

I. Notion de licenciement collectif

1. Des congés donnés par l'employeur pour un motif non imputable à la personne du travailleur...

Pour qu'un congé entre dans le champ d'application des art. 335d ss. CO, il doit intervenir à l'initiative de l'employeur.

Sont ensuite seuls significatifs les licenciements prononcés pour des raisons économiques, techniques ou organisationnelles. Ne sont par conséquent pas pris en considération les licenciements pour performances insuffisantes ou pour raison disciplinaire, dont le motif réside dans la personne même du travailleur ; si des motifs inhérents à la personne du travailleur et d'autres motifs expliquent le licenciement, la question est alors de savoir quelles sont les raisons déterminantes du congé (FACINCANI/SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 208-209).

A noter que les règles encadrant les licenciements collectifs ne s'appliquent pas en cas de cessation d'activité de l'entreprise intervenue sur ordre du juge ni en cas de licenciement collectif par suite de faillite ni en cas de concordat par abandon d'actifs (art. 335e al. 2 CO).

A. Cas particulier des congés-modification

On distingue deux types de congé-modification : le congé-modification à proprement parler (congé prononcé de manière formelle avec cette précision qu'il n'est pas applicable si les nouvelles conditions contractuelles sont acceptées) et le congé-modification au sens large (l'employeur soumet au travailleur une offre contractuelle, l'intention sous-jacente étant toutefois de le licencier s'il n'accepte pas cette offre) (FACINCANI/SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 209).

S'agissant des congés-modification à proprement parler (ou au sens étroit), il fait globalement congruence que l'employeur qui envisage de procéder à des licenciements assortis simultanément d'une offre de poursuivre les rapports de travail à des conditions modifiées doit d'emblée respecter la procédure de licenciement collectif si les seuils numériques (cf. infra I 3) sont atteints puisque l'employeur ne peut prétendre qu'il n'a pas atteint le stade où il envisage de procéder au licenciement (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., 2019, p. 677 ; FACINCANI/SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 209).

Pour le congé-modification au sens large, la question est plus débattue. Certains postulent que l'obligation de respecter la procédure de licenciement collectif ne prend naissance que si, ensuite des refus des travailleurs d'accepter les modifications proposées, l'employeur envisage de procéder à des licenciements dont le nombre atteint les seuils de l'art. 335d CO, étant précisé que ce nombre est calculé en fonction des travailleurs concernés par la résiliation à l'issue du processus ayant conduit certains d'entre eux à accepter les modifications proposées et d'autres à les refuser (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., 2019, p. 676).

D'autres font valoir que du moment que l'employeur a clairement signifié qu'il envisageait de résilier les contrats (ou s'en réservait le droit) au cas où les nouvelles conditions proposées ne seraient pas acceptées, la totalité des congés-modification proposés doit être prise en compte pour déterminer si le seuil pertinent est atteint, indépendamment du nombre de travailleurs qui sont effectivement licenciés parce qu'ils n'ont pas accepté les nouvelles conditions et indépendamment de l'intention de l'employeur de ne prononcer que les licenciements des seuls travailleurs n'acceptant pas les nouvelles conditions (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 34).

2. ...dans une période de référence de 30 jours...

Il s'agit d'un délai de 30 jours nets entre le premier et le dernier licenciement, qui ne coïncident pas forcément avec un mois civil. Le délai commence à courir dès la résiliation des rapports de travail et non leur fin. La date faisant foi est celle de l'envoi de la résiliation par l'employeur et non celle de sa réception par le travailleur (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 23).

Exemple : une entreprise licencie 15 collaborateurs le 1er octobre, 2 collaborateurs le 23 octobre et 29 collaborateurs le 17 novembre. Il se sera trouvé une période de 30 jours entre le 23 octobre et le 22 novembre durant laquelle 31 travailleurs auront été congédiés.

S'il lui est en principe loisible d'étaler plusieurs licenciements économiques sur une période de plus de 30 jours, l'employeur agit abusivement s'il étale des licenciements dictés par le même motif sur une période de plus de 30 jours sans raison objective relative au bon fonctionnement de l'entreprise ou pour tenir compte de l'état du marché du travail, à plus forte raison si c'est dans le dessein de priver les travailleurs des droits que leur confèrent les règles encadrant les licenciements collectifs (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 24).

B. Cas particulier des accords de résiliation

A suivre certains auteurs, les relations de travail qui prennent fin par convention ne sont pas prises en compte dans le cadre d'un licenciement collectif, sauf abus de droit manifeste (FACINCANI/SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 209).

