

Stéphanie Fuld / Olivier Depierre

## **Condensé de la nouvelle institution du plan social en droit du travail (art. 335h à 335k CO)**

---

Acht Monate nach dem Inkrafttreten der neuen Artikel 335h bis 335k OR über die Verhandlungspflicht und die obligatorische Aufstellung eines Sozialplans in bestimmten Fällen der Massenentlassungen, stellen die Autoren praxisrelevante Fragen. Sie werfen einen kritischen Blick auf verschiedene aktuelle Lehrmeinungen und schlagen Lösungen vor. (sk)

---

Beitragsarten: Beiträge  
Rechtsgebiete: Arbeitsrecht

Zitiervorschlag: Stéphanie Fuld / Olivier Depierre, Condensé de la nouvelle institution du plan social en droit du travail (art. 335h à 335k CO), in: Jusletter 29. September 2014

## Table des matières

- 1 Introduction
- 2 Du cadre légal de l'obligation de négocier et de conclure un plan social
- 3 Des seuils prévus et du délai de 30 jours
- 4 De l'étendue du plan social et d'une différenciation au sein des employés
- 5 Des questions financières liées à l'application du plan social
- 6 Conclusion

### 1 Introduction

[Rz 1] Dans le cadre de la révision du droit de l'assainissement des entreprises, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier dernier, a été institutionnalisée l'obligation pour l'employeur et les employés concernés par une mesure de licenciement collectif de conclure un plan social. A l'occasion des débats parlementaires, l'idée d'une convention avait tout d'abord été envisagée par l'intégration au texte de l'art. 335f du Code des obligations (CO) de la mention « *en vue de parvenir à un accord* ». Cet ajout n'ayant finalement pas été adopté, la doctrine avait relevé que la Suisse conservait dès lors une divergence avec le droit européen<sup>1</sup> et en particulier avec les droits français et allemand, lesquels connaissent en effet déjà l'institution du plan social<sup>2</sup>.

### 2 Du cadre légal de l'obligation de négocier et de conclure un plan social

[Rz 2] Pour rappel, l'obligation de conclure un plan social pour les entreprises privées n'est en réalité que la transposition d'une institution déjà existante en droit public (cf. art. 31 al. 4 de la loi sur le personnel de la Confédération [LPers]).

[Rz 3] Selon l'art. 335i al. 1 CO, l'entreprise<sup>3</sup> employant au moins 250 personnes et entendant résilier le contrat de travail d'au moins 30 d'entre elles pour des motifs de gestion non inhérents à leur personne dans un délai de 30 jours (au sens de la définition du licenciement collectif, cf. art. 335d CO *ab initio*) devra convenir d'un plan social avec ses employés<sup>4</sup>, afin d'éviter les licenciements, d'en limiter leur nombre ou d'en atténuer les conséquences, sans pour autant que ledit plan ne mette en danger l'existence de l'entreprise (art. 335h al. 2 CO). En cas d'échec des négociations visant à la conclusion d'un accord, le plan social sera obligatoirement arrêté par un tribunal arbitral (art. 335j CO). L'art. 335k CO prévoit cependant que les dispositions précitées ne sont pas applicables dans un cas de licenciement collectif effectué pendant une procédure de faillite ou une procédure concordataire aboutissant à la conclusion d'un concordat<sup>5</sup>. Enfin,

---

<sup>1</sup> PHILIPPE CARRUZZO, *Licenciements collectifs — comparaison des droits suisse et européen*, in Panorama II en droit du travail, Rémy Wyler (éd.), Stämpfli, Berne, 2012, p. 746, 747 et 750.

<sup>2</sup> CHRISTINE SATTIVA SPRING, *Droit privé / Quelle nature juridique pour le plan social*, in Institut du droit des assurances et du travail (ID-AT) Band/Nr. 35, Rémy Wyler (éd.), Stämpfli, Berne, 2009, p. 247—253.

<sup>3</sup> Acception qu'il faut comprendre dans le sens d'*établissement*. Cf. RÉMY WYLER / BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 3e éd., Stämpfli, Berne, 2014, p. 559 et les références citées.

<sup>4</sup> Soit l'ensemble de ceux-ci, une représentation élue ou un syndicat, cf. WYLER / HEINZER, *op. cit.*, p. 556, la forme de représentation choisie pouvant se faire assister d'experts tenus au secret à teneur de l'art. 335ial. 4 CO.

<sup>5</sup> Etant donné qu'en cas d'insolvabilité la nouvelle formulation de l'alinéa 2 de l'art. 335eCO prévoit, d'une part, que les règles sur le licenciement collectif ne sont pas applicables et que, d'autre part, la masse en faillite est de toute manière insuffisante dans la plupart de cas pour satisfaire les prétentions salariales nouvellement introduites étant

relevons que ce même art. 335k CO est une disposition absolument impérative au sens de l'art. 361 CO, à savoir qu'il ne peut y être dérogé ni au détriment de l'employeur ni au détriment de l'employé. En revanche, les obligations de négocier (art. 335i CO) et de saisir un tribunal arbitral en cas d'échec des négociations (art. 335j CO) sont des dispositions de nature relativement impérative, soit auxquelles il ne peut pas être dérogé au détriment du seul employé (cf. art. 362 al. 1 CO).

### 3 Des seuils prévus et du délai de 30 jours

[Rz 4] Comme cela a déjà été exposé *supra*, à teneur de l'art. 335i al. 1 CO, l'obligation de négocier un plan social incombe à tout établissement employant habituellement au moins 250 employés (let. a) qui entend licencier au moins 30 personnes dans un délai de 30 jours pour des motifs de gestion non inhérents à leur personne (let. b).

[Rz 5] En comparaison avec la définition de base du licenciement collectif de l'art. 335d CO, il apparaît que le seuil de 250 employés s'intègre dans celui de l'art. 335d ch. 2 CO, à savoir le congé donné à 10% des travailleurs d'une entreprise qui en compte entre 100 et 300, quand bien même l'obligation de conclure un plan social ne naît que dès le nombre fixe de 30 licenciements. Ainsi, en appliquant les seuils fixés par le législateur, un établissement comptant 240 employés et qui souhaiterait licencier 40 personnes aurait certes l'obligation de respecter la procédure de consultation (art. 335f et 335g CO) mais ne serait pas tenu de parvenir à un plan social, alors même qu'un autre établissement comptant 260 employés et qui entendrait également licencier 40 personnes y serait quant à lui tenu. Cette distinction est importante. En effet, SCHWAAB relève à juste titre que la violation de l'un ou l'autre des nouveaux articles 335h à 335k CO n'est pas sanctionnée par la loi<sup>6</sup>. Mais cet auteur estime néanmoins que le fait de mener des négociations de manière non sérieuse ou de mauvaise foi créerait un caractère abusif au congé à teneur de l'art. 336 al. 2 let. c CO, à savoir pour non-respect de la procédure de consultation<sup>7</sup>. Cette argumentation ne saurait être suivie. Dans le cadre des changements législatifs qui nous occupent ici, le législateur n'a en effet pas ajouté à l'art. 336 al. 2 let. c CO une quelconque mention de l'art. 335i CO ou du non-respect de l'obligation de négocier et de conclure un plan social. Ainsi, l'obligation de consulter les travailleurs ne se confond pas avec l'obligation de négocier un plan social. Dès lors, et sauf à considérer — selon nous à tort — que cette omission ne serait qu'un oubli du législateur, force est de constater que dans l'hypothèse que nous envisagions précédemment s'agissant d'un établissement comptant 260 employés, la volonté du législateur fut de ne pas octroyer un motif de congé abusif dans les cas où un établissement ne respecterait pas l'obligation de négocier et de conclure un plan social tout en respectant pour autant la procédure de consultation.

[Rz 6] Cela étant, un établissement ne peut se soustraire à l'obligation d'établir un plan social en échelonnant ses licenciements sur une période supérieure à 30 jours, alors même que ces li-

---

donné que les créances déjà existantes ne le sont en général pas. Cf. Message du Conseil fédéral relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (droit de l'assainissement) — ci-après « Message Droit de l'assainissement », du 8 septembre 2010, in FF 2010 5871, p. 5915. JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB, *Les nouvelles règles sur les plans sociaux obligatoires (art. 335h—k CO)*, in Revue de droit du travail et d'assurance-chômage (ARV/DTA), Zürich, 2013, p. 291.

<sup>6</sup> SCHWAAB, *op. cit.*, p. 288.

<sup>7</sup> *Ibid.*

licenciements reposeraient par hypothèse tous sur la même décision économique. Dans un tel cas en effet, tous les licenciements doivent être additionnés (art. 335i al. 2 CO) ; et l'entreprise serait tout de même obligée de négocier un plan social<sup>8</sup>. WYLER et HEINZER distinguent ici deux cas de figure. Si l'employeur envisage d'emblée un licenciement en plusieurs phases (par exemple en raison d'une délocalisation progressive ou d'un ralentissement des affaires), l'obligation de négocier peut devoir également porter sur les employés licenciés antérieurement et qui auraient dès lors dû bénéficier de l'obligation de la négociation du plan social si le délai avait été respecté<sup>9</sup>. En revanche, « lorsque l'employeur envisage de bonne foi une seule vague de licenciements, 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 mesures nouvelles, il n'y a pas lieu de procéder à l'addition des licenciements fondés sur de nouvelles circonstances »<sup>10</sup>. Dans un tel cas de figure, selon ces mêmes auteurs, il appartient en effet à l'employeur de justifier les motifs qui lui permettent de se soustraire à l'addition des licenciements au sens de l'art. 335i al. 2 CO « étant précisé que l'importance de l'écoulement du temps entre les vagues de licenciements successives est un indice selon lequel la nouvelle vague n'est pas fondée sur les mêmes motifs »<sup>11</sup>. Cette distinction doit être saluée, avec selon nous la précision que le fardeau de la preuve à charge de l'employeur devra porter tant sur la bonne foi de son intention de ne procéder qu'à une seule vague de licenciements (art. 3 al. 2 du Code civil [CC]) que sur l'existence de ses prévisions initiales et sur la démonstration de ce que ces prévisions ne se sont effectivement pas réalisées *a posteriori*.

#### 4 De l'étendue du plan social et d'une différenciation au sein des employés

[Rz 7] Dans son Message, le Conseil fédéral dresse une liste exemplative des différentes formes de mesures pouvant être comprises dans le plan social. Avant la fin des rapports de travail, il en va ainsi par exemple de la mise en place de délais de congé plus courts pour l'employé que pour l'employeur, du paiement de cours de reconversion, de la mise en place d'un service de placement professionnel, de la compensation du salaire en cas d'affectation à un autre poste (rien n'excluant d'ailleurs ici que cette compensation puisse faire l'objet d'un accord limité dans le temps avec un nouvel employeur), comme de la possibilité de continuer à disposer de logements de service, voire de la contribution aux frais de déplacement pour se rendre à un nouveau poste de travail<sup>12</sup>. S'agissant des mesures ne pouvant être prises qu'à la fin des rapports de travail, le Conseil fédéral cite le paiement d'indemnités, la mise en place d'un plan de retraite anticipée, les prestations pour les cas de rigueur et le paiement de gratifications<sup>13</sup>. La doctrine y ajoute encore le paiement des primes d'ancienneté ou de rentes-pont jusqu'à l'arrivée à l'âge de la retraite, la libération de travailler durant le délai de congé<sup>14</sup>, la protection de l'un des deux membres du couple (dans le

---

<sup>8</sup> Message *Droit de l'assainissement*» (cf. note 5), p. 5913. WYLER / HEINZER, *op. cit.*, p. 559.

<sup>9</sup> WYLER / HEINZER, *op. cit.*, p. 559.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> WYLER / HEINZER, *op. cit.*, p. 559—560.

<sup>12</sup> Message *Droit de l'assainissement*, p. 5912. Une alternative serait par exemple la prise en charge des frais de déménagement liés à la relocalisation de l'employé et de sa famille.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> SCHWAAB, *op. cit.*, p. 281.

cas où les deux conjoints sont concernés par un licenciement), la prolongation de la couverture LAA pendant 180 jours au plus, voire même le transfert dans l'assurance individuelle perte de gain avec la participation de l'employeur au paiement des primes<sup>15</sup>.

[Rz 8] Le plan social peut en outre ne concerner qu'une partie des employés de l'entreprise, ne viser qu'une situation déterminée<sup>16</sup> ou contenir des différences de traitement entre employés, pour autant que celles-ci ne soient ni discriminatoires<sup>17</sup>, ni arbitraires, ni autrement illicites<sup>18</sup>. Ainsi, l'employé qui refuserait un poste de travail approprié qui lui serait proposé par l'entreprise pourrait ne recevoir qu'une indemnité réduite, voire aucune indemnité tout court<sup>19</sup>. De même, le paiement d'une indemnité pourrait n'être prévu que pour l'employé n'ayant pas retrouvé un emploi au terme du délai de congé<sup>20</sup>.

## 5 Des questions financières liées à l'application du plan social

[Rz 9] L'art. 335h al. 2 CO exige que la mise en place du plan social ne mette pas en danger l'existence de l'entreprise. Le but recherché est ici d'empêcher que des exigences excessives et contre-productives ne puissent être formulées et que des entreprises devant être restructurées<sup>21</sup>, ne puissent mettre en place les restructurations nécessaires en raison des contraintes financières liées à l'obligation d'appliquer le plan social. Les dispositions retenues n'exigent donc pas de l'entreprise qu'elles provisionnent les coûts des mesures envisageables ou ne s'assure contre les risques de la mise en place d'un plan social, afin notamment d'éviter, comme le relève le Conseil fédéral, que l'entreprise ne préfinance des mesures qui pourraient ne jamais être prises et dont les coûts seraient tout simplement incalculables à l'avance<sup>22</sup>.

[Rz 10] La prise en charge des frais liés à la saisine et au travail obligatoires d'un tribunal arbitral en cas d'échec des négociations n'est pas prévue par la loi. Tout au plus, le Message du Conseil fédéral soulève l'idée que les parties puissent tout d'abord désigner une instance de conciliation<sup>23</sup>. Si les parties acceptent dès lors de saisir l'office fédéral de conciliation, la procédure sera gratuite, tout ou partie des frais pouvant cependant être mis à la charge de la partie qui aurait témérairement provoqué ou entravé la procédure<sup>24</sup>. A l'inverse du choix d'un tribunal étatique, comme l'office précité ou une institution cantonale, la saisine d'un tribunal arbitral désigné dans la convention collective de travail éventuellement applicable, ou d'un tribunal *ad hoc*, entraîne quant à elle la répartition des frais entre les parties, dans la mesure où l'assistance judiciaire est

---

<sup>15</sup> WYLER / HEINZER, *op. cit.*, p. 557 et les références citées.

<sup>16</sup> ATF 133 III 213, p. 215—216, consid. 4.3.1.

<sup>17</sup> Message *Droit de l'assainissement*, p. 5912.

<sup>18</sup> WYLER / HEINZER, *op. cit.*, p. 558. Arrêt du Tribunal fédéral du 28 février 2013 dans la cause 4A\_610/2012, consid. 2.4.

