

**Valérie Défago | Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon
Christian Bruchez | Karine Lempen (éd.)**

Julien Billarant | Christian Bruchez | Nicolas Brügger | Damian F. Cathomas
Maeva Ciarleglio | Neïda de Jesus | Jean-Philippe Dunand | Julian Egli
Ness Gomez Rodriguez | Patrick L. Krauskopf | Karine Lempen | Mercedes Novier
Kurt Pärli | Jean Christophe Schwaab | Isabelle Wildhaber | Rémy Wyler | Malika Zürcher

Le droit collectif du travail

Le droit collectif du travail

Edité par

Valérie Défago, Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon,
Christian Bruchez et Karine Lempen

CERT, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn

www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

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

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-5014-6

© 2025 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CERT, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

www.droitne.ch

Avant-propos

Le droit collectif du travail constitue l'un des piliers du droit du travail. Il comprend notamment la prévention des conflits collectifs, la liberté syndicale, le droit de grève, les conventions collectives de travail et les droits de participation du personnel. Les partenaires sociaux sont ainsi habilités à négocier des accords avec un effet normatif.

C'est pour présenter les normes applicables, leurs enjeux et tenter de répondre aux principales questions posées en pratique que nous avons organisé à l'Université de Neuchâtel, le 20 juin 2025, sous l'égide du Centre d'étude des relations de travail (CERT), un colloque dédié à ces thématiques.

Cet ouvrage est composé de quatorze articles rédigés par des contributrices et contributeurs actives et actifs dans le barreau, l'enseignement et/ou la recherche.

Nos vifs remerciements vont en premier lieu aux auteures et auteurs qui ont rédigé des contributions de qualité malgré leur emploi du temps chargé. Ils s'adressent aussi à toute l'équipe du secrétariat externe de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel et à Alexandra Luisoni (étudiante-assistante à l'Université de Neuchâtel), pour leur collaboration diligente et appréciée à la confection de l'ouvrage.

La direction du CERT est heureuse de la parution de ce livre qui constitue le vingtième de la collection du CERT ! Un autre événement marquant est à signaler, celui du passage de cette collection de la maison d'édition Schulthess à l'éditeur Helbing Lichtenhahn. La direction du CERT tient à remercier chaleureusement Madame Joanna David, cheffe de projet auprès de Schulthess éditions romandes, pour sa collaboration efficace et très appréciée durant de nombreuses années. Elle est aussi reconnaissante envers Monsieur Jérôme Voumard, directeur éditorial auprès des éditions Helbing Lichtenhahn, pour son accueil enthousiaste !

Neuchâtel, avril 2025

Prof. Valérie Défago

co-directrice du CERT

Prof. Jean-Philippe Dunand

co-directeur du CERT

Me Christian Bruchez

avocat, spécialiste FSA en droit du travail

Prof. Karine Lempen

co-directrice du Pôle Berenstein UNIGE

Table des matières

Avant-propos	V
---------------------------	---

Table des abréviations	VII
-------------------------------------	-----

Table des matières	XXIII
---------------------------------	-------

Première partie :

Introduction

Droit collectif du travail et liberté syndicale en Suisse (origine et évolution)	1
---	---

Jean-Philippe Dunand

Avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel

Deuxième partie :

Prévention des conflits collectifs, droit de grève

La prévention et la gestion des conflits collectifs	43
--	----

Rémy Wylér

Professeur à l'Université de Lausanne, avocat, spécialiste FSA droit du travail,
médiateur FSA

Rôle et efficacité des offices de conciliation dans les conflits collectifs de travail : approche juridique et étude des pratiques en Suisse romande	83
---	----

Maeva Ciarleglio

Assistante-étudiante à l'Université de Neuchâtel

Le droit de grève dans la fonction publique cantonale romande : un tour d'horizon	115
--	-----

Mercedes Novier

Avocate, spécialiste FSA en droit du travail, docteure en droit, Pully

Troisième partie :

Les conventions collectives de travail : champ d'application et contenu

Le champ d'application des conventions collectives de travail	157
--	-----

Julien Billarant

Avocat, docteur en droit, Lausanne

Les salaires minimaux : évolutions en droit suisse 177

Karine Lempen

Professeure à l'Université de Genève

Ness Gomez Rodriguez

Auxiliaire de recherche et d'enseignement à l'Université de Genève

La durabilité environnementale au sein des CCT..... 215

Neïda de Jesus

Assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel

Quatrième partie :

Le contrôle des conditions de travail

Le contrôle des conditions de travail par les partenaires sociaux..... 241

Christian Bruchez

Avocat, spécialiste FSA en droit du travail, Genève

La délégation des activités des organes paritaires..... 267

Nicolas Brügger

Avocat, Tavannes

Cinquième partie :

Les droits de participation du personnel

Procédure en matière de licenciement collectif..... 293

Christian Bruchez

Avocat, spécialiste FSA en droit du travail, Genève

Les décisions collectives de la Loi sur le travail..... 331

Jean Christophe Schwaab

Docteur en droit, Riex VD

La participation des personnes employées dans le contexte de l'IA.... 359

Isabelle Wildhaber

Avocate, professeure à l'Université de Saint-Gall

Damian F. Cathomas

Assistant-étudiant à l'Université de Saint-Gall

Le travail de plateforme et le droit collectif du travail

au niveau de l'Union européenne..... 385

Kurt Pärli

Professeur à l'Université de Bâle

Malika Zürcher

Etudiante-collaboratrice à l'Université de Bâle

Le droit des cartels et les relations collectives de travail..... 415

Patrick L. Krauskopf

Avocat, professeur à la HES de la Suisse orientale OST, Zurich

Jean Christophe Schwaab

Docteur en droit, Riex VD

Julian Egli

Juriste, Zurich

Cinquième partie :
Les droits de participation du personnel

Procédure en matière de licenciement collectif¹

CHRISTIAN BRUCHEZ

I. Introduction	296
A. Licenciements collectifs et procédure	296
B. Réglementation légale des licenciements collectifs	297
C. Liens entre les art. 335d à 335k CO et d'autres réglementations	298
1. Conventions collectives de travail	298
2. Loi sur la participation	299
II. Champ d'application et coordination des dispositions sur les licenciements collectifs	301
A. Problématique	301
B. Champ d'application	301
1. Obligation de consulter les travailleurs (art. 335d à 335g CO)	301
2. Obligation de conclure un plan social (art. 335h à 335k CO)	303
3. L'entité de référence : l'établissement	303
4. Questions particulières	304
a) L'étalement des congés dans le temps	304
b) Les congés-modifications	305
c) La situation en cas de plan social cadre « préventif »	306
C. Coordination des procédures	306
III. La procédure ordinaire de licenciement collectif	308
A. La consultation des travailleurs (art. 335f CO)	308
1. Principes	308
2. Moment de la consultation	309

¹ Nouvelle publication actualisée de la contribution parue *in* : Les procédures en droit du travail, Bohnet/Dunand/Mahon (édit.), Genève/Zurich/Bâle 2020, pp. 147 ss. L'auteur remercie Me Sarah Praplan pour sa contribution.

3. Renseignements à fournir (al. 3).....	310
a) En général.....	310
b) Obligation de communication	310
c) Obligation de renseignement	310
d) Garantie de la confidentialité.....	311
4. Durée de la consultation	311
B. L'intervention de l'office cantonal du travail (art. 335f al. 4 et art. 335g al. 1 à 3 CO).....	312
C. L'échéance des rapports de travail (art. 335g al. 4 CO).....	313
IV. La procédure de licenciement collectif avec obligation de conclure un plan social	314
A. Le plan social (art. 335h CO).....	314
1. Notion et effets juridiques du plan social.....	314
2. Le contenu du plan social	316
a) Le principe : liberté des partenaires de négociation ou du tribunal arbitral.....	316
b) Limite liée à la mise en danger de l'entreprise (art. 335h al. 2 CO)	317
c) Limites liées au droit impératif et aux droits et principes constitutionnels	318
B. Le plan social négocié (art. 335i al. 3 et 4 CO).....	319
1. Partenaires de négociation de l'employeur (al. 3).....	319
2. Le recours à des experts (al. 4)	320
3. Accord sur un plan social ou échec de la négociation.....	321
C. Le plan social établi par sentence arbitrale (art. 335j CO)	322
1. Cas particulier d'arbitrage obligatoire d'un conflit d'intérêts.....	322
2. Instance compétente.....	323
3. Déroulement de la procédure devant l'instance compétente.....	324
4. Effets juridiques de la sentence arbitrale (al. 2).....	325

Procédure en matière de licenciement collectif

V. Voies de droit.....	326
A. Contestations relatives à la procédure de consultation et/ou de négociation du plan social.....	326
B. Contestations relatives au plan social.....	327
C. Sanctions pénales	328
Bibliographie	329

I. Introduction

A. Licenciements collectifs et procédure

1. Les licenciements, fondés sur des motifs économiques ou personnels, font partie du fonctionnement d'un marché du travail libéral. Les licenciements collectifs, qui ont souvent un impact important et des effets systémiques sur un secteur économique ou une région, ont depuis longtemps suscité l'adoption de réglementations spécifiques, conventionnelles puis législatives, destinées à protéger les intérêts économiques et personnels des travailleurs concernés et à éviter des coûts sociaux pour les collectivités publiques.
2. Le 17 février 1975, le Conseil des communautés européennes a adopté la directive 75/129/CEE concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs. Cette directive prévoit, en cas de licenciement collectif, l'obligation d'organiser préalablement une procédure de consultation des représentants des travailleurs en vue d'aboutir à un accord sur les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements ainsi que d'en atténuer les conséquences ; elle prévoit également une obligation de notifier le projet de licenciement collectif à l'autorité publique, celle-ci devant chercher des solutions aux problèmes posés par les licenciements collectifs envisagés. Cette directive, qui a été modifiée et complétée par la directive 92/56/CEE du 10 juillet 1992, puis par la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 constitue le socle européen commun de la réglementation en matière de licenciements collectifs, sur lequel se fonde également le droit suisse actuel.
3. La procédure doit permettre la réalisation du droit de fond. En matière de licenciements collectifs, la procédure est complexe : elle implique de nombreux acteurs (employeur, travailleurs, représentants du personnel, syndicats, autorités administratives, tribunaux, instances de conciliation et d'arbitrage, assurances sociales) et relève tant du droit privé que du droit administratif, ainsi que du droit collectif du travail. Avec ses subtilités juridiques, elle peut enfin être ponctuée d'un recours aux moyens de combat, dont la conformité au droit pourra faire l'objet de débats juridiques sans fin. Ces procédures n'atteindront toutefois leurs buts que si elles ne se résument pas au simple respect de formes – considérées comme des chicanes par les employeurs et comme de simples alibis par les travailleurs – mais qu'elles permettent réellement de trouver des solutions équitables pour éviter et limiter les licenciements envisagés et en atténuer les conséquences (art. 335f al. 2 et 335h al. 1 CO), tout en permettant aux entreprises d'effectuer les restructurations nécessaires.

B. Réglementation légale des licenciements collectifs

4. La réglementation légale actuelle des licenciements collectifs a été introduite en plusieurs étapes successives :
- En 1989, la Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE)², a été adoptée³. Cette loi, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1991⁴, institue notamment un service public de l'emploi, confié aux offices cantonaux du travail, chargé d'enregistrer les demandeurs d'emploi qui se présentent et les places vacantes annoncées et qui doit s'efforcer de pourvoir ces places vacantes et de placer la main d'œuvre de manière appropriée (art. 24 LSE). Dans ces buts, l'art. 29 LSE, précisé par l'art. 53 al. 1 de l'Ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services (OSE)⁵, oblige les employeurs à annoncer, à l'office du travail compétent, tout licenciement ainsi que toute fermeture d'entreprise touchant au moins dix travailleurs (al. 1). L'art. 53 al. 2 OSE permet aux cantons, lorsque la dimension et les structures du marché du travail le requièrent, d'abaisser ce seuil à six travailleurs ; en Suisse romande, les cantons de Fribourg⁶, de Genève⁷, du Jura⁸, de Neuchâtel⁹ et du Valais¹⁰ ont fait usage de cette possibilité.
 - En 1993, après le rejet en votation populaire de l'adhésion à l'Espace économique européen, le législateur a repris, de manière autonome (dans le programme appelé « Swisslex »¹¹), certaines lois qui avaient été élaborées en vue de rendre le droit suisse eurocompatible (dans le programme appelé « Eurolex »¹²). C'est à cette occasion qu'ont été adoptés les art. 335d à

² RS 823.11.

³ Message concernant la révision de la Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 27 novembre 1995, FF 1995 III 524-633.

⁴ Sur la réglementation antérieure, voir AUBERT, La nouvelle réglementation, p. 90.

⁵ RS 823.111.

⁶ Art. 29 al. 1 de la Loi sur l'emploi et le marché du travail du 6 octobre 2010 (LEMT/FR ; RS/FR 866.1.1).

⁷ Art. 23 al. 1 de la Loi sur le service de l'emploi et la location de services du 18 septembre 1992 (LSELS/GE ; RS/GE J 2 05).

⁸ Art. 16 de la Loi portant introduction de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services et de la loi sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 6 décembre 2000 (RS/JU 837.0).