A contrario, une partie de la doctrine postule que les accords de résiliation ou de résiliation par accord mutuel doivent être pris en compte s'ils interviennent à l'initiative de l'employeur dès lors que leur utilisation peut léser les autres travailleurs qui risquent tout simplement d'être privés de la procédure de consultation faute pour le quorum légal pertinent d'être atteint. Aussi, s'il existe un plan tendant à favoriser les départs volontaires ou si c'est l'employeur qui propose bilatéralement de conclure un accord de résiliation durant la période de référence (cf. infra I 2) (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 25-26), la fin des rapports de travail qui en découle doit être comptée comme congé donné par l'employeur au sens de l'art. 335d CO ou (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 25-26).

3. ...excédant un certain seuil dans le même établissement

Fixés à l'art. 335d CO, les seuils pertinents sont les suivants :

- 10 licenciements lorsqu'un établissement emploie habituellement entre 21 et 99 collaborateurs ;
- 10% de licenciements lorsqu'un établissement emploie habituellement entre 100 à 299 employés ;
- 30 licenciements lorsqu'un établissement emploie habituellement au moins 300 collaborateurs.

La protection des travailleurs contre la résiliation en temps inopportun (art. 336c CO) subsiste en cas de licenciement collectif. Pour permettre le respect de la procédure de licenciement collectif tout en assurant la protection des travailleurs, il convient d'englober dans le calcul du nombre de travailleurs concernés par le licenciement collectif tous les employés dont le licenciement est envisagé, même s'ils bénéficient d'une protection contre le

licenciement en temps inopportun. Dans le cas contraire, un établissement comptant plus de 20 mais moins de 100 travailleurs et qui souhaite licencier 10 employés dont une femme enceinte, pourrait soutenir qu'il n'est pas tenu de respecter la procédure de licenciement collectif dès lors qu'il ne peut licencier la travailleuse enceinte (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., 2019, p. 668).

Il n'est pas toujours facile de déterminer des seuils précis concernant le nombre d'employés. L'effectif du personnel peut fluctuer. La formule « habituellement » employée dans le texte de la loi autorise à conclure que des fluctuations à court terme ne sont pas prises en compte dans la détermination de ce chiffre. La disposition de l'art. 335d CO relative au licenciement collectif s'applique au groupe de travailleurs suivants : employés à plein temps ou à temps partiel, apprentis, stagiaires et volontaires, tous les collaborateurs qui effectuent leur temps d'essai ainsi que les personnes sous contrat de durée déterminée supérieure à trois mois. Les travailleurs qui ne sont engagés qu'en raison d'un cumul d'activité à court terme (soldes, période de Noël, travaux de clôture des comptes) ou pour remplacer des personnes en vacances ou malades, ainsi que les employés sous contrat de durée déterminée de moins de trois mois ne sont pas à prendre en considération (FACINCANI/SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 208).

La notion d'établissement n'est pas définie en droit suisse et, vu l'origine européenne des règles relatives au licenciement collectif, il est fréquent de tirer un parallèle avec la réglementation de l'Union européenne. Selon la Cour de justice européenne, le terme « établissement » désigne à l'art. 1 al. 1 let. a de la directive 98/59 l'entité dont font partie les travailleurs concernés par le licenciement. La question de savoir si cette entité a une direction habilitée à procéder à des licenciements collectifs de sa propre initiative n'est pas déterminante pour la définition du terme d'établissement. Dans l'arrêt Athinaïki Chartopoïia (C 270/05, EU:C:2007:101), la Cour de justice a précisé ce terme, considérant notamment qu'« aux fins de l'application de la directive 98/59, peut ainsi notamment constituer un «établissement» dans le cadre d'une entreprise, une entité distincte, présentant une certaine permanence et stabilité, qui est affectée à l'exécution d'une ou de plusieurs tâches déterminées et qui dispose d'un ensemble de travailleurs ainsi que de moyens techniques et d'une certaine structure organisationnelle permettant l'accomplissement de ces tâches ». En employant les expressions « entité distincte » et « dans le cadre d'une entreprise », la Cour de justice a établi clairement que les termes « entreprise » et « établissement » diffèrent l'un de l'autre et que l'établissement fait normalement partie d'une entreprise. Ce qui ne saurait toutefois exclure – dans la mesure où une entreprise ne dispose pas de plusieurs entités distinctes – que l'établissement et l'entreprise puissent ne faire qu'un (FACINCANI/SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 209).

