

Transfert des rapports de travail

Analyse des droits des travailleurs dans les transferts d'entreprises, en particulier dans les procédures de fusion et de scission d'entreprises ainsi que de transfert de patrimoine.

MÉMOIRE DE MASTER

Sous la direction du Professeur Jean-Philippe DUNAND

Par Valentin Botteron

Table des matières

Table des matières	II
Bibliographie	V
Travaux préparatoires.....	X
Liste des abréviations	XI
I. Introduction	1
II. L'art. 333 CO et la Loi sur la fusion	3
A. Origine but et nature de l'art 333 CO	3
B. Champ d'application de l'art. 333 CO	5
1. « L'entreprise ou une partie d'entreprise »	5
2. « Transfert d'entreprise à un tiers »	5
3. Conservation de l'identité de l'entreprise	7
4. Dépendance du rapport de travail avec l'entreprise ou la part d'entreprise transférée.....	8
C. La loi sur la fusion : Genèse et buts de la loi sur la fusion	8
1. Historique.....	8
a) Généralités	8
b) L'introduction de la protection des travailleurs dans le projet de loi.....	10
2. Définition du rapport de travail dans la LFus.....	11
3. Formes d'adaptation des structures juridiques des sociétés dans la LFus	12
a) Fusion.....	12
b) Scission	13
c) Transfert de patrimoine.....	14
d) Transformation de sociétés	14
D. Les renvois de la LFus à l'art. 333 CO.....	15
1. Renvoi constitutif ou déclaratif ?	16
a) Quel type de renvoi ?	16
b) Rapports entre l'art. 333 al. 1 CO et les dispositions de la LFus (renvoi) ...	18
2. Renvoi global ou renvoi au contenu matériel de la norme (Gesamtnorm- / Sachnormverweisung) ?	18
E. Effets juridiques de l'art. 333 CO	21
1. Transfert automatique des rapports de travail de l'art 333 al. 1 CO et son rapport avec les dispositions de la LFus	21
a) En général	21
b) Dans la fusion.....	22

c) Dans la scission.....	24
aa) L'art. 333 al. 1 CO est constitutif du transfert	25
bb) La liste des rapports de travail est constitutive du transfert.....	27
cc) Le contrat de transfert et l'inventaire sont constitutifs du transfert.....	28
d) Dans le transfert de patrimoine.....	29
e) Conclusion.....	32
2. Droit d'opposition du travailleur (333 al. 1 CO <i>in fine</i>)	32
a) Champ d'application	33
b) Forme de l'opposition	33
c) Délai de l'opposition.....	34
d) Effets de l'opposition	34
e) Titularité du droit d'opposition.....	34
f) Le cas de la prohibition de faire concurrence	35
3. Persistance de la convention collective de travail (333 al. 1bis CO)	37
a) Généralités	37
b) La collision de CCT	38
4. Responsabilité solidaire (333 al. 3 CO).....	39
a) Dans le code des obligations.....	39
b) Dans la LFus	40
5. Transfert individuel du travailleur (333 al. 4 CO).....	43
6. Interdiction de licencier pour le seul motif du transfert (333 al. 1 <i>a contrario</i>)	44
III. Droit d'information et consultation du représentant des travailleurs (333a CO /	28
LFus)	46
A. La Loi sur la participation	46
B. Devoir d'information	47
C. Consultation du représentant des travailleurs.....	48
D. Sanctions.....	49
1. Contrainte de l'employeur	49
2. Responsabilité de l'employeur en cas de violation.....	50
3. L'action en interdiction de l'inscription au registre du commerce de la LFus..	50
a) Nature de l'action.....	50
b) Compétence à raison de la matière.....	51
c) Compétence à raison du lieu	52
d) Procédure applicable.....	53
e) Titularité du droit.....	53

aa) La légitimation active de la représentation des travailleurs	53
bb) La légitimation active des travailleurs	53
f) Effets	54
IV. Protection du représentant des travailleurs (336 al. 3 CO).....	56
V. Protection des travailleurs dans les transferts d'entreprises pour cause d'insolvabilité	58
A. La jurisprudence européenne	58
B. La jurisprudence suisse	60
C. La doctrine	61
D. La révision du droit de la poursuite pour dettes et la faillite	63
1. Historique	63
2. Modifications proposées	65
VI. Droits des travailleurs dans les transferts internationaux	67
A. Opération par immigration	67
1. La fusion de l'étranger en Suisse	67
2. La scission de l'étranger en Suisse.....	68
3. Le transfert de patrimoine de l'étranger en Suisse.....	68
B. Opération par émigration	68
1. La fusion de Suisse vers l'étranger	68
2. La scission de Suisse vers l'étranger	69
3. Le transfert de patrimoine de Suisse vers l'étranger	69
C. Conclusion	69
VII. Conclusion	71

Bibliographie

AMSTUTZ MARC/MABILLARD RAMON, *Fusionsgesetz (FusG) Kommentar*, Bâle 2008. (cité : AMSTUTZ/MABILLARD)

AUBERT GABRIEL, *Commentaire des articles 319 à 362 in : Commentaire Romand, Code des obligations I*, THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (Éd.), Genève 2012. (cité : AUBERT, CR-CO)

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, *Commentaire de l'art. 340c CO in : Commentaire du contrat de travail*, DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (Éd.), Berne 2013. (cité : AUBRY GIRARDIN)

BACHMANN ROLAND, *Das Arbeitsverhältnis im Konkurs des Arbeitgebers*, Berne 2005. (cité : BACHMANN)

BAHAR RASHID, *Commentaire des art. 29 et 73 LFus in : Commentaire LFus*, PETER HENRY/TRIGO TRINDADE RITA (Éd.), Genève/Zurich/Bâle 2005. (cité : BAHAR, *Commentaire LFus*)

BAUEN MARC/BERNET ROBERT/ROULLIER NICOLAS, *La société anonyme suisse*, Zurich 2007. (cité : BAUEN/BERNET/ROULLIER)

BAUEN MARC/JEGHER GION/WENGER BORIS/ZEN-RUFFINEN MARIE-NOËLLE, *Merger Law/Loi sur la fusion/Fusionsgesetz/Legge sulla fusione*, Zurich/Bâle/Genève 2005. (cité : BAUEN/JEGHER/WENGER/ZEN-RUFFINEN, *Merger Law*)

BAUER OLIVIER, *Der Arbeitnehmerschutz im Fusionsgesetz*, Thèse, Bâle 2007. (cité : BAUER)

BAUMANN ROBERT, *Die Übertragung von Arbeitnehmerdaten bei Betriebsübergängen*, PJA 2004 638ss. (cité BAUMANN, PJA 2004)

BAUMGARTNER URS L., *Commentaire des articles 27 et 28 in : Basler Kommentar, Fusionsgesetz*, WATTER ROLF/VOGT NEDIM PETER/TSCHÄNI RUDOLF/DAENIKER DANIEL (Éd.), Bâle 2005. (cité : BAUMGARTNER, BSK-FusG)

BERETTA PIERA, *Commentaire des articles 69 à 78 in : Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz*, VISCHER FRANK (Éd.), Bâle/Zurich 2012. (cité : BERETTA, ZK-FusG)

BIEBER ROLAND/MAIANI FRANCESCO, *Précis de droit européen*, 2^{ème} édition, Berne 2011. (cité : BIEBER/MAIANI)

BOHNY PETER, *Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot*, Thèse Bâle, Zurich 1989. (cité : BOHNY)

BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/WAEBER JEAN-BERNARD/BRUCHEZ CHRISTIAN, *Commentaire du contrat de travail*, 3^{ème} édition mise à jour et complétée, Lausanne 2010. (cité : BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ)

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

CHENAUX JEAN-LUC/MARTIN FRANÇOISE, *Commentaire de l'art. 333 CO* in : *Commentaire du contrat de travail*, DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (Éd.), Berne 2013. (cité : CHENAUX/MARTIN)

COURVOISIER MATTHIAS, *Commentaire de l'art. 163a LDIP* in : *Fusionsgesetz Handkommentar*, BAKER & MCKENZIE (Éd.), Berne 2003. (cité : COURVOISIER, *B&M Handkommentar*)

DASSER FÉLIX, *Gerichtsstand und anwendbares Recht unter dem Fusionsgesetz* in : *Neue Tendenzen im Gesellschaftsrecht : Festschrift für Peter Forstmoser*, VON DER CRONE/WEBER/ZÄCH/ZOBL (Éd.) Zurich/Bâle/Genève 2003. (cité : DASSER)

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (Éd.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013. (cité : [AUTEUR], *commentaire du contrat de travail*)

FRICK JOACHIM, *Commentaire des articles 69 à 72* in : *Fusionsgesetz Handkommentar*, BAKER & MCKENZIE (Éd.), Berne 2003. (cité : FRICK, *B&M Handkommentar*)

GEISER THOMAS, *Arbeitsrechtliche Fragen bei Sanierungen* in : *Sanierung der AG*, ROBERTO VITO (Éd.), Zurich/Bâle/Genève 2003. (cité : GEISER, *Sanierung der AG*).

GEISER THOMAS, *Die Stellung des Arbeitnehmenden nach dem Fusionsgesetz* in : *PJA 7 2004*, Lachen 2004. (cité : GEISER, *PJA 2004*).

GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, deuxième édition, Berne 2012. (cité : GEISER/MÜLLER)

GELZER THOMAS, *Commentaire des articles 18 à 22* in : *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz*, VISCHER FRANK (Éd.), Bâle/Zurich 2012. (cité : GELZER, *ZK-FusG*)

GENOUD RACHEL, *Transfert des rapports de travail lors de transmissions d'entreprises : des progrès importants apportés par le nouveau droit* in : *EC 6-7 2004*, Zurich 2004. (cité : GENOUD, *EC 2004*)

GLANZMANN LUKAS, *Umstrukturierungen : Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes*, 2^{ème} édition, Berne 2008.

GUILLAUME FLORENCE, *Commentaire des chapitres 9 et 10* in : *Commentaire Romand, Loi sur le droit international privé*, BUCHER ANDREAS (Éd.), Bâle 2011. (cité : GUILLAUME, *CR-LDIP*)

HUBSCHMID URSULA, *Commentaire des articles 27 et 28* in : *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz*, VISCHER FRANK (Éd.), Bâle/Zurich 2012. (cité : HUBSCHMID, *ZK-FusG*)

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

KASPER SABINA, *Information Governance im Arbeitsverhältnis, Regulatorischer Rahmen für Unternehmensinformationen aus betrieblicher Mitwirkung, Gesellschaftsrecht und Gesamtarbeitsverträgen*, Thèse, Berne 2008. (cité : KASPER)

KOLLER THOMAS, *Die miet- und arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2003* in : *Revue de la société des juristes bernois* 140 2004, p. 483 – 542. (cité KOLLER, *RSJB* 2004).

KRADOLFER DEAN ANDREAS, *Der Betriebsübergang – Auswirkungen auf das Individualarbeitsverhältnis : Eine arbeitsrechtliche Abhandlung unter Berücksichtigung des gesellschaftsrechtlichen und des erbrechtlichen Betriebsübergangs*, Thèse, St-Gall 2008. (cité : KRADOLFER)

LORANDI FRANCO, *Keine Anwendung des Art. 333 Abs. 3 OR (Solidarhaftung des Erwerbers eines Betriebes) im Falle des Konkurses* in : *PJA* 9 2003, p. 1093 – 1003. (cité : LORANDI, *PJA* 2003)

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Frage der Anwendbarkeit von Art. 333 Abs. 1 OR in : einem Insolvenzverfahren – Swissair*, *JAAC* 66.8, pp. 103 – 112.

PELLATON NICOLAS, *Le transfert de patrimoine dans la LFus, à la lumière notamment des notions de patrimoine et d'inventaire*, Neuchâtel 2008. (cité : PELLATON)

PETER HENRY/TRIGO TRINDADE RITA, *Commentaire LFus*, Genève/Zurich/Bâle 2005. (cité : PETER/TRIGO TRINDADE)

PFEIFFER MICHAEL/SCHWANINGER PREISS MARTINA, *Commentaire des art. 36 à 42* in : *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz*, VISCHER FRANK (Éd.), Bâle/Zurich 2012. (cité : PFEIFFER/SCHWANINGER PREISS, *ZK-FusG*)

PORTMANN WOLFGANG, *Commentaire des articles 319 à 362* in : *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Éd.), Bâle 2011. (cité : PORTMANN, *BSK-OR*)

REINERT PETER, *Commentaire des art. 27, 49 et 76 LFus* in : *Fusionsgesetz Handkommentar*, BAKER & MCKENZIE (Éd.), Berne 2003. (cité : REINERT, *B&M Handkommentar*)

SCHUMACHER RETO T., *Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz*, Thèse, Zurich 2005. (cité : SCHUMACHER).

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7^{ème} édition, Zurich/Bâle/Genève, 2012. (cité : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH)

SUBILIA OLIVIER/DUC JEAN-LOUIS, *Droit du travail : éléments de droit suisse*, nouvelle édition, revue et augmentée, de l'ouvrage commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 2010. (cité : SUBILIA/DUC)

TRIGO TRINDADE RITA, *Commentaire de l'art. 3 LFus* in : *Commentaire LFus*, PETER HENRY/TRIGO TRINDADE RITA (Éd.), Genève/Zurich/Bâle 2005. (cité : BAHAR, *Commentaire LFus*)

TSCHÄNI RUDOLPH/MEINHARDT MARCEL/PAPA ROBERTA, *Commentaire de l'art. 22* in : *Basler Kommentar, Fusionsgesetz*, WATTER ROLF/VOGT NEDIM PETER/TSCHÄNI RUDOLF/DAENIKER DANIEL (Éd.), Bâle 2005. (cité : TSCHÄNI/MEINHARDT/PAPA, *BSK-FusG*)

TURIN NICHOLAS, *Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion*, Bâle 2003. (cité : TURIN)

VISCHER FRANK, *Commentaire du chapitre 10* in : *Zürcher Kommentar zum IPRG*, GIRSBERGER DANIEL/HEINI ANTON/KELLER MAX/KOSTKIEWICZ JOLANTA KREN/SIEHR KURT/VISCHER FRANK/VOLKEN PAUL (Éd.), Zurich/Bâle/Genève 2004. (Cité : VISCHER, *ZK-IPRG*)

VISCHER FRANK, *Der Einzelarbeitsvertrag* in : *Schweizerisches Privatrecht VII/4 : Der Arbeitsvertrag*, VON BÜREN ROLAND/GIRSBERGER DANIEL/KRAMER ERNST A./SUTTERSOMM THOMAS/TERCIER PIERRE/WIEGAND WOLFGANG (Éd.), troisième édition, Bâle/Genève/Munich 2005. (cité : VISCHER, *Der Einzelarbeitsvertrag*)

VISCHER FRANK, *Des principes de la loi sur la fusion et de quelques questions controversées* in : *Revue suisse de droit des affaires (RSDA) 2004*, pp. 155ss. (cité : VISCHER, RSDA 2004)

VISCHER FRANK/ALBRECHT ANDREAS C., *Obligationenrecht, der Arbeitsvertrag, Art. 356 – 360f* in : *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, GAUSCH PETER/SCHMID JÖRG (Éd.), Zurich 2006. (cité : VISCHER/ALBRECHT)

VISCHER FRANK/STAEHELIN ADRIAN, *Obligationenrecht, der Arbeitsvertrag* in : *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, GAUSCH PETER/SCHMID JÖRG (Éd.), Zurich 1996. (cité : VISCHER/STAEHELIN, *ZK-OR*)

VON DER CRONE HANS CASPAR/GERSBACH ANDREAS/KESSLER FRANZ J./DIETRICH MARTIN/BERLINGER KATJA, *Das Fusionsgesetz*, Zurich 2004. (cité : VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER)

WATTER ROLF/REUTTER THOMAS, *Commentaire de l'art. 37* in : *Basler Kommentar, Fusionsgesetz*, WATTER ROLF/VOGT NEDIM PETER/TSCHÄNI RUDOLF/DAENIKER DANIEL (Éd.), Bâle 2005. (cité : WATTER/REUTTER, *BSK-FusG*)

WILDHABER ISABELLE, *Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen*, Zurich/Bâle/Genève 2011 (cité : WILDHABER)

WINKLER MICHAEL, *Arbeitnehmerschutz nach dem Entwurf zum neuen Fusionsgesetz* in : SJZ 97 (2001), p. 477-487. (cité : WINKLER, SJZ 2001)

WINKLER MICHAEL, *Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge*, Bern 2001. (cité : WINKLER, *Unternehmensumwandlