



GUY ALEXANDRE BEROUD

Chemin des Cèdres 13, 1004 Lausanne

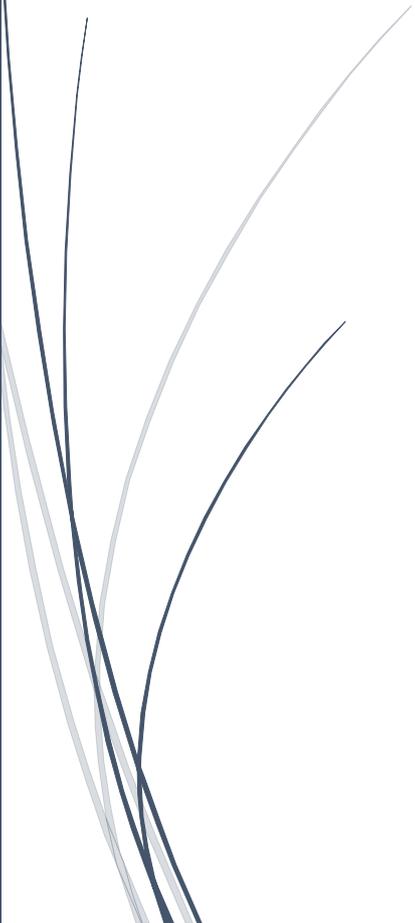
guy.beroud@unil.ch

079.211.97.22



Le contrat de travail dans l'assainissement d'entreprise

Une protection dépendante du
résultat ?



Université de Lausanne

Faculté de droit, des sciences criminelles et
d'administration publique

Droit du travail

Professeur Rémy Wyler

Lausanne, décembre 2015

Table des matières

I.	Table des abréviations	III
II.	Bibliographie.....	V
A.	Projet, messages et sources y relatives.....	VII
III.	Tables des arrêts	VIII
A.	Tribunal fédéral	VIII
B.	Cour de justice de l'Union européenne (anciennement Cour de justice des Communautés Européennes)	VIII
I.	Introduction générale	1
A.	Contexte historique.....	1
II.	Assainissement : remarques liminaires	2
III.	Assainissement extra-judiciaire	2
A.	Transfert des rapports de travail.....	3
a)	Historique	3
b)	Définitions	4
c)	Conséquences.....	4
d)	Opposition du travailleur : information et consultation.....	5
e)	Solidarité du cédant et du cessionnaire	6
f)	Champ d'application.....	7
g)	Sanctions	8
B.	Licenciement collectif.....	10
a)	Définitions relatives au licenciement collectif.....	10
b)	Effets.....	12
c)	Champ d'application.....	13
C.	Le plan social	14
1.	<i>Nature et définition</i>	14
2.	<i>Contenu</i>	14
3.	<i>Obligation de négocier</i>	15
a)	Application analogique des conditions du licenciement collectif ?.....	16
b)	Recoupement avec le licenciement collectif	16
4.	<i>Echec des négociations</i>	17
5.	<i>Sentence arbitrale</i>	18
6.	<i>Champ d'application</i>	19
D.	Conclusion	19
IV.	Assainissement judiciaire	20
A.	Transfert d'entreprise	20
1.	<i>L'exception de l'art. 333b CO</i>	20
a)	Interprétations.....	20
b)	Cas limites.....	21
2.	<i>Effets de l'exception</i>	23
3.	<i>Protection des données renforcée</i>	24
B.	Licenciement collectif.....	24
1.	<i>L'exception de l'art. 335e al. 2 CO</i>	24

C.	Plan social	26
1.	<i>Exception de l'art. 335k CO</i>	26
2.	<i>Cas particuliers</i>	27
3.	<i>Mise en danger de l'existence de l'entreprise</i>	27
a)	En tant que limite à l'élaboration du plan	28
b)	En tant que facteur ouvrant à la renégociation ?	28
V.	Perspectives européennes	29
A.	Transfert automatique	29
B.	Licenciement collectif	29
C.	Plan social ?	30
D.	Allemagne	30
1.	<i>Transfert d'entreprise</i>	30
2.	<i>Plan social</i>	30
E.	France	30
1.	<i>Transfert d'entreprise</i>	30
2.	<i>Plan social</i>	31
F.	Belgique	31
1.	<i>Transfert d'entreprise</i>	31
2.	<i>Plan social</i>	31
VI.	Conclusion	31

I. Table des abréviations

a	ancien(ne) (précise qu'il s'agit d'une version d'un texte de loi qui n'est plus en vigueur)
Abs.	Absatz / alinéa (utilisé lors de références à des dispositions de droit allemand)
ad	à
aff.	affaire
al.	alinéa
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, Lausanne
BE	Belgique
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz (DE) du 15 janvier 1972
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (DE) du 18 août 1896
BK	Berner Kommentar
BISchK	Bulletin des poursuites et faillites / Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BO CE	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats
BO CN	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national
BSK	Basler Kommentar
CA	conseil d'administration
CCT	convention collective de travail
CE	Communauté européenne
CF	Conseil fédéral suisse
Cf.	confer
ch.	chiffre
CJ	Cour de Justice de l'Union européenne, anciennement Cour de justice des Communautés européennes
CO	Code fédéral des obligations, du 30 mars 1911 (RS 220)
consid.	considérant(s)
DE	Allemagne / Deutschland
DTA/ARV	Revue de droit du travail et d'assurance-chômage / Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
ECS/ST	L'Expert Comptable Suisse / Der Schweizer Treuhänder
éd./Hrsg.	éditeur/Herausgeber ; édition
EEE	Espace Economique Européen
EIZ	Europa Institut Zürich
FF/BBL	Feuille fédérale / Bundesblatt
HUG	Hôpitaux Universitaires de Genève
LACI	Loi sur l'assurance-chômage, du 25 juin 1982 (RS 837.0)
LCE	Loi sur la continuité des entreprises (BE), du 31

	janvier 2009.
LFE	Loi sur la fermeture des entreprises (BE), du 26 juin 2002
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 11 avril 1889 (RS 281.1)
LParticipation	Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises, du 17 décembre 1993 (RS 822.14)
LPRCC	Loi vaudoise sur la prévention et le règlement des conflits collectifs, du 28 octobre 2003 (RS 821.01)
LTr	Loi sur le travail, du 13 mars 1964 (RS 822.11)
M.B	Moniteur Belge
ndbp	Note de bas de page
nt.	notamment
PJA/AJP	Pratique juridique actuelle/Aktuelle juristische Praxis
RC	Registre du commerce
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ/SJZ	Revue Suisse de Jurisprudence / Schweizerische Juristen-Zeitung
z.	Ziffer / chiffre (utilisé lors de références à des dispositions de droit allemand)
ZBJV	Revue de la société des juristes bernois / Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

II. Bibliographie

AUBERT GABRIEL, *Insolence et transfert d'entreprise : à propos de l'art. 333 CO*, in : Insolence, désendettement et redressement : études réunies en l'honneur de Louis Dallèves, Bâle/Genève/Munich, 2000 [cité AUBERT, Insolence].

AUBERT GABRIEL, *La nouvelle réglementation des licenciements collectifs et des transferts d'entreprises*, in : Journée 1994 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich, 1995 [cité AUBERT, La nouvelle réglementation].

BAKER & MCKENZIE, *Cross-Border Transactions Handbook*, éd. 2014 (disponible sur : http://www.bakermckenzie.com/files/Uploads/Documents/Global%20MA/bk_ma_cbtransactions handbook_dec14.pdf ; consulté le 16.11.2015).

BALZAN MARIE-CHRISTINE, *La protection des données des travailleurs dans la due diligence*, in : WYLER RÉMY (éd.), *Panorama II en droit du travail*, Berne, 2012, pp. 3-20 [cité BALZAN, Protection des données].

BALZAN MARIE-CHRISTINE, *Le contrat de travail et l'insolvabilité de l'employeur*, in : WYLER RÉMY (éd.), *Panorama II en droit du travail*, Berne, 2012, pp. 265-294 [cité BALZAN, Insolvabilité].

BÄNI EVA-MARIA, *Sozialplanpflicht und weitere Auswirkungen des Sanierungsrechts auf das Arbeitsrecht*, ArbR 2013, pp. 79-103.

Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM (éds.), 6^e éd., Bâle, 2015 [cité BSK-OR I-AUTEUR]

BIANCHI DORIS, *La protection des travailleurs et des travailleuses n'est pas un obstacle à l'assainissement des entreprises*, in : *La Vie économique* 5-2010, p. 31.

CARRUZZO PHILIPPE, *Licenciements collectifs – comparaison des droits suisse et européen*, in : WYLER RÉMY (éd.), *Panorama II en droit du travail*, 2012, pp. 715-750.

CHENAUX JEAN-LUC/PFISTER LOÏC, *Aspects juridiques de l'assainissement (cadre, outils et responsabilité)*, in : OJHA LAUREN (éd.), *Aspects pratiques du droit de l'entreprise*, Lausanne, 2010, pp. 95-189.

Commentaire du contrat de travail, DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (éds.), Berne, 2013 [cité CoCT-AUTEUR].

Commentaire romand du Code des obligations I, THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (éds.), Bâle, 2012 [cité CO CR I-AUTEUR].

DUC PABLO, *La réforme en cours du droit de l'assainissement des entreprises vue par la pratique*, in : *La Vie économique* 5-2010, p. 32.

FATZER PETER, *Allégements pour les sociétés reprenantes : la révision du droit de l'assainissement est-elle suffisante ?*, in : *La Vie économique* 5-2010, pp. 28 s.

FISCHER ALEXANDER/TROST ANDREA, *Auswirkungen des neuen Sanierungsrechts auf das Arbeitsrecht*, in : *Jusletter* 19. Mai 2014.

FURRER URS, *Faciliter les assainissements, préserver la flexibilité du droit du travail*, in : *La Vie économique* 5-2010, p. 30.

IANNI SARA, *Die Stellung des Arbeitnehmers in der Insolvenz des Arbeitgebers nach der Revision des Sanierungsrechts*, Thèse, Zurich, 2014.

JACQUEMOUD PHILIPPE/PASQUIER AURÉLIEN, *Responsabilité du Conseil d'administration avant et après le surendettement*, SJ 2013 II pp. 271-328.

KARAGJOZI ENDRITT, *Les transferts d'entreprises en droit du travail : étude comparative des droits communautaire, britannique, français et suisse*, thèse, Zurich/Bâle/Genève, 2003.

KREUTZ DENISE, *Sozialpläne – Zweck, Inhalt und Auswirkungen in einem Nachlassstundungs- bzw. Konkursverfahren*, in Jusletter 21 février 2011.

LORANDI FRANCO, *Sanierung mittels Konkursaufschub oder Nachlassstundung – Alte und neue Handlungsoptionen*, in : SPRECHER THOMAS (Hrsg.), *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V*, EIZ 153, Zurich, 2014, pp. 29-51.

LUGINBÜHL TANJA, *Der Dividendenvergleich – eine Renaissance unter dem neuen Sanierungsrecht ?*, in : SPRECHER THOMAS (Hrsg.), *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VI*, EIZ n° 159, Zurich, 2014, pp. 93-115.

MABILLARD RAMON, *Der Arbeitnehmer im Sanierungsprozess*, BLSchK 2014, pp. 41-57.

MARCHAND SYLVAIN/HARI OLIVIER, *Le sursis concordataire, vecteur de transfert des entreprises commerciales*, in : *Droit des sociétés : mélanges en l'honneur de Roland Ruedin*, Bâle, 2006.

MEIER ISAAC/EXNER CHRISTIAN, *Informations- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmer bei Sanierungen*, in : DTA 2004, pp. 213-233.

MÜLLER MARTIN L., *Sozialplanpflicht (art. 335h-335k OR)*, in DTA 2014, pp. 231-248.

PAULUS CHRISTOPH G., *Insolvenzrecht*, Munich, 2009.

RÜETSCHI DAVID, *Remarques sur la révision du droit de l'assainissement*, in : *La Vie économique* 5-2010, pp. 4-7.

SAUTER CHRISTIAN/BECK PETRA, *Le droit suisse des faillites : une perspective économique*, in : *La Vie économique* 5-2010, pp. 12-19.

SCHENKER URS, *Unternehmensverkäufe unter dem neuen Sanierungsrecht*, in : *Mergers & Acquisitions XVII*, EIZ n° 160, Zurich, 2015, pp. 257-291.

SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, *Les nouvelles règles sur les plans sociaux obligatoires (art. 335h-k CO)*, DTA 2013, pp. 281-292.

SPÜHLER KARL/INFANGER DOMINIK, *Betriebsübergänge und Arbeitsverträge in der Zwangsvollstreckung – Anwendung von Art. 333 OR im Konkurs und Nachlassvertrag ?*, in : ANGST PAUL/COMMETTA FLAVIO/GASSER DOMINIK (Hrsg.), *Schulbetreibung und Konkurs im Wandel*, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Bâle/Genève/Munich, 2000, pp. 225-232.

STAEHELIN DANIEL, *Überblick über die Neuerungen im Sanierungsrecht*, in : ECS 1-2/14, pp. 61-66.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, *Arbeitsvertrag : Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, Zurich, 2012.

SURCHAT MARC, *La révision du droit des faillites, partie intégrante de la politique de croissance du Conseil fédéral*, in : La Vie économique 5-2010, pp. 20-23.

VISCHER DANIEL, *Sozialplanpflicht und Arbeitnehmerrecht*, in : SPRECHER THOMAS (Hrsg.), *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V : Das neue Schweizer Sanierungsrecht*, EIZ n° 153, Zurich, 2014, pp. 121-131.

WILDHABER ISABELLE, *Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen*, Zurich/Bâle/Genève, 2011 [cité WILDHABER, *Arbeitsrecht*].

WILDHABER ISABELLE, *Der Übergang von Arbeitsverhältnissen bei Umstrukturierungen unter Beteiligung öffentlicher Unternehmen : Privatisierungen, verwaltungsinterne Umstrukturierungen, Versaatlichungen*, in : ZBJV 144/2008, pp. 525-552 [cité WILDHABER, *Übergang*].

WILDHABER ISABELLE, *Die neue Sozialplanpflicht – für die Praxis ein Buch mit sieben Siegeln*, in : PJA 2015, pp. 427-436 [cité WILDHABER, *Sozialplanpflicht*].

WYLER RÉMY, *Le droit du travail à l'épreuve de la Lfus – Analyse de quelques points controversés*, in ; PETER HENRY/DUTOIT NICOLAS (éds.), *Les restructurations en droit des sociétés, du travail et international privé*, 2010, pp. 223-250 [cité WYLER, *LFus*].

WYLER RÉMY, *L'étendue des pouvoirs de la représentation des travailleurs*, in : PETER HANSJÖRG (éd.), *300 ans d'enseignement du droit à Lausanne*, pp. 403-420 [cité WYLER, *Représentation*].

WYLER RÉMY/DERRER RUTH, « *L'obligation de plan social n'est pas un coup d'épée dans l'eau* », in : *Pladoyer* 2014, p. 6-8.

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, *Droit du travail*, 3^e éd., 2014.

A. Projet, messages et sources y relatives

Bulletins officiels du Conseil des Etats relatifs à l'objet parlementaire 10.077, BO [année] E [page].

Bulletins officiels du Conseil national relatifs à l'objet parlementaire 10.077, BO [année] N [page].

Message du 8 septembre 2010 relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (droit de l'assainissement), FF 2010 5871 [le Message].

Révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) : Procédure d'assainissement. Synthèse des résultats de la procédure de consultation, août 2009.

Rapport explicatif de décembre 2008 relatif à l'avant-projet Révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) : procédure d'assainissement [cité Rapport 2008].

Rapport d'avril 2005 du groupe d'expert chargé de réexaminer la procédure concordataire, *Le droit suisse de l'assainissement doit-il être révisé ? Thèses et propositions au regard de l'assainissement des entreprises* [cité Rapport 2005].

Trois études sur la révision du droit des faillites, Etudes mandatées par le Secrétariat d'Etat à l'économie et l'Office fédéral de la justice, Berne, 2010 [cité Etude [numéro]].

III. Tables des arrêts

A. Tribunal fédéral

123 III 176

123 III 406

123 III 466

127 V 183

129 III 335

130 III 102

130 V 18

132 III 32

133 III 213

136 III 552

137 III 27

137 III 162

137 III 487

137 V 463

4C. 193/2004 du 30 juillet 2004

4C.239/2006 du 5 octobre 2006

4A_138/2008 du 30 mai 2008

4A_610/2012 du 28 février 2013

4A_56/2015 du 3 juin 2015

B. Cour de justice de l'Union européenne (anciennement Cour de justice des Communautés Européennes)

CJ 7 février 1985, ABELS, aff. C-135/83, Rec. 1985 p. 469.

CJ 12 Février 1985, Danmark contre H. Nielsen & Søn, Maskinfabrik A/S, en faillite, aff. 284/83. Rec. 1985 p. 553

CJ 12 mars 1998, DETHIER, aff. C-319/94, Rec. 1998.

CJ 12 novembre 1998, EUROPIECES, aff. C-399/96, Rec. 1998.