A noter que concurremment au droit privé (CO), le droit public fédéral impose aux employeurs d'annoncer (cf. infra II 4) à l'office du travail compétent toute fermeture d'entreprise et tout licenciement d'« un nombre important de travailleurs » (art. 29 al. 1 de la Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services ; RS 823.11 ; ci-après : LSE) et qu'est réputé « important » le licenciement de 10 travailleurs

ou plus (art. 53 de l'Ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services ; RS 823.11 ; ci-après : OSE). Les cantons ont la faculté d'abaisser ce seuil. A l'exception de Vaud et de Berne, les cantons romands (Jura, Genève, Neuchâtel et Valais) imposent ainsi une obligation d'annonce dès lors que - dans la période de référence de 30 jours (cf. supra I 2) - 6 licenciements sont projetés.

II. Déroulement de la procédure de licenciement collectif

1. Avant-propos

Le respect des obligations légales concernant un licenciement collectif naît au moment même où l'employeur envisage concrètement d'engager une telle mesure. Si le licenciement collectif est une simple option prise en considération, ces obligations ne s'imposent pas encore (ATF 123 III 176).

L'important est que la décision définitive de procéder aux licenciements ne puisse tomber qu'au terme de la procédure imposée par la loi. Aussi, toute communication faite aux travailleurs ou à la presse par l'employeur au cours de cette période doit impérieusement être formulée avec circonspection sous peine de se voir reprocher l'absence d'une convenable consultation.

2. Phase d'information

L'employeur a un devoir d'information envers tous les travailleurs occupés dans l'établissement touché par le licenciement collectif et pas uniquement ceux qui sont concernés, soit ceux qui ont reçu la notification de leur licenciement (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 55).

La finalité du devoir d'information étant de permettre aux travailleurs de formuler des propositions et non d'informer des tiers ou le public, l'employeur est fondé à exiger un engagement de confidentialité des récipiendaires (ATF 137 III 162 in JdT 2012 II 198, p. 202).

Les devoirs de l'employeur à ce stade se subdivisent en une obligation de renseignement d'une part et de communication d'autre part.

A. Obligation de communication

L'obligation de communication aux travailleurs, ou à leur représentation, s'il en existe une, doit être satisfaite par écrit et porte au moins sur les informations suivantes (art. 335f al. 3 CO) :

- a. les motifs du licenciement collectif ;
- b. le nombre des travailleurs auxquels le congé doit être signifié ;
- c. le nombre des travailleurs habituellement employés ;
- d. la période pendant laquelle il est envisagé de donner les congés.

Une copie de la communication adressée à la représentation des travailleurs ou aux travailleurs doit impérativement être transmise à l'office cantonal du travail compétent (à Genève : il s'agit du service juridique de l'Office cantonal de l'emploi, OCE) ; la non-remise de cette copie constituerait une violation de l'obligation de consultation (FACINCANI/SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 210).

B. Obligation de renseignement

L'obligation de renseignement est plus large et porte sur tous les renseignements utiles, soit ceux qui permettent à la représentation des travailleurs ou aux travailleurs d'examiner les possibilités de formuler des propositions alternatives en vue d'éviter les licenciements ou d'en atténuer les conséquences (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., 2019, p. 678).

On entend généralement par-là des informations sur la possibilité de transferts au sein de l'établissement ou du groupe, sur la réorganisation de la répartition des tâches, sur les moyens permettant d'indemniser les travailleurs qui quittent l'établissement à titre volontaire, ou sur des mises à la retraite anticipées (FACINCANI/SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 210).

Par opposition aux éléments d'information devant de par la loi être communiqués en vertu de l'art. 335f al. 3 CO), l'employeur n'est pas tenu de transmettre les renseignements utiles de sa propre initiative (FACINCANI/SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 210). Formellement, les renseignements doivent être fournis sous une forme appropriée permettant l'examen de solutions concrètes (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., 2019, p. 678), si bien que la forme écrite n'est pas automatiquement requise (ATF 137 III 162 in JdT 2012 II 198, p. 202).

3. Phase de consultation

A. Finalité et obligations réciproques des parties prenantes

La consultation a pour but d'aboutir à un consensus ou, plus exactement, d'éviter si possible un licenciement collectif, d'en limiter le nombre ou à tout le moins d'en atténuer les conséquences (FACINCANI/SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 210).