⁹ Art. 5 al. 1 du Règlement d'exécution de la législation en matière de licenciements collectifs, de licenciements importants, de placement privé et de location de services du 3 mai 2017 (RELILOC/NE ; RS/NE 813.110).

¹⁰ Art. 43 al. 1 de la Loi sur l'emploi et les mesures en faveur des chômeurs du 13 décembre 2012 (LEMC/VS ; RS/VS 837.1).

¹¹ Message sur le programme consécutif au rejet de l'accord EEE du 24 février 1993, FF 1993 I 757-942 ; étant donné que le droit suisse a été adopté aux fins de le rapprocher de la réglementation européenne, il convient de l'interpréter à la lumière du droit européen : ATF 137 III 27, consid. 2, JdT 2011 II 210, SJ 2011 I 151 ; ATF 136 III 552, consid. 3.3 ; ATF 132 III 406, consid. 2.4, SJ 2007 I 129.

¹² Message sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE (Message complémentaire I au message relatif à l'accord EEE) du 17 mai 1992, FF 1992 V 1-340.

335g CO sur les licenciements collectifs, ainsi que la Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs (Loi sur la participation)¹³, entrés en vigueur le 1^{er} mai 1994¹⁴. Selon les art. 335d à 335g CO, qui reprennent la directive 75/129/CEE¹⁵, lorsqu'un licenciement collectif est envisagé, l'employeur doit préalablement informer les travailleurs et leur permettre de formuler des propositions sur les moyens d'éviter les congés, d'en limiter le nombre et d'en atténuer les conséquences (art. 335f CO) et il doit également notifier son projet à l'Office cantonal du travail en l'informant des résultats de la consultation des travailleurs (art. 335g CO). La notion de licenciement collectif déclenchant l'application de ces règles, définie à l'art. 335d CO, est plus restrictive que celle prévue aux art. 29 LSE et 53 OSE ; elle vise des licenciements collectifs plus importants¹⁶.

- En 2013 enfin, dans le cadre du nouveau droit de l'assainissement des entreprises¹⁷, le législateur a adopté les art. 335h à 335k CO, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2014¹⁸, qui imposent la conclusion d'un plan social en cas de licenciements collectifs touchant au moins 30 travailleurs dans des entreprises occupant au moins 250 travailleurs. Dans ces cas, lorsque les partenaires sociaux ne parviennent pas à un accord sur le contenu de ce plan social, un tribunal arbitral doit être chargé d'établir celui-ci.

C. Liens entre les art. 335d à 335k CO et d'autres réglementations

1. Conventions collectives de travail

5. Avant l'entrée en vigueur en 1994 des art. 335d à 335g CO, plusieurs conventions collectives contenaient des règles en matière de licenciements collectifs. De telles règles conventionnelles sont aujourd'hui encore fréquentes. Comme les art. 335d ss CO, à l'exception de l'art. 335k CO, sont des règles relativement impératives (art. 362 CO, art. 2 et 10 let. c de la Loi sur la participation), les conventions collectives peuvent prévoir en la matière des règles plus détaillées et/ou plus favorables aux travailleurs, notamment une définition plus large du licenciement collectif¹⁹, une obligation de conclure un plan social dans tous les

¹³ RS 822.14, voir ci-après I.C.2.

¹⁴ Sur l'historique de cette révision, voir AUBERT, La nouvelle réglementation, pp. 87 ss.

¹⁵ Pour une comparaison des droits suisse et européen, voir CARRUZZO, Licenciements collectifs. Voir ci-après II.B.1.

¹⁶ Message, FF 2010 5871-5936.

¹⁷ Message, FF 2010 5871-5936.

¹⁸ Sur l'historique de cette révision, voir SCHWAAB, pp. 3 s.

¹⁹ Ex. art. 43 al. 1 et 2 CCT de l'industrie des machines, des équipements électriques et des métaux 2023-2028 ; art. 6.2 et 6.3 al. 1 ; CCT des industries horlogère et microtechnique suisses 2024 ; art. 10 ch. 3 CCT de la presse romande 2014.

cas de licenciements collectifs²⁰, un droit exprès de faire appel aux syndicats²¹, etc. Les conventions collectives ne peuvent en revanche pas modifier les règles relatives aux attributions de l'Office cantonal du travail prévues à l'art. 335g CO et aux obligations des employeurs à l'égard de cet office, qui relèvent du droit public²².

2. Loi sur la participation

6. La Loi sur la participation, entrée en vigueur en 1994, simultanément aux art. 335d à 335g CO, dans le cadre du programme « Swisslex », garantit des droits de participation minimaux des travailleurs en lien avec les conditions de travail²³. Les conventions collectives de travail, qui contenaient déjà souvent des dispositions en la matière, peuvent prévoir une réglementation plus développée (art. 2 de la Loi sur la participation)²⁴.
7. Dans les entreprises occupant au moins cinquante travailleurs, la loi garantit un droit à élire des représentants pour exercer les droits de participation à l'égard de l'employeur (art. 3 et 5 à 8 de la Loi sur la participation). L'employeur doit soutenir la représentation des travailleurs dans l'exercice de ses activités. Il doit mettre à sa disposition les locaux, les moyens matériels et les services nécessaires (art. 11 al. 2 de la Loi sur la participation). Les représentants peuvent exercer leur mandat durant les heures de travail, à condition que ce mandat l'exige et que leurs activités professionnelles le permettent (art. 13 de la Loi sur la participation). Dans les entreprises ne disposant pas d'une telle représentation, les droits de participation sont exercés directement par les travailleurs (art. 4 de la Loi sur la participation).
8. Les art. 335d à 335g CO constituent une réglementation spéciale en matière de participation des travailleurs dans l'entreprise (art. 10 let. c de la Loi sur la participation). Même s'ils ne figurent pas dans la liste de l'art. 10 de la Loi sur la participation, il en va de même des art. 335h à 335k CO, qui imposent la conclusion d'un plan social lors de licenciements collectifs importants dans de

²⁰ Ex. art. 45, en lien avec les art. 10.2 al. 2 et 10.4 CCT de l'industrie des machines, des équipements électriques et des métaux 2023-2028 ; art. 6.3 CCT des industries horlogère et microtechnique suisses 2024 ; art. 28 de la Convention complémentaire sur la participation dans le secteur principal de la construction 2023-2025.

²¹ Art. 10.2 al. 2 et 46 al. 2 CCT de l'industrie des machines, des équipements électriques et des métaux 2023-2028.

²² CS CIT-BRUCHEZ/DONATIELLO/SCHWAAB, art. 335d N 8 et 10.

²³ Des projets antérieurs de législation sur la participation avaient existé, mais n'avaient pas abouti, voir BOIS, Participation ; ILG, pp. 26 s. ; voir également : FRITZ/SCHULER, pp. 15 s. ; DCdT-GABATHULER, chap. E, N 1 à 5.

²⁴ DCdT-GABATHULER, chap. E, N 10 ; voir, p. ex. : art. 38.1 à 38.14 et 39 CCT de l'industrie des machines, des équipements électriques et des métaux 2023-2028 ; Convention complémentaire sur la participation dans le secteur principal de la construction 2023-2025.

grandes entreprises. L'ensemble de ces articles doit donc être appliqué en lien avec les dispositions de la Loi sur la participation et, le cas échéant, avec les règles spécifiques des conventions collectives en la matière.

9. En dehors peut-être des branches où elle est complétée par des règles conventionnelles (souvent préexistantes), la portée de la Loi sur la participation a été faible jusqu'à ce jour²⁵. Depuis son entrée en vigueur en 1994, la Loi sur la participation elle-même n'a donné lieu qu'à deux arrêts du Tribunal fédéral, de portée mineure, traitant de questions spécifiques à cette loi, rendus tous deux en lien avec des procédures de licenciement collectif : dans la première affaire, le Tribunal fédéral a jugé que le directeur général d'une société jouissait également d'un droit d'information et de participation à l'égard de son employeur²⁶ ; dans la seconde affaire, qui portait sur le droit des travailleurs à ce qu'un vote soit organisé sur l'élection d'une représentation du personnel, le Tribunal fédéral a jugé que l'action en constatation de droit d'une association de travailleurs n'avait plus d'objet, car au moment où le jugement de première instance avait été rendu, une telle représentation avait été élue²⁷. Quelques autres arrêts du Tribunal fédéral, relatifs à la procédure de consultation en matière de licenciement collectif, font référence à la Loi sur la participation, en lien avec l'action en constatation des syndicats prévue à l'art. 15 al. 2 de cette loi²⁸ et en lien avec la portée de l'obligation de consultation prévue à l'art. 335f CO²⁹, mais sans réellement traiter des questions spécifiques à cette loi³⁰. Il n'existe en revanche aucune jurisprudence du Tribunal fédéral sur les modalités de l'organisation de l'élection, sur la taille et la composition de la représentation des travailleurs, sur la collaboration entre celle-ci et l'employeur, sur les moyens à mettre à sa disposition, notamment sur la prise en charge de frais juridiques ou d'expertises, sur les modalités de communication entre celle-ci et les travailleurs, etc.³¹. Etant donné que les art. 335h à 335k CO confèrent à la représentation des travailleurs la compétence de négocier et conclure un plan social et, en cas d'échec des négociations, de défendre les intérêts des travailleurs dans une procédure d'arbitrage, l'application de la Loi sur la participation et la jurisprudence y relative pourraient être appelées à se développer.

²⁵ WITZIG, N 633, s'amuse à juste titre de l'optimisme de l'auteur de la présente contribution qui parlait d'« une certaine démocratie d'entreprise » à propos de la Loi sur la participation.

²⁶ TF 4A_173/2011 du 31 mai 2011, consid. 4.2.

²⁷ TF 4A_145/2013 du 4 septembre 2013.

²⁸ ATF 130 III 102, consid. 1.1 ; 123 III 176, consid. 1, JdT 1998 I 14 (trad.) ; TF 4A_449/2010 du 2 décembre 2010, consid. 2.

²⁹ ATF 137 III 162, consid. 1.1, JdT 2012 II 202 (trad.) ; ATF 130 III 102, consid. 4.3 ; 123 III 176, consid. 4b, JdT 1998 I 14 (trad.) ; TF 4A_449/2010 du 2 décembre 2010, consid. 5.2.

³⁰ Voir également ATF 139 II 49, consid. 6.1 et 6.2 sur la consultation d'une représentation du personnel au sujet d'une dérogation à la Loi sur le travail (art. 28 LTr).

³¹ Le commentaire de la Loi sur la participation de FRITZ/SCHULER, publié en 2012, ne fait référence à aucune jurisprudence, ni fédérale, ni cantonale, en lien avec ces questions.

II. Champ d'application et coordination des dispositions sur les licenciements collectifs

A. Problématique

10. Le droit suisse du contrat de travail se caractérise par son application à tous les travailleurs, quel que soit leur profession ou leur statut, et à toutes les entreprises, quelle que soit leur activité ou leur taille. De par leur objet, les dispositions sur les licenciements collectifs ne s'appliquent qu'à certaines entreprises et aux licenciements touchant un certain nombre de travailleurs. Il existe ainsi en la matière de délicates questions relatives au champ d'application.
11. Depuis l'entrée en vigueur des art. 335h à 335k CO sur l'obligation de conclure un plan social, dont le champ d'application est différent de celui des art. 335d à 335g CO, des questions de coordination entre ces règles se posent dans les cas où le licenciement collectif envisagé entre dans le champ d'application des deux réglementations.

B. Champ d'application

1. Obligation de consulter les travailleurs (art. 335d à 335g CO)

12. L'obligation de consulter les travailleurs, prévue à l'art. 335f CO, suppose qu'un licenciement collectif au sens de l'art. 335d CO soit envisagé. L'art. 335d CO définit le licenciement collectif selon une méthode relative tenant compte de la taille de l'établissement. Il y a ainsi licenciement collectif si le nombre de congés donnés par l'employeur dans un délai de 30 jours pour des motifs non inhérents à la personne du travailleur est au moins :
 - égal à 10 dans les établissements employant habituellement plus de 20 et moins de 100 travailleurs ;
 - de 10 % du nombre de travailleurs dans les établissements employant habituellement au moins 100 et moins de 300 travailleurs ;
 - égal à 30 dans les établissements employant habituellement au moins 300 travailleurs.