CJ 17 décembre 1998, DANSK METALARBEJDERFORBUND/GARANTIFOND, aff. C-250/97, Rec. 1998

I. Introduction générale

La présente contribution tend à donner un panorama de la situation du travailleur dans les différentes perspectives de l'assainissement d'entreprise. Nous traiterons de manière systématique la question du transfert d'entreprise, des licenciements collectifs et du plan social. Eu égard au nouveau droit de l'assainissement, nous partons du postulat qu'il est pertinent de distinguer l'assainissement judiciaire de l'assainissement extra-judiciaire et de déterminer l'étendue de la protection du travailleur selon la forme d'assainissement retenue.

Nous affinerons cette distinction en nous penchant sur les questions suivantes : La protection du travailleur est-elle dépendante de la réussite des mesures d'assainissement ? Subsidièrement, la protection individuelle du travailleur est-elle à même de déployer des effets contre-productifs à la protection de l'emploi ? L'idée sous-jacente étant que la protection du travailleur pourrait conduire à l'échec de l'assainissement, signifiant la perte de tous les emplois. La révision du droit suisse de l'assainissement tend à concilier ces dimensions.

Le droit communautaire européen ayant fortement contribué à l'élaboration des dispositions traitées dans le présent travail, il nous semblait nécessaire de survoler les directives de l'Union européenne et les législations de certains de ses Etats membres. Dans cette partie, nous n'effectuerons pas un panorama complet, mais sélectionnerons certains outils développés dans les législations européennes susceptibles d'éclairer nos propos.

Le changement historique du paradigme concernant ces différentes dispositions fera l'objet du premier chapitre.

A. Contexte historique

Le droit suisse de l'assainissement date de la grande révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997. Après le *grouding* de Swissair en 2001, de nombreuses interventions parlementaires ont exigé un examen du besoin de révision du droit suisse de l'exécution forcée¹, notamment au regard de la sauvegarde des places de travail². Selon les experts mandatés pour procéder à cet examen, le droit suisse de l'insolvabilité s'est révélé fiable et praticable³. Il a cependant été jugé nécessaire de procéder à quelques aménagements.

L'objectif principal de la révision du droit de l'assainissement est de favoriser l'assainissement, c'est-à-dire la véritable remise sur pied de l'entreprise⁴. Un des points de friction avec le droit matériel a été le traitement des contrats de durée, et plus particulièrement le sort des contrats de travail. Le statut des travailleurs lors d'une cession d'entreprise dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité a été au cœur des débats et l'objet de nombreuses controverses⁵. Le nouveau droit de l'assainissement s'agissant du volet droit du travail est le fruit d'un compromis politique : l'introduction de l'art. 333b

¹ FF 2010 5871, p. 5875 ; Rapport explicatif 2008, p. 3. Pour une liste des interventions parlementaires cf. Rapport d'experts 2005, p. 1. Cf. nt. BO 2013 CN 597.

² La reprise par Crossair des employés de Swissair à des conditions moins favorables a véritablement ouvert le débat au niveau politique de l'applicabilité de l'art. 333 CO dans le cadre de l'exécution forcée, cf. Avis du 12 octobre 2001 de l'OFJ, JAAC 66.8, disponible sur : <http://www.vpb.admin.ch/ital/doc/66/66.8.html> (consulté le 16.11.2015).

³ Rapport explicatif 2008, p. 4. Cf. ég. RÜETSCHI, p. 4.

⁴ FF 2010 5871, p. 5875.

⁵ FF 2010 5871, p. 5878 et p. 5881, BO 2012 E 351 s. et 355 ss, BO 2013 N 597 ss et 624 ss.

CO, signifiant la fin du transfert automatique des rapports de travail⁶ a été acceptée aux Chambres en contrepartie de l'obligation de négocier et conclure un plan social pour les « grandes » entreprises prévoyant d'opérer un « licenciement collectif »⁷.

L'un des buts affichés de la révision a été de mettre fin à l'incertitude juridique liée à l'application des dispositions protectrices du travailleur dans un contexte d'insolvabilité⁸. Nous verrons dans quelle mesure elle y est parvenue.

II. Assainissement : remarques liminaires

L'assainissement ne connaît pas de définition légale⁹. Il peut être défini comme l'ensemble des mesures financières ou organisationnelles permettant de sortir une entreprise d'une situation de crise¹⁰. Les causes de la crise¹¹, tout comme les remèdes à apporter sont multiples¹². Parmi le panel des mesures d'assainissement à disposition, certaines ont un impact direct sur les rapports de travail : le transfert d'entreprise et les licenciements collectifs.

La distinction entre assainissement privé et public¹³ nous semblait revêtir une importance capitale. Selon que l'assainissement se déroule selon une procédure d'insolvabilité ou non, la limitation de l'exercice des droits de l'employeur et le régime de responsabilité des organes dirigeants diffèrent. La réduction de la protection des travailleurs pourrait *a priori* dépendre également de l'intervention du juge et de la perte, totale ou partielle, de maîtrise du chef d'entreprise sur son activité. Les art. 333b, 335e al. 2, 335h al. 2 et 335k CO restreignent le champ d'application des dispositions auxquelles ils se rapportent, nous les analyserons une à une puis tenterons de dégager une systématique.

III. Assainissement extra-judiciaire

L'assainissement extra-judiciaire comprend les mesures entreprises par l'employeur, les éventuels actionnaires et les créanciers hors de toute surveillance du juge¹⁴. L'assainissement extra-judiciaire se définit négativement par rapport à l'assainissement judiciaire, qui comprend les procédures de l'insolvabilité au sens de la LP (sursis concordataire et concordats)¹⁵. Comme nous le verrons, la définition de l'assainissement judiciaire devra potentiellement être affinée en fonction de l'appréhension ou non de l'objectif auquel tend la procédure (véritable assainissement ou liquidation de la société). Les art. 333b, 335e al. 2 et 335k CO traitent cette question sous des angles différents.

Quant à l'art. 335h al. 2 CO, il y aura lieu de retenir d'autres critères, puisque celui-ci ne renvoie pas à l'ouverture, respectivement la clôture d'une procédure d'exécution forcée, mais tend à considérer la

⁶ Cf. *infra* L'exception de l'art. 333b CO p. 20.

⁷ FF 2010 5871, p. 5881. Cf. *infra* Le plan social p. 14.

⁸ FF 2010 5871, p. 5909 ; FISCHER/TROST, p. 1 n° 1 ; IANNI, pp. 50 ss.

⁹ CHENAUX/PFISTER, p. 96 ; JACQUEMOUD/PASQUIER, p. 271 s.

¹⁰ Cf. CHENAUX/PFISTER, p. 96 ; JACQUEMOUD/PASQUIER, p. 271 s.

¹¹ Pour une étude approfondie de ces causes, cf. Etude 2, pp. 55 ss, résumée in : la Vie Economique 5-2010, pp. 12-15 ; Etude 3, pp. 87 ss, résumée in : la Vie Economique 5-2010, pp. 16-19. Cf. ég. CHENAUX/PFISTER, pp. 97 ss.

¹² Cf. nt. CHENAUX/PFISTER, pp. 131 ss ; JACQUEMOUD/PASQUIER, pp. 280 s ; SCHENKER, p. 259.

¹³ Les termes « assainissement privé » et « assainissement extra-judiciaire » décrivent la même situation. Au même titre, les termes « assainissement public », « assainissement judiciaire » et « procédure d'insolvabilité » sont utilisés indistinctement.

¹⁴ CHENAUX/PFISTER, p. 164.

¹⁵ A l'exception de la faillite qui ne vise pas par définition un assainissement.

situation économique de l'entreprise, soit une dimension matérielle – avec les difficultés et les incertitudes que cela implique. Cet article pose un principe qui s'applique indépendamment du type d'assainissement choisi, il sera présenté néanmoins à la fin de la présente contribution dans le chapitre de l'assainissement judiciaire¹⁶.

Si l'assainissement privé offre en principe l'avantage d'une certaine souplesse et par conséquent une certaine rapidité, il n'en demeure pas moins qu'il comporte des risques importants en termes de responsabilité¹⁷. La discrétion de l'assainissement privé¹⁸ n'est en revanche, depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de l'assainissement, plus un argument pertinent, dès lors qu'il est possible de renoncer à la publicité du sursis concordataire¹⁹.

Si le CF a insisté sur l'intégration de l'art. 725a CO dans la procédure concordataire²⁰, son maintien laisse cependant subsister une certaine latitude à l'assainissement privé. L'existence de ces régimes parallèles n'est pas sans ambiguïté et contribuera peut-être à une évolution plus lente de la culture suisse en matière d'assainissement²¹.

A. Transfert des rapports de travail

Le transfert d'entreprise à des fins d'assainissement est un mécanisme fréquent²². La question du transfert des rapports de travail dans le cadre d'un transfert d'entreprise fait l'objet des art. 333, 333a et 333b CO.

a) Historique

L'art. 333 CO a connu quelques modifications et la perspective liée à cette disposition a changé au fil des années. La disposition avait historiquement pour but de faciliter les transferts d'entreprises du point de vue de l'employeur²³. Le sort des contrats de travail était dès lors laissé à la libre appréciation du cessionnaire ; ce dernier était en effet libre de sélectionner les travailleurs dont ils souhaitaient reprendre les contrats. Seule la perspective entrepreneuriale était considérée.

Dans le cadre de son projet d'adhésion à l'EEE²⁴, la Suisse a adapté le régime applicable au contrat de travail en cas de transfert d'entreprise, consacrant le principe du transfert automatique sous réserve de l'accord du travailleur. Cette nouvelle conception prenait dès lors le contre-pied de la précédente, concrétisant une protection accrue du travailleur et diminuant grandement la liberté contractuelle

¹⁶ Cf. *infra* Mise en danger de l'existence de l'entreprise p. 27.

¹⁷ Sur cette question cf. nt. JACQUEMOUD/PASQUIER, p. 270 ss.

¹⁸ Cf. CHENAUX/PFISTER, p. 164.

¹⁹ Cf. art. 293c al. 2 LP ; FF 2010 5871, p. 5896.

²⁰ FF 2010 5871, p. 5877 : « la procédure concordataire doit devenir la seule et unique procédure d'assainissement ». Cf. ég. à ce sujet : Rapport 2005, p. 6 ; Rapport 2008, p. 6.

²¹ La difficulté première liée à l'assainissement tient dans à son caractère impopulaire. Culturellement, la faillite est le signe distinctif de l'échec économique constituant une véritable mise au ban de l'entité défaillante jusqu'à sa disparition. L'extinction d'une société non performante a été longtemps perçue en Europe comme une loi naturelle immuable, véritable darwinisme économique. Les diverses crises économiques du XXI^e siècle ont amené les législateurs européens à apporter certaines modifications dans leur législation en matière de faillite en aménageant des mécanismes de sauvegarde de l'entreprise. Une certaine méconnaissance, peut-être méfiance, existe à l'égard des procédures d'assainissement public qui sont généralement déclenchées bien trop tardivement. Cf. nt. Etude 2, p. 56 ; STAHELIN, p. 62.

²² FATZER, p. 28 ; STAHELIN, p. 61. Sur les avantages d'un tel transfert cf. nt. IANNI, p. 18.

²³ La reprise des contrats de travail était soumise à la volonté du cessionnaire : cf. AUBERT La nouvelle réglementation, p. 109 ; KARAGJOZI, p. 16.

²⁴ AUBERT, La nouvelle réglementation, p. 109

du cessionnaire contraint de reprendre des rapports de travail dont il n'avait potentiellement pas besoin. L'intérêt du travailleur est au cœur de l'instrument du transfert automatique.

L'application du transfert automatique dans un contexte d'insolvabilité a par la suite fait l'objet d'interprétations divergentes et le TF, notamment en dissociant la solidarité du transfert automatique, n'a pas apporté une réponse satisfaisante à cette question²⁵.

Avec l'entrée en vigueur du nouveau droit l'assainissement, c'est une nouvelle vision qui est avancée, basée sur le postulat que le transfert automatique des rapports est susceptible de constituer un frein au transfert d'une entreprise ou d'une partie de celle-ci²⁶. La volonté du législateur a été d'instaurer un régime prônant la sauvegarde du plus d'emplois, lorsque la sauvegarde de tous les emplois est incertaine²⁷. Nous pourrions ici parler de pensée utilitariste. Le législateur a identifié les cas dans lesquels la mise en danger de l'ensemble des postes de travail est suffisamment certaine pour justifier la fin du régime du transfert automatique²⁸. La considération de l'emploi a pour corollaire une diminution de la protection individuelle et une résurgence de la liberté contractuelle du cessionnaire.

b) Définitions

Selon la jurisprudence, l'entreprise se définit comme une unité de production organisée de manière durable, formant un tout et qui participe de manière indépendante à la vie économique²⁹.

Il y a transfert d'entreprise lorsque l'entité organisée est transférée, mais conserve son identité, soit son but social, son organisation et son caractère individuel³⁰. Il suffit que l'exploitation ou une partie de celle-ci soit effectivement poursuivie par le nouveau chef d'entreprise pour qu'il y ait transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO³¹. « *L'appréciation s'effectue sur la base de l'ensemble des faits et circonstances caractérisant l'opération. Est déterminant à cet égard le fait que l'acquéreur poursuive ou reprenne effectivement une activité économique identique ou similaire.* »³²

c) Conséquences

A teneur de l'art. 333 al. 1 CO, tous les rapports de travail existant au moment du transfert passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations³³. Il importe peu que ces derniers aient été résiliés pour autant que la date de fin des rapports de travail soit ultérieure au moment du transfert³⁴. Le transfert porte sur tous les droits et obligations découlant du contrat de travail, on pense

²⁵ ATF 129 III 335 ; ATF 134 III 102 ; ATF 137 III 487. Cf. ég. FF 2010 5871, p. 5909 ; IANNI, p. 50.

²⁶ Cf. FF 2010 5871, p. 5881 et p. 5917 ; BÄNI, pp. 81 s. ; MABILLARD, p. 42 ; RÜETSCHI, p. 5 ; cf. ég. LORANDI, pp. 49 s., pour qui la fin du transfert automatique devrait avoir une influence positive sur le prix d'acquisition d'une entreprise. La solidarité avait d'ores et déjà été identifiée par la jurisprudence comme un frein potentiel, cf. ATF 129 III 335 consid. 5.3.

²⁷ Cf. FF 2010 5871, pp. 5909 s. et 5915. Cf. ég. Etude 2, p. 66 ; cf. ég. DUC, p. 32.

²⁸ Cf. art. 333b CO. Cf. *infra* L'exception de l'art. 333b CO p. 20.

²⁹ ATF 129 III 335 consid. 2.1 ; TF arrêt 4C.193/2004 du 31 juillet 2004, consid. 2.2.

³⁰ CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 11 *ad* art. 333 CO ; cf. ég. ATF 136 III 552 consid. 2.1.

³¹ Cf. ATF 136 III 552 consid. 2.1 ; ATF 132 III 32 consid. 4.1 ; ATF 129 III 335 consid. 2.1 ; CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 11 *ad* art. 333 CO ; WYLER/HEINZER, p. 448.

³² ATF 136 III 552 consid. 2.1 et références citées. Cf. ég. consid. 2.2: en l'espèce, la reprise des conventions avec le HUG constitue un indice déterminant. Cf. ég. ATF 127 V 183 consid. 4d.

³³ ATF 136 III 552 consid. 3.1. CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 11 *ad* art. 333 CO ; WYLER/HEINZER, p. 448 ; FISCHER/TROST, p. 1 n° 2 ; pour un panorama des juridictions appliquant le transfert automatique par opposition au régime de « l'offre et l'acceptation », cf. BAKER & MCKENZIE, pp. 95 ss.

³⁴ ATF 136 III 552 consid. 3.1 ; ATF 134 III 102 consid. 3.1.1.

notamment aux périodes de protection contre le congé en temps inopportun (art. 336c CO) et à l'obligation de payer le salaire y relative (art. 324a CO), aux années d'ancienneté et leurs conséquences sur les délais de résiliation (art. 335 al. 1 CO), ainsi que les éventuelles indemnités pour longs rapports de travail (art. 339b CO)³⁵.

Le transfert est automatique, soit de plein droit et de manière impérative. Seule l'opposition du travailleur à son transfert constitue une exception à la continuité de la relation³⁶. Il n'est pas possible de prévoir un régime dérogatoire, ni entre l'ancien et le nouvel employeur³⁷, ni entre le travailleur et l'un de ces derniers³⁸.

d) *Opposition du travailleur : information et consultation*

L'opposition du travailleur est réservée à l'art. 333 al. 1 CO et ses conséquences sont décrites à l'art. 333 al. 2 CO. L'opposition entraîne la fin des rapports de travail pour le prochain terme légal (art. 335b et 335c CO). Lorsque le transfert intervient durant le délai de congé légal, les rapports sont transférés à l'acquéreur et les parties tenues d'exécuter le contrat³⁹. L'opposition ne donne pas un droit au travailleur de refuser de fournir sa prestation au nouvel employeur, ni de résilier immédiatement⁴⁰. L'opposition limite les effets du transfert dans le temps, mais n'empêche pas leur déploiement.

L'opposition n'est soumise à aucune exigence de forme⁴¹. La forme écrite est cependant recommandée compte tenu des conséquences juridiques de l'opposition⁴². Cette dernière ne peut être exercée que moyennant une communication préalable de l'employeur transférant à la représentation des travailleurs, subsidiairement à l'ensemble des travailleurs. Cette communication est régie par l'art. 333a CO.