En vertu de l'art. 11 al. 1 de Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (RS 822.14 ; ci-après : Loi sur la participation) l'employeur et les travailleurs ont, dans le cadre de la participation dans l'entreprise – dont fait partie la procédure de consultation en cas de licenciement collectif (art. 10 let. c Loi sur la participation) – à collaborer selon le principe de la bonne foi.

Il s'ensuit que la procédure de consultation doit être menée avec sérieux, ce qui implique notamment que l'employeur examine les propositions formulées par les travailleurs ; il ne peut mener une procédure pour la simple bonne forme, en sachant d'emblée pertinemment qu'il n'examinera pas et n'entrera pas en matière sur d'éventuelles propositions (Arrêt du Tribunal fédéral 4A_571/2008 du 5 mars 2009, consid. 3.1).

B. Durée et principe d'unicité

La consultation est réputée commencée au moment où l'employeur communique par écrit les informations prévues par l'art. 335f al. 3 CO et non dès l'instant où les travailleurs sont en possession de toutes les « informations utiles » (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 52).

Les travailleurs doivent disposer d'un délai raisonnable pour remettre leurs propositions. Ce délai varie en fonction de l'urgence et de la complexité du projet ainsi que du degré d'organisation des travailleurs (FACINCANI/SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 210).

A Genève, l'OCE préconise de manière générale « une dizaine de jours » de consultation, étant précisé qu'il s'agit là de jours ouvrables uniquement. Par sécurité toutefois, un employeur prudent sera invité à respecter un délai de 15 jours ouvrables, ce qui correspond par exemple au minimum requis par les autorités compétentes vaudoises.

Les travailleurs sont tenus de formuler simultanément toutes les propositions utiles à l'évitement et à l'accompagnement des licenciements projetés ; ils ne peuvent exiger d'agir en deux temps, à savoir, formuler dans un premier temps des propositions en vue d'éviter les congés ou d'en limiter le nombre, puis dans un deuxième temps, des propositions en vue d'atténuer les conséquences des licenciements envisagés (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., 2019, p. 681).

3^{bis}. Phase de négociation d'un plan social

A. Notion et types de plans sociaux

Au sens de la loi, un 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 (art. 335i al. 1 CO).

L'employeur peut décider de proposer ou de négocier un plan social de son propre chef. On parle alors de plan social facultatif. Il peut aussi être tenu de négocier un plan social, soit en vertu d'une obligation conventionnelle, soit - depuis le 1^{er} janvier 2014 - en vertu d'une obligation légale ; le plan social est dans ce cas obligatoire.

B. Conditions légales d'établissement d'un plan social obligatoire

En vertu de l'art. 335i al. 1 CO, l'obligation légale de négocier un plan social survient lorsqu'une entreprise ou établissement (l'unité de référence est débattue : voir à cet égard WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., 2019, p. 694 et WITZIG, Droit du travail, 2018, p. 239 N 653) employant habituellement 250 personnes ou plus (cf. supra l 3) entend résilier le contrat d'au moins 30 travailleurs (cf. supra l 1) dans un délai de 30 jours (cf. supra l 2) pour des motifs de gestion non inhérents à leur personne (cf. supra l 1).

Les licenciements qui sont étalés dans le temps mais dictés par les mêmes motifs sont additionnés (art. 335i al. 2 CO) ; sont ici concernés les licenciements visés par une même décision économique (Message du Conseil fédéral du 8 septembre 2010 relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (droit de l'assainissement), FF 2010 5871, p. 5913).

Lorsque l'employeur envisage ab initio un licenciement en plusieurs phases en raison de circonstances d'entreprise (délocalisation progressive par exemple), il doit additionner tous les licenciements envisagés. En

revanche, si l'employeur envisage de bonne foi une seule vague de licenciement, mais que dans un deuxième temps, en raison de la non-réalisation de ses prévisions initiales ou d'autres circonstances, il envisage de nouveaux licenciements à titre de mesure nouvelle, il n'a pas lieu de procéder à l'addition des différents licenciements. En présence d'une nouvelle vague de licenciements, il appartient à l'employeur de justifier les motifs qui lui permettent de se soustraire à l'addition prescrite par l'art. 335i al. 2 CO puisque lui seul détient ces informations. Le temps écoulé entre les vagues de licenciements est un critère important. Sauf circonstances particulières, il est présumé qu'à partir de six mois, il n'y a en principe plus lieu d'additionner les licenciements (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., 2019, p. 694).

C. Situations excluant ou tempérant l'obligation d'établir un plan social

Le régime juridique régissant les plans sociaux obligatoires ne trouve pas à s'appliquer dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, tant en cas de faillite que de concordat (art. 335k CO).

En tout état, le plan social ne doit pas mettre en danger l'existence de l'entreprise (art. 335h al. 2 CO). Par ce biais, le législateur a entendu exclure que des entreprises souhaitant se restructurer pour des raisons économiques ne renoncent à leur projet parce que la loi les oblige à mettre en place un plan social (Message du Conseil fédéral du 8 septembre 2010 relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (droit de l'assainissement), FF 2010 5871, p. 5912).

La mise en danger de l'entreprise est une notion non encore déterminée entraînant une grande insécurité juridique. On en déduit généralement que l'application du plan social ne doit pas créer de mise en danger pour d'autres emplois au sein de l'entreprise. L'appréciation ne doit pas uniquement porter sur les liquidités ou le bilan de l'entreprise, mais tenir également compte de sa capacité concurrentielle sur les marchés considérés (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., 2019, p. 698-699 et la référence citée).

Lorsqu'un plan social mettrait en danger l'existence de l'entreprise, il peut soit en résulter une dispense d'établir un plan social ou une limitation de son étendue, appréciée au regard des implications financières qu'il présente (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4e éd., 2019, p. 699). Il revient à l'employeur de prouver que l'existence de l'entreprise est menacée par les moyens à engager pour le plan social (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 123).

D. Articulation avec les obligations en matière de licenciement collectif

Les obligations relatives aux licenciements collectifs (art. 335f et 335g CO) et celles relatives aux plans sociaux (335i CO) sont cumulatives. En principe, la négociation devrait débuter dès que l'employeur envisage de procéder aux licenciements d'au moins 30 travailleurs, soit simultanément à la procédure de consultation prévue à l'art. 335f CO. Cela étant, l'employeur peut procéder aux licenciements dès qu'il a respecté les exigences figurant aux art. 335f (cf. supra II 2 et 3) et 335g (cf. supra II 4) CO si les négociations au sujet d'un plan social n'ont pas abouti ou même commencé. Aussi, l'obligation de négocier un plan social est une conséquence et non une condition de ces licenciements (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., 2019, p. 695-696).

E. Obligation de négociation

Lorsque les conditions de l'art. 335i CO sont réunies, l'employeur est tenu de négocier dans le but de conclure un plan social, avec une obligation de résultat (Message du Conseil fédéral du 8 septembre 2010 relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (droit de l'assainissement), FF 2010 5871, p. 5913. Aussi, par opposition à l'obligation de consultation prévalant en matière de licenciements collectifs, l'obligation de négocier un plan social instaure au bénéfice des travailleurs un véritable droit à la codécision (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., 2019, p. 696).

Il n'est pas rare que des employeurs prévoyants aient - hors de toute contraire conjoncturelle

- négocié avec leurs travailleurs ou leurs représentants des plans sociaux « pour le cas où », destinés à ne trouver application qu'au cas où ils devraient procéder à un licenciement collectif avec négociation obligatoire. Toutefois, de tels « plans sociaux » ne satisfont pas aux réquisits des art. 335h ss. CO prescrivant que le plan social doit être négocié au moment du licenciement collectif, en tenant compte de la situation de l'employeur, des travailleurs et du marché de l'emploi au moment considéré (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 120).

F. Parties à la négociation

Trois cas de figure sont à distinguer :

Dans les cas où l'employeur est lié en qualité de partie à une Convention collective de travail (ci-après : CCT), ce qui est en particulier le cas en présence d'une CCT d'entreprise, il est tenu de négocier avec le ou les syndicats contractants (art. 335i al. 3 let. a CO) ; tel n'est en revanche pas le cas lorsque la CCT s'applique en raison de l'appartenance de l'employeur à une association patronale, d'une décision d'extension (art. 4 de la Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail ; RS 221.215.311) ou de soumission individuelle à la CCT en vertu de l'art. 356b CO (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., 2019, p. 697).

Lorsqu'il n'est pas directement partie à une CCT et qu'une représentation des travailleurs a été constituée conformément aux art. 5ss. de la Loi sur la participation, l'employeur est tenu de négocier avec cette représentation (art. 335i al. 3 let. b CO), qui bénéficie alors d'une compétence exclusive (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., 2019, p. 697) .

Lorsqu'il n'est pas directement partie à une CCT et qu'aucune représentation des travailleurs n'a été constituée, l'employeur négocie directement avec les travailleurs (art. 335i al. 3 let. c CO, qui bénéficient d'un droit collectif de négociation pour lequel ils doivent s'organiser (Arrêt du Tribunal fédéral 4A_173/2011, consid. 4.2) ; tous les travailleurs doivent être associés à la négociation du plan social, y compris ceux qui ne seraient par hypothèse pas directement touchés par les licenciement envisagés (WITZIG, Droit du travail, 2018, p. 239-240 N 656).

En toute hypothèse, les associations de travailleurs, les représentants des travailleurs ou les travailleurs peuvent se faire assister par des experts lors des négociations (art. 335i al. 4 CO).

G. Contenu du plan social

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 (art. 335h al. 1 CO).

Le contenu d'un plan social ne connaît guère de limite. Il peut contenir toutes sortes de mesures visant à atténuer la rigueur des licenciements, soit sous forme de compensation financière, soit d'aide à la recherche d'un nouvel emploi ou à l'exercice d'une nouvelle activité (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 108).

A titre exemplatif, le catalogue suivant peut être établi (<https://www.lausanne.ch/vie-pratique/travail/protection-des-travailleurs/travailleur/contrat-de-travail-regles/licenciement-collectif.html>) :

- mise en place de délai de congé plus court, rallongement du délai de préavis, libération de l'obligation de travailler ;
- paiement d'indemnité en fonction de la situation du travailleur (âge, ancienneté, position hiérarchique) ;
- soutien au reclassement professionnel, prise de contact avec d'autres entreprises, aide à l'élaboration d'un dossier de candidature (lettre de motivation, curriculum vitae, etc.) ;
- prise en charge des frais de formation continue visant la réintégration du travailleur dans la vie active ;
- compensation du salaire en cas de nouvel emploi moins bien rémunéré ou de chômage pendant une certaine durée ;
- encouragement aux départs volontaires avec indemnités ;
- priorité au réengagement dans une autre entreprise du groupe ;
- paiement de «rentes de ponts» jusqu'à ce que le travailleur atteigne l'âge de la retraite ;
- prise en charge des frais de déplacement pour le travailleur dont la nouvelle activité

serait plus éloignée ou mise à disposition d'un logement de service dont le loyer est pris en charge ;

- prolongation de la couverture de l'assurance-accident de 180 jours aux frais de l'employeur ou transfert dans l'assurance individuelle perte de gain avec prise en charge des primes (ou d'une partie) par l'employeur.

H. Conséquences en cas d'inaboutissement des négociations

Lorsque les parties à la négociation ne parviennent pas à un accord, un tribunal arbitral peut être saisi (art. 335j al. 1 CO). Ce tribunal arbitral peut être choisi librement ; il peut être saisi par l'une des parties ou les deux (WITZIG, Droit du travail, 2018, p. 240 N 657). En cas de désaccord sur le choix du tribunal arbitral, l'office de conciliation fédéral ou cantonal est compétent (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 132).

Le tribunal arbitral arrête un plan social obligatoire (art. 335j al. 2 CO). A cet effet, il doit se mettre à la place des partenaires sociaux ayant mené une négociation constructive d'égal à égal, qui n'ont certes pas accepté n'importe quoi, mais ont été disposés à faire des compromis raisonnables compte tenu de la situation de l'entreprise, de sa branche, de la conjoncture et du marché du travail ; sa marge de manœuvre sera d'autant plus grande qu'il ne dispose pas de propositions formulées et chiffrées provenant des parties (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 134).

I. Conséquences en cas de violation de la procédure de négociation

Si l'employeur viole l'obligation de négocier, en se soustrayant ou en retardant de manière infondée les négociations (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., 2019, p. 696), il ne respecte pas la procédure imposée par la loi (art. 335i CO) et il s'ensuit que tous les licenciements sont abusifs en vertu de l'art. 336 al. 2 let. c CO ; chaque travailleur licencié est alors en droit de réclamer une indemnité s'élevant au maximum à un montant correspondant à 2 mois de son salaire (art. 336a al. 3 CO).

4. Phase de notification

Une fois la consultation achevée, l'employeur est tenu de notifier par écrit à l'office cantonal de l'emploi le projet de licenciement ; copie de cette notification devant être transmise aux travailleurs (art. 335g al. 1 CO).