<sup>19</sup> Message *Droit de l'assainissement*, p. 5912.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Plutôt que « souhaitant » l'être, comme le mentionne le message du Conseil fédéral, *ibid.*

<sup>22</sup> Message *Droit de l'assainissement*, p. 5913.

<sup>23</sup> Message *Droit de l'assainissement*, p. 5914.

<sup>24</sup> Art. 4 al. 2 de la loi fédérale concernant l'Office fédéral de conciliation en matière de conflits collectifs du travail, RS 821.42.

exclue en matière arbitrale à teneur de l'art. 380 du Code de procédure civile (CPC)<sup>25</sup>.

## 6 Conclusion

[Rz 11] La nouvelle institution du plan social laisse un certain nombre de questions ouvertes, la jurisprudence étant encore quasi inexistante à ce jour. Au nombre de ces questions, l'absence de sanctions particulières en cas de non-respect des dispositions concernées peut surprendre. Il convient cependant de ne pas envisager à la hâte des solutions allant à l'encontre de la lettre de la loi. Cela étant, la généralité voulue par le législateur dans la définition du contenu du plan social est de bonne augure pour les établissements concernés, dans la mesure où ces derniers peuvent ainsi faire preuve de créativité dans les moyens à mettre en œuvre pour éviter des licenciements, en limiter le nombre ou à tout le moins en atténuer les conséquences. On pensera par exemple à l'offre de modifier le contrat de travail existant, pour une durée limitée, avec à la clé une baisse de salaire répartie au *pro rata* sur tous les employés d'un même établissement, laquelle, aussi peu souhaitable qu'elle soit, aurait pour le moins comme effet soit d'éviter qu'un seul licenciement ne soit prononcé soit d'entraîner des départs « volontaires ». Nul doute que les futures décisions à rendre par les tribunaux sur ce sujet seront à suivre avec attention.

---

Me STÉPHANIE FULD, Associée, BCCC Avocats Sàrl

Diplômée de la Haute Ecole de Santé de Genève en 1990, licenciée en droit en 1996 puis admise en barreau genevois en 1997, Me Stéphanie Fuld est spécialiste FSA en droit du travail. Anciennement conseillère juridique de *Pro Mente Sana* (2000) puis membre de la direction des ressources humaines à l'Office du Personnel de l'Etat de Genève (2002-2005), elle rejoint l'Etude BCCC Avocats Sàrl en 2008 et en devient associée en 2012. Distinguée par le guide indépendant Chambers Europe en 2010, 2011, 2012 et 2013 sous la rubrique *Employment*, Me Fuld conseille des entreprises suisses et internationales en droit social, en droit du travail, en droit des étrangers et en droit de la sécurité sociale. Elle enseigne régulièrement le droit du travail, le secret professionnel et le droit des patients à la Haute Ecole de Santé de Genève depuis 2010. Egalement membre du Comité de l'Association romande des spécialistes en droit du travail (Arosdt), elle donne régulièrement des conférences et publie en droit du travail dans divers médias de Suisse romande.

Me OLIVIER DEPIERRE LL.M., BCCC Avocats Sàrl

Licencié en droit de l'Université de Genève en 2003, puis assistant en droit pénal en 2004, Me Olivier Depierre a été responsable juridique et compliance auprès d'intermédiaires financiers à Genève entre 2005 et 2012. Il est également *Trust and Estate Practitioner* au sein de la *Society of Trust and Estate Practitioners* depuis 2009, titulaire d'un certificat en *Compliance Management* du Centre de Droit Bancaire et Financier de l'Université de Genève délivré en 2010, ainsi que d'un LL.M. en droit bancaire et financier, avec mention, délivré par ce même Centre en 2012. Me Depierre effectue actuellement son stage d'avocat à l'Etude BCCC Avocats Sàrl à Genève et publie régulièrement en droit bancaire et financier auprès de divers médias de Suisse romande.

---

<sup>25</sup> Comme le rapelle SCHWAAB, *op. cit.*, p. 289.