L'information n'est soumise à aucune forme⁴³. Il est ici également recommandé de recourir à la forme écrite afin de pouvoir déterminer avec certitude le point de départ du délai de réflexion du travailleur et de respecter le principe général de la bonne foi, rappelé à l'art. 11 al. 1 LParticipation. La communication de l'information doit intervenir avant la réalisation du transfert⁴⁴. Cette exigence est particulièrement importante en cas de fusion ou de scission en raison du droit des travailleurs de requérir l'interdiction de l'inscription de cette dernière au RC⁴⁵. L'information doit permettre au travailleur de se déterminer sur les circonstances et les conséquences du transfert⁴⁶.

³⁵ CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 16 *ad art.* 333 CO ; WYLER/HEINZER, p. 462.

³⁶ Comme nous le verrons, il ne s'agit en fait pas d'une réelle exception, cf. *infra* Opposition du travailleur : information et consultation p. 5.

³⁷ ATF 132 III 32 consid. 4.2.1 ; confirmé à l'ATF 136 III 552 consid. 3.1.

³⁸ Relatif à un accord entre l'acquéreur et le travailleur : ATF 132 III 32 consid. 4.2.2.3. Au sujet de l'impossibilité d'un accord entre l'ancien employeur et le travailleur cf. WYLER/HEINZER, p. 459 s.

³⁹ CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 20 *ad art.* 333 CO ; WYLER/HEINZER, p. 463.

⁴⁰ CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 31 *ad art.* 333 CO.

⁴¹ Cf. CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 20 *ad art.* 333 CO. En revanche, WYLER/HEINZER parlent de « réception » de l'opposition, ce qui laisse supposer le recours à la forme écrite, cf. WYLER/HEINZER, p. 463.

⁴² CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 20 *ad art.* 333 CO.

⁴³ CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 5 *ad art.* 333a CO ; WYLER/HEINZER, p. 456 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n° 4 *ad art.* 333a CO.

⁴⁴ Cf. Art. 333a CO ; CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 3 *ad art.* 333a CO.

⁴⁵ Art. 28 al. 3 et 50 LFus. Pour des développements sur ces actions, cf. WILDHABER, Arbeitsrecht, pp. 393 ss ; WYLER, LFus, pp. 231 ss.

⁴⁶ TF arrêt du 21 mars 2012, 4A_616/2011, consid. 3.3.

Sur ce dernier point, lorsque des conséquences⁴⁷ sont envisagées suite au transfert, les employeurs (transférant et acquéreur) doivent consulter la représentation des travailleurs, subsidiairement les travailleurs (art. 333a al. 2 CO). La portée de cette consultation est cependant limitée dans la mesure où les travailleurs ne disposent d'aucun moyen d'amener les employeurs à retenir l'une ou l'autre de leurs propositions⁴⁸. La sanction assortie à la violation de ce devoir de consultation n'est également pas explicitement définie⁴⁹.

Le délai d'exercice de l'opposition n'est pas prévu par la loi. La doctrine s'accorde sur un délai de réflexion d'un mois pouvant être adapté aux circonstances⁵⁰. Le TF retient, quant à lui, que le travailleur dispose de « quelques semaines » avant qu'une acceptation tacite ne puisse être retenue⁵¹. Le TF de poursuivre, en l'absence de toute communication, ou si cette dernière ne peut être prouvée : « [le travailleur] est réputé avoir eu connaissance du transfert dès qu'apparaissent les premières manifestations de dispositions prises par le nouvel employeur »⁵². La date déterminante est celle du transfert effectif des rapports de travail⁵³. A cet égard, comme le soulignent WYLER/HEINZER, la rétroactivité du transfert ne saurait priver les travailleurs de certains droits, tels que ceux liés à la durée des rapports de travail ou à la solidarité entre cédant et cessionnaire⁵⁴.

Ce délai de réflexion du travailleur pour l'exercice de son droit d'opposition n'est pas sans conséquence. En effet, dans un contexte de crise, les experts s'accordent sur le fait que le facteur temps est déterminant s'agissant du succès des mesures d'assainissement⁵⁵. Ce facteur temps est d'autant plus important dans un contexte d'assainissement privé en raison de la responsabilité des organes, notamment, pour une SA, sous l'angle de l'avis tardif au juge au sens de l'art. 725 al. 2 CO. Le délai de réflexion pourrait dès lors être ramené à deux semaines⁵⁶.

e) Solidarité du cédant et du cessionnaire

L'art. 333 al. 3 CO instaure un régime de solidarité entre l'employeur cédant et l'employeur cessionnaire concernant les créances des travailleurs échues avant le transfert et jusqu'au moment où les rapports de travail pourraient normalement prendre fin ou ont pris fin par suite de l'opposition du travailleur. Seuls les travailleurs dont les rapports existent au moment du transfert bénéficient de cette solidarité⁵⁷. A teneur du texte légal, l'opposition du travailleur ne le prive pas du

⁴⁷ Il s'agit là de toutes mesures prises à l'encontre des travailleurs modifiant leur contrat de travail, comme par exemple un licenciement, une affectation sur un autre site ou un changement de poste de travail. Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n° 6 *ad* art. 333a CO

⁴⁸ Pour un aperçu des controverses relative à l'existence d'un droit de codécision cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n° 7 *ad* art. 333 CO.

⁴⁹ Cf. *infra* Sanctions p. 8.

⁵⁰ CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 21 *ad* art. 333 CO ; WYLER/HEINZER, p. 462 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n° 11 *ad* art. 333 CO.

⁵¹ ATF 137 V 463 consid. 4.4.

⁵² ATF 137 V 463 consid. 4.4.

⁵³ WYLER/HEINZER, p. 460. A relever qu'en matière de fusion, scission et transfert de patrimoine, la date de l'inscription au RC est relevante.

⁵⁴ WYLER/HEINZER, p. 460, pour qui la rétroactivité est cependant possible lorsqu'elle ne revêt pas un caractère artificiel et correspond au transfert effectif des responsabilités organisationnelles et directionnelles.

⁵⁵ Etude 2, p. 49 ; Etude 3, p. 101.

⁵⁶ Cf. IANNI, p. 61, qui propose de retenir ce délai dans le cadre des procédures d'insolvabilité.

⁵⁷ Dans ce sens, WYLER/HEINZER, p. 465 ; ATF 136 III 552 consid. 3.

bénéfice de la solidarité. En outre, l'art. 333 al. 3 CO relevant des dispositions relativement impératives au sens de l'art. 362 al. 1 CO, il ne peut y être dérogé au détriment du travailleur⁵⁸.

La solidarité s'applique en tenant compte de l'exigibilité des créances, subsidiairement de leur origine lorsque ces dernières sont soumises à une condition suspensive :

- La solidarité est illimitée s'agissant des créances exigibles avant le moment du transfert⁵⁹.
- La solidarité s'applique de manière distincte pour les créances non exigibles, nées avant le transfert :
 - o En cas d'opposition, la solidarité est limitée à l'expiration du délai légal de résiliation.
 - o En l'absence d'opposition, la solidarité s'éteint au moment où les rapports de travail auraient normalement pu prendre fin. Il y a ici lieu d'observer le délai contractuel ou légal, qui commence à courir le jour du transfert effectif, ou de considérer le terme s'agissant des contrats de durée déterminée⁶⁰.

S'agissant des engagements du cessionnaire pris après le transfert, le cédant n'y répond pas solidairement. Il en va ainsi d'un éventuel plan de rétention ou plan d'intéressement mis en place par le cessionnaire pour fidéliser ses nouveaux collaborateurs. On peut également se demander si la solidarité porte sur les engagements pris par le cédant entre la période de signature et celle de *closing* du transfert. Le transfert ayant lieu *ex lege*, il importe peu que le cessionnaire connaisse le nombre de contrats repris et l'étendue des droits et obligations y afférents⁶¹, ni même que le cessionnaire et le cédant aient convenu du transfert⁶². La solidarité s'applique donc également aux engagements pris par le cédant ultérieurement à la date de signature – ce qui devrait être rarement le cas en pratique.

La question de la période entre la signature et le *closing* est davantage intéressante à analyser en cas de changement de la nature de l'assainissement – on pense ici à une situation où l'art. 333b CO trouve application après la signature mais avant le *closing* ou inversement lorsque l'exception cesse durant cette période⁶³.

La solidarité ne pouvant être conventionnellement écartée, les créances dont le cessionnaire répondra devront être attentivement analysées dans le cadre de la *due diligence* opérée sur le cédant⁶⁴. La solidarité peut en revanche être valorisée et influencer le prix d'acquisition de l'entreprise⁶⁵. Dans le contexte d'un assainissement privé, le cadre des négociations est cependant limité *ex post* par l'hypothèse des actions révocatoires au sens des art. 285 ss LP en cas d'échec des mesures conduisant à une faillite⁶⁶.

f) Champ d'application

A teneur de l'art. 333b CO, le transfert automatique de l'ensemble des rapports de travail, tout comme la solidarité du cédant et du cessionnaire, ne trouvent pas application lorsque les rapports

⁵⁸ ATF 132 III 32 consid. 4.2.2.1 ; CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 2 *ad* art. 333 CO ; WYLER/HEINZER, p. 465 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n° 25 *ad* art. 333 CO.

⁵⁹ CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 25 *ad* art. 333 CO ; WYLER/HEINZER, pp. 465 s. Pour une liste exemplative des créances cf. WYLER/HEINZER, p. 466.

⁶⁰ CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 25 *ad* art. 333 CO ; WYLER/HEINZER, p. 466.

⁶¹ FISCHER/TROST, pp. 3 s. n° 5.

⁶² Cf. ATF 123 III 466 consid.3a. Cf. ég. BSK-OR I-PORTMANN, n° 7 *ad* art. 333 CO ; SPÜHLER/INFANGER, p. 227.

⁶³ Cf. *infra* Cas limites p. 21.

⁶⁴ Cf. CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 28 *ad* art. 333 CO.

⁶⁵ FISCHER/TROST, p. 4. n° 6 ; IANNI, p. 52 ; LORANDI, pp. 49 s.

⁶⁶ Cf. nt. STAHELIN, pp. 61 s.

sont transférés durant un sursis concordataire dans le cadre d'une faillite ou dans celui d'un concordat par abandon d'actifs. Il est à relever que la consultation de la représentation des travailleurs prévue à l'art. 333a CO n'est pas concernée par l'exception réservée à l'art. 333b CO. Le respect de la convention collective au sens de l'art. 333 al. 1^{bis} reste également applicable⁶⁷.

L'art. 333b CO se base sur un critère formel, soit l'existence d'un sursis au sens des art. 293 ss LP. L'art. 333b CO précise cependant que ce sursis doit être accordé dans le cadre d'une faillite ou celui d'un concordat par abandon d'actifs. On peut se demander si l'idée sous-jacente, à l'instar de la jurisprudence du TF en matière de solidarité⁶⁸, est de faire dépendre l'application de l'art. 333 CO à la perspective de survie de l'entreprise transférante, à l'exclusion des procédures amenant à sa disparition. Une telle distinction pose cependant un problème sous l'angle de la sécurité du droit. En effet, le résultat des mesures et des négociations entreprises durant le sursis demeure incertain. Nous rappelons ici brièvement que le sursis peut être annulé (art. 296a LP) lorsque l'assainissement intervient avant l'expiration de ce dernier, aboutir à l'ouverture d'une faillite (art. 296b LP et 309 LP⁶⁹) ou à l'homologation d'un concordat ordinaire (art. 314 LP) ou par abandon d'actifs (art. 317 LP). Selon certains auteurs⁷⁰, l'exception au transfert automatique trouve application dès l'octroi d'un sursis concordataire indépendamment de son résultat. D'autres, en revanche, s'en tiennent au critère de la liquidation ou non de l'entreprise et proposent de n'appliquer l'exception de l'art. 333b CO que lorsque le sursis aboutit à une faillite ou à un concordat par abandon d'actifs⁷¹. Nous reviendrons en détails sur les avantages et les lacunes de ces deux approches et prendrons position ultérieurement⁷². La doctrine semble unanime sur un point : l'exception de l'art. 333b CO ne trouve pas application en cas d'ajournement de la faillite au sens de l'art. 725a CO⁷³.

Un *Asset Deal* conclu dans le cadre d'un assainissement extra-judiciaire doit dès lors respecter le principe du transfert automatique. La solidarité trouve également application sans restriction aucune⁷⁴.

g) Sanctions

Il y a lieu de distinguer les sanctions prévues en cas de violation de l'art. 333a CO et celles discutées concernant la résiliation des rapports de travail en prévision d'un transfert, lorsque les congés ne reposent pas sur des motifs économiques⁷⁵.

S'agissant du premier point, la procédure d'information et de consultation n'est assortie d'aucune sanction expresse, sinon celle relevant de la responsabilité contractuelle au sens de l'art. 97 CO⁷⁶. Une application de la sanction de l'art. 336a al. 3 CO, en considérant que le transfert d'entreprise

⁶⁷ Cf. art. 333b CO.

⁶⁸ ATF 137 III 487 consid. 4.5 et 4.6.2 ; cette jurisprudence est largement inspirée de la jurisprudence de la CJUE, cf. nt. CJ 7 février 1985, ABELS, aff. C-135/83, Rec. 1985 p. 469.

⁶⁹ Nous écartons ici volontairement les art. 293a al. 3 et 294 al. 3 LP puisqu'ils ne laissent aucune incertitude quant au sort de l'entreprise.

⁷⁰ IANNI, pp. 65 ss. ; LORANDI, p. 49 ; WYLER/HEINZER, pp. 455 s.

⁷¹ CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 25 ad art. 333 CO ; SCHENKER, p. 276.

⁷² Cf. *infra* L'exception de l'art. 333b CO p. 20.

⁷³ CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 15 ad art. 333 CO ; WYLER/HEINZER, p. 456 ; FISCHER/TROST, p. 6 n° 10 ; LORANDI, p. 50.

⁷⁴ Nous précisons ici que le cessionnaire répond également des indemnités en cas d'insolvabilité au sens de l'art. 51 LACI, cf. CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 27 ad art. 333 CO.

⁷⁵ ATF 136 III 552 consid. 4.3 et 5.2.

⁷⁶ CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 13 ad art. 333a CO ; WYLER/HEINZER, p. 470. Il y a cependant lieu de réserver le cas particulier du blocage de l'inscription en cas de fusion.

comporte des similitudes avec le licenciement collectif, n'emporte pas l'assentiment de la doctrine⁷⁷. Le TF ne s'est pas prononcé sur l'existence d'une éventuelle sanction en cas de défaut de communication de l'employeur⁷⁸.

Quant au second point, la doctrine est partagée⁷⁹. De l'avis de certains, les congés donnés ayant pour but d'éviter le transfert constituent une fraude à la loi et sont partant illicites et nuls⁸⁰. D'autres considèrent qu'il s'agit de cas de résiliation abusive au sens de l'art. 336 al. 1 let. c CO⁸¹ – ces auteurs précisent cependant que ces congés sont dépourvus de matérialité lorsque de nouveaux contrats sont conclus avec le cessionnaire⁸². La seconde approche comporte, à notre sens, le désavantage de permettre au cessionnaire de procéder au *cherry picking*⁸³ sans répondre solidairement des créances salariales nées durant le délai de résiliation, dans la mesure où les rapports n'existent plus au moment du transfert. Cette situation serait contraire au but poursuivi par l'art. 333 CO et nous nous rallions à la thèse de la nullité des congés donnés lorsque ces derniers poursuivent uniquement l'objectif de diminuer le nombre des rapports de travail transférés. Toutefois, eu égard à la jurisprudence du TF⁸⁴, la fraude à la loi est difficilement imaginable dans le contexte d'un assainissement. En effet, le cédant pourra en principe invoquer des motifs économiques pour procéder à la réduction de son personnel avant transfert.

⁷⁷ AUBERT, La nouvelle réglementation, p. 114 ; BSK-OR I-PORTMANN, n° 15 *ad* art. 333a CO ; CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 13 *ad* art. 333a CO ; WILDHABER, Arbeitsrecht, p. 387 ; WYLER/HEINZER, p. 470

⁷⁸ ATF 137 V 463 consid. 4.4.

⁷⁹ Cf. ATF 136 III 552 consid. 3.2 et références citées.

⁸⁰ Cf. nt. CoCt-CHENAUX/MARTIN, n° 31 *ad* art. 333 CO ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n° 22 *ad* art. 333 CO.

⁸¹ WYLER/HEINZER, p. 470.

⁸² Cf. WYLER/HEINZER, p. 470 qui précisent que les droits liés à l'ancienneté perdurent, mais que, les conditions contractuelles peuvent être modifiées.

⁸³ Ce terme est emprunté à BÄNI, 102 et à LUGINBÜHL, p. 114, il faut entendre par là la possibilité pour l'acquéreur de sélectionner librement les rapports de travail qu'il entend reprendre.

⁸⁴ Cf. ATF 136 III 552 consid. 5.2. Jurisprudence confirmée in : TF arrêt du 3 juin 2015 4A_56/2015.

B. Licenciement collectif

Le licenciement collectif fait l'objet des articles 335d à 335g CO. Ces dispositions ont été complétées par les articles 335h à 335k relatifs au plan social. Le licenciement collectif et l'obligation de négocier un plan social sont certes intrinsèquement liés, mais disposent d'une systématique propre. Ils seront dès lors traités séparément.