13. Dans les établissements occupant 20 travailleurs ou moins, dont l'art. 335d CO ne parle pas, il a été jugé que les art. 335d à 335g CO n'étaient pas applicables³². Une convention collective peut toutefois prévoir que les règles en matière de licenciement collectif s'appliquent également dans ces établissements³³.
14. Pour appliquer l'art. 335d CO, il faut prendre en considération le nombre de travailleurs habituellement occupés dans l'établissement, quel que soit leur taux d'occupation, et non pas le nombre de postes de travail en équivalent plein temps. La moyenne du nombre de travailleurs sous contrat dans un établissement au cours des douze derniers mois permet de déterminer de manière adéquate le nombre de travailleurs qui y sont habituellement employés³⁴.
15. Pour déterminer le nombre de licenciements, il faut prendre en considération ceux que l'employeur envisage initialement ; pour que le but de la réglementation ne soit pas contourné, ce nombre doit correspondre au nombre maximal des licenciements envisagés. Si l'employeur renonce à certains licenciements envisagés au départ et que le nombre de ceux-ci passe finalement en dessous des seuils de l'art. 335d CO, les dispositions sur les licenciements collectifs restent applicables³⁵. Les licenciements intervenant pour des motifs inhérents à la personne du travailleur, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas dictés par des motifs économiques, ne sont pas pris en compte ; en pratique, il y a lieu de présumer qu'un licenciement est donné pour des motifs non inhérents à la personne du travailleur chaque fois que le travailleur licencié n'est pas remplacé à son poste ou qu'il est remplacé par un travailleur engagé à des conditions plus défavorables³⁶.
16. L'art. 335d CO est relativement impératif, de sorte qu'il est possible de prévoir une définition plus large du licenciement collectif, notamment dans une convention collective de travail³⁷.
17. Selon l'art. 335e al. 2 CO, dont la teneur a été révisée dans le cadre du nouveau droit de l'assainissement, les dispositions relatives au licenciement collectif ne s'appliquent pas en cas de cessation de l'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. Dans la procédure concordataire, qui a pour but de permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, les dispositions sur le licenciement collectif sont en revanche applicables, aussi bien pendant la période

³² ATF 137 III 27, consid. 3.2, JdT 2011 II 210, SJ 2011 I 151.

³³ Voir ci-dessus I.C.1.

³⁴ CS CIT-BRUCHEZ/DONATIELLO/SCHWAAB, art. 335d N 14 ; SCHWAAB, p. 22 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, 335d N 7 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 730.

³⁵ CS CIT-BRUCHEZ/DONATIELLO/SCHWAAB, art. 335d N 15 ; CARRUZZO, Licenciements collectifs, p. 729 ; WITZIG, N 628 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 730.

³⁶ CS CIT-BRUCHEZ/DONATIELLO/SCHWAAB, art. 335d N 19.

³⁷ CS CIT-BRUCHEZ/DONATIELLO/SCHWAAB, art. 335d N 9 ; voir ci-dessus, I.C.1.

de sursis provisoire (art. 293a ss LP) que pendant la période consécutive à l'octroi du sursis définitif (art. 294 ss LP)³⁸ ; il en va de même en cas d'ajournement de faillite (art. 725a CO)³⁹.

2. Obligation de conclure un plan social (art. 335h à 335k CO)

18. L'obligation de conclure un plan social au sens des art. 335h à 335k CO suppose, selon l'art. 335i al. 1 CO, que l'employeur emploie habituellement au moins 250 travailleurs et qu'il envisage de résilier le contrat d'au moins 30 travailleurs pour des motifs de gestion non inhérents à leur personne.
19. Pour le calcul du nombre de travailleurs habituellement employés et du nombre de licenciements envisagés au sens de l'art. 335i al. 1 CO, il y a lieu de se référer aux mêmes principes que pour l'application de l'art. 335d CO⁴⁰.
20. L'art. 335i CO est relativement impératif (art. 362 CO), de sorte qu'il est possible de prévoir, notamment dans une convention collective, une obligation de négocier et conclure un plan social à des conditions moins restrictives⁴¹.
21. Selon l'art. 335k CO, qui est absolument impératif (art. 361 CO), les dispositions relatives au plan social (art. 335h à 335j CO) 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. Cette exclusion doit être interprétée restrictivement ; elle n'est en particulier pas applicable lorsqu'un licenciement collectif intervient lors d'un sursis provisoire (art. 293a ss LP)⁴².

3. L'entité de référence : l'établissement

22. Selon l'art. 335d CO, l'entité susceptible d'être concernée par un licenciement collectif est l'établissement (*Betrieb*). Celui-ci se définit comme une structure organisée, dotée en personnel et en moyens matériels qui permettent d'accomplir les objectifs de travail. 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'entreprise⁴³.

³⁸ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 335e N 3.

³⁹ WITZIG, N 632.

⁴⁰ Voir ci-dessus II.B.1.

⁴¹ Voir ci-dessus I.C.1.

⁴² BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 335k N 1.

⁴³ ATF 137 III 27, consid. 3.2, JdT 2011 II 210, SJ 2011 I 151.

23. Dans l'ATF 149 III 98, le Tribunal fédéral a défini la notion d'établissement au sens de l'art. 335d CO. Il a jugé que des entreprises d'un même employeur qui sont proches géographiquement constituent chacune un établissement ; en particulier, il a estimé que chaque office de poste est un établissement au sens de l'art. 335d CO⁴⁴. Par ailleurs, dans l'ATF 137 III 27, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était pas possible de prendre un groupe de sociétés comme base sur laquelle seront comptés le nombre et la proportion de licenciements, chaque entité juridique devant être considérée pour elle-même (consid. 3.3)⁴⁵.
24. Même si le texte de l'art. 335i al. 1 CO, contrairement au texte de l'art. 335d CO, fait référence à l'employeur et non pas à l'établissement, il faut considérer, au vu des travaux parlementaires⁴⁶, que l'établissement est également la base de calcul pour les seuils fixés à cet article, qui sont déterminants pour l'obligation de conclure un plan social⁴⁷.

4. Questions particulières

a) L'étalement des congés dans le temps

25. Pour admettre l'existence d'un licenciement collectif au sens de l'art. 335d CO, il est nécessaire qu'il soit envisagé de donner le nombre de congés prévu à cet article dans un délai de 30 jours, c'est-à-dire au cours de n'importe quelle période de 30 jours calendaires consécutifs⁴⁸.
26. La période de 30 jours, prévue à l'art. 335d CO, est également prise en compte à l'art. 335i al. 1 CO pour déterminer si le nombre de licenciements envisagés nécessite la conclusion d'un plan social. L'art. 335i al. 2 CO précise toutefois que les licenciements qui sont étalés dans le temps mais dictés par les mêmes motifs sont additionnés ; doivent notamment être considérés comme tels, tous les licenciements qui font partie d'un même plan de restructuration ou de délocalisation.

⁴⁴ Sur cette question, dans la jurisprudence européenne : CJUE, 11 novembre 2015, *Pujante Rivera*, n° C-422/14 ; CJUE, 13 mai 2015, *Nexea*, n° C-392/13 ; CJUE, 13 mai 2015, *Lyttle*, n° C-182/13 ; CJUE, 30 avril 2015, *USDW et Wilson*, n° C-80/14 ; CJCE, 15 février 2007, *Athinaiki Chartopoiia*, n° C-270/05 ; CJCE, 7 décembre 1995, *Rockfon*, n° C-449/93.

⁴⁵ Pour une approche critique de cette jurisprudence dans les cas où plusieurs sociétés d'un même groupe actives sur un même site sont gérées et restructurées en commun : CS CIT-BRUCHEZ/DONATIELLO/SCHWAAB, art. 335d N 13 ; SCHWAAB, pp. 42 s.

⁴⁶ BO 2013 N 625 (SCHWAAB, rapporteur de la commission).

⁴⁷ CS CIT-BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 335i N 2 ; ROCHAT POCHELON, pp. 546 s ; SCHWAAB, pp. 20 ss ; WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 757 ; opinion contraire : MÜLLER, p. 235 ; WITZIG, N 653.

⁴⁸ WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 732.

27. Pour les licenciements collectifs ordinaires, il n'existe pas de règle spécifique similaire à l'art. 335i al. 2 CO. Il est toutefois admis que l'étalement dans le temps de licenciements envisagés dès le départ peut être abusif s'il vise à empêcher la consultation des travailleurs⁴⁹.

b) Les congés-modifications

28. Déterminer s'il convient de prendre en compte les congés-modifications, lorsque leur nombre atteint les seuils prévus aux art. 335d et 335i al. 1 CO, pose des problèmes juridiques délicats. En effet, si ces congés-modifications peuvent parfois porter sur des prestations accessoires⁵⁰, ils peuvent aussi porter sur des modifications substantielles des conditions de travail (diminution des salaires, augmentation de la durée hebdomadaire normale du travail dans l'entreprise, déplacement du lieu de travail dans un autre canton ou dans un autre Etat, etc.).
29. Dans la doctrine, certains considèrent qu'il faut prendre en compte les congés-modifications au sens étroit, lors desquels des licenciements sont notifiés simultanément à la remise d'une proposition de contrat de travail avec des conditions modifiées, mais qu'il ne faut pas prendre en compte les congés-modifications au sens large, lors desquels seule la proposition de nouveau contrat est soumise dans un premier temps au travailleur, le congé n'intervenant ensuite qu'à défaut d'acceptation de celle-ci⁵¹. Cette distinction n'apparaît pas pertinente ; en effet, les deux méthodes visent le même résultat et, dans les deux situations, les travailleurs savent qu'ils perdront leur emploi s'ils refusent la péjoration des conditions de travail qui leur est proposée⁵². Faire une distinction en fonction de l'importance de la modification proposée⁵³ apparaît en soi plus pertinent, mais pose des problèmes de délimitation très délicats.
30. Etant donné que le droit suisse du travail ne prévoit pas de procédure spécifique pour la modification collective des conditions contractuelles de travail dans l'entreprise, il convient de considérer que tous les congés-modifications, lors desquels les travailleurs concernés sont confrontés au risque réel de perdre leur emploi en cas de refus des nouvelles conditions proposées, constituent des congés

⁴⁹ JAR 2013 p. 557 ; CARRUZZO, Licenciements collectifs, pp. 729 s. ; WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 732 ; SCHWAAB, p. 24, et WITZIG, N 629, proposent l'application par analogie de l'art. 335i al. 2 CO à tous les cas de licenciements collectifs.

⁵⁰ WILDHABER, p. 433, cite comme exemple la suppression de l'abonnement général des transports publics pour les employés ; de nombreuses modifications du cadre de travail relèvent toutefois du pouvoir de directive de l'employeur (art. 321d CO) et ne nécessitent donc pas le recours à des congés-modifications.

⁵¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 335d N 5 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 637 ss.

⁵² WYLER/HEINZER/WITZIG, qui préconisent cette distinction (pp. 674 ss), indiquent d'ailleurs : « Les deux procédés sont très similaires, ils ne diffèrent que sur la chronologie entre l'offre de modification et la résiliation » (p. 683).

⁵³ Dans ce sens, WILDHABER, p. 433.

au sens des art. 335d et 335i al. 1 CO⁵⁴. Dans tous les cas de congés-modification, lorsque les seuils prévus à l'art. 335d CO sont atteints, une consultation devra donc être ouverte et, lorsque ceux prévus à l'art. 335i al. 1 CO sont également atteints, il y aura lieu de conclure un plan social. La consultation et, le cas échéant, la négociation du plan social devront évidemment être adaptées à l'importance des modifications envisagées ; elles pourront notamment porter sur des délais transitoires ou sur des mesures d'accompagnement.

c) La situation en cas de plan social cadre « préventif »

31. L'avis est exprimé en doctrine qu'un plan social ne devrait plus être négocié, même si les conditions de l'art. 335i al. 1 CO sont remplies, lorsqu'un plan social cadre conclu préventivement a déjà vocation à s'appliquer au licenciement collectif envisagé⁵⁵. Cette opinion doit être rejetée, car elle s'écarte du texte clair de l'art. 335i al. 1 CO qui impose la négociation d'un plan social chaque fois que les seuils fixés à cet alinéa, en lien avec l'al. 2, sont atteints⁵⁶. Bien que le plan social cadre reste applicable, les partenaires de négociation prévus à l'art. 335i al. 3 CO sont légitimés à négocier et à conclure, respectivement le tribunal arbitral à édicter, un plan social complémentaire qui tienne compte des problématiques spécifiques posées par le licenciement collectif projeté et de la situation de l'entreprise à ce moment-là ; en fonction des circonstances, ils pourraient aussi estimer, dans l'exercice de leur liberté d'appréciation⁵⁷, que le plan social de base est adéquat et adapté au licenciement collectif projeté et considérer que la conclusion, respectivement l'édiction, d'un plan social complémentaire ne se justifie pas.

C. Coordination des procédures

32. La procédure de consultation prévue aux art. 335d à 335g CO et la procédure conduisant à l'adoption d'un plan social prévue aux art. 335h à 335k CO porte sur la même matière, puisque l'objet de la consultation (art. 335f al. 2 CO) est identique à celui du plan social à conclure (art. 335h al. 1 CO).
33. Lorsque le licenciement collectif envisagé entre uniquement dans le champ d'application des art. 335d à 335g CO, la procédure de consultation a aussi pour but d'aboutir à la négociation d'un plan social. En effet, si le législateur exige que les travailleurs soient consultés sur les moyens d'éviter les licenciements, d'en diminuer le nombre ou d'en atténuer les conséquences, c'est pour que leur

⁵⁴ SCHWAAB, pp. 34 ss.

⁵⁵ BLES/PIETRUSZAK, p. 54 ss ; WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 708 ss.

⁵⁶ SCHWAAB, pp. 120 ss.

⁵⁷ Voir ci-après IV.A.2.a.

avis puisse être pris en compte et, dans l'idéal, qu'un accord puisse être trouvé. De même, c'est dans ce but que l'art. 335g al. 3 CO prévoit que l'office du travail tente de trouver des solutions aux problèmes posés par le licenciement collectif projeté⁵⁸. En dernier lieu, c'est toutefois au seul employeur qu'il appartient de prendre une décision quant à un éventuel plan social et quant à son contenu. Si le choix souverain de l'employeur ne leur convient pas, la seule possibilité qui reste aux travailleurs est le recours aux moyens de combat avec l'appui d'un syndicat⁵⁹ ; en effet, sur le plan juridique, la seule voie à disposition des travailleurs est l'invocation de l'art. 336 al. 2 let. c CO sur le licenciement abusif, qui suppose l'existence d'arguments permettant d'établir que la procédure de consultation n'a pas été conduite selon les règles de la bonne foi dans le respect des exigences de l'art. 335f CO et qui ne permet, de toute façon, que d'obtenir au maximum une indemnité de deux mois de salaire (art. 336a al. 3 CO).