La notification doit contenir les résultats de consultation, à savoir les contre-propositions non retenues des travailleurs, ainsi que tous les renseignements utiles (pour l'office) concernant le projet de licenciement collectif (art. 335g al. 2 CO) (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 90).

Comme évoqué ci-avant (cf. supra I 3), le droit public - tant fédéral que cantonal - peut se superposer aux règles du CO. Applicable sur l'ensemble du territoire national, l'art. 53 al. 3 OSE oblige, dès que le projet de licenciement collectif concerne un minimum de 10 travailleurs, l'employeur à annoncer :

- le nombre, le sexe et la nationalité des travailleurs touchés ;
- le(s) motif(s) des licenciements ;
- la branche à laquelle appartient l'entreprise qui licencie des employés ;
- la date de la fin des rapports de service.

A Genève, l'art. 24A de la Loi sur le service de l'emploi et la location de services (RS J 2 05 ; ci-après : LSELS) impose supplétivement aux employeurs que soient notamment communiqués à titre de renseignements utiles :

- le nombre total des employés de l'entreprise, le nombre et la liste nominative des travailleurs concernés, avec des renseignements d'état civil complets, la fonction exercée, le nombre d'années de service ainsi que le dernier salaire annuel réalisé dans l'entreprise ;
- les dispositions envisagées par l'entreprise en faveur du personnel licencié ;
- la situation économique de l'entreprise.

Le but de la notification est de permettre à l'autorité cantonale de « trouver des solutions aux problèmes posés par le licenciement collectif projeté » (art. 335g al. 3 CO) et donc de faire, elle aussi, des contre-propositions pour atténuer la rigueur du licenciement collectif, sur la base des effets que ce dernier pourrait avoir sur le marché local de l'emploi (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 90).

Les travailleurs sont libres de faire part de leurs propres observations à l'office du travail (art. 335g al. 3 2^{ème} phr. CO). Celui-ci n'a toutefois pas pour mandat de vérifier que la procédure de consultation a été respectée, cette prérogative relevant de la seule compétence des tribunaux, au cas où les travailleurs feraient valoir que les licenciements sont abusifs (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 91).

III. Conséquences du licenciement collectif

1. Lorsque la procédure légale est respectée

A. Fin des rapports de travail

Les contrats de travail résiliés dans le cadre d'un licenciement collectif prennent fin 30 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 effet à un terme ultérieur (art. 335g al. 4 CO).

Ce délai de 30 jours se présente ainsi comme un délai minimum, en ce sens que le contrat de travail prend fin à la plus lointaine des deux échéances entre le délai contractuel de résiliation de chaque contrat individuel et l'expiration du délai de 30 jours (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., 2019, p. 684). Autrement dit, un contrat de travail dénoncé dans le cadre d'un licenciement collectif prend fin au plus tôt 30 jours après la notification du projet de licenciement collectif à l'office du travail (FACINCANI/SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 210).

Le délai de 30 jours se calcule en jours calendaires, sans report au prochain terme. Ainsi, en cas de notification faite à l'office cantonal du travail le 15 juillet, le délai arrive à échéance le 15 août (Message du Conseil fédéral du 27 mai 1992 sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE, FF 1992 V 1, p. 407). De nature relativement impérative, le délai de 30 jours peut être prolongé mais non abrégé (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., 2019, p. 684).

B. Risque relatif aux contrats de durée déterminée

Aux termes de la loi, les dispositions relatives au licenciement collectif s'appliquent aux contrats de durée déterminée, lorsque du fait de celui-ci, ceux-là prennent fin avant l'expiration de la durée contractuellement convenue (art. 335e al. 1 CO).

Le sens et la portée de cette disposition est controversée. D'aucuns en déduisent qu'un contrat à durée déterminée peut être résilié avant le terme convenu pour justes motifs, lorsqu'aucune autre alternative n'est possible ; les difficultés doivent être admises d'autant plus largement que la durée du contrat restant à courir est longue (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., 2019, p. 673-674).

D'autres y voient simplement l'indication qu'au moment de calculer si les seuils de l'art. 335d CO sont atteints, il faut compter les résiliations avec effet immédiat de contrats de durée déterminée intervenues au cours de la période de référence de 30 jours, à moins qu'elles n'aient été prononcées pour un motif inhérent à la personne du travailleur, et concluent sur ce que l'employeur qui résilie un contrat de durée déterminée avant son échéance au motif d'une mauvaise situation économique sera vraisemblablement condamné à verser l'indemnité de l'art. 337c CO équivalant au salaire qu'aurait perçu le travailleur jusqu'à l'expiration convenue du contrat (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 38-39).