Tout comme en matière de transfert d'entreprise, la législation en matière de licenciement collectif a été élaborée en tenant compte du droit européen⁸⁵. La volonté historique du Conseil fédéral était de disposer d'un droit suisse eurocompatible⁸⁶.

a) Définitions relatives au licenciement collectif

Par licenciement collectif, on entend les congés donnés dans une entreprise par l'employeur dans un délai de 30 jours pour des motifs non inhérents à la personne du travailleur et dont le nombre est au moins :

1. égal à 10 dans les établissements employant habituellement plus de 20 et moins de 100 travailleurs ;
2. de 10% du nombre des travailleurs dans les établissements employant habituellement au moins 100 et moins de 300 travailleurs ;
3. égal à 30 dans les établissements employant habituellement au moins 300 travailleurs⁸⁷.

Le licenciement collectif est défini en fonction de la taille de l'établissement, soit selon une méthode relative⁸⁸. Cette disposition ne trouve application que pour les entreprises employant plus de 20 travailleurs⁸⁹. Le licenciement de l'intégralité du personnel d'un établissement disposant de 20 employés ou moins n'est dès lors pas soumis aux conditions des art. 335d ss CO.

S'agissant de la notion d'établissement, le TF a rappelé l'approche décentralisée de la doctrine majoritaire : « lorsqu'un employeur possède plusieurs établissements qui font partie de la même entreprise, l'existence d'un éventuel licenciement collectif se détermine dans chaque établissement, et non pas au niveau de l'entreprise »⁹⁰. Si la question des groupes de sociétés a été expressément tranchée⁹¹, la question nous semble avoir été laissée ouverte s'agissant de la proximité géographique des établissements d'une même entreprise⁹². A relever que les congés-modifications étant à prendre en compte dans le nombre des licenciements envisagés⁹³, la délocalisation de certains travailleurs avant de procéder aux licenciements *stricto sensu* des travailleurs d'un établissement ne permet pas d'é luder les dispositions relatives au licenciement collectif, sous réserve de la dimension temporelle de ces mesures. En cas de transfert d'une unité de production couplé avec des licenciements, il est envisageable d'appliquer conjointement les dispositions relatives au transfert d'entreprise et au licenciement collectif.

⁸⁵ CARRUZZO, p. 725 ; WYLER/HEINZER, p. 540.

⁸⁶ FF 1992 V 1, p. 401. Cf. ATF 132 III 32 consid. 4.1 ; ATF 129 III 335 consid. 6.

⁸⁷ Art. 335d CO.

⁸⁸ AUBERT, La nouvelle réglementation, p. 95 ; CoCt-BRUCHEZ, n° 10 ad art. 335d CO ; WYLER/HEINZER, p. 541.

⁸⁹ Cf. ATF 137 III 27 consid. 3.2 ; CARRUZZO, p. 727 ; CoCt-BRUCHEZ, n° 11 ad art. 335d CO ; WYLER/HEINZER, p. 541 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n° 7 ad art. 335d CO.

⁹⁰ ATF 137 III 27 consid. 3.2. ; WYLER/HEINZER, p. 544.

⁹¹ ATF 137 III 27 consid. 3.3.

⁹² ATF 137 III 27 consid. 3.2 et 3.3 ; dans ce sens CoCt-BRUCHEZ, n° 12 ad art. 335d CO ; *contra* WYLER/HEINZER, p. 544.

⁹³ CoCt-BRUCHEZ, n° 20 ad art. 335d CO ; WYLER/HEINZER, p. 541.

S'agissant des congés, il y a lieu de considérer les congés envisagés⁹⁴. Nous ne traiterons pas de la controverse doctrinale autour la notion de « congés donnés »⁹⁵. En pratique, la théorie de l'expédition des congés permet de déterminer avec certitude les licenciements concrètement envisagés par l'employeur durant la période relevante, évitant ainsi les incertitudes liées à la notification du congé ou à la protection contre la résiliation en temps inopportun.

S'agissant de la période, nous considérons à l'instar de WYLER/HEINZER qu'une période de 30 jours avant et après l'expédition des congés doit être considérée, couvrant de fait une période de 60 jours⁹⁶. L'échelonnement des congés dans le but de ne jamais atteindre les seuils précités durant cette période constitue un abus de droit⁹⁷. Cet abus est sans effet sur la validité des congés, mais ouvre la sanction prévue à l'art. 336a al. 3 CO en application de l'art. 336 al. 2 let. c CO⁹⁸.

Doivent être considérés comme travailleurs au sens cette disposition toute personne *habituellement employée* au sein de l'établissement. Il y a lieu de considérer chaque personne dont l'activité repose sur un contrat de travail, de durée déterminée ou indéterminée⁹⁹, indépendamment du taux d'activité prévu par ce dernier¹⁰⁰. Le personnel engagé en remplacement d'un travailleur malade ou au bénéfice d'un congé-maternité ne doit être compté dans la mesure où le titulaire habituel du poste est d'ores et déjà pris en compte¹⁰¹. S'agissant des travailleurs intérimaires, ces derniers sont également exclus puisque leur employeur est le bailleur de services et non l'entreprise locataire de services¹⁰².

L'art. 335d CO spécifie également que les congés doivent être donnés pour des motifs non inhérents à la personne du travailleur. Dans le contexte de l'assainissement, il est raisonnable de penser que les motifs de licenciement répondent à la situation économique de l'entreprise. Toutefois, face à une situation de crise, les licenciements opérés se baseront dans les faits sur les aptitudes de chaque travailleur à la gestion de cette situation particulière. L'incapacité d'un travailleur à faire face à ces nouvelles exigences ne constitue cependant pas un motif de licenciement inhérent à la personnalité du travailleur compte tenu du fait qu'il s'agit précisément d'exigences nées d'un contexte économique particulier¹⁰³. Les démissions des travailleurs ne rentrent pas dans le décompte des congés donnés¹⁰⁴. A teneur de l'art. 335e al. 1 CO, les contrats de durée déterminée entrent dans le champ d'application des dispositions relatives au licenciement collectif.

⁹⁴ CoCt-BRUCHEZ, n° 14 *ad* art. 335d CO ; WYLER/HEINZER, p. 543

⁹⁵ En faveur et pour un aperçu de la théorie de la réception : CR-CO I-AUBERT, n° 4 *ad* art. 335d CO.

⁹⁶ WYLER/HEINZER, p. 543. Nous précisons qu'il ne s'agit pas d'une extension de la période de 30 jours, mais que ce « curseur » de 30 jours peut être déplacé dans une période de 60 jours.

⁹⁷ Dans ce sens WYLER/HEINZER, p. 543 s. Considérant une période de 30 jours, mais en faveur de l'abus de droit en cas d'échelonnement : CARRUZZO, p. 730 ; CoCt-BRUCHEZ, n° 16 *ad* art. 335d CO ; MÜLLER, p. 237.

⁹⁸ Dans ce sens WYLER/HEINZER, p. 544.

⁹⁹ Cf. art. 335e al. 1 CO.

¹⁰⁰ CoCt-BRUCHEZ, n° 13 *ad* art. 335d CO ; WYLER/HEINZER, p. 542.

¹⁰¹ CoCt-BRUCHEZ, n° 13 *ad* art. 335d CO ; WYLER/HEINZER, p. 542.

¹⁰² CoCt-BRUCHEZ, n° 13 *ad* art. 335d CO ; WYLER/HEINZER, p. 542.

¹⁰³ En cas de congé pour des motifs mixtes, il y a lieu de retenir le critère prépondérant, cf. WYLER/HEINZER, p. 547. Cf. ég. CoCt-BRUCHEZ, n° 19 *ad* art. 335d CO qui rappelle à juste titre que les critères discriminatoires doivent être également sanctionnés dans ce contexte.

¹⁰⁴ Cette approche est conforme à la jurisprudence de la CJCE : CJCE 12 Février 1985, affaire 284/83. Rec. p. 553 ; *contra* AUBERT La nouvelle réglementation, p. 94, qui estime que les démissions provoquées par un environnement de travail à tel point hostile que le salarié n'a pas d'autre issue que de donner lui-même son congé devraient être comptabilisés dans le nombre des congés donnés.

b) Effets

En présence d'un licenciement collectif, l'employeur a essentiellement le devoir de consulter la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs. Cette consultation a pour but d'éviter les congés, d'en limiter le nombre ou d'en atténuer les conséquences (art. 335f CO). Nous verrons cependant que contrairement à ce qui prévaut en matière de plan social, le pouvoir de codécision des travailleurs est restreint, voire inexistant.

La consultation est à mi-chemin entre la simple information et la codécision¹⁰⁵. La consultation suppose notamment que l'employeur examine avec sérieux les propositions formulées par les travailleurs¹⁰⁶ et que ces derniers formulent des revendications réalistes, sans qu'il n'existe un droit pour les travailleurs à voir leurs propositions retenues ou renégociées¹⁰⁷ – le droit de recourir à la grève est réservé lorsqu'aucune CCT ne réserve la paix absolue. Les art. 333f ss CO instaurent essentiellement une procédure que l'employeur est tenu de respecter sous peine d'être sanctionné au sens des art. 336 al. 2 let. c et 336a al. 3 CO. La notification déploie cependant des effets sur les délais de congé.

Nous n'entrerons pas dans les détails de cette procédure¹⁰⁸ mais relèverons schématiquement son déroulement¹⁰⁹.

1. Information : L'employeur doit tout d'abord fournir tous les renseignements utiles¹¹⁰ à la formulation de propositions sur les moyens d'éviter les congés ou d'en diminuer le nombre, ainsi que d'en atténuer les conséquences (art. 333f al. 3 CO).
2. Consultation : L'employeur consulte la représentation¹¹¹ des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs pour leur offrir de formuler des propositions sur la base des renseignements fournis – ce qui suppose qu'un délai de plusieurs jours doit être laissé aux travailleurs pour qu'ils prennent connaissance et se détermine sur les renseignements.
3. Examen : L'employeur examine les propositions formulées et se détermine à leur sujet.
4. Notification : A la fin du délai de consultation¹¹², l'employeur notifie à l'Office cantonal du travail le projet de licenciement et le résultat de la consultation.
5. Médiation : l'Office cantonal du travail peut intervenir comme médiateur (art. 335g al. 3 CO), en particulier lorsque la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs ont soumis leurs observations conformément à l'art. 335g al. 3 CO.
6. Délai de résiliation : la fin des rapports de travail intervient au plus tôt 30 jours après la notification du projet de licenciement à l'Office cantonal du travail. Cela signifie d'une part

¹⁰⁵ CoCt-BRUCHEZ/DONATIELLO, n° 4 *ad* art. 335f CO ; WYLER, Représentation, pp. 410 ss.

¹⁰⁶ CoCt-BRUCHEZ/DONATIELLO, n° 5 *ad* art. 335f CO ; WYLER/HEINZER, p. 550.

¹⁰⁷ Dans ce sens ATF 137 III 162 consid. 1.1 ; CoCt-BRUCHEZ/DONATIELLO, n° 7 *ad* art. 335f CO.

¹⁰⁸ Pour des développements détaillés sur cette procédure, cf. CoCt-BRUCHEZ/DONATIELLO, art. 335f CO ; WYLER/HEINZER, pp. 551 ss.

¹⁰⁹ Ce schéma est très largement inspiré de celui in : WYLER/HEINZER, p. 552. A l'exception de l'examen par l'employeur des propositions de la représentation qui a notre sens doit intervenir avant la notification, sans quoi il paraît difficile de communiquer un « résultat » de la consultation.

¹¹⁰ Au sujet de l'utilité des renseignements, cf. ATF 137 III 162 consid. 2.1.1.

¹¹¹ Sur cette question, cf. nt. CoCt-BRUCHEZ/DONATIELLO, n° 30-37 *ad* art. 335f CO ; WYLER, Représentation, pp. 416 ss.

¹¹² 15-20 jours ouvrables d'après les recommandations du Conseil d'Etat vaudois, cf. <http://www.vd.ch/themes/economie/emploi-chomage/espace-employeurs/licenciement-collectif/> (consulté le 21.11.2015)

que les délais contractuels ou légaux doivent être respectés, d'autre part que ces derniers sont prolongés jusqu'à 30 jours après la notification à l'Office du travail. Il s'agit là d'une norme matérielle portant sur l'échéance de la fin des rapports de travail¹¹³. A cet égard, il faut tirer deux conséquences. La première est que les licenciements opérés avant la notification sont valables¹¹⁴. La seconde que les effets de ce dernier sont suspendus jusqu'à expiration du délai de 30 jours¹¹⁵ ou à défaut de notification jusqu'à ce que l'intervention de l'Office cantonal du travail ne puisse plus être exercée de manière pertinente¹¹⁶. Dans un tel cas, la fin des rapports peut néanmoins intervenir avant l'expiration du délai de l'art. 335g CO sur la base d'un accord expresse ou tacite, notamment en cas de nouvel emploi du travailleur¹¹⁷. Il n'en demeure pas moins que le licenciement est abusif au sens de l'art. 336 al. 2 let. c CO et offre la sanction de l'art. 336a al. 3 CO aux travailleurs concernés.

Ces différentes étapes s'étalent sur un laps de temps non négligeable¹¹⁸. Certains auteurs proposent à juste titre la fusion de certaines étapes afin de raccourcir la période sur laquelle s'étend la procédure, notamment au regard de la sanction relativement faible de deux mois¹¹⁹. Cette proposition de fusion des étapes est d'autant plus pertinente dans un contexte d'assainissement, tant il est vrai que la célérité des mesures entreprises constitue un facteur déterminant quant à leur réussite. Cette dimension temporelle n'a cependant pas été considérée lors de l'élaboration de l'exception de l'art. 335e al. 2 CO.

c) *Champ d'application*

Comme nous l'avons vu dans la définition du licenciement collectif, ce dernier s'applique à des établissements d'une certaine taille dans lesquels sont envisagés un certain nombre de licenciements. L'art. 335e al. 2 CO restreint, en outre, le champ d'application de ces dispositions : « Elles ne s'appliquent pas en cas de cessation d'activité de l'entreprise intervenue sur ordre du juge ni en cas de licenciement collectif par suite de faillite ni en cas de concordat par abandon d'actifs ».

Nous pouvons d'ores et déjà constater que l'art. 335e al. 2 CO diffère de l'art. 333b CO puisqu'il n'est ici pas question du sursis concordataire. L'exception de l'art. 335e al. 2 CO ne trouve application qu'une fois la liquidation judiciaire prononcée (cessation d'activité, faillite, concordat par abandon d'actifs). L'élément déterminant est la perte de maîtrise de l'employeur sur le sort des travailleurs¹²⁰. Les dispositions du licenciement collectif trouvent dès lors application non seulement dans le cadre d'un assainissement extra-judiciaire, y compris le cas de l'ajournement de faillite au sens de l'art. 725a CO, mais également dans celui d'un assainissement judiciaire durant toute la période du sursis concordataire et après l'homologation d'un concordat ordinaire¹²¹.

¹¹³ ATF 136 III 406 consid. 2.3 ; WYLER/HEINZER, p. 553.

¹¹⁴ CoCt-BRUCHEZ/DONATIELLO, n° 5 ad art. 335g CO ; WYLER/HEINZER, p. 553.

¹¹⁵ CoCt-BRUCHEZ/DONATIELLO, n° 5 ad art. 335g CO ; WYLER/HEINZER, p. 553.

¹¹⁶ ATF 132 III 406 consid. 2.5 : « Das Ende der Arbeitsverträge ist vielmehr in diesem Falle unter Rücksicht darauf festzulegen, wann allfällige Tätigkeiten des kantonalen Arbeitsamtes nach dem Zweck von Art. 335g OR nicht mehr sinnvoll durchgeführt werden können ».

¹¹⁷ Cf. ATF 132 III 406 consid. 2.6 ; CoCt-BRUCHEZ/DONATIELLO, n° 5 ad art. 335g CO ; WYLER/HEINZER, p. 553.

¹¹⁸ 15-20 jours ouvrables de consultation + délai de résiliation (+ 30 jours).

¹¹⁹ WYLER/HEINZER, pp. 554 s.

¹²⁰ FF 2010 5871, p. 5911.

¹²¹ FF 2010 5871, p. 5911 ; cf. ég. ATF 130 III 102 consid. 3 ; dans ce sens : CoCt-BRUCHEZ, n° 5 ad art. 335e CO ; FISCHER/TROST, p. 10 n° 18 ; LORANDI, p. 46 ; WYLER/HEINZER, p. 546 ; FISCHER/TROST, p. 10 n° 18 ; LORANDI, p. 48.

C. Le plan social

1. Nature et définition

Le plan social se définit comme une convention par laquelle l'employeur et les travailleurs fixent les moyens d'éviter les licenciements, d'en limiter le nombre, ou d'en atténuer les conséquences¹²². Cette définition du plan social correspond à celle développée par la jurisprudence¹²³. C'est à dessein que le législateur a opté pour cette formulation brève et générale afin d'inclure toutes les mesures susceptibles de contribuer à l'un de ces objectifs¹²⁴. Une latitude très importante est dès lors laissée à la pratique et le rôle des tribunaux arbitraux sera déterminant à défaut de minima légaux¹²⁵.