34. Lorsque le licenciement collectif envisagé entre également dans le champ d'application des art. 335i à 335k CO, la principale différence avec le régime ordinaire concerne la situation existante en cas d'échec de la négociation. En effet, dans ce cas, ce n'est pas l'employeur qui prend une décision souveraine, comme dans le régime ordinaire, mais c'est un tribunal arbitral qui doit fixer le plan social. S'il s'agit d'aboutir à un accord sur un plan social afin d'éviter le recours à un tribunal arbitral, il n'apparaît pas sensé de procéder, dans un premier temps, à une consultation des travailleurs et, dans un deuxième temps, de mener avec eux une négociation sur les mêmes objets ; il n'apparaît pas non plus judicieux de mener deux procédures parallèles indépendantes portant sur les mêmes objets. Les informations que l'employeur doit communiquer aux travailleurs en vertu de l'art. 335f al. 3 CO sont d'ailleurs indispensables pour la conclusion du plan social ou son édicton par le tribunal arbitral. La logique impose donc, dans un tel cas, d'intégrer les éléments relevant de la consultation des travailleurs au sens de l'art. 335f CO dans la procédure de négociation du plan social au sens des art. 335h à 335k CO.
35. Dans la doctrine, il est mis en évidence que l'allongement des négociations en vue d'aboutir à un plan social ne doit pas faire obstacle au prononcé de licenciements indispensables⁶⁰. La portée de ce souci légitime ne doit pas être exagérée ; en effet, les restructurations importantes de grandes entreprises visées par l'art. 335i CO ne présentent souvent pas un degré d'urgence absolu (souvent il s'agit de plans sur plusieurs mois, voire sur plusieurs années) ; en outre, des

⁵⁸ Dans ce sens, AUBERT, La nouvelle réglementation, pp. 100 s., qui relève qu'en pratique la limite entre la consultation et la négociation apparaît difficile à tracer, et CURCHOD, pp. 781 s., 788 s.

⁵⁹ La consultation des travailleurs en cas de licenciement collectif prévue par l'art. 335f CO n'est pas exclusive. Selon le régime ordinaire de négociation collective découlant de l'art. 28 Cst., un syndicat représentatif a une légitimation propre à intervenir en cas de licenciement collectif pour négocier un accord ; le recours aux moyens de combat est envisageable en dernier recours. Sur cette question, voir également VUILLEUMIER LOREDANA, pp. 790 s.

⁶⁰ WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 759.

négociations conduites de bonne foi par l'employeur, dans le cadre desquelles les représentants des travailleurs obtiennent rapidement une information complète et disposent des décharges horaires nécessaires pour remplir leur mandat, permettent en général d'aboutir dans des délais raisonnables à la conclusion d'un plan social. S'il existe un degré d'urgence réel, la procédure peut en outre aisément être organisée d'une manière qui permette à l'employeur, en cas de prolongation de celle-ci, de disposer des éléments indispensables pour procéder à la notification à l'office cantonal du travail prévue à l'art. 335g al. 1 et 2 CO et faire courir le délai de 30 jours prévu à l'art. 335g al. 4 CO⁶¹ ; il résulte d'ailleurs de la teneur même de l'art. 335g al. 3 CO qu'une telle notification peut intervenir avant que la négociation ait abouti. Il s'agira notamment, dans de telles situations d'urgence, de traiter, dans un premier temps, les propositions relatives aux moyens d'éviter les congés ou d'en limiter le nombre.

III. La procédure ordinaire de licenciement collectif

A. La consultation des travailleurs (art. 335f CO)

1. Principes

36. Selon l'art. 335f CO, l'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif est tenu de consulter la représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs (al. 1). Il leur donne au moins la possibilité de formuler des propositions sur les moyens d'éviter les congés ou d'en diminuer le nombre, ainsi que d'en atténuer les conséquences.
37. Cette obligation de consultation constitue un degré intermédiaire de participation, situé entre la simple information (prévue à l'art. 9 de la Loi sur la participation) et la codécision, qui suppose un accord entre les parties ou, en cas de non-aboutissement des négociations, le recours à un arbitrage par un tiers ; la codécision est prévue aux art. 335h à 335k CO pour les plans sociaux, lors de licenciements collectifs importants dans les grandes entreprises⁶².
38. S'il existe, dans l'établissement concerné par le licenciement collectif, une représentation des travailleurs au sens de la Loi sur la participation⁶³, la consultation se fait au travers de cette dernière. Si une telle représentation

⁶¹ Voir ci-après III.C.

⁶² La codécision est également prévue dans le domaine de la prévoyance professionnelle pour l'affiliation à une institution de prévoyance et la résiliation d'un contrat d'affiliation (art. 11 al. 1 à 3^{bis} LPP) ; certaines conventions collectives peuvent étendre la codécision à d'autres domaines.

⁶³ Voir ci-dessus I.C.2.

n'existe pas, tous les travailleurs de l'établissement doivent être consultés directement (art. 4 de la Loi sur la participation). Dans les deux cas, la consultation prévue à l'art. 335f CO est destinée à assurer la défense collective des intérêts communs des travailleurs de l'établissement. Chaque travailleur n'a donc pas, dans le cadre de cette consultation, un droit individuel à être informé sur son propre sort afin de sauvegarder son intérêt particulier⁶⁴.

39. La consultation doit être menée dans le respect du principe de la bonne foi (art. 11 al. 1 de la Loi sur la participation). Elle doit permettre aux travailleurs de peser effectivement sur le processus décisionnel relatif au licenciement collectif envisagé⁶⁵ ; l'employeur ne peut donc pas se contenter de mettre en œuvre la procédure, tout en sachant d'emblée qu'il n'entrera en matière sur aucune des propositions qui pourraient lui être faites⁶⁶. Comme exposé plus haut⁶⁷, le régime de la consultation au sens de l'art. 335f CO, qui doit naturellement tendre à la négociation d'un plan social, se distingue en réalité du régime prévu aux art. 335h à 335k CO essentiellement par le fait, qu'en l'absence d'accord, l'employeur prend, au terme de la procédure, une décision souveraine.

2. Moment de la consultation

40. Selon l'art. 335f al. 1 CO, l'employeur est tenu de mener une consultation lorsqu'il envisage de procéder à un licenciement collectif. Comme le sens de la consultation est d'accorder aux travailleurs la possibilité d'influer sur le processus décisionnel de l'employeur, celle-ci doit avoir lieu avant que la décision définitive sur le principe et la forme du licenciement collectif envisagé n'ait été prise⁶⁸. L'obligation d'entamer la procédure de consultation ne naît pas déjà quand l'employeur songe de loin à l'éventualité d'un licenciement collectif, mais elle surgit dès que l'employeur envisage concrètement une telle mesure, le cas échéant à titre éventuel parmi d'autres solutions pour le cas où ces dernières s'avèreraient irréalisables⁶⁹.
41. L'employeur doit également avoir terminé la consultation avant de prendre une décision définitive sur le principe et les modalités du licenciement envisagé. En

⁶⁴ TF 4A_173/2011 du 31 mai 2011, consid. 4.2.

⁶⁵ ATF 130 III 102, consid. 4.2, JdT 2004 I 234 ; ATF 123 III 176, consid. 4a, JdT 1998 I 14 (trad.).

⁶⁶ TF 4A_449/2010 du 2 décembre 2010, consid. 5.2 à 5.4 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 335f N 14 ss ; CURCHOD, pp. 781 s. ; WITZIG, N 639.

⁶⁷ Voir ci-dessus II.C.

⁶⁸ ATF 130 III 102, consid. 4.2, JdT 2004 I 234 ; ATF 123 III 176, consid. 4a, JdT 1998 I 14 (trad.) ; TF 4A_449/2010 du 2 décembre 2010, consid. 5.2 ; TF 4A_348/2010 du 8 octobre 2010, consid. 6.2 ; TC/VD du 15 décembre 2010, consid. 6a, JdT 2011 III 152.

⁶⁹ ATF 123 III 176, consid. 4a, JdT 1998 I 14 (trad.).

effet, s'il prononce les licenciements avant la clôture de la consultation, il ne permet pas à cette procédure d'atteindre son objectif⁷⁰.

3. Renseignements à fournir (al. 3)

a) En général

42. Selon l'art. 335f al. 3 CO, l'employeur est tenu de fournir à la représentation des travailleurs ou, à défaut, aux travailleurs, tous les renseignements utiles pour la consultation prévue à l'al. 2 et de leur communiquer en tout cas par écrit (a) les motifs du licenciement collectif, (b) le nombre de travailleurs auxquels le congé doit être signifié, (c) le nombre de travailleurs habituellement employés et (d) la période pendant laquelle il est envisagé de donner les congés. Le devoir d'information de l'employeur comprend ainsi une obligation de communication et une obligation de renseignement.

b) Obligation de communication

43. L'obligation de communication, qui doit intervenir spontanément et par écrit, doit impérativement porter au moins sur les quatre éléments précités énumérés aux let. a à d de l'art. 335f al. 3 CO. Cette communication, dont une copie doit être adressée à l'office cantonal du travail (art. 335f al. 4 CO), marque en pratique le début de la procédure de consultation.

c) Obligation de renseignement

44. L'obligation de renseignement porte sur tous les éléments utiles pour que les travailleurs ou leurs représentants soient en mesure d'élaborer des propositions pertinentes sur les moyens d'éviter les congés ou d'en limiter le nombre, ainsi que d'en atténuer les conséquences (art. 335f al. 2 CO). Parmi ces renseignements, on peut notamment compter ceux relatifs aux possibilités de reclassement dans l'entreprise ou aux moyens à disposition pour un plan social⁷¹. L'employeur viole cette obligation s'il refuse de fournir des renseignements qui permettraient concrètement aux travailleurs de présenter des solutions additionnelles ou améliorées, dotées de chances de succès réalistes ; tel n'est en revanche pas le cas s'il refuse de produire des renseignements qui n'auraient

⁷⁰ ATF 137 III 162, consid. 1.1, JdT 2012 II 202 (trad.) ; ATF 130 III 102, consid. 4.3, JdT 2004 I 234 ; ATF 123 III 176, consid. 4a, JdT 1998 I 14 (trad.) ; TF 4A_348/2010 du 8 octobre 2010, consid. 6.2 ; TC/VD du 15 décembre 2010, consid. 6a, JdT 2011 III 152.

⁷¹ TF 4A_449/2010 du 2 décembre 2010, consid. 5.2.

qu'une utilité théorique⁷². Lorsque le licenciement collectif envisagé intervient dans le cadre d'une restructuration de la société employeuse, touchant d'autres établissements, voire d'une restructuration (internationale) d'un groupe de sociétés, les travailleurs sont légitimés à obtenir des renseignements à ce propos⁷³. De manière générale, dans un groupe de sociétés, l'employeur ne peut pas se soustraire à son obligation de fournir des informations en invoquant le fait que celles-ci sont en possession d'une autre société du groupe⁷⁴.

45. Contrairement à l'obligation de communication écrite, l'obligation de renseignement suppose en principe une demande de la part des travailleurs. En vertu du principe de la bonne foi, l'employeur doit toutefois communiquer spontanément et sans tarder les renseignements qui apparaissent objectivement indispensables pour la consultation⁷⁵, notamment les solutions déjà examinées par l'employeur et celles en cours d'examen (par exemple un projet de reprise), pour éviter que le déroulement de la consultation soit biaisé.

d) Garantie de la confidentialité

46. En matière de transmission de renseignements, l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité est garanti par l'obligation de garder le secret prévu à l'art. 14 de la Loi sur la participation. Cette obligation de garder le secret s'impose également aux experts et aux personnes auxquelles les travailleurs ou leurs représentants peuvent être appelés à recourir pour assurer la défense de leurs intérêts, notamment aux syndicats (art. 14 al. 3 de la Loi sur la participation, art. 335i al. 4 CO). L'employeur ne peut donc pas refuser de transmettre des renseignements utiles à la consultation en invoquant leur caractère confidentiel⁷⁶.

4. Durée de la consultation

47. La durée de la consultation n'est pas fixée dans la loi. Cette durée doit être déterminée de manière telle que la consultation puisse atteindre son but. Elle dépendra donc nécessairement des circonstances, en particulier de la complexité des questions à résoudre et de l'urgence du licenciement collectif envisagé ; si le licenciement collectif est devenu urgent parce que l'employeur a entamé la procédure de consultation trop tard, cette urgence ne saurait justifier un

⁷² ATF 137 III 162, consid. 2.1.1., JdT 2012 II 202 (trad.).

⁷³ CR CO I-AUBERT, art. 335f N 5.

⁷⁴ CR CO I-AUBERT, art. 335f N 6, avec référence à l'affaire Firestone ; DCdT-GABATHULER, chap. E, N 61.

