. Cela sera particulièrement important en procédure ordinaire, où le conseil d'un-e avocat-e s'avère le plus souvent nécessaire. Il constate qu'une majorité des justiciables ont une assurance de protection juridique. Pour SATTIVA SPRING, les associations féministes pourraient également fournir une forme de financement dans les cas L'EG. MEYER a relevé une part de 54% d'affaires en procédure simplifiée en 2022 au Tribunal des prud'hommes de Genève. Cependant, dans les 46% restant, si la partie salariée ne dispose d'assurance, n'est pas syndicalisée et ne remplit pas les conditions pour l'assistance judiciaire, il demeure un risque qu'elle renonce à ouvrir action pour des raisons financières. MEYER a précisé qu'une façon de contourner ce problème serait de chiffrer des conclusions inférieures à 30'000 CHF, afin de bénéficier de la procédure simplifiée. A son sens, une extension de la procédure simplifiée à tous les litiges en dessous de 100'000 CHF assurerait alors un meilleur accès à la justice ; la procédure simplifiée serait ainsi applicable au 2 des causes (d'après les chiffres de 2022 du Tribunal des prud'hommes de Genève). Pour AUBERT, une utilisation accrue de la

⁵³ Pour plus de développements, voir DIETSCHY (nbp. 7), N. 437 ss.

⁵⁴ DIETSCHY (nbp. 7), N. 442, qui se réfère à la jurisprudence fédérale, voir not. : arrêt du Tribunal fédéral 4A_87/2008 du 28 mars 2008, c. 3.2, 3.3.

⁵⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_46/2021 du 26 mars 2021, c. 4.5 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_301/2020 du 6 août 2020, c. 3.3.

conciliation et de la médiation permettrait de réduire la longueur de la procédure et ainsi les frais redoutés par la partie salariée.

2.4. Obstacles émotionnels

[22] Plusieurs exposés ont abordé les obstacles émotionnels qui peuvent limiter l'accès à la justice. DONATIELLO a relevé ainsi les difficultés qui découlent du vécu des parties, et le stress qu'implique un procès civil. A son avis, la divergence entre la vérité judiciaire, dont l'établissement est soumis aux règles du CPC, et la vérité recherchée par les parties au conflit peut amener une certaine frustration chez celles-ci, qui peinent parfois à se sentir écoutées. Comme mis en évidence lors de la table ronde, le passé des parties engendre parfois des difficultés à concilier, car elles sont à ce stade de la procédure encore trop activées émotionnellement.

[23] SATTIVA SPRING a également évoqué des enjeux plus émotionnels au travers de la protection contre le congé rétorsion prévue par la L^Eg. L'art. 10 L^Eg permet en effet une réintégration chez la partie employeuse de la partie salariée licenciée qui a fait valoir de bonne foi son droit à ne pas être discriminée sur la base de son sexe⁵⁶. L'avocate a souligné que malgré le nombre de fois où elle a invoqué cet article dans sa pratique, ses clientes, redoutant une mauvaise ambiance de travail à leur retour, des problèmes avec leurs collègues ou des conséquences sur leur futur professionnel, ont préféré transformer leur demande de réintégration en demande d'indemnité au sens de l'art. 10 al. 4 L^Eg (*cum* art. 336a CO). Elle note, de plus, le manque d'informations et de soutien des proches des victimes, qui ont parfois tendance à dénigrer ou décourager la partie salariée dans ses démarches. TETTÙPOCHON, lors de la table ronde, a précisé que la vraisemblance suffisait pour une réintégration en mesures provisionnelles. Elle déplore le manque d'utilisation des mesures provisionnelles à cet effet, alors qu'elles consacreraient une arme redoutable ayant des conséquences importantes pour la durée du procès. En effet, dès lors que la partie salariée offrirait ses services, elle continuerait à toucher son salaire, et ce même si la partie employeuse la libérerait de son obligation de travailler.

3. Conclusion

[24] A l'instar du droit matériel, le droit procédural prévoit des aménagements qui cherchent à atténuer la position de faiblesse dans laquelle se trouve la partie salariée liée par un contrat de travail. Le colloque du 7 novembre dernier a montré que, malgré ces aménagements, l'accès à la justice de cette dernière peut être entravé par un manque de ressources financières, ainsi que par la rigueur de la procédure ordinaire. L'efficacité pratique de la procédure simplifiée demeure quant à elle mitigée. Elle est en principe plus avantageuse pour la partie salariée et donne un plus grand rôle aux juges, qui établiront alors plus rapidement la vérité judiciaire. Elle peut cependant impliquer des procédures probatoires plus longues et moins encadrées, et ce spécialement en matière L^Eg ; dans ce genre de cas, elle peut exiger de la juridiction une préparation plus grande, mais permet un accès à la justice facilité pour les parties salariées. Un recours accru à la conciliation dans la procédure au fond semble également être un moyen d'obtenir une résolu-

⁵⁶ Guide L^Eg (nbp. 24), p. 46.

lution plus rapide et efficace des litiges. Par ailleurs, le projet d'actions collectives rend possible un partage des frais entre les différentes parties salariées, et une mise en commun des moyens de preuve, propres aussi à garantir un meilleur accès à la justice.

[25] S'il importe de permettre aux parties salariées de mieux faire valoir leurs préentions en justice, il faut toutefois garder à l'esprit que la voie judiciaire présente le désavantage de déterminer une vérité juridique qui ne correspond à la version des faits d'aucune des parties dans son intégralité⁵⁷. La voie de la médiation prend en compte d'autres attentes des parties⁵⁸, par exemple, celles d'ordre émotionnel évoquées par DONATIELLO. Ce mode de résolution des conflits, qui peut être utilisé tant avant l'ouverture d'une procédure⁵⁹, qu'en lieu et place de celle-ci (art. 213 ss CPC), doit cependant être choisi uniquement s'il répond aux besoins des parties en conflit. L'adoption à Genève de la LMédiation semble dans tous les cas indiquer une pertinence pratique à ce mode de résolution des conflits, dont le financement étatique permettra une plus grande utilisation (voir art. 19 LMédiation).

HELIA FARMAN, MLaw, doctorante et assistante d'enseignement et de recherche à l'Université de Genève, chaire de droit du travail.

L'auteure remercie les intervenant-e-s et organisateur-trice-s de la journée du 7 novembre dernier pour leur relecture attentive de la présente contribution.

⁵⁷ FRANÇOIS BOHNET/CHRISTINE GUY-ECABERT, La conciliation et la médiation en procédure civile suisse : ni contournement du juge ni déviation du droit, in : Virginie Donier/Béatrice Laperou-Scheneider (éd.), *L'accès au juge : recherche sur l'effectivité du droit*, Bruxelles 2013, p. 837 ss, p. 848.

⁵⁸ BOHNET/GUY-ECABERT (nbp. 57), p. 849.

⁵⁹ Voir *in toto* la contribution de LUC WENGER, Règlements internes de prévention et gestion des conflits et procédures d'enquête, in : François Bohnet/Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éd.), *Les procédures en droit du travail*, Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 233 ss.