La nature du plan social dépend de la qualité des parties qui le concluent¹²⁶ :

- Lorsque le plan est conclu par une association de travailleurs, il prend la forme d'une convention collective de travail (CCT)¹²⁷. Cela signifie en particulier qu'il a un effet normatif, s'interprète comme une loi et s'applique également aux dissidents¹²⁸.
- Si le plan est conclu par la représentation des travailleurs, la nature de l'accord se discute entre un accord bilatéral ou un règlement d'entreprise au sens de l'art. 38 al. 2 LTr. Cela dépendra notamment si la conclusion résulte de l'obligation légale de négocier ou non¹²⁹. Les différents auteurs s'accordent sur la portée normative du plan et partant que les travailleurs concernés peuvent directement se prévaloir du plan social indépendamment du fait qu'il soit affilié à une organisation ou qu'ils se soient opposés audit plan¹³⁰.
- En cas de conclusions par les travailleurs eux-mêmes, la portée normative est également reconnue par la doctrine¹³¹. Nous précisons ici que la loi ne précise en rien les majorités requises pour l'acceptation du plan¹³².

En dehors de l'obligation de négocier, l'employeur peut unilatéralement établir un plan social. L'intégration de ce plan social au contrat de travail dépendra de l'acceptation expresse ou tacite – en cas d'application de l'art. 6 CO – de l'employé. Un tel plan s'interprète comme un contrat¹³³.

2. Contenu

Le plan social peut contenir toutes les mesures destinées à atteindre les buts exprimés à l'art. 335h CO. Il peut s'agir de mesures réalisables durant le délai de résiliation, telles que le droit du travailleur de résilier de manière anticipée, la mise en place de cours de reconversion, un service d'aide au placement¹³⁴. Il peut également prévoir des mesures produisant leurs effets à la fin des rapports de travail, telles qu'une indemnité de départ, une retraite anticipée, une prestation exceptionnelle pour les cas d'urgence (p. ex. pallier un défaut de couverture de l'assurance chômage), une compensation

¹²² Art. 335h al. 1 CO.

¹²³ Cf. ATF 132 III 32 consid. 6.1 ; ATF 130 V 18 consid. 2.3.

¹²⁴ Cf. FF 2010 5871, p. 5912.

¹²⁵ Cf. WILDHABER, Sozialplanpflicht, p. 436.

¹²⁶ SCHWAAB, pp. 285 s. ; WILDHABER, Sozialplanpflicht, p. 428 ; WYLER/HEINZER, p. 564.

¹²⁷ ATF 133 III 213 consid. 4.3.1.

¹²⁸ SCHWAAB, p. 285.

¹²⁹ SCHWAAB, p. 286 ; WILDHABER, Sozialplanpflicht, p. 428 ; WYLER/HEINZER, p. 564.

¹³⁰ SCHWAAB, p. 286 ; WILDHABER, Sozialplanpflicht, p. 428 ; WYLER/HEINZER, p. 565.

¹³¹ SCHWAAB, p. 286 ; WILDHABER, Sozialplanpflicht, pp. 428 s. ; WYLER/HEINZER, p. 566.

¹³² Sur cette question cf. MÜLLER, pp. 238 s.

¹³³ ATF 133 III 213 consid. 4.3.3 ; ATF 132 III 32 consid. 6.1.

¹³⁴ Cf. FF 2010 5871, p. 5912 ; WYLER/HEINZER, p. 557.

de salaire en cas de résiliation anticipée, une participation à une assurance privée perte de gain¹³⁵. Ces mesures engendrent en principe un coût pour l'employeur dont il y a lieu de discuter particulièrement dans le cadre d'un assainissement¹³⁶.

En l'absence de minima légaux, le contenu est librement déterminé par les parties¹³⁷, sous réserve du respect des principes généraux, notamment celui de l'interdiction de la discrimination. Les parties peuvent dès lors librement convenir d'une application du plan social à une catégorie de travailleurs seulement, si cette application restreinte se base sur des raisons objectives¹³⁸. Parmi ces raisons objectives, nous mentionnerons l'âge, la qualification du collaborateur¹³⁹, l'existence de personnes à charge. Le plan social prévoyant par exemple des cours de reconversion peut, à notre sens, être limité à des travailleurs présentant un certain niveau de formation en précisant ce critère de manière objective (sans formation, titulaire d'un CFC, d'une maturité, etc.)

Les conséquences effectives des licenciements constituent également des raisons objectives d'opérer certaines distinctions : une indemnité peut être réduite en toute ou partie lorsque le travailleur a refusé un poste de travail approprié¹⁴⁰. Ces mesures devront être réfléchies en fonction de l'incitatif qu'elles créent, de leurs éventuels effets contre-productifs et des objectifs poursuivis par l'employeur.

3. Obligation de négocier

Si le plan social était d'ores et déjà connu de l'ordre juridique suisse¹⁴¹, l'obligation de négocier un plan social constitue une véritable première en matière de protection du travailleur et de limitation de la liberté contractuelle de l'employeur en introduisant une obligation de résultat¹⁴². Contrepartie de la suppression de la reprise automatique des contrats de travail d'une entreprise en « insolvabilité »¹⁴³, le plan social repose sur des conditions qui ne sont pas sans rappeler celles relatives au licenciement collectif. Ces dernières sont exposées à l'art. 335i CO. L'employeur est tenu de mener des négociations avec les travailleurs en vue d'établir un plan social lorsqu'il remplit les critères suivants :

- il emploie habituellement au moins 250 travailleurs ;
- et entend résilier le contrat d'au moins 30 travailleurs dans un délai de 30 jours pour des motifs de gestion non inhérents à leur personne.

¹³⁵ Cf. FF 2010 5871, p. 5912 ; WYLER/HEINZER, p. 557.

¹³⁶ FF 2010 5871, p. 5912. Cf. nt. MÜLLER, p. 233, pour qui les prestations financières sont les plus répandues en pratique. Sur ce point cf. ég. WYLER/DERRER, p. 7.

¹³⁷ Dans ce sens VISCHER, p. 125.

¹³⁸ Cf. Arrêt du TF 4A_610/2012 du 28 février 2013, consid. 2.4 : pas de discrimination en cas de différence de traitement en raison de sites d'affectation distincts. Nous pensons que cette jurisprudence est transposable au cas où les travailleurs appartiennent à des services distincts.

¹³⁹ Dans ce sens SCHWAAB, p. 283 ; WILDHABER, Sozialplanpflicht, pp. 429 s.

¹⁴⁰ FF 2010 5781, p. 5912 ; cf. ég. SCHWAAB, p. 283 ; WILDHABER, Sozialplanpflicht, pp. 429 s.

¹⁴¹ FF 2010 5871, p. 5911 ; MÜLLER, p. 232 ; VISCHER, p. 125.

¹⁴² FF 2010 5871, p. 5913.

¹⁴³ Cf. *supra* Transfert des rapports de travail p. 3.

Cette obligation concerne dès lors un cercle restreint d'entreprises¹⁴⁴. En revanche, ces quelques grandes entreprises¹⁴⁵ représenteraient 30% de l'emploi en Suisse¹⁴⁶.

a) *Application analogique des conditions du licenciement collectif ?*

Il semble communément admis que les développements jurisprudentiels en matière de licenciement collectif trouvent application s'agissant des critères de l'art. 335i CO¹⁴⁷. A cet égard, les remarques ci-dessus¹⁴⁸ relatives au *travailleur habituel, nombre de congés envisagés*¹⁴⁹, *délai durant lequel les congés sont donnés, échelonnement des congés, motifs économiques* sont applicables par analogie. Nous pensons également que la notion d'établissement trouve application malgré l'usage du terme « employeur »¹⁵⁰. On peut regretter que le législateur ne s'en soit pas tenu à la formulation de l'art. 335d CO.

b) *Recoupement avec le licenciement collectif*

Les dispositions du licenciement collectif et du plan social existent de manière parallèle et autonome.

Le recoupement des deux dispositions est purement mathématique – dans la mesure où nous adhérons à la thèse que la notion d'établissement est applicable au plan social. Il est dès lors vrai que toute obligation de négocier un plan social implique également l'application des dispositions du licenciement collectif. En revanche, la réciproque n'est pas vraie. En effet, un établissement employant 250-299 employés est soumis à l'art. 335d CO, mais non à l'art. 335i CO dans la mesure où les licenciements atteignent le seuil de 10% sans dépasser 30 licenciements¹⁵¹.

Lorsque les conditions des deux dispositions sont réunies, il est parfaitement envisageable, et même recommandé de joindre l'obligation d'information et de consultation (art. 335f CO) à celle de négociation d'un plan social (art. 335i CO)¹⁵². A noter que l'employeur n'est pas tenu d'attendre la conclusion d'un accord pour procéder aux licenciements pour autant qu'il ait respecté les dispositions relatives aux licenciements collectifs¹⁵³. A cet égard, il sera probablement fréquent que le plan social déploie des effets rétroactivement sur des rapports n'existant plus au moment de sa conclusion ou de celui du prononcé de la sentence arbitrale. Les parties doivent néanmoins négocier de bonne foi et dans un délai compatible avec l'urgence de la situation¹⁵⁴.

¹⁴⁴ Seul 0,37% des entreprises privées seraient concernées, cf. FF 2010 5871, p. 5913. Le seuil repose sur une décision politique visant à exclure les PME, cf. BO 2012 E 360 (Bischof) et BO 2013 N 626 (Schwaab). Cf. ég. MÜLLER, p. 232, pour qui il n'existe pas de justification dogmatique possible.

¹⁴⁵ 1'154 selon le Message, cf. FF 2010 5871, p. 5913 ; « quelques centaines » selon les experts d'Eco'Diagnostic, Etude 3 2009, p. 94.

¹⁴⁶ Etude 3, p. 94.

¹⁴⁷ BÄNI, p. 93 ; MÜLLER, p. 235, à l'exception de l'application de la notion d'établissement ; SCHWAAB, p. 280 ; WILDHABER, Sozialplanpflicht, pp. 432 s. ; WYLER/HEINZER, p. 559.

¹⁴⁸ Cf. *supra* Définitions relatives au licenciement collectif p. 10.

¹⁴⁹ Sur la question de la comptabilisation des congés-modifications, cf. WILDHABER, Sozialplanpflicht, p. 433. D'un avis différent MÜLLER, p. 237

¹⁵⁰ Cf. BO 2013 N 625 (Schwaab). WYLER/HEINZER, p. 559 ; *Contra* MÜLLER, p. 234.

¹⁵¹ BÄNI, p. 93.

¹⁵² Dans ce sens MÜLLER, p. 236 ; WILDHABER, Sozialplanpflicht, p. 435 ; WYLER/HEINZER, pp. 560 et 567.

¹⁵³ IANNI, p. 196 ; WILDHABER, Sozialplanpflicht, p. 435 ; WYLER/HEINZER, p. 560. Dans le même sens, MÜLLER, pp. 236 et 240 pour qui il est ne pas réaliste qu'un plan social puisse être négocié dans un délai de trois semaines – ce délai de trois semaines doit être compris comme la période de consultation sans égard au délai de 30 jours suivant la notification à l'Office cantonal du travail.

¹⁵⁴ A cet égard, KREUTZ considère que des négociations menées sans pression de temps et sans crainte de licenciements sont en principe plus constructives, KREUTZ, n. 5. Nous abondons en son sens en recommandant

4. Echech des négociations

A titre liminaire, il y a lieu de relever que la loi ne précise en rien le cadre des négociations¹⁵⁵, en particulier s'agissant du délai imparti pour négocier.

Les parties devront veiller à négocier de bonne foi, ce qui implique notamment de prendre part aux séances¹⁵⁶, de formuler des revendications réalistes¹⁵⁷ et de fournir tous les renseignements nécessaires. L'existence de différends n'est à elle seule pas propre à conclure à l'échec des négociations¹⁵⁸. Faute de délai légal imparti aux parties pour négocier, il faudra analyser l'ensemble des circonstances pour déterminer un délai raisonnable avant de pouvoir considérer que les négociations ont échoué. A cet égard, un certain nombre d'échanges semblent nécessaires afin de permettre un rapprochement des positions ou de constater l'impossibilité de ce rapprochement. A notre sens, les parties sont en droit de saisir le tribunal arbitral, ou l'Office cantonal de conciliation pour qu'elle en désigne un, lorsque les parties campent sur leur position au regard du dernier échange ou que les compromis tombent au compte-gouttes et qu'il est à craindre que certaines mesures ne soient plus adaptées à la situation – nous pensons ici aux mesures susceptibles d'intervenir durant le délai de résiliation. Pour éviter que des mesures deviennent sans objet, nous sommes d'avis que lorsque les parties s'accordent sur certains points, ces derniers peuvent être appliqués sans attendre la conclusion définitive du plan. Cette application anticipée ne met pas fin à l'obligation de négocier et permet de mettre en application toutes mesures pertinentes durant le délai de résiliation (p. ex. aide au reclassement), ainsi que les mesures d'urgence nécessaires (p. ex. des mesures visant à pallier l'absence d'indemnités journalières de chômage en raison d'un défaut de la période de cotisations, art. 13 LACI). En pratique, l'application anticipée pourrait se heurter à la réticence de l'employeur de voir ainsi son pouvoir de négociation diminuer.

Dans un contexte d'assainissement privé, lorsque les parties ne parviennent pas rapidement à un accord, il est à craindre que la situation économique se détériore et puisse aboutir à l'application de l'art. 335h al. 2 CO¹⁵⁹. Les revendications des travailleurs devront dans un contexte d'assainissement privé être adaptées aux ressources financières à disposition. L'employeur ne peut aucunement juger de l'application de l'art. 335h al. 2 CO à la situation de manière abstraite. Il est tenu d'entamer les négociations en précisant les ressources financières dont il pense disposer et fournir toutes les pièces permettant aux travailleurs de se déterminer. L'art. 335h al. 2 CO ne peut trouver application selon nous qu'en présence d'une proposition concrète de plan social et ne saurait signifier l'économie de la procédure de négociation même pour une société en proie à des difficultés financières. En effet, le plan social n'ayant pas de contenu minimal, les mesures d'accompagnement peuvent être adaptées à toute situation – on pense ici aux mesures dont les coûts sont faibles pour l'employeur, par exemple l'aide au reclassement professionnel qui n'engendre généralement pas ou peu de coûts

de procéder à l'élaboration d'un plan social avant que ne surviennent les circonstances fondant l'obligation de le négocier.

¹⁵⁵ WILDHABER, Sozialplanpflicht, p. 434.

¹⁵⁶ Dans ce sens SCHWAAB, pp. 288 s.

¹⁵⁷ ATF 137 III 162 consid. 2.1.

¹⁵⁸ Cf. nt. SCHWAAB, p. 286 s. pour qui la critique publique ne constitue pas un motif suffisant à rompre les négociations et saisir le Tribunal arbitral. Il nous semble cependant discutabile que l'exercice d'une pression médiatique relève encore des négociations menées de bonne foi.

¹⁵⁹ Cf. *infra* Mise en danger de l'existence de l'entreprise p. 27.

supplémentaires. On peut également envisager des mesures profitables à l'employeur, tel que l'encouragement aux départs volontaires¹⁶⁰.

Lorsque l'employeur renonce aux négociations ou que l'échec de ces dernières est imputable à l'employeur (défaut de renseignements, négociation menée sans réelle intention de conclure un accord, mesures dilatoires), celui-ci répond de la sanction prévue aux articles 336 al. 2 lit. C CO et 336a al. 3 CO dans la mesure où cette négociation s'inscrit dans une forme particulière de licenciement collectif. Cette sanction ne modifie en rien l'obligation de conclure un plan social, qui sera dès lors établi par sentence arbitrale.

5. Sentence arbitrale

Les parties qui ne parviennent pas à s'accorder sur un plan social doivent désigner un tribunal arbitral¹⁶¹. Rappelons qu'il n'est pas précisé quand le tribunal arbitral doit être saisi¹⁶². Les parties peuvent librement choisir le tribunal arbitral¹⁶³. Elles peuvent en particulier choisir un office fédéral ou cantonal de conciliation, s'adresser au tribunal arbitral conventionnel, lorsqu'une CCT liant les parties le prévoit, ou désigner une instance *ad hoc*¹⁶⁴. « A défaut d'accord entre les parties, l'office de conciliation est compétent pour le choix du tribunal arbitral, il peut alors s'auto-désigner. »¹⁶⁵

Les frais sont un facteur limitant¹⁶⁶, notamment en raison de l'absence d'assistance judiciaire en matière d'arbitrage (art. 380 CPC). Il devrait être rare en pratique de voir des tribunaux arbitraux *ad hoc* établir des plans sociaux, particulièrement dans un contexte d'assainissement. Le choix portera essentiellement sur l'office de conciliation dont la procédure est en principe gratuite¹⁶⁷ ou le tribunal désigné par la CCT dont la participation aux frais est fixée conventionnellement.

Le tribunal arbitral désigné établit un plan social compte tenu de la situation économique de l'entreprise et des besoins¹⁶⁸ revendiqués par les travailleurs. Il aura en particulier à l'esprit que cette norme a été instaurée pour répondre à l'évolution des mœurs économiques¹⁶⁹. A cet égard, le tribunal arbitral tiendra compte des indemnités de départ du management¹⁷⁰, du montant des dividendes distribués et de l'évolution de l'action suite à l'annonce des licenciements¹⁷¹.