⁷⁵ CS CIT-BRUCHEZ/DONATIELLO/SCHWAAB, art. 335f N 21 ; SCHWAAB, p. 68 ; opinion contraire : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 335f N 5.

⁷⁶ CS CIT-BRUCHEZ/DONATIELLO/SCHWAAB, art. 335f N 24.

raccourcissement du délai de consultation⁷⁷. Pour atteindre les objectifs fixés par le législateur, il apparaît difficile de prévoir une période de consultation inférieure à 20 jours⁷⁸; le cas échéant, si des alternatives sérieuses au licenciement se dessinent, il peut se justifier de prolonger la durée de consultation initialement prévue.

B. L'intervention de l'office cantonal du travail (art. 335f al. 4 et art. 335g al. 1 à 3 CO)

48. L'office cantonal du travail, en tant qu'autorité chargée du service de l'emploi, a vocation à intervenir en cas de licenciement collectif. C'est pourquoi, tant l'art. 29 LSE⁷⁹, que l'art. 335g CO imposent des obligations aux employeurs à l'égard de cette autorité lorsqu'un licenciement collectif est projeté.
49. Au début de la consultation, l'employeur doit transmettre à l'office cantonal du travail une copie de la communication qu'il a faite aux travailleurs (art. 335f al. 4 CO)⁸⁰.
50. Une fois la consultation terminée, l'employeur doit faire une nouvelle notification écrite à cet office, qui doit être transmise en copie à la représentation des travailleurs ou, à défaut, aux travailleurs (art. 335g al. 1 CO). Cette notification doit contenir les résultats de la consultation des travailleurs prévue à l'art. 335f CO, ainsi que tous les renseignements utiles concernant le projet de licenciement collectif (art. 335g al. 2 CO). Sur la base de cette disposition,

⁷⁷ ATF 137 III 162, consid. 1.2, JdT 2012 II 202 (trad.) ; ATF 130 III 102, consid. 4.3, JdT 2004 I 234 ; TF 4A_348/2010 du 8 octobre 2010, consid. 6.2.

⁷⁸ CS CIT-BRUCHEZ/DONATIELLO/SCHWAAB, art. 335f N 41 ; dans le même sens : SCHWAAB, p. 61, indique que le délai raisonnable est d'une vingtaine de jours ouvrables ; WITZIG, N 638, indique que la moyenne doit se tenir autour de trois semaines ; l'art. 43 al. 5 CCT de l'industrie des machines, des équipements électriques et des métaux prévoit un délai d'au minimum 18 jours ouvrables ; dans le canton de Vaud, le Conseil d'Etat recommande un délai de quinze à vingt jours ouvrables (cité : WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 745, nbp 3829) ; autres opinions : CR CO I-AUBERT, art. 335f N 7, propose un délai minimum de dix jours comportant au maximum un week-end ; CR CO I-ORDOLLI/WITZIG art. 335f N 6, préconise un délai de deux à trois semaines ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 335f N 7, proposent cinq jours ouvrables pour les cas simples à deux semaines pour les cas complexes ; CARRUZZO, Commentaire, p. 510, retient que, sauf circonstances exceptionnelles, un délai de l'ordre de deux semaines, soit encore dix jours ouvrables, est généralement adéquat ; WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 745, considèrent que pour une entreprise de taille moyenne, dont le nombre de travailleurs n'est pas supérieur à 300, un délai de dix à quinze jours ouvrables (deux à trois semaines calendaires) est adéquat.

⁷⁹ Voir ci-dessus I.B.

⁸⁰ Voir ci-dessus III.A.3.b.

l'autorité peut demander à l'employeur de produire des renseignements complémentaires⁸¹.

51. Selon l'art. 335g al. 3 CO, l'office cantonal du travail doit tenter de trouver des solutions aux problèmes posés par le licenciement collectif projeté. La représentation des travailleurs ou, à défaut, les travailleurs peuvent lui communiquer leurs observations. Sur la base de cette disposition, l'autorité peut exiger la comparution de l'employeur pour favoriser l'aboutissement de négociations avec les représentants des travailleurs⁸². En pratique, l'intervention des offices cantonaux du travail lors de licenciements collectifs est limitée, de sorte que les représentants des travailleurs font souvent appel aux offices de conciliation prévus en cas de conflits collectifs (art. 30 et 31 LTrF)⁸³.
52. Les règles prévues aux art. 335f al. 4 CO et 335g al. 1 à 3 CO relèvent du droit public. Elles ne peuvent donc pas être modifiées par convention collective, même en faveur des travailleurs.

C. L'échéance des rapports de travail (art. 335g al. 4 CO)

53. Selon l'art. 335g al. 4 CO, si le contrat de travail est résilié dans le cadre d'un licenciement collectif, les rapports de travail prennent fin trente jours après la notification du projet de licenciement collectif à l'office cantonal du travail, à moins que, selon les dispositions contractuelles ou légales, le congé ne produise son effet à un terme ultérieur.
54. En raison du délai de congé légal minimal d'un mois applicable après le temps d'essai (art. 335c al. 2 CO), la règle prévue à l'art. 335g al. 4 CO n'a d'effet pratique que si l'employeur procède à la notification à l'office du travail après que les contrats de travail ont été résiliés. Lorsque l'employeur omet totalement cette notification à l'office du travail, le délai de trente jours ne peut pas commencer à courir ; dans un tel cas, le congé est considéré comme valablement signifié, mais le contrat ne prend fin qu'au moment où une intervention de

⁸¹ Voir art. 24A al. 1 de la Loi (genevoise) sur le service de l'emploi et la location de services du 18 septembre 1992 (LSELS ; RS/GE J 2 05).

⁸² Voir art. 24A al. 2 de la Loi (genevoise) sur le service de l'emploi et la location de services du 18 septembre 1992 (LSELS ; RS/GE J 2 05).

⁸³ CR CO I-AUBERT, art. 335g N 3 et 4 ; s'agissant des offices de conciliation, voir ci-après IV.C.1.

l'office du travail ne pourrait plus se faire utilement, c'est-à-dire lorsque le travailleur a retrouvé un nouvel emploi⁸⁴.

IV. La procédure de licenciement collectif avec obligation de conclure un plan social

A. Le plan social (art. 335h CO)

1. Notion et effets juridiques du plan social

55. Comme son nom l'indique, le plan social procède d'une démarche planifiée et il est toujours destiné à une pluralité de travailleurs⁸⁵ ; comme son nom l'indique également, il vise en outre un but social qui est d'atténuer, pour les personnes concernées, les effets d'une restructuration.
56. Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'art. 335h CO, le 1^{er} janvier 2014, le plan social ne faisait l'objet d'aucune réglementation spécifique dans le titre X du Code des obligations. Cette institution, qui était issue de la pratique et des conventions collectives, a fait l'objet de plusieurs arrêts du Tribunal fédéral, qui ont traité de sa portée juridique et de son interprétation⁸⁶.
57. L'art. 335h al. 1 CO prévoit que le plan social est 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 conséquences. La portée de cette disposition est limitée. Elle définit, dans le champ d'application de l'art. 335i al. 1 et 2 CO, l'objet de la négociation à mener avec les partenaires désignés à l'art. 335i al. 3 CO et, en cas d'échec de celle-ci, l'objet sur lequel portera la sentence du tribunal arbitral. Comme cela a été exposé plus haut, cet objet est identique à celui de la consultation à mener dans le cadre de la procédure ordinaire de licenciement collectif (art. 335f al. 2 CO) ; cela est logique, puisque

⁸⁴ ATF 132 III 406, SJ 2007 I 129 (trad.) ; dans un tel cas, si le travailleur n'a pas fourni sa prestation de travail, l'employeur ne devra toutefois le salaire que s'il était en demeure (art. 324 CO) ou si le travailleur était empêché de travailler (art. 324a CO).

⁸⁵ ATF 132 III 32, consid. 6.1, JdT 2005 I 257, SJ 2006 I 103.

⁸⁶ ATF 133 III 213, JdT 2010 I 231 (trad.) ; ATF 132 III 32, consid. 6.1, JdT 2005 I 257, SJ 2006 I 103 ; ATF 130 V 18, consid.2.3 ; TF 4A_335/2016 du 30 novembre 2016, consid. 3.1 ; 4A_645/2016 du 13 septembre 2016 ; 4A_610/2012 du 28 février 2013, consid. 2 ; 4A_70/2010 du 1^{er} juillet 2010, consid. 2.1 ; 4A_138/2008 du 30 mai 2008 ; 2A_46/2007 du 20 septembre 2007 ; 4C_31/2005 du 27 mai 2005, consid. 3.1 ; 4C_129/2003 du 5 septembre 2003 ; 4C_115/2002 du 2 juillet 2002 ; 4C_264/1998, partiellement publié *in* : SARB 2/2000 p. 849, résumé *in* : JAR 2000 p. 387 ; pour une analyse de la jurisprudence (antérieure à 2009) en matière de plans sociaux, voir SATTIVA, pp. 262 ss.

le but de la procédure de consultation ordinaire est également d'aboutir à un accord sur cet objet⁸⁷.

58. L'art. 335h al. 1 CO ne traite en revanche pas de la nature et des effets juridiques du plan social.
59. Dans le champ d'application de l'art. 335i al. 1 et 2 CO, le plan social prendra soit la forme d'un accord avec les partenaires énumérés à l'art. 335i al. 3 CO, soit la forme d'une sentence arbitrale. En dehors de ce champ d'application, le plan social pourra faire l'objet d'un accord avec la représentation des travailleurs ou avec une organisation syndicale, mais il pourra également résulter d'une décision unilatérale de l'employeur ; l'édiction d'un plan social sous forme de sentence arbitrale n'est en revanche envisageable que si les parties concernées y consentent.
60. Quel que soit le mode de conclusion ou d'édiction du plan social, celui-ci a vocation à avoir une portée normative pour tous les travailleurs concernés par le licenciement collectif. Selon la jurisprudence et la doctrine, s'il est conclu avec un syndicat, le plan social doit être qualifié de convention collective au sens des art. 356 ss CO et, s'il est conclu avec la représentation des travailleurs, il doit être qualifié de règlement conventionnel d'entreprise au sens de l'art. 38 al. 2 LTr⁸⁸. Ces qualifications permettent de donner un fondement juridique exprès (art. 357 CO et 39 al. 1 LTr) à l'effet normatif du plan social, qui est déjà dans la nature de celui-ci⁸⁹. Dans le nouveau régime, l'art. 335j al. 2 CO, relatif au plan social établi par sentence arbitrale, prévoit que le tribunal arbitral arrête un plan social obligatoire, ce qui ne peut que signifier que celui-ci a un effet normatif ; il est inhérent au système des art. 335h à 335k CO qu'il en aille de même du plan social résultant d'un accord avec les partenaires de négociation prévus à l'art. 335i al. 3 CO, y compris lorsqu'il s'agit directement des travailleurs de l'entreprise (art. 335i al. 3 let. c CO)⁹⁰.
61. Lorsque le plan social résulte d'une décision unilatérale de l'employeur, il est traité comme une offre de l'employeur à chacun des travailleurs concernés. Comme le plan social ne prévoit en principe que des avantages pour les travailleurs concernés, l'acceptation par ces derniers du plan social unilatéral peut être considérée comme tacite par application de l'art. 6 CO⁹¹ ; l'employeur

⁸⁷ Voir ci-dessus II.C et III.A.1.

⁸⁸ ATF 133 III 213, JdT 2010 I 231 (trad.) ; CS CIT-BRUCHEZ/DONATIELLO/SCHWAAB, art. 335h N 11 ; WILDHABER, pp. 428 s. ; WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 764 s.

⁸⁹ TF 4A_103/2023 du 3 octobre 2023, consid. 3 et 4 ; TF 4A_101/2020 du 14 avril 2021, consid. 4 ; TF 4A_610/2012 du 28 février 2013, consid. 2.2.

⁹⁰ SCHWAAB, p. 119.

⁹¹ TF 4A_101/2020 du 14 avril 2021, consid. 4 et 5 ; TF 4A_138/2008 du 30 mai 2008, consid. 2.1 ; voir également TF 4A_610/2012 du 28 février 2013, consid. 2.3 (cas d'un employé qui n'était pas inclus dans une offre de plan social unilatéral ; il sied à ce propos de préciser que

ne peut en outre plus retirer unilatéralement ce plan social tacitement accepté, car un tel retrait devrait être qualifié d'offre de modification au désavantage des travailleurs, et supposerait alors l'accord exprès de ces derniers⁹². Même si le plan social unilatéral n'a pas de portée juridiquement normative, ses effets juridiques, de par l'application de l'art. 6 CO, sont ainsi similaires à ceux du plan social établi par convention⁹³.

2. Le contenu du plan social

a) Le principe : liberté des partenaires de négociation ou du tribunal arbitral

62. Hormis la limite liée à la mise en danger de l'entreprise (art. 335h al. 2 CO)⁹⁴, le législateur a laissé aux partenaires de négociation ou au tribunal arbitral une liberté dans la détermination du plan social. Celui-ci contient généralement un soutien au reclassement (priorité au réengagement dans l'entreprise ou dans d'autres sociétés du groupe, prise en charge de frais de formation ou d'outplacement), des indemnités de départ (déterminées en fonction de l'ancienneté, des charges de famille, de l'âge ou d'autres critères sociaux), des plans de retraite anticipée, des prestations pour des cas de rigueur, etc.⁹⁵ Conformément à l'art. 335a al. 2 CO, le plan social peut en outre prévoir des délais de congé plus courts en faveur des travailleurs.
63. Contrairement à une opinion exprimée en doctrine⁹⁶, vouloir en la matière fixer, de manière générale, des planchers ou des plafonds dans la détermination du plan social va à l'encontre de la volonté du législateur, qui y a précisément renoncé. Il appartient aux partenaires sociaux et, à défaut d'accord de ceux-ci, au tribunal arbitral de fixer les contenus du plan en équité en tenant compte de l'ensemble des circonstances (situation de l'entreprise, composition du personnel de l'entreprise, situation sur le marché du travail, pratiques de l'entreprise et de la branche, etc.). Les catégories envisagées par cet avis de doctrine sont d'ailleurs beaucoup trop schématiques pour couvrir l'ensemble de la réalité des

des exclusions peuvent également être prévues dans des plans sociaux établis par convention ou par sentence arbitrale).

⁹² TF 4A_138/2008 du 30 mai 2008, consid. 2.2.

⁹³ TF 4A_207/2020 du 25 août 2020, consid. 3 et 4 : interprétation d'un plan social résultant d'une proposition unilatérale de l'employeur selon les règles d'interprétation des contrats.

⁹⁴ Voir ci-après IV.A.3.b.

⁹⁵ Pour une liste plus détaillée, voir WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 752 s. ; pour des exemples de plan sociaux édictés par voie de sentence arbitrale : sentence finale et plan social le *Matin* du 2 septembre 2019 accessibles sur le site internet du syndicat impressum ; sentence de la Chambre des relations collectives de travail de Genève du 24 février 2015 = ArbR 2016-2017, p. 101.

⁹⁶ WYLER, pp. 134 s.

restructurations, qui concernent des situations, des branches et des sociétés très différentes. A titre d'exemple, dans des restructurations récentes ayant touché des sociétés multinationales, des plans sociaux ont prévu des indemnités de départ dont le montant total pouvait dépasser le plafond absolu de 18 mois de salaire que veut tenter d'imposer cet avis de doctrine.

64. L'ordre juridique confère aux partenaires de négociation du plan social prévus à l'art. 335i al. 3 CO et au tribunal arbitral, la qualité pour établir des normes générales et abstraites applicables aux travailleurs intéressés (effet normatif du plan social)⁹⁷, au même titre qu'il reconnaît aux organisations d'employeurs et de travailleurs la qualité pour établir des conventions collectives ayant également un effet normatif (art. 357 CO). Il ne leur confère en revanche pas la qualité de représentants de ces travailleurs au sens du droit civil (art. 32 ss CO)⁹⁸. La conclusion ou l'édiction d'un plan social résout ainsi un conflit d'intérêts collectif, mais ne constitue pas simultanément une convention visant à régler des conflits juridiques individuels. Les partenaires de négociation du plan social ou le tribunal arbitral ne peuvent donc pas valablement insérer, dans le plan social, des clauses entraînant une renonciation par les travailleurs concernés à des prétentions fondées sur leur contrat de travail ou sur la loi⁹⁹. Seuls les travailleurs eux-mêmes peuvent individuellement renoncer à des créances à l'égard de leur employeur dans les limites de l'art. 341 CO¹⁰⁰.

b) Limite liée à la mise en danger de l'entreprise (art. 335h al. 2 CO)

65. Selon l'art. 335h al. 2 CO, qui s'impose tant aux partenaires de négociation qu'au tribunal arbitral, le plan social ne doit pas mettre en danger l'existence de l'entreprise. Cette limite doit permettre d'éviter qu'une entreprise gravement menacée et qui souhaite se restructurer renonce à prendre des mesures à cause de l'obligation de prévoir un plan social¹⁰¹. Il faut considérer qu'une telle mise en danger existe lorsque l'adoption d'un plan social entraînerait une mise en danger d'autres emplois, c'est-à-dire un risque de licenciements additionnels¹⁰². Préserver le montant des dividendes versés aux actionnaires ou la part variable

⁹⁷ Voir ci-dessus IV.A.1.

⁹⁸ CS CIT-BRUCHEZ/DONATIELLO/SCHWAAB, art. 335f N 33 et nbp 57 ; SCHWAAB, p. 106 ; opinion contraire : WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 1301 ss, en particulier pp. 1308-1310.

⁹⁹ Opinion contraire : WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 762 s.

¹⁰⁰ Dans ce contexte, la solution de l'arrêt du TF 4A_74/2018 du 28 juin 2018 est contestable ; en effet, le plan social, une fois conclu, constitue une réglementation impérative au même titre qu'une convention collective (art. 357 CO), de sorte que la protection de l'art. 341 CO intervient ; le résultat de cet arrêt n'est d'ailleurs pas satisfaisant : le travailleur perd en effet le bénéfice des prestations d'un plan social au motif qu'il a fait valoir des prétentions contractuelles sur la base d'un autre fondement.

¹⁰¹ Message, FF 2010 5912-5913.

¹⁰² WILDHABER, p. 433 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 761 s.

du salaire des dirigeants ne constitue en revanche pas un motif pour renoncer à un plan social.

66. Il appartient à l'employeur d'établir que les conditions de l'art. 335h al. 2 CO sont remplies (art. 8 CC)¹⁰³.
67. Vu la teneur de l'art. 335h al. 2 CO, l'employeur n'a donc pas l'obligation d'anticiper un risque de plan social et de constituer des provisions dans cette perspective¹⁰⁴.

c) Limites liées au droit impératif et aux droits et principes constitutionnels

68. En vertu du principe de hiérarchie des normes, le plan social, comme la convention collective, ne peut pas valablement contenir des règles dérogeant au droit impératif (art. 358, 361 et 362 CO). En particulier, il ne peut pas contenir des règles entraînant des discriminations directes ou indirectes à raison du sexe (prohibées par la Loi sur l'égalité entre femmes et hommes) ou à l'égard des ressortissants de l'Union européenne (prohibées par l'art. 7 let. a ALCP et 9 al. 1 de son annexe 1¹⁰⁵) ou à l'interdiction générale de discrimination découlant de la jurisprudence rendue sur la base de l'art. 328 CO¹⁰⁶.
69. Comme les partenaires de négociation du plan social ou le tribunal arbitral sont appelés à adopter une réglementation, ils doivent, comme le législateur, assurer le respect des droits et principes constitutionnels (art. 35 Cst.)¹⁰⁷. En la matière, le respect de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) joue assurément un rôle important¹⁰⁸.

¹⁰³ SCHWAAB, p. 433 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 762.

¹⁰⁴ Message, FF 2010 5912-5913.

¹⁰⁵ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, art. 322 N 12.

¹⁰⁶ ATF 129 III 276, JdT 2003 I 346 (trad.) ; voir également TF 4A_610/2012 du 28 février 2013, consid. 2.4 (cas dans lequel le refus de mettre un travailleur au bénéfice des prestations d'un plan social n'a pas été considéré comme contraire à l'art. 328 CO au vu de la situation particulière de ce dernier).

¹⁰⁷ CS CIT-BRUCHEZ, art. 358 N 4 (en lien avec la convention collective de travail) ; WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 500 s.

¹⁰⁸ MÜLLER, p. 240 ; WILDHABER, pp. 429 s.

B. Le plan social négocié (art. 335i al. 3 et 4 CO)

1. Partenaires de négociation de l'employeur (al. 3)

70. Selon l'art. 335i al. 3 CO, l'employeur négocie (a) avec les associations de travailleurs liées par une convention collective de travail, s'il est partie à cette convention, (b) avec la représentation des travailleurs, (c) directement avec les travailleurs à défaut de représentation des travailleurs.
71. L'art. 335i al. 3 CO rompt avec le régime ordinaire du licenciement collectif et, plus largement, avec le régime de la Loi sur la participation, en prévoyant que les associations de travailleurs sont, aux conditions de la let. a, partenaires de négociation de l'employeur. Il ressort même du Message du Conseil fédéral que, dans ce cas, ils sont les partenaires exclusifs de négociation du plan social¹⁰⁹. Cette entorse au régime légal ordinaire constitue en réalité une forme de consécration de la pratique ; en effet, comme les moyens des représentations du personnel sont très limités¹¹⁰, les organisations syndicales ont toujours été appelées à intervenir dans les procédures de licenciement collectif et les plans sociaux se négociaient déjà très souvent avec le concours de ces dernières¹¹¹. Plusieurs conventions collectives prévoient déjà et prévoient toujours la possibilité d'intervention des syndicats dans les procédures de licenciement collectif¹¹².
72. Sur la base du texte de l'art. 335i al. 3 let. a CO, qui fait référence à l'employeur partie à une convention collective, la doctrine majoritaire soutient que la qualité de partenaire de négociation des associations de travailleurs n'existe que pour les conventions collectives d'entreprise, à l'exclusion des conventions collectives de branches¹¹³. Cette limitation de la qualité de partenaires des syndicats aux cas de conventions collectives d'entreprise ne fait toutefois l'objet d'aucune mention expresse dans le Message du Conseil fédéral¹¹⁴ et n'a pas été évoquée lors des travaux parlementaires¹¹⁵ ; en outre, la formulation du texte légal sur laquelle s'appuie la doctrine majoritaire souffre d'imprécision puisqu'elle fait aussi référence à des associations de travailleurs liées par une convention collective alors que, par définition, celles-ci ne peuvent être que parties à une convention collective (art. 356 CO). Le fait que, dans des conventions collectives de branche

¹⁰⁹ Message, FF 2010 5913 ; WILDHABER, p. 434 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 760.

¹¹⁰ Voir ci-dessus I.C.2.

¹¹¹ CR CO I-AUBERT, art. 335f N 1 ; CS CIT-BRUCHEZ/DONATIELLO/SCHWAAB, art. 335f N 35.

¹¹² Art. 10.2 al. 2 CCT de l'industrie des machines, des équipements électriques et des métaux 2023-2028 ; art. 6.3 CCT des industries horlogère et microtechnique suisses 2024.

¹¹³ BK-REHBINDER/Stöckli, art. 335i N 6 ; GEISER, p. 822 ; MÜLLER, p. 238 ; ROCHAT POCHOLON, pp. 559 s. ; WILDHABER, p. 434 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, p. 760.

¹¹⁴ Message, FF 2010 5911-5911.

¹¹⁵ BO 2012 E 355-361, BO 2013 N 622-626.

importantes, les syndicats sont, de longue date, parties à la négociation des plans sociaux et le fait que, pour l'arbitrage, le Message fasse référence, pour les employeurs liés par une convention collective, aux organes paritaires de conciliation ou d'arbitrage institués par celles-ci¹¹⁶, plaident en faveur de la reconnaissance aux syndicats de la qualité de partenaires au sens de l'art. 335i al. 3 let. a CO également lorsque l'employeur est lié par une convention collective de branche¹¹⁷.

73. En dehors du champ d'application de l'art. 335i al. 3 let. a CO, les employeurs doivent négocier avec la représentation des travailleurs de leur entreprise ou, à défaut, directement avec les travailleurs. Il s'agit de la reprise du régime en cascade prévu à l'art. 4 de la Loi sur la participation et à l'art. 335f CO.
74. Dans les entreprises visées par les art. 335h à 335k CO, qui occupent au moins 250 travailleurs, la négociation directe avec ceux-ci apparaît difficile à organiser¹¹⁸, d'autant plus que cette négociation doit se faire avec l'ensemble des travailleurs de l'établissement et non pas uniquement avec les travailleurs directement concernés par le licenciement collectif envisagé¹¹⁹. A ce propos, le Message du Conseil fédéral indique que le personnel peut déléguer son droit de négocier et conclure un plan social à un ou plusieurs syndicats et relève qu'il serait aussi possible que le syndicat négocie le plan social au nom du personnel, sous réserve de son approbation par les travailleurs¹²⁰. Force est toutefois d'admettre que la loi ne détermine pas les modalités d'une telle délégation. En dehors du champ d'application de l'art. 335i al. 3 let. a CO, qui, selon l'avis précité de la doctrine majoritaire, est très limité, il apparaît dès lors judicieux que les travailleurs de l'entreprise élisent une représentation, selon la procédure prévue aux art. 5 à 7 de la Loi sur la participation, afin de conduire la négociation au nom des travailleurs¹²¹. En l'absence d'une telle représentation des travailleurs, la négociation sera nécessairement conduite de manière informelle, le cas échéant avec l'intervention d'organisations syndicales ou d'avocats mandatés par certains travailleurs.

2. Le recours à des experts (al. 4)

75. Selon l'art. 335i al. 4 CO, les associations de travailleurs, les représentants des travailleurs ou les travailleurs peuvent se faire assister par des experts lors des négociations. Cette disposition étend, dans le champ d'application des art. 335h à 335k CO, le régime prévu à l'art. 14 al. 1 de la Loi sur la participation, qui ne

¹¹⁶ Message, FF 2010 5914.

¹¹⁷ Dans ce sens : SCHWAAB, p. 65.

¹¹⁸ TROILLET, p. 324.

¹¹⁹ Message, FF 2010 5914 ; MÜLLER, p. 238 ; ROCHAT POCHELON, p. 566.

¹²⁰ Message, FF 2010 5914.

¹²¹ Dans ce sens : ROCHAT POCHELON, p. 567 ; TROILLET, p. 325.

permet aux représentants des travailleurs de transmettre des informations qu'aux personnes qui ont qualité pour assurer la défense des intérêts des travailleurs, c'est-à-dire principalement aux organisations syndicales et aux avocats¹²². L'art. 335i al. 4 2^e phrase CO impose logiquement à ces experts une obligation de garder le secret à l'égard des personnes étrangères à l'entreprise (de la même manière que cela est prévu, à l'art. 14 al. 3 de la Loi sur la participation, pour les personnes qui ont qualité pour assurer la défense des intérêts du personnel).

76. En vertu de l'art. 11 al. 2 de la Loi sur la participation, qui prévoit que l'employeur doit soutenir la représentation des travailleurs dans ses fonctions, l'employeur doit prendre en charge les frais de ces experts ainsi que les frais juridiques encourus par la représentation des travailleurs ou les travailleurs directement pour la négociation du plan social¹²³.

3. Accord sur un plan social ou échec de la négociation

77. Dans le régime des art. 335h à 335k CO, il importe de déterminer précisément quand on peut considérer que les parties se sont accordées sur un plan social. En effet, selon l'art. 335j al. 1 CO, ce n'est qu'en l'absence d'un tel accord que le recours à l'arbitrage est possible.
78. Dans le cas où l'employeur doit négocier avec une ou plusieurs associations de travailleurs (art. 335i al. 3 let. a CO), l'accord de cette ou de ces associations est suffisant ; il n'est pas nécessaire que cet accord soit validé par un vote des travailleurs de l'entreprise. Etant donné que le droit suisse ne connaît pas de système d'exclusivité syndicale au sein des entreprises, il faut que toutes les organisations partenaires acceptent le plan social pour que l'on puisse considérer qu'il y a accord sur le plan social¹²⁴. Un accord qui n'est pas conclu avec l'ensemble des organisations partenaires est juridiquement valable en tant que convention collective (art. 356 CO), mais ne peut pas être qualifié d'accord sur un plan social au sens de l'art. 335j al. 1 CO ; dans ce cas, le recours à l'arbitrage reste donc ouvert.
79. Dans le cas où l'employeur doit négocier avec la représentation des travailleurs (art. 335i al. 3 let. b CO), celle-ci est habilitée à exercer seule les droits de participation prévus par la loi (art. 8 de la Loi sur la participation). Elle a donc la

¹²² FRITZ/SCHULER, pp. 75 s. ; WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 1319 ss.

¹²³ SCHWAAB, p. 131 ; TROILLET, pp. 329 s. ; WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 1313 s.

¹²⁴ Opinion contraire : MÜLLER, p. 239, qui propose, dans ce cas, un vote tenant compte de l'importance respective de la représentativité des organisations (cette proposition, qui crée une forme d'exclusivité syndicale, apparaît de toute façon difficile à mettre en œuvre dans la mesure où la majorité des travailleurs n'est souvent membre d'aucune organisation syndicale).

faculté de donner seule son accord à un plan social et il n'est pas nécessaire que cet accord soit validé par un vote des travailleurs de l'entreprise.

80. Dans le cas où l'employeur doit négocier directement avec les travailleurs (art. 335i al. 3 let. b CO), seul un vote des travailleurs de l'établissement – et non pas uniquement des travailleurs directement concernés – permet de déterminer s'il y a accord sur un plan social ; le plan social doit être considéré comme accepté si la majorité des votants – et non pas de l'ensemble des travailleurs de l'entreprise – s'exprime en faveur du plan social¹²⁵. Si un tel vote aboutit à un résultat positif, il n'y a plus de place pour le recours à l'arbitrage, y compris pour les travailleurs minorisés.

C. Le plan social établi par sentence arbitrale (art. 335j CO)

1. Cas particulier d'arbitrage obligatoire d'un conflit d'intérêts

81. Selon l'art. 335j al. 1 CO, si les parties ne parviennent pas à s'accorder sur un plan social, il y a lieu de saisir un tribunal arbitral.
82. Dans le système des relations collectives de travail, on distingue la négociation externe avec les organisations syndicales et la négociation interne avec la représentation des travailleurs, ou à défaut, avec les travailleurs directement.
83. L'ordre juridique suisse, qui garantit la liberté syndicale (art. 28 Cst.), reconnaît une large autonomie aux partenaires sociaux pour régler les conditions de travail, principalement au travers des conventions collectives de travail. Afin de peser dans la négociation collective et de pouvoir obtenir des conditions de travail déterminées, les syndicats peuvent, en dernier ressort, recourir à la grève (art. 28 al. 3 à 4 Cst.). En cas de conflit collectif, les pouvoirs publics peuvent imposer aux parties de recourir à une conciliation (art. 28 al. 3 *in fine* Cst.) : c'est la tâche des offices de conciliation des cantons – institués en vertu de la législation cantonale¹²⁶ conformément aux art. 30 ss LTrF¹²⁷ – et de la Confédération –

¹²⁵ MÜLLER, p. 240.

¹²⁶ BE : Loi concernant la Chambre de conciliation du 7 février 1978 (LCC ; RS/BE 833.21) ; FR : Loi instituant un Office de conciliation en matière de conflits collectifs de travail du 30 septembre 1988 (LOCCT ; RS/FR 862.2) ; GE : Loi concernant la Chambre des relations collectives de travail du 29 avril 1999 (LCRCT ; RS/GE J 1 15) ; JU : Loi concernant la Chambre cantonale de conciliation du 9 novembre 1978 (RS/JU 824.21) ; NE : Règlement concernant l'office de conciliation en matière de conflits collectifs de travail du 31 août 2009 (RS/NE 810.40) ; VD : Loi sur la prévention et le règlement des conflits collectifs du 28 octobre 2003 (LPRCC ; RS/VD 821.01) ; VS : art. 48 à 61 de la Loi cantonale sur le travail du 12 mai 2016 (LcTr ; RS/VS 822.1).

¹²⁷ RS 821.41.

institué par la Loi fédérale concernant l'Office fédéral de conciliation (LCT)¹²⁸. En vertu de l'autonomie tarifaire découlant de la liberté syndicale (art. 28 al. 1 Cst.), ces offices de conciliation publics interviennent subsidiairement aux offices de conciliation privés qui peuvent être institués par les partenaires sociaux (art. 33 LTrF) ; en outre, ces offices de conciliation publics peuvent proposer – mais jamais imposer – leur arbitrage aux parties en conflit (art. 34 LTrF et 5 LCT a contrario)¹²⁹. Les partenaires sociaux, dans les conventions collectives, peuvent en outre convenir de l'arbitrage privé des conflits collectifs.

84. La négociation interne des conditions de travail, relevant de la Loi sur la participation, est fondée sur la collaboration de bonne foi entre l'employeur et la représentation des travailleurs (art. 11 de la Loi sur la participation). Lorsqu'un droit de codécision est reconnu à la représentation des travailleurs, il s'impose de prévoir le recours à un arbitrage pour les cas dans lesquels les parties ne parviennent pas à un accord. La possibilité de recourir à l'arbitrage est ainsi prévue en matière de prévoyance professionnelle, domaine dans lesquels les travailleurs ont un droit de codécision¹³⁰ ; il est également prévu dans la loi allemande sur la participation (Betriebsverfassungsgesetz), notamment en matière de plans sociaux¹³¹.
85. Dans la mesure où, dans le champ d'application des art. 335h à 335k CO, un régime de codécision relatif au plan social est prévu, le recours obligatoire à l'arbitrage en cas d'échec des négociations est ainsi une solution logique. Les art. 335h à 335k CO ne dérogent dès lors au système général des relations collectives de travail que dans la mesure où ils intègrent, dans le cas prévu à l'art. 335i al. 3 let. a CO, les associations de travailleurs dans le régime de codécision avec recours à l'arbitrage obligatoire.
86. L'arbitrage en matière de plans sociaux ne porte pas sur un conflit de droit, mais sur un conflit d'intérêts (ou conflit économique). Il ne vise en effet pas à appliquer le droit, mais à créer du droit¹³², c'est-à-dire à créer des normes nouvelles applicables en lien avec le licenciement collectif projeté.

2. Instance compétente

87. L'art. 335j CO ne dit rien à propos de l'instance d'arbitrage compétente pour établir le plan social. Selon le Message, cette norme laisse toute latitude aux

¹²⁸ RS 821.42.

¹²⁹ CS CIT-BRUCHEZ/DONATIELLO, art. 357a N 19.

¹³⁰ Art. 11 al. 3^{er} LPP.

¹³¹ Par. 76 et 112 BetrVG.

¹³² Sur la distinction entre arbitrage de conflits de droit et arbitrage de conflit d'intérêts, voir : AUBERT, L'arbitrage, pp. 117 s. ; BOIS, Conflits collectifs, pp. 49 s.

parties pour désigner l'instance d'arbitrage. Le Message indique ainsi que peuvent intervenir en cette qualité l'office fédéral de conciliation ou un office cantonal de conciliation, un organe paritaire de conciliation ou d'arbitrage institué par une convention collective liant l'employeur, une instance d'arbitrage *ad hoc* ou encore une personne de confiance¹³³.

88. Etant donné que l'arbitrage en matière de plans sociaux ne constitue pas l'arbitrage d'un conflit juridique portant sur les prétentions d'une partie à l'encontre de l'autre partie (art. 354 CPC), mais un arbitrage d'un conflit d'intérêts visant à arrêter un plan social obligatoire (art. 335j al. 2 CO), c'est-à-dire à créer des dispositions normatives¹³⁴, les art. 353 ss CPC n'ont pas vocation à s'appliquer directement¹³⁵. En l'absence d'accord des parties sur l'instance d'arbitrage, il n'est donc pas possible de faire application de l'art. 362 CPC et de demander à l'autorité judiciaire prévue à l'art. 356 al. 2 CPC de nommer les arbitres.
89. Dans l'ordre juridique suisse, les seules instances publiques compétentes pour arbitrer des conflits d'intérêts entre employeurs et travailleurs sont les offices de conciliation cantonaux et l'office fédéral de conciliation. Comme indiqué plus haut, ces offices sont appelés à intervenir subsidiairement aux offices de conciliation privés prévus par les conventions collectives¹³⁶. Au vu de ce qui précède, en l'absence de compétence d'un organe de conciliation institué par une convention collective ou d'accord des parties sur une instance d'arbitrage *ad hoc*, il faut donc admettre que l'instance compétente pour établir le plan social, par voie de sentence arbitrale, est l'office cantonal de conciliation du lieu de l'établissement dans lequel intervient le licenciement collectif¹³⁷.

3. Déroulement de la procédure devant l'instance compétente

90. L'art. 335j CO ne dit également rien sur le déroulement de la procédure arbitrale. La référence faite par le Message aux art. 353 ss CPC¹³⁸ n'apparaît pas pertinente

¹³³ Message, FF 2010 5914.

¹³⁴ Voir ci-dessus IV.C.1.

¹³⁵ L'arbitrage au sens des art. 353 ss CPC est une alternative au recours aux tribunaux civils ; or, en matière d'établissements de plans sociaux, on ne saurait admettre qu'un tribunal civil puisse intervenir ; dans ce sens, BOIS, Participation, pp. 157 s. BLES/PIETRUSZAK, pp. 52 s., et WENGER/AUFRIHTIG, pp. 726 ss considèrent également que l'arbitrage prévu à l'art. 335j CO ne relève pas des art. 353 ss CPC et proposent de retenir la qualification d'expertise-arbitrage au sens de l'art. 189 CPC ; cette dernière qualification n'apparaît toutefois pas non plus adéquate puisque le tribunal arbitral prévu à l'art. 335j CO n'a pas pour mission d'établir des faits dans le contexte d'un différend individuel, mais d'établir des règles de droit.

¹³⁶ Voir ci-dessus IV.C.1.

¹³⁷ Pour une compétence des offices de conciliation en l'absence d'accord des parties à propos de l'instance arbitrale, voir également GEISER, p. 637.

¹³⁸ Message, FF 2010 5914.

au vu des développements qui précèdent¹³⁹. Tout au plus, l'instance arbitrale pourra-t-elle appliquer par analogie certaines de ces dispositions, lorsqu'une telle application peut apparaître pertinente pour aboutir à l'édition d'un plan social.

91. Lorsque l'instance chargée d'établir le plan social est un office de conciliation, il y a lieu d'appliquer les règles procédurales prévues dans la législation instituant cette instance¹⁴⁰. Lorsqu'il s'agit d'une instance d'arbitrage prévue par une convention collective, il s'agit d'appliquer, si elles existent, les règles de la convention collective prévues pour ces procédures d'arbitrage ; à défaut, il appartiendra à cette instance, par application analogique de l'art. 373 al. 2 CPC, de fixer la procédure. Lorsqu'il s'agit enfin d'une instance *ad hoc* désignée d'accord entre les parties, il appartient à celles-ci, et à défaut à l'instance désignée, de régler la procédure.
92. S'agissant des frais, la procédure devant un office de conciliation est en principe gratuite¹⁴¹. Lorsqu'une instance arbitrale instituée par une convention collective est appelée à intervenir, il y a lieu d'appliquer les règles de la convention collective sur la répartition des frais ; à défaut de telles règles, il se justifie, sauf circonstances exceptionnelles, de répartir par moitié les frais d'arbitrage entre l'employeur et les organisations syndicales. Lorsqu'une instance arbitrale *ad hoc* est désignée par les parties, il convient, avant le début de la procédure, que les parties fixent aussi les règles en matière de répartition des frais. S'agissant des frais encourus par les parties elles-mêmes, il se justifie, en tout cas lorsque la représentation des travailleurs ou les travailleurs sont parties à la procédure, de mettre ceux-ci à la charge de l'employeur en application de l'art. 11 al. 2 de la Loi sur la participation et de l'art. 335i al. 4 CO¹⁴².