2. Lorsque la procédure légale n'est pas respectée

A. Conséquences de droit privé

i. Indemnité pour licenciement abusif

L'art. 336 al. 2 let. c CO prévoit que si l'employeur ne respecte pas la procédure de consultation en cas de licenciement collectif (; supra II 2 et 3), tous les licenciements sont réputés abusifs, ce qui permet à chaque travailleur licencié de réclamer une indemnité s'élevant au maximum à un montant correspondant à 2 mois de salaire (art. 336a al. 3 CO).

ii. Fin des rapports de travail

Une résiliation prononcée suite à une violation des prescriptions formelles en matière de licenciement collectif demeure valable (ATF 132 III 406, consid. 2.3 in SJ 2007 I 129). Aussi, le délai contractuel de congé court dès la réception de la résiliation par chaque travailleur concerné, mais le contrat ne prendra toutefois fin qu'à la double expiration du délai de congé contractuel et du délai légal de 30 jours ; si un travailleur reçoit dans le contexte d'un licenciement collectif son congé le 30 juin pour le 31 juillet et que l'office n'en est informée que le 15 juillet, le congé demeurera valable, mais ne produira effet que le 15 août (Message du Conseil fédéral du 27 mai 1992 sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE, FF 1992 V 1, p. 407).

Lorsque par hypothèse l'employeur omet totalement d'informer l'office compétent des licenciements, le délai légal de 30 jours ne peut commencer à courir et se pose alors la question de savoir à quel moment le rapport de travail a pris fin.

Dans ce cas de figure, l'employeur qui ne remplit pas ses devoirs et qui empêche se faisant toute intervention conciliatrice de l'office cantonal du travail ne doit pas être mieux placé que celui qui procède à un avis tardif et qui, cela fait, ne peut résilier les rapports de travail que pour un terme plus lointain. Le rapport de travail est alors réputé se poursuivre jusqu'au moment où aucune intervention de l'office n'eût pu avoir d'effet utile, soit en principe au plus tôt au moment où le travailleur a commencé un nouvel emploi, étant précisé à cet égard que l'employeur n'est en demeure de verser la rémunération que si le travailleur a fourni sa prestation de travail ou offert ses services car ce dernier ne peut rester totalement inactif et prétendre ensuite au paiement rétroactif de son salaire (ATF 132 III 406, consid. 2.5 et 2.6 in SJ 2007 I 129 ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4^e éd., 2019, p. 685 et la référence citée).

B. Conséquences de droit public

En vertu du droit fédéral (art. 29 al. 1 et 39 al. 2 let. b LSE cum art. 53 al. 1 OSE), l'employeur qui omet d'annoncer tout licenciement collectif de 10 personnes ou plus est sanctionné d'une amende pouvant s'élever à CHF 40'000.-. Le droit cantonal prévoit ses propres sanctions s'agissant des prescriptions qu'il fixe. Sur le territoire genevois, le contrevenant à la LSELS encourt une amende de CHF 5'000.- au plus, étant signalé que le droit genevois allant plus loin que la LSELS et son ordonnance, une violation du droit fédéral s'accompagne toujours d'une inobservance des obligations cantonales.

IV. Proposition de marche à suivre condensée pour satisfaire dans les meilleurs délais aux prescriptions légales

1. Simultanément :

- Transmission aux travailleurs ou à leur représentation des informations prévues par l'art. 335f al. 3 CO (cf. supra II 2 A) en impartissant un délai suffisant (cf. supra II 3 B) pour formuler des propositions ;
- Transmission à l'office cantonal du travail d'une copie de l'ensemble des documents adressés aux travailleurs.

2. A l'expiration du délai de consultation imparti, transmission à l'office cantonal du travail du résultat de la consultation (cf. supra II 4) ;

3. Après examen sérieux (cf. supra II 3 A) des contre-propositions des travailleurs et de l'office cantonal du travail, notification des licenciements.



Serge Fasel

Associé

sfasel@fbt.ch



Romain Baume

Avocat stagiaire

rbaume@fbt.ch

FBT
A V O C A T S

Genève

Rue du 31-Décembre 47
Case postale 6120
CH – 1211 Genève 6
+41 22 849 60 40
info@fbt.ch

Paris

4, avenue Hoche
F – 75008 Paris
+33 1 45 61 18 00
info@fbt-avocats.fr