¹⁶⁰ Nous proposons ici une prime calculée sur la base d'un pourcentage des jours économisés par le départ anticipé au regard du délai ordinaire de résiliation :

Ainsi, pour un travailleur dont le salaire mensuel est de CHF 6'500.- et le délai de résiliation de 3 mois, un départ anticipé le 20^{ème} jour du deuxième mois, entraîne une économie de CHF 10'833.33 (6'500/30*40). La prime de départ anticipé, par hypothèse fixée à 5% de l'économie réalisée, serait dès lors de CHF 541.67, à verser au collaborateur lors du décompte de sortie. Le gain net pour la société à assainir serait de CHF 10'291.66.

¹⁶¹ Cf. art. 335j CO.

¹⁶² WILDHABER, Sozialplanpflicht, p. 435. Cf. *Supra* Echec des négociations.

¹⁶³ FF 2010 5871, p. 5914 ; BÄNI, p. 95 ; MÜLLER, p. 242 ; SCHWAAB, p. 289 ; VISCHER, p. 129.

¹⁶⁴ SCHWAAB, p. 289.

¹⁶⁵ SCHWAAB, p. 289.

¹⁶⁶ SCHWAAB, p. 289 ; WILDHABER, Sozialplanpflicht, pp. 435 s.

¹⁶⁷ Cf. art. 4 al. 2 de la Loi fédérale concernant l'Office fédéral de conciliation en matière de conflits collectifs de travail ; pour le canton de Vaud art. 27 al. 1 LPRCC.

¹⁶⁸ Lesquels dépendent de la situation professionnelle et familiale, du niveau de formation, de l'état du marché du travail pour la branche concernée, de l'âge.

¹⁶⁹ FF 2010 5871, p. 5911.

¹⁷⁰ FF 2010 5871, p. 5911 ; BÄNI, p. 91 ; SCHWAAB, p. 290.

¹⁷¹ SCHWAAB, p. 290.

Ces ressources seront évaluées compte tenu des autres mesures d'assainissement entreprises. A cet égard, nous pensons que le tribunal arbitral ne saurait remettre en cause l'opportunité des mesures d'assainissement envisagées. En particulier, le financement du plan social ne doit pas nécessiter d'entreprendre de nouvelles mesures. Cela correspond à la vision du législateur selon laquelle l'obligation de négocier un plan social ne doit pas amener l'employeur à renoncer à un projet d'assainissement¹⁷². Toutefois, nous considérons qu'il serait abusif de limiter le plan social aux seules ressources disponibles lorsque les mesures retenues par l'employeur dans son plan d'assainissement visent exclusivement les travailleurs. Dans un tel cas, le tribunal arbitral pourrait légitimement imposer un plan social dont le financement nécessite que l'employeur aménage son plan d'assainissement dans une mesure raisonnable, c'est-à-dire dans une mesure qui ne met pas en danger l'existence de l'entreprise¹⁷³. Cette approche est conforme à la volonté de tenir compte de l'évolution des mœurs économiques, dont nous tirons que les travailleurs ne doivent pas assumer seuls l'assainissement de l'entreprise, mais que les autres acteurs que sont les créanciers et les actionnaires peuvent être également sollicités.

Il est à souligner que la décision du tribunal arbitral est contraignante et ne peut en particulier pas être remise en question au travers d'une action révocatoire en cas de faillite subséquente¹⁷⁴.

6. Champ d'application

L'obligation de négocier un plan social s'applique à l'exception d'un licenciement collectif effectué pendant une procédure de faillite ou une procédure concordataire qui aboutit à la conclusion d'un concordat. Cette exception sera abordée ci-après¹⁷⁵. Dans le cadre d'un assainissement privé, il y a cependant lieu de considérer l'exception matérielle réservée à l'art. 335h al. 2 CO¹⁷⁶.

D. Conclusion

Du point de vue de l'employeur, l'assainissement privé n'est pas attractif en raison de l'absence d'allègements relatifs aux mesures à l'encontre des travailleurs. C'est à dessein que le législateur a réservé ces exceptions aux cas d'un assainissement judiciaire afin d'inciter les entreprises en difficulté à utiliser cette procédure¹⁷⁷.

¹⁷² FF 2010 5871, p. 5912.

¹⁷³ Cf. *infra* Mise en danger de l'existence de l'entreprise p. 27.

¹⁷⁴ FF 2010 5871, p. 5914 ; FISCHER/TROST, pp. 9 s. n° 17

¹⁷⁵ Cf. *infra* Exception de l'art. 335k CO p. 26.

¹⁷⁶ Cf. *infra* Mise en danger de l'existence de l'entreprise p. 27.

¹⁷⁷ Cf. FF 2010 5871, p. 5894. Cf. ég. Etude 2, p. 63, dans laquelle d'autres incitatifs sont envisagés dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité. Critique à cet égard, FATZER, p. 29.

IV. Assainissement judiciaire

A. Transfert d'entreprise

1. L'exception de l'art. 333b CO

Jugé comme un obstacle essentiel aux assainissements¹⁷⁸, la reprise automatique a été écartée lorsque le transfert d'entreprise intervient durant un sursis concordataire dans le cadre d'une faillite ou dans celui d'un concordat par abandon d'actifs. Le législateur a élargi le champ d'application de la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁷⁹ écartant la responsabilité solidaire du repreneur pour les créances de salaire nées avant la reprise, lorsque cette dernière intervient à la suite de la faillite. L'art. 333b CO prévoit que seuls les rapports de travail qu'il a été convenu de transférer passent à l'acquéreur durant un sursis concordataire dans le cadre d'une faillite ou celui d'un concordat par abandon d'actifs. S'il est certain que l'art. 333b CO ne trouve pas application à la suite de l'homologation d'un concordat ordinaire ou de l'annulation du sursis provisoire, qu'en est-il de la période du sursis concordataire précédent un tel résultat ? En modifiant la formulation de l'avant-projet¹⁸⁰, le législateur laisse subsister un doute relatif à la portée de cette norme : Faut-il tenir compte de l'objectif de la procédure en cause ou l'exception s'applique-t-elle à tout sursis concordataire indépendamment du résultat envisagé, respectivement obtenu ?

a) *Interprétations*

Grammaticalement, une énumération aurait requis une virgule entre « sursis concordataire » et « dans le cadre d'une faillite »¹⁸¹. L'interprétation historique ne permet pas, selon nous, d'écarter avec certitude l'une ou l'autre des approches^{182 183}. D'un point de vue téléologique, l'exception de l'art. 333b CO tend à protéger le plus d'emplois possibles en réduisant les potentiels effets contre-productifs du transfert automatique, soit éviter que les dispositions de protection des travailleurs ne se retournent contre ces derniers¹⁸⁴. Ainsi lorsqu'il est à craindre que l'ensemble des postes de travail ne vient à disparaître, il y a lieu d'abandonner la protection de tous les travailleurs et permettre ainsi la sauvegarde de certains rapports de travail uniquement. Cette disposition s'inscrit dans une pure

¹⁷⁸ FF 2010 5871, p. 5878. Dans ce sens BÄNI, p. 82 ; FURRER, p. 30 ; SCHENKER, p. 275 ; VISCHER, p. 123 ; *contra* BIANCHI DORIS, p. 31.

¹⁷⁹ ATF 129 III 335.

¹⁸⁰ Art. 333b AP CO : « pendant le sursis concordataire ainsi que dans le cadre d'une faillite ou d'un concordat par abandon d'actifs ». Cf. ég. Rapport 2008, p. 21.

¹⁸¹ Les textes allemand et italien ne permettent pas de lever l'ambiguïté : « während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses » ; « di una moratoria concordataria a seguito di un fallimento ». *Contra* IANNI, p. 67 ; WYLER/HEINZER, p. 454.

¹⁸² Si le CF avance un certains nombres d'arguments laissant penser que l'exception trouve application durant le sursis concordataire indépendamment de son résultat, cf. FF 2010 5781, pp. 5909 s., il rappelle ensuite que « la consultation des travailleurs prévue à l'art. 333a CO doit toujours avoir lieu, tant en cas de liquidation de l'entreprise (faillite, concordat par abandon d'actifs) que de concordat ordinaire », cf. FF 2010 5871, p. 5910. Par là, il indique avoir distingué les procédures selon leur objectif pour déterminer l'étendue de l'exception. En faveur également d'une prise en considération de l'objectif de la procédure, cf. FF 2010 5871, p. 5910 : « Lorsque l'entreprise est transférée à un tiers durant le sursis concordataire, que ce soit dans le cadre d'une faillite ou d'un concordat par abandon d'actifs [...] ».

¹⁸³ Retenant une interprétation historique différente, WYLER/HEINZER, pp. 454 s., pour qui une généralisation est mentionnée dans le Message s'agissant du sursis concordataire, cf. FF 2010 5871, pp. 5878, 5880-5882.

Nous convenons que le CF utilise les termes « procédures d'insolvabilité » pour désigner tant la faillite que le concordat, il n'en demeure pas moins que l'approche différenciée proposée dans l'avant-projet n'est pas explicitement abandonnée.

¹⁸⁴ Cf. FF 2010 5781, p. 5909 s.

vision utilitariste visant à déployer des « *effets positifs sur la croissance structurelle* »¹⁸⁵. Relevons à cet égard que le transfert automatique ne garantit pas l'emploi, puisque le nouvel employeur est libre de résilier les rapports repris aux conditions contractuelles. A la lecture des arguments du CF, c'est le risque de disparition de l'ensemble des emplois qui justifie l'application de l'exception. Ce risque n'est cependant pas identique durant un sursis concordataire selon que le pronostic soit favorable à un concordat ordinaire ou à un concordat par abandon d'actif. Il n'en demeure pas moins que le transfert d'une partie de l'entreprise peut constituer une mesure nécessaire pour aboutir à un concordat ordinaire et empêcher ce faisant la liquidation de la société. La recherche d'un repreneur ne serait aucunement facilitée si les conditions auxquelles pouvaient intervenir le transfert étaient incertaines au moment de la conclusion de l'accord puisque dépendant d'un résultat futur. Nous pensons qu'il est fondé de retenir une application de l'exception à tout sursis concordataire sans égard à son résultat, pour autant que le transfert soit effectif avant ce résultat¹⁸⁶.

Cette approche vient cependant rompre avec la tradition historique d'eurocompatibilité du droit suisse en élargissant davantage le champ d'application de l'exception que ne le tolère le droit européen¹⁸⁷.

b) *Cas limites*

Quid d'un transfert convenu durant un sursis concordataire, mais dont les effets interviennent postérieurement à l'annulation du sursis, respectivement à l'homologation d'un concordat ordinaire ? Comme nous l'avons vu, le transfert automatique n'exige pas que les parties aient convenu du transfert, ni que l'acquéreur ait connaissance de l'étendue des droits et obligations qu'il reprend. Le moment déterminant est le transfert effectif des rapports, soit la date de *closing*. Dans notre hypothèse, les parties ont convenu expressément de la reprise de certains rapports conformément à l'art. 333b CO. Le transfert effectif de ces rapports intervient cependant à un moment où les conditions de l'exception ne sont plus remplies. La question sous-jacente est la suivante : La renaissance du régime du transfert automatique déploie-t-elle des effets sur l'accord conclu entre les parties ?

A teneur de l'art. 285 al. 3 LP, ne sont pas révocables les actes juridiques qui ont été accomplis durant un sursis concordataire, dans la mesure où ils ont été avalisés par un juge du concordat ou par une commission des créanciers (art. 295a LP). En revanche, il est précisé à l'art. 331 al. 1 LP que les actes accomplis par le débiteur avant l'homologation du concordat sont révocables. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une action révocatoire, il nous semble pertinent de retenir par analogie cette distinction pour déterminer la résurgence ou non du transfert automatique. Les droits du débiteur durant le sursis concordataire sont régis aux art. 297a et 298 LP. Il faut distinguer selon que le transfert d'entreprise nécessite une aliénation d'actifs immobilisés ou qu'il porte sur une unité de production indépendante de tels actifs. Dans le premier cas, le juge du concordat ou l'assemblée des créanciers devront donner leur autorisation à la conclusion du transfert d'entreprise. En cas d'annulation du sursis concordataire avant l'exécution du transfert¹⁸⁸, il apparaît de fait que le transfert d'une partie de l'entreprise n'était pas une mesure nécessaire à son assainissement.

¹⁸⁵ FF 2010 5871, p. 5917. Cf. ég. SURCHAT, p. 20.

¹⁸⁶ Cf. *infra* Cas limites p. 21. En effet, si le transfert n'est pas intervenu avant le résultat, il apparaît que ledit transfert n'était pas nécessaire à la sauvegarde des emplois, partant que l'exception n'a aucun fondement.

¹⁸⁷ Sur la non-application de l'exception de l'art. 5 § 1 Directive 2001/23/CE « aux procédures qui pour objet la survie de l'entreprise », cf. CJ 7 février 1985, ABELS, aff. C-135/83, Rec. 1985 p. 469. Pour plus développements à ce sujet, cf. KARAGJOZI, p. 49-55. Cf. ég. CJ 12 mars 1998, DETHIER, aff. C-319/94, Rec. 1998.

¹⁸⁸ Nous retenons ici que l'annulation du sursis, car il est peu probable qu'un concordat ordinaire soit homologué alors qu'un acte approuvé par le juge ou l'assemblée des créanciers n'ait pas encore été exécuté.

Toutefois, un accord avalisé par le juge du concordat devrait déployer ses effets et faire, à notre sens, échec à la résurgence du transfert automatique au regard de la protection des tiers de bonne foi¹⁸⁹. Il en va de même pour l'autorisation donnée par l'assemblée des créanciers. Les travailleurs non-repris qui se sont opposés au transfert partiel lors de l'assemblée des créanciers pourront tenter de prouver la mauvaise foi du cessionnaire, notamment en produisant des pièces attestant que le cessionnaire savait ou aurait dû savoir que le sursis concordataire n'était qu'un alibi destiné à lui permettre d'opérer une sélection et d'écarter la solidarité. Dans un tel cas, l'application du régime du transfert automatique n'est pas exclue. Le raisonnement est identique lorsque l'acte convenant du transfert partiel est nul faute d'autorisation de l'une ou l'autre de ces institutions¹⁹⁰, à l'exception près qu'il revient au cessionnaire de prouver sa bonne foi. Lorsqu'aucune aliénation d'actifs immobilisés n'intervient lors du transfert, l'employeur devra obtenir l'assentiment du commissaire pour conclure un tel acte¹⁹¹. Là encore la bonne foi du cessionnaire devrait être protégée.

Cette approche tient compte du fait que le transfert automatique ne garantit pas aux travailleurs le maintien de l'emploi – ici il est certain que les rapports non sélectionnés seront résiliés en cas de transfert automatique. De plus, puisque l'assainissement est intervenu, les créances salariales des employés non transférés ne sont pas compromises, la solidarité est sans intérêt pour les travailleurs. L'intérêt des travailleurs au transfert automatique est dans un tel contexte faible, ce qui justifie à notre sens la primauté de la protection du tiers de bonne foi. En conclusion, seul le cessionnaire qui exécute de mauvaise foi le transfert convenu se verra opposer le transfert de l'ensemble des rapports de travail liés à la partie de l'entreprise transférée, ce qui permet d'éviter que le sursis concordataire ne soit employé abusivement.

En effet, la révision du droit de l'assainissement ayant pour but de faciliter l'accès à l'assainissement judiciaire¹⁹², le recours abusif au sursis concordataire est une préoccupation d'une partie de la doctrine¹⁹³. SCHWAAB envisage qu'un employeur dépose une demande de sursis concordataire dans le but de procéder à un transfert d'une partie de son entreprise à un tiers, lorsque ce dernier se montre réticent à reprendre l'ensemble des rapports de travail lié à cette partie, lui permettant ainsi de procéder à un *cherry picking*. A notre sens, un tel risque est limité puisque l'acte repose sur l'autorisation du juge ou de l'assemblée des créanciers, respectivement l'assentiment du commissaire. Cette autorisation, respectivement assentiment, ne devrait pas intervenir lorsqu'aucune autre mesure n'est proposée. Lorsque le transfert devient effectif durant le sursis concordataire, il y a lieu de considérer que la mesure était nécessaire à l'assainissement indépendamment du résultat auquel aboutit le sursis concordataire par la suite. Si le concordat est annulé avant que le transfert ne s'effectue, le transfert ne contribue de fait pas à l'assainissement, il y aurait lieu d'appliquer le régime ordinaire. Toutefois, le tiers acquéreur doit être protégé dans sa bonne foi, qu'il devra prouver¹⁹⁴ en l'absence d'autorisation, respectivement d'assentiment, ou que les travailleurs pourront tenter de contester s'il n'était pas en mesure de le faire au moment de la délivrance de l'autorisation.

¹⁸⁹ Cf. art. 298 al. 3 LP qui réserve les droits des tiers de bonne foi en cas d'absence d'autorisation. Nous considérons que cette réserve est d'autant plus applicable à une autorisation délivrée.

¹⁹⁰ Art. 298 al. 2 CO.

¹⁹¹ Cf. Art. 297a CO par analogie.

¹⁹² Cf. FF 2010 5781, p. 5894.

¹⁹³ SCHWAAB, pp. 292 s.

¹⁹⁴ Preuve au demeurant difficile, puisqu'il ne peut ignorer se trouver en présence d'un assainissement judiciaire.

2. Effets de l'exception

L'art. 333b CO modifie le régime du transfert automatique en un régime de transfert par offre et acceptation. Ce changement de nature a plusieurs implications.

Pour le cessionnaire, cela signifie d'une part qu'il sélectionne les rapports de travail qu'il entend reprendre, d'autre part qu'il ne répond solidairement d'aucune créance née avant le transfert, ni provenant des rapports transférés¹⁹⁵ et encore moins des rapports dont le transfert n'est pas convenu¹⁹⁶. Le cessionnaire peut librement choisir les travailleurs dont il souhaite voir les rapports transférés, sous réserve de critères discriminatoires illicites, tels que liés au sexe¹⁹⁷. Le transfert ne porte que sur les rapports expressément mentionnés dans la convention.

S'agissant du travailleur, son droit d'opposition est bien entendu maintenu. L'opposition a cependant une toute autre portée que dans le cadre du transfert automatique. En effet, en présence d'un régime de transfert par offre et acceptation, l'opposition du travailleur empêche réellement le transfert¹⁹⁸. A notre sens, l'opposition ne déploie en outre aucun effet sur les rapports de travail existants, le travailleur restant lié au cédant – ce qui a notamment pour conséquence qu'une résiliation subséquente des rapports de travail n'est pas réduite au délai légal. A cet égard, rappelons que le cessionnaire ne répond pas du sort des travailleurs non repris ou ayant exprimé leur opposition. En particulier, il ne répond aucunement des licenciements prononcés par le cédant à la suite du transfert.

L'information et la consultation ne sont pas affectées par l'exception de l'art. 333b CO¹⁹⁹. Le contenu de l'information sera néanmoins adapté et devra en particulier indiquer le nombre de rapports de travail dont la reprise est envisagée²⁰⁰. Les critères de sélection devront également être indiqués de manière à pouvoir se déterminer sur leur éventuel caractère illicite. S'agissant de la consultation, cette dernière n'intervient que si des mesures concernant les travailleurs sont envisagées suite au transfert. Puisque le transfert des rapports de travail est partiel, la consultation interviendra tant lorsque des mesures sont envisagées pour le personnel restant que pour le personnel transféré. A cet égard, la communauté d'employeur prend encore davantage de sens²⁰¹. Le cédant devra en particulier procéder à la consultation des travailleurs lorsque des licenciements sont envisagés pour le personnel restant²⁰², notamment lorsque le transfert de l'unité de production signifie un chômage technique pour les travailleurs non-repris. Cette consultation interviendra indépendamment des

¹⁹⁵ Cf. BO 2013 CN 1060 et BO 2013 CN 1099. Compte tenu des débats parlementaires, le Message n'est plus pertinent, cf. FF 2010 5871, p. 5910 : « L'art. 333, al. 3, CO s'applique par ailleurs aux travailleurs transférés: l'acquéreur répond donc solidairement avec l'aliénateur des créances non couvertes qui découlent des contrats repris. ». BÄNI, p. 88 ; FURRER, p. 30 ; WYLER/HEINZER, p. 455.

¹⁹⁶ Ce qui correspond à la volonté initial du CF, cf. FF 2010 5871, p. 5910 : « L'acquéreur ne doit cependant assumer aucune responsabilité pour les créances sur salaires en souffrance concernant les travailleurs qui n'ont pas été repris. » ; WYLER/HEINZER, p. 455.

¹⁹⁷ WYLER/HEINZER, p. 455.

¹⁹⁸ Dans le même sens WYLER/HEINZER, p. 455. *Contra* IANNI, p. 63, pour qui l'acquéreur peut avoir un intérêt à ce que les rapports de travail soient transférés malgré l'opposition du travailleur, notamment sous l'angle d'une clause de non concurrence.

¹⁹⁹ Le CF a finalement renoncé à introduire un régime différencié selon l'objectif de la procédure d'insolvabilité engagée s'agissant du devoir d'information et de consultation, cf. FF 2010 5871, p. 5910.

²⁰⁰ WYLER/HEINZER, p. 456.

²⁰¹ Sur cette notion, cf. WYLER/HEINZER, p. 458 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n° 43*ad* art. 333a CO.

²⁰² *Contra* IANNI, p. 72, qui considère qu'une telle consultation n'est pas pertinente et retarde inutilement la procédure lorsque les mesures sont envisagées du côté de l'employeur transférant durant une procédure de liquidation. Cette approche méconnaît cependant la volonté du législateur d'appliquer l'art. 333a CO indépendamment du type de procédure, cf. note 199.

seuils relatifs au licenciement collectif. Chaque travailleur possède un pouvoir de codécision dans la mesure où l'acceptation individuelle du travailleur est requise au stade du transfert. Reste à savoir si les travailleurs tenteront de négocier solidairement lors de la consultation²⁰³ ou si le contexte d'un assainissement incertain amènera à une préservation des intérêts individuels.

Du point de vue du cessionnaire, il y aura lieu d'obtenir le plus rapidement possible l'acceptation des travailleurs afin de garantir que le transfert s'opère aux conditions souhaitées. A cet égard, nous relèverons que le travailleur peut valablement signifier son acceptation lorsqu'il est en possession de toutes les informations le concernant individuellement²⁰⁴. Il est dès lors envisageable de rassembler les acceptations avant que la consultation de l'ensemble des travailleurs n'intervienne.

3. Protection des données renforcée

Si le Préposé à la protection des données s'est prononcé en faveur de l'échange de données entre le cédant et le cessionnaire concernant les travailleurs dans le cadre d'un transfert d'entreprise aux conditions de l'art. 333 CO²⁰⁵, l'argumentation avancée n'est plus convaincante s'agissant d'un transfert partiel au sens de l'art. 333b CO. En effet, dans un tel cas, le droit de traiter les données des travailleurs passe au repreneur dans la mesure des rapports de travail qu'il a convenu de reprendre. L'exception au transfert automatique signifie la fin du transfert automatique de la maîtrise des fichiers. Le cessionnaire pourrait dès lors se retrouver en possession de données dont il ne sera potentiellement jamais maître puisqu'il lui est permis de recourir au *cherry picking*. Ce changement de paradigme doit, à notre sens, conduire à davantage de considération pour le droit à la protection des données. En particulier, l'absence de consentement du travailleur ne devrait pas pouvoir être écarté sur la base de l'intérêt privé du cessionnaire, puisque celui-ci n'est, selon nous, plus prépondérant au sens de l'art. 13 al. 2 let. a LPD. En effet, l'art. 333b CO écartant la responsabilité solidaire, le cessionnaire n'aurait aucun intérêt à consulter les données d'un travailleur qui, par hypothèse, n'est pas intéressé à être repris. Ainsi, il nous semble judicieux de requérir le consentement des travailleurs préalablement à la communication des données les concernant, ce qui aurait pour effet d'écartier toute violation de la LPD et permettrait également aux travailleurs d'exprimer indirectement leur opposition à un éventuel transfert – ce qui est à l'avantage du cessionnaire. Il est probable qu'une telle procédure ne soit que rarement

B. Licenciement collectif

1. L'exception de l'art. 335e al. 2 CO

L'exception de l'art. 335e al. 2 CO se réfère à la cessation de l'activité intervenue sur ordre du juge, à la faillite et au concordat par abandon d'actifs. Ce qui exclut expressément la période relative au sursis concordataire²⁰⁶, ainsi que le concordat ordinaire. Le législateur vise ici les cas de liquidation de l'entreprise dans lesquels l'employeur perd la maîtrise du sort des rapports de travail.

²⁰³ On peut imaginer que les travailleurs se concertent et conviennent de refuser leur acceptation individuelle si un seuil minimal de reprise des rapports de travail n'est pas atteint.

²⁰⁴ Au sujet de la renonciation au droit d'opposition dans le contexte d'un transfert déterminé, cf. WYLER/HEINZER, p. 464.

²⁰⁵ Recommandation du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence « Transmission de données lors de concentration d'entreprises » : <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00743/00746/index.html?lang=fr> (consulté le 16 octobre 2015). Pour un exposé de la situation avant l'introduction de l'art. 333b CO, cf. BALZAN, Protection des données, en particulier pp. 14 ss.

²⁰⁶ FF 2010 5871, p. 5911 ; cf. ég. ATF 130 III 102 consid. 3 ; dans ce sens : BÄNI, p. 89 ; FISCHER/TROST, p. 10 n° 18 ; LORANDI, p. 46 ; VISCHER, p. 124.

Le TF justifie l'abandon de la consultation au sens de l'art. 335f CO sur la base des droits dont disposent les travailleurs en leur qualité de créanciers lors de ces procédures²⁰⁷. Cet argument n'est à notre sens pas pertinent, puisque l'étendue des droits de l'assemblée de créanciers n'est pas identique selon que la faillite se déroule selon une procédure ordinaire ou sommaire. Or, il est établi que la grande majorité des procédures de faillite se déroule sous une forme sommaire ou sont suspendues faute d'actif²⁰⁸. Dans de tels cas, l'assemblée des créanciers dispose d'un pouvoir limité, respectivement d'aucun pouvoir.

Il faut encore préciser que la faillite n'entraîne pas automatiquement la fin des activités de l'entreprise. Dans bon nombre de cas, bien au contraire, l'activité est maintenue jusqu'à peu de temps avant la clôture de la faillite, qui intervient en moyenne 3 ans après son ouverture²⁰⁹. Lorsque l'activité est maintenue, cela suppose que certains rapports de travail sont repris par la masse. Pour ces travailleurs, le salaire devient à compter du jour de la faillite une dette de la masse²¹⁰. Pour les travailleurs non repris, explicitement ou tacitement²¹¹, les créances salariales nées durant le délai de résiliation sont des dettes dans la masse au même titre que les créances antérieures à la faillite. A cet égard, il faut préciser que la production du travailleur dans la faillite ne sera admise qu'à la condition qu'il ait effectivement proposé ses services postérieurement à la faillite²¹². Il est dès lors difficilement concevable que l'art. 211a al. 1 LP déploie des effets concernant les contrats de travail, puisque soit le travailleur n'a pas fourni sa prestation, auquel cas sa créance ne sera pas admise, soit la masse n'a pas explicitement refusé sa prestation, notamment en signifiant au travailleur sa libération de l'obligation de travailler, ce qui entraîne la reprise tacite du contrat²¹³.

Il est certain que les licenciements, qu'ils soient expressément signifiés ou qu'ils interviennent au travers de l'inaction des parties, ne constituent pas un licenciement collectif au regard de l'exception de l'art. 335e al. 2 CO. Il en va de même des licenciements opérés par la suite sur le personnel repris par la masse. Il faut y voir ici un allègement souhaité pour les organes de l'exécution forcée²¹⁴, dans la mesure où de tels licenciements sont économiquement nécessaires²¹⁵.

L'exception nécessite d'être en présence d'une liquidation de l'entreprise. L'approche différenciée selon le but de la procédure est ici pleinement souhaitée. Les dispositions relatives au licenciement collectif trouvent dès lors pleine application dans le cadre des procédures d'assainissement judiciaire (sursis concordataire et concordat ordinaire), à l'exception du concordat par abandon d'actifs.

²⁰⁷ ATF 123 III 176 consid. 3.

²⁰⁸ Etude 2, p. 51.

²⁰⁹ Etude 1, p. 18.

²¹⁰ Les créances salariales antérieures à la faillite demeurent bien évidemment une dette dans la masse, cf. TF arrêt du 5 octobre 2006, 4C.239/2006 consid. 2. Cf. ég. BALZAN, *Insolvabilité*, pp. 283 ss.

²¹¹ L'art. 211a al. 1 LP crée la fiction d'une résiliation des contrats de durée signifiée au jour de la faillite lorsque la masse reste inactive, pour autant que le contrat ne soit pas repris tacitement. Cf. IANNI, pp. 32 ss.

²¹² Dans le même sens WYLER/HEINZER, pp. 546 s.

²¹³ Cf. FF 2010 5871, p. 5888, au sujet de l'art. 211a al. 2 CO.

²¹⁴ Cet allègement est expressément mentionné s'agissant de la négociation d'un plan social, cf. FF 2010 5871, p. 5915, nous considérons que cet argument peut être retenu pour les licenciements collectifs compte tenu des similitudes des deux institutions. Dans ce sens SCHENKER, p. 276.

²¹⁵ Cf. SCHENKER, p. 276.

C. Plan social

1. Exception de l'art. 335k CO

L'art. 335k CO prévoit que les dispositions relatives au plan social ne s'appliquent pas en cas de licenciement collectif effectué pendant une procédure de faillite ou une procédure concordataire qui aboutit à la conclusion d'un concordat. L'art. 335k CO propose une formulation encore différente de celles des art. 333b et 335e al. 2 CO.

Cette restriction répond à plusieurs préoccupations. Le plan social ne doit ni vider la substance d'une masse en faillite, ni rendre difficile la conclusion d'un concordat²¹⁶. Il n'est ici pas précisé la nature du concordat. Il faut dès lors considérer tant le concordat ordinaire que le concordat par abandon d'actifs. Quid en revanche de l'annulation du sursis en cas d'assainissement au sens de l'art. 296a LP ? Cette hypothèse n'est pas envisagée par le Message. L'exigence expresse de la conclusion d'un concordat comporte dès lors une insécurité juridique pour toute la période du sursis concordataire²¹⁷. En effet, on est en droit de s'interroger, lorsque le sursis est annulé, si l'obligation de négocier un plan social renaît pour les licenciements opérés depuis l'octroi du sursis jusqu'à son annulation.

Contrairement à la question qui se posait pour l'art. 333b CO, l'art. 335k CO ne tient pas compte du but de la procédure (survie ou extinction de l'entité) puisque le concordat est ici employé dans un sens large²¹⁸. En revanche comme en matière de transfert d'entreprise, il y a lieu de s'interroger si l'annulation du sursis déploie des effets rétroactifs. L'exception poursuit le but d'éviter la liquidation de l'entreprise en favorisant l'assainissement lorsque celui-ci est encore possible. La précision « qui aboutit à la conclusion d'un concordat » tend à écarter l'application de l'exception en cas de sursis concordataire annulé au sens de l'art. 296a LP. Cet ajout est délibéré puisqu'il n'en était pas fait mention dans l'avant-projet du CF²¹⁹. Il est cependant à notre sens parfaitement insatisfaisant de faire dépendre l'application de l'exception en fonction d'un résultat inconnu au moment où les licenciements s'opèrent. Là encore, l'organe de l'exécution forcée²²⁰ doit analyser la question d'une éventuelle annulation du sursis concordataire au stade de sa détermination sur l'opportunité de procéder à des congés. Lorsque le commissaire juge qu'aucun assainissement n'est possible sans ces licenciements, nous pensons que l'obligation de négocier un plan social ne peut pas avoir d'effet rétroactif même lorsque le sursis est finalement annulé en raison de l'assainissement de l'entreprise. Nous prônons ici une interprétation *contra legem* eu égard au but de la disposition²²¹.

Par ailleurs, il nous semble opportun de préciser que l'absence d'obligation de négocier un plan social ne doit pas signifier l'absence de plan social. Ce dernier peut, en effet, être conçu de manière à optimiser le coût des licenciements et non les augmenter, notamment au moyen de mesures visant le reclassement avant la fin du délai de résiliation²²². Les incitatifs relatifs à une fin anticipée des

²¹⁶ FF 2010 5781, p. 5915.

²¹⁷ FISCHER/TROST, p. 10 n° 18 ; WILDHABER, Sozialplanpflicht, p. 432.

²¹⁸ Critique sur ce point MABILLARD, p. 49, pour qui il est incompréhensible que le législateur ne s'en soit pas tenu à l'approche différenciée de l'art. 335e al. 2 CO.

²¹⁹ CF 2010 5871, p. 5915 : « Suppression de l'obligation de négocier un plan social en cas de faillite ou de sursis concordataire ».

²²⁰ La résiliation des rapports de travail intervient avec l'assentiment du commissaire (art. 297a LP), l'autorisation du juge n'est pas nécessaire.

²²¹ *Contra* LORANDI, p. 47.

²²² Pour un exemple où l'absence de plan social a, en raison du manque de formation du personnel non-repris, conduit à une augmentation des créances produites en 1^{ère} classe, cf. Etude 2, p. 72. Cf. ég. exemple note 160. Pour un aperçu de l'impact des coûts de licenciement sur le taux de recouvrement, cf. SURCHAT, p. 22.

rapports de travail sont de nature à diminuer la charge salariale, le plan social peut ainsi également contribuer à l'assainissement de l'entreprise.

2. Cas particuliers

La négociation d'un plan implique une certaine période temporelle durant laquelle les circonstances économiques de l'entreprise à assainir peuvent changer. Qu'en est-il lorsque les licenciements sont effectués avant la demande de sursis concordataire ou le jugement de faillite mais que les négociations sont encore en cours, respectivement lorsque le tribunal arbitral est saisi ? S'agissant du jugement de faillite, il est évident que ce dernier met fin aux négociations entre les parties, puisque l'employeur ne peut plus conclure de nouvelles obligations. Il revient alors à l'administration de la faillite d'examiner librement si et dans quelle mesure des coûts peuvent être imputés sur la masse en faillite et si un plan social peut encore être négocié²²³. S'agissant d'une demande de sursis concordataire, il faut avoir à l'esprit que l'un des buts de l'art. 335k CO est d'éviter la surcharge des organes de l'exécution forcée et de diminuer les coûts d'une procédure d'insolvabilité²²⁴. Nous sommes d'avis que ce but suffit à exclure une obligation de reprise des négociations par le commissaire. Le plan social librement déterminé par le commissaire devra être validé par le juge du concordat ou par l'assemblée des créanciers en application de l'art. 298 al. 2 LP.

Une demande de sursis concordataire dans le seul but de rompre les négociations constituent une démarche dilatoire devant être sanctionnée au sens des 336 al. 2 let. c et 336a al. 3 CO.

Lorsque le tribunal arbitral a été institué du litige, il est en revanche discutable que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité amène le tribunal à s'en dessaisir. Le tribunal arbitral devant respecter le principe exposé à l'art. 335h al. 2 CO, il tient dès lors compte de la situation économique de l'entreprise et évalue si un plan social peut être établi compte tenu d'une éventuelle mise en danger. Le tribunal arbitral est ici tenu de rendre une sentence et de l'adapter à la situation, le cas échéant en motivant qu'aucun plan social n'est possible compte tenu de la mise en danger de l'entreprise. En cas de plan social onéreux, rappelons que la sentence n'est pas révoquée²²⁵.

3. Mise en danger de l'existence de l'entreprise

L'art. 335h al. 2 CO précise que le plan social ne doit mettre en danger l'existence de l'entreprise.

Cette disposition contient un potentiel d'insécurité juridique²²⁶ supérieur aux exceptions formelles analysées jusque-là. Avec cette condition, le législateur a instauré une disposition extrêmement complexe à appliquer, puisqu'elle impose d'analyser la santé économique de l'entreprise afin de déterminer sa capacité d'assumer la mise en place d'un plan social. Le Message précise que les coûts du plan social ne doivent pas mettre en péril les emplois restant²²⁷ ou ne pas dissuader une entreprise de procéder à une restructuration basée sur des raisons économiques²²⁸. Comme nous l'avons développé, nous pensons que la mise en danger de l'entreprise ne peut être considérée que lorsque l'employeur a mis en place un faisceau de mesures d'assainissement et ne projette pas uniquement de procéder à des licenciements. La mise en danger de l'existence s'évalue au regard d'un plan social concret, ce qui signifie qu'elle ne saurait libérer l'employeur de procéder à des négociations quand bien même il pense ne disposer d'aucune ressource.

²²³ FF 2010 5871, p. 5915.

²²⁴ FF 2010 5871, p. 5915.

²²⁵ FF 2010 5871, p. 5914.

²²⁶ Dans ce sens : BÄNI, p. 92 ; FISCHER/TROST, p. 9 n° 15 ; LORANDI, p. 48 ; WILDHABER, Sozialplanpflicht, p. 433.

²²⁷ FF 2010 5871, pp. 5881 et 5912.

²²⁸ FF 2010 5871, p. 5912. Dans le même sens FURRER, p. 30.

a) En tant que limite à l'élaboration du plan

La mise en danger de l'existence de l'entreprise constitue la limite matérielle au contenu du plan social²²⁹. Ce principe s'adresse essentiellement au tribunal arbitral²³⁰. Cela signifie que le tribunal arbitral devra analyser les ressources disponibles et arrêter un plan social dont l'impact ne compromet pas l'avenir de la société – l'idée sous-jacente étant toujours de faciliter l'assainissement et de garantir la sauvegarde des emplois restants. Il revient à l'employeur de mettre à disposition tous les renseignements nécessaires et expliciter en quoi les propositions émises lors des négociations sont inacceptables sous l'angle de la mise en danger. Le tribunal arbitral devra établir un plan social qui écarte ce risque.

Alors même que l'un des buts de l'art. 335k CO était d'éviter la surcharge des organes chargés de l'exécution forcée²³¹, l'art. 335h al. 2 CO pourrait bien aboutir à une surcharge de travail pour les tribunaux arbitraux qui devront se pencher sur les états financiers des entreprises concernées. Le tribunal arbitral devra, en effet, identifier la cause de la crise pour établir un pronostic de survie, évaluer les ressources à disposition (notamment les actifs non nécessaires à l'exploitation), se prononcer sur leur réallocation – on pense ici à une diminution des dividendes ou des gratifications – sans quoi il est impossible de répondre objectivement à l'existence d'une mise en danger.

Par ailleurs, faut-il considérer les ressources financières de l'employeur ou de l'établissement ? Qu'en est-il également de la mise en danger, s'agit-il de la mise en danger de l'établissement ou de l'employeur ? Il nous paraît évident que si les licenciements se calculent à l'échelon de l'établissement, les ressources financières s'évaluent au niveau de l'employeur. L'employeur ne peut en particulier pas mettre en avant les difficultés rencontrées par un établissement pour procéder à un licenciement collectif sans plan social, lorsque le manque de rentabilité de l'établissement n'a pas ou peu d'impact sur la situation générale de l'employeur. Cette approche se justifie au regard de la prise en compte de l'évolution des mœurs économiques. Pour SCHWAAB, il y a lieu également de considérer les ressources du groupe²³².

Cette disposition met en exergue le manque de systématique dans la formulation des exceptions à la protection des travailleurs dans le cadre de l'assainissement. Le législateur a introduit une exception matérielle en parallèle de celle prévue dans le cadre de mesures d'assainissement judiciaire au sens de l'art. 335k CO. Selon nous, il aurait été davantage souhaitable que le législateur se limite au critère de la procédure concordataire. En effet, le but général de la révision du droit de l'assainissement étant de favoriser le véritable assainissement au moyen d'un droit de l'assainissement dont l'accès est facilité, il n'était pas nécessaire de laisser autant de latitude à l'assainissement privé, en laissant l'employeur se prévaloir d'une mise en danger de l'entreprise alors que ce dernier n'a pas recours aux instruments concordataires.

Il est à craindre que les tribunaux arbitraux ne soient pas toujours à même de distinguer la véritable mise en danger de la crise de liquidité. Le degré de la crise ne peut en principe être constaté que *a posteriori*²³³.

b) En tant que facteur ouvrant à la renégociation ?

Cette condition de l'absence de mise en danger soulève, en outre, une incertitude relative à la validité d'un plan social préalablement négocié à la survenance de la crise économique²³⁴. Nous

²²⁹ Cf. nt. VISCHER, p. 126.

²³⁰ Sur les engagements de l'employeur, cf. *infra* En tant que facteur ouvrant à la renégociation ? p. 28.

²³¹ FF 2010 5871, p. 5915.

²³² SCHWAAB, p. 284.

²³³ Etude 3, pp. 101 ss.

pensons que la mise en danger de l'existence de l'entreprise relative à un plan social doit être évaluée lors de la conclusion de ce plan. La survenance de difficultés financières survenues ultérieurement ne saurait justifier une nullité du plan, pas plus qu'elle n'ouvre de droit à l'employeur à modifier unilatéralement le plan ou à obtenir une renégociation²³⁵. Il est cependant envisageable d'insérer une condition suspensive à la validité du plan²³⁶, en prévoyant notamment sa déchéance en cas d'assainissement mené durant une procédure concordataire ou de faillite.

Le législateur a expressément renoncé à imposer aux employeurs de constituer un substrat financier permettant de couvrir les coûts d'un éventuel plan social²³⁷. Il n'en demeure pas moins que l'employeur doit honorer ses engagements et que la survenance de difficultés financière ne constitue pas un motif suffisant pour les rompre²³⁸.

V. Perspectives européennes

A. Transfert automatique

Le droit européen connaît un certain nombre d'instruments visant à uniformiser les législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements²³⁹.

Le régime du transfert automatique des droits et obligations résultant d'un contrat de travail est consacré à l'art. 3 § 1 de la Directive 2001/23/CE. Nous nous concentrerons ici que sur les exceptions prévues au régime du transfert automatique.

La Directive 2001/23/CE contient une exception au maintien des droits des travailleurs. Les art. 3 et 4 de la directive 2001/23/CE ne s'appliquent en effet pas au transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie de ceux-ci lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente ; les Etats peuvent en disposer autrement²⁴⁰. La jurisprudence de la Cour de justice a défini la « procédure d'insolvabilité analogue [...] » et « le contrôle d'autorité publique ». En particulier les procédures qui visent la survie de l'entreprise et le maintien de l'activité du cédant ne sont pas considérées comme pouvant être exclues du champ d'application du transfert automatique²⁴¹. Le sursis concordataire suisse devrait être traité différemment selon l'objectif qu'il atteint pour être compatible avec la jurisprudence de la Cour de justice.

B. Licenciement collectif

La directive 98/59/CE tend à rapprocher les législations des Etats membres en matière de licenciement collectif. Elle permet aux Etats membres d'alléger la procédure lorsque le projet de

²³⁴ LORANDI, p. 47, ndbp n° 89 ; MÜLLER, p. 234. Sur la problématique de la modification du plan social en général, cf. WILDHABER, *Arbeitsrecht*, pp. 359 ss ; WILDHABER, *Sozialplanpflicht*, p. 431 et p. 435.

²³⁵ *Contra* IANNI, p. 195.

²³⁶ Cf. WILDHABER, *Sozialplanpflicht*, p. 432, qui considère qu'il est prudent de prévoir une réserve en prévision de changements importants.

²³⁷ FF 2010 5871, p. 5912.

²³⁸ Cf. Art. 211a LP.

²³⁹ WYLER/HEINZER, p. 440.

²⁴⁰ Art. 5 § 1 et 2 Directive 2001/23/CE.

²⁴¹ CJ 7 février 1985, ABELS, aff. C-135/83, Rec. 1985 p. 469 ; CJ 12 mars 1998, DETHIER, aff. C-319/94, Rec. 1998 ; CJ 12 novembre 1998, EUROPIECES, aff. C-399/96, Rec. 1998 ; cf. ég. KARAGJOZI, p. 51.

licenciement est prévu dans le cadre de la cessation des activités de l'entreprise²⁴². La Cour de justice précise à cet égard que l'allègement ne peut être retenu à l'encontre d'un licenciement prononcé « le jour même de l'introduction de la demande en déclaration de faillite ou de la cessation des activités de l'établissement, dès lors que la juridiction compétente a rendu ultérieurement [...] le jugement déclaratif de faillite demandé »²⁴³.

L'art 335e al. 2 respecte l'esprit de la jurisprudence de la Cour de justice, puisque l'exception qu'elle prévoit s'applique qu'à compter de la cessation d'activité de l'établissement intervenue sur ordre du juge, du jugement de faillite ou de l'homologation du concordat par abandon d'actifs.

C. Plan social ?

Le droit communautaire n'oblige aucunement les Etats membres à mettre en place un plan social en cas de licenciement des travailleurs.

D. Allemagne

1. Transfert d'entreprise

La protection du travailleur en cas de transfert d'entreprise est régie au § 613a BGB. Aucune exception au transfert automatique n'est prévue²⁴⁴.

2. Plan social

L'Allemagne connaît un système de plan social comparable à celui nouvellement institué en Suisse²⁴⁵. La grande différence réside dans l'absence d'une exception en cas d'insolvabilité de l'entreprise²⁴⁶, cependant ce constat doit être fortement relativisé compte tenu du critère de « *Nicht-Gefährdung des Fortbestands des Unternehmens* »²⁴⁷, qui aboutit *de facto* à une non-application du plan social en cas d'insolvabilité avérée de l'entreprise. L'office de conciliation détermine le contenu du plan social lorsque les propositions des parties ne sont pas conciliables (§ 112 abs. 4 BetrVG).

E. France

1. Transfert d'entreprise

L'art. L1224-1 du Code du travail prévoit que tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise²⁴⁸. A noter que le changement d'employeur ne constitue pas en soi une modification du contrat de travail, dès lors le refus du salarié de passer au service du nouvel employeur alors que son contrat n'est pas modifié, caractérise de sa part une volonté claire et non équivoque de démissionner²⁴⁹.

L'art. L1224-2 1° écarte la solidarité²⁵⁰ en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. Le droit français applique dès lors une exception à la solidarité en cas de procédure visant à la survie de l'entreprise (procédure de sauvegarde et redressement judiciaire). La procédure de consultation est maintenue, les délais sont cependant réduits²⁵¹. Lorsque la fermeture

²⁴² Cf. art. 3 § 1 al. 2 et 4 § 4 Directive 98/59/CE.

²⁴³ CJ 17 décembre 1998, DANSK METALARBEJDERFORBUND/GARANTIFOND, aff. C-250/97, Rec. 1998, p. I-8737.

²⁴⁴ Critique PAULUS, p. 95 n° 240.

²⁴⁵ § 112 BetrVG ; FISCHER/TROST, p. 11 n° 19.

²⁴⁶ FISCHER/TROST, p. 11 n° 19.

²⁴⁷ § 112 Abs. 5 z. 3 BetrVG.

²⁴⁸ Cf. nt. Cour de cassation civile, Chambre sociale, 27 mai 2009, 08-42.555.

²⁴⁹ Cour de cassation civile, Chambre sociale, 4 juillet 1995, 91-40.379.

²⁵⁰ Art. L1224-2 1° : « Le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombent à l'ancien employeur à la date de la modification ».

²⁵¹ Cf. L1233-58 II.

de l'entreprise est envisagée, la loi instaure certaines incombances à l'employeur destinées à faciliter la recherche d'un repreneur (art. L1233-57-14).

2. Plan social

Dans le cadre des dispositions relatives aux licenciements économiques (art. L1233-1 ss), le droit français a aménagé une série de mesures destinées à diminuer les effets de tels licenciements, ces mesures constituent le plan de sauvegarde de l'emploi (art. L1233-61). En particulier, le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie (art. L1233-4). Par ailleurs, le salarié licencié pour motif économique bénéficie d'une priorité de réembauche durant un délai d'un an à compter de la date de rupture de son contrat s'il en fait la demande au cours de ce même délai. Dans ce cas, l'employeur informe le salarié de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification (art. L1233-45). L'art. L1233-62 donne une liste exemplative des mesures que peut contenir le plan de sauvegarde. Ce plan est obligatoire pour les sociétés employant au moins 50 salariés lorsque l'employeur envisage de procéder à 10 licenciements dans une période de 30 jours²⁵².

Dans la pure tradition française, la loi définit le contenu du plan de sauvegarde.

F. Belgique

1. Transfert d'entreprise

Le législateur belge a laissé le soin aux partenaires sociaux de convenir d'une convention collective de travail mettant en œuvre les directives européennes successives. La CCT n° 32 rendue obligatoire par l'arrêté royal du 19 avril 1978²⁵³ a été modifiée pour tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice, notamment à la suite de la jurisprudence ABELS²⁵⁴. La CCT a été complétée par deux lois : la Loi sur la continuité des entreprises et la Loi sur la fermeture des entreprises²⁵⁵. L'art. 12 de la CCT n° 32bis, en lien avec l'art. 61 § 3 LCE, prévoit que le cessionnaire est libre de sélectionner les travailleurs qu'il reprend en cas de cession des activités du débiteur. S'agissant de la solidarité, cette dernière est également écartée, pour autant que les créances salariales soient couvertes par le Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés au sens de l'art 35 § 1 LFE.

2. Plan social

Compte tenu de la mise en place du Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés, le droit belge n'impose pas aux parties d'obligation de négocier un plan social. Les différentes indemnités, que sont l'indemnité de rupture, l'indemnité de fermeture et l'indemnité de transition ne sont pas cumulables.

VI. Conclusion

Nous pensons que nous pourrions dégager une systématique claire des exceptions à la protection des travailleurs. Force est de constater que le législateur ne s'est pas tenu à une formulation identique pour les exceptions relatives au transfert automatique, à la procédure de consultation en matière de licenciement collectif et à l'obligation de négocier un plan social. L'approche différenciée selon le but de la procédure d'insolvabilité menée (survie ou liquidation de l'entreprise) n'est

²⁵² L. 1235-10 et L. 1235-12 du Code du travail

²⁵³ M.B. 25 août 1978, p. 9470.

²⁵⁴ CJ 7 février 1985, ABELS, aff. C-135/83, Rec. 1985 p. 469. Cf. CCT n° 32bis du 7 juin 1985.

²⁵⁵ M.B. du 24 août 2006.

également pas retenue de manière systématique. L'incertitude liée au sursis concordataire est particulièrement regrettable. A notre sens le législateur aurait dû s'en tenir à l'objectif d'assurer un véritable assainissement, c'est-à-dire faire abstraction, s'agissant du sursis concordataire, de tout résultat en considérant que l'organe de l'exécution forcée est à même d'identifier et de prévenir les risques d'abus.

Quant à l'exception relative à l'absence de mise en danger de l'existence de l'entreprise, cette dernière devrait à l'avenir faire couler beaucoup d'encre tant ce concept est sujet à interprétation. A notre sens, la sécurité du droit aurait commandé de s'en tenir à un critère formel, celui de l'ouverture d'une procédure d'assainissement judiciaire. Cela aurait également eu pour effet de renforcer l'incitatif à l'égard de ces procédures jusque-là trop peu utilisées et ainsi contribuer à atteindre le véritable but de cette révision du droit de l'assainissement.