4. Effets juridiques de la sentence arbitrale (al. 2)

93. Selon l'art. 335j al. 2 CO, le tribunal arbitral arrête un plan social obligatoire. Ce plan social, sous forme de « sentence arbitrale » selon la note marginale de l'article, ne saurait être qualifié de sentence au sens de l'art. 384 CPC. Il s'agit d'un acte normatif qui produit les mêmes effets juridiques qu'un plan social négocié¹⁴³ et qui, au même titre que les dispositions normatives d'une convention collective, peut être invoqué devant les tribunaux lors de litiges individuels.

¹³⁹ Les considérations de la doctrine sur l'application des art. 353 ss CPC en lien avec l'arbitrage des plans sociaux démontrent que ces dispositions, conçues pour des litiges juridiques, ne sont pas adaptées à cette matière : GEISER, pp. 837 s. ; WILDHABER, pp. 435 s.

¹⁴⁰ Voir ci-dessus IV.C.1 et nbp. 123.

¹⁴¹ TROILLET, p. 328. ; voir la législation citée à la nbp. 123.

¹⁴² Voir ci-dessus IV.B.2.

¹⁴³ Voir ci-dessus IV.A.1.

V. Voies de droit

A. Contestations relatives à la procédure de consultation et/ou de négociation du plan social

94. Les contestations relatives à la procédure de consultation et/ou de négociation du plan social sont des litiges en matière de participation. Selon l'art. 15 de la Loi sur la participation, les conflits découlant de cette loi ou d'une réglementation contractuelle de participation sont soumis aux autorités compétentes pour connaître des litiges relevant des rapports de travail, sous réserve de la compétence accordée aux organes de conciliation et d'arbitrage (al. 1). Ont qualité pour recourir – en réalité pour agir – les employeurs et les travailleurs intéressés et leurs associations. Dans ce dernier cas, seule l'action en constatation est admissible (al. 2).
95. En cas de licenciement collectif, les travailleurs peuvent agir en justice pour réclamer les renseignements prévus à l'art. 335f al. 3 CO ou pour obtenir le temps (art. 13 de la Loi sur la participation) et les moyens nécessaires (art. 11 al. 2 de la Loi sur la participation) pour la consultation et la négociation du plan social, notamment la prise en charge de frais juridiques ou de frais d'expertise¹⁴⁴. A moins que des mesures provisionnelles puissent être demandées, de telles procédures judiciaires ont peu d'utilité. En pratique, les offices cantonaux de conciliation, qui peuvent être appelés à édicter des plans sociaux en tant qu'instance d'arbitrage, sont souvent déjà appelés à intervenir à un stade antérieur, en tant qu'instance de conciliation, en cas de survenance de difficultés dans la consultation et la négociation.
96. Dans le régime ordinaire, où le recours obligatoire à l'arbitrage n'est pas prévu, les principaux litiges juridiques sont ceux fondés sur l'art. 336 al. 2 let. c CO, qui qualifie d'abusif le licenciement prononcé sans respecter la procédure de consultation prévue à l'art. 335f CO. Dans ce cas, l'indemnité maximale qui peut être réclamée par chaque travailleur licencié s'élève à deux mois de salaire (art. 336a al. 3 CO).
97. Les litiges en matière de Loi sur la participation, y compris les procédures individuelles fondées sur l'art. 336 al. 2 let. c CO, sont soumis à la procédure simplifiée (art. 243 al. 2 let. e CPC) et à la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 let. a CPC). En outre, dans ces procédures, quelle que soit la valeur litigieuse,

¹⁴⁴ Voir ci-dessus IV.B.2.

il ne peut pas être perçu de frais judiciaires tant en conciliation (art. 113 al. 2 let. e CPC), que devant les juges du fond (art. 114 let. d CPC)¹⁴⁵.

B. Contestations relatives au plan social

98. Le plan social conventionnel, qu'il soit conclu dans le cadre du régime ordinaire ou dans le cadre du régime des art. 335h à 335k CO, au même titre que la convention collective de travail, ne peut faire l'objet d'aucun recours devant une autorité judiciaire.
99. Le plan social édicté par une instance d'arbitrage privée (*ad hoc* ou prévue par une CCT), qui produit les mêmes effets juridiques qu'un plan social conventionnel, ne constitue pas une sentence arbitrale au sens de l'art. 384 CPC¹⁴⁶ et ne peut donc pas faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral en application de l'art. 389 CPC¹⁴⁷.
100. Le plan social édicté par un office cantonal de conciliation, soit une instance publique¹⁴⁸, doit être qualifié d'acte normatif cantonal de droit privé, au même titre qu'un contrat-type de travail cantonal¹⁴⁹ ou que l'extension d'une convention collective par l'autorité cantonale¹⁵⁰. Il faut donc admettre que ce plan social peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral (art. 82 let. b LTF). En revanche, le plan social édicté par l'Office fédéral de conciliation, qui doit être qualifié d'acte normatif fédéral de droit privé, au même titre qu'un contrat-type de travail fédéral ou que l'extension d'une convention collective par l'autorité fédérale, ne peut faire l'objet d'aucun recours auprès du Tribunal fédéral (art. 82 et 113 LTF *a contrario*).
101. La conformité au droit du plan social, qu'il soit établi par convention ou par voie d'arbitrage, peut être revue par la voie de l'action prévue à l'art. 15 de la Loi sur la participation. Le tribunal saisi doit avoir la possibilité d'annuler des clauses du plan social contraires au droit. L'annulation du plan social dans son entier est également envisageable si celui-ci a été conclu ou édicté en violation de l'art. 335h al. 2, de l'art. 335i CO ou de l'art. 335k CO. En raison de la liberté donnée par le législateur aux parties ou au tribunal arbitral dans la détermination du plan social, ce n'est qu'à des conditions très restrictives, c'est-à-dire lorsque le plan social apparaît arbitraire du fait de son caractère manifestement insuffisant ou manifestement exorbitant, qu'une annulation du plan social du fait

¹⁴⁵ CS CIT-BRUCHEZ/DONATIELLO/SCHWAAB, art. 335f N 50 ; BK-REHBINDER/STÖCKLI, art. 335f N 19.

¹⁴⁶ Voir ci-dessus IV.C.2-4.

¹⁴⁷ Opinion contraire : WYLER/HEINZER/WITZIG, pp. 771 s.

¹⁴⁸ ATF 71 I 33 ; TF 4A_53/2016 du 13 juillet 2016 ; 4A_24/2011 du 28 mars 2012, consid. 3.3.

¹⁴⁹ TF 4C_1/2019 du 6 mai 2019, consid.1.1.

¹⁵⁰ ATF 128 II 13, consid. 1 et 2 ; TF 2C_850/2016 du 13 novembre 2017, consid. 2.1.

de son contenu est envisageable ; pour le même motif, dans un tel cas, le tribunal saisi ne doit avoir la possibilité que d'annuler le plan social convenu ou édicté par le tribunal arbitral, et non de réformer celui-ci.

102. La conformité au droit de clauses du plan social peut enfin être revue, dans tous les cas, à l'occasion de litiges individuels relatifs à son application.

C. Sanctions pénales

103. La violation intentionnelle ou par négligence de l'obligation d'annonce des licenciements collectifs prévue à l'art. 29 LSE¹⁵¹ est sanctionnée par une amende (art. 39 al. 2 let. b et al. 3 LSE).

¹⁵¹ Voir ci-dessus I.B.

Bibliographie

ANDERMATT ARTHUR ET AL. (édit.), *Droit collectif du travail*, Bâle 2010 (cité : DCdT-AUTEUR).

AUBERT GABRIEL, *La nouvelle réglementation des licenciements collectifs et des transferts d'entreprises*, in : Aubert *et al.* (édit.), *Journée 1994 de droit du travail et de la sécurité sociale*, Zurich 1994, pp. 87 ss (cité : AUBERT, *La nouvelle réglementation*).

AUBERT GABRIEL, *L'arbitrage en droit du travail*, in : Aubert *et al.* (édit.), *Journée 1996 de droit du travail et de la sécurité sociale*, Zurich 1999, pp. 107 ss (cité : AUBERT, *Arbitrage*).

BLESİ ALFRED/PIETRUSZAK THOMAS, *Sozialplanpflicht bei Massentlassungen : Verhandlungspflicht trotz bestehendem Sozialplan ?* in : Băni/Obrist (édit.), *Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli*, Zurich/St-Gall 2014, pp. 47 ss.

BOIS PHILIPPE, *L'avant-projet de loi sur la participation*, in : *La Société anonyme suisse*, 1985, pp. 113 ss, reproduit in : Bois, *Etudes de droit social*, Zurich 1991, pp. 135 ss (cité : BOIS, *Participation*).

BOIS PHILIPPE, *Conflits collectifs de travail et condition du salarié*, in : Auer, *Mémoires publiés par la Faculté de droit Genève*, Genève 1978, reproduit in : Bois, *Etudes de droit social*, Zurich 1991, pp. 17 ss (cité : BOIS, *Conflits collectifs*).

BRUCHEZ CHRISTIAN/MANGOLD PATRICK/SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, *Commentaire du contrat de travail*, 4^e éd., Lausanne 2019.

CARRUZZO PHILIPPE, *Le contrat individuel de travail – Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations*, Zurich/Bâle/Genève 2009 (cité : CARRUZZO, *Commentaire*).

CARRUZZO PHILIPPE, *Licenciements collectifs – comparaison des droits suisse et européen*, in : Wyler (édit.), *Panorama II en droit du travail*, Berne 2012, pp. 715 ss (cité : CARRUZZO, *Licenciements collectifs*).

CURCHOD ALEXANDRE, *La Participation à l'aune du CPC fédéral*, in : Wyler (édit.), *Panorama II en droit du travail*, Berne 2012, pp. 779 ss.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, 2^e éd., Berne 2022 (cité : CS CIT-AUTEUR).

FRITZ MAX/SCHULER CARLA, *Das Mitwirkung im Arbeitsverhältnis*, 2^e éd., Zurich 2012.

GEISER THOMAS, *Sozialplanpflicht im schweizerischen Arbeitsrecht*, in : RJB 153/2017, pp. 817 ss.

ILG WALO C., *Kommentar über das Bundesgesetz über die Information des Arbeitnehmer in den Betrieben*, Zurich 1999.

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

MÜLLER MARTIN L., Sozialplanpflicht (Art. 335h-335k OR), *in* : ARV/DTA 4/2014, pp. 231 ss.

REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar – Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, Berner Kommentar, Berne 2014 (cité : BK-REHBINDER/STÖCKLI).

ROCHAT POCHELON CORINNE, L'obligation de négocier un plan social avec les travailleurs – Modalités et rôle possible des syndicats (art. 335h à 335k CO), *in* : Wyler (édit.), Panorama III en droit du travail, Berne 2017, pp. 541 ss.

SATTIVA SPRING CHRISTINE, Quelle nature juridique pour le plan social ?, *in* : Wyler (édit.), Panorama en droit du travail, Berne 2009, pp. 247 ss.

SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, Le licenciement collectif, Genève/Zurich/Bâle 2018.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag : Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012.

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), Commentaire romand – Code des obligations, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I-AUTEUR).

TROILLET ANNE, Plans sociaux : quelques questions pratiques liées à la mise en œuvre des articles 335h à 335k CO, *in* : Wyler/Meier/Marchand (édit.), Regards croisés sur le droit du travail : *Liber amicorum* pour Gabriel Aubert, Genève/Zurich/Bâle 2015, pp. 321 ss.

VUILLEUMIER LOREDANA, Les moyens de combat des travailleurs pour obtenir l'octroi d'un plan social en cas de licenciement collectif, *in* : Wyler (édit.), Panorama IV en droit du travail, Berne 2023, pp. 771 ss.

WENGER WERNER/AUFRICTIG JANINA, Ist das gemäss Art. 335j OR zu bestellende « Schiedsgericht » ein Schiedsgericht ?, *in* : Fankhauser/Widmer Lüchinger/Klingler/Seiler (édit.), Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Bâle 2016.

WILDHABER ISABELLE, Die neue Sozialplanpflicht – für die Praxis ein Buch mit sieben Siegeln, *in* : PJA 3/2015, pp. 427 ss.

WITZIG AURÉLIEN, Droit du travail, Zurich 2018.

WYLER RÉMY, Licenciements collectifs et plans sociaux : quelques aspects délicats ou controversés, *in* : Martinelli Peter/Campello (édit.), *Sviluppi e orientamenti recenti nel diritto del lavoro*, Collection latine, Vol. 40, Bâle/Lugano 2018, pp. 109 ss.

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS/WITZIG AURÉLIEN, Droit du travail, 5^e éd., Berne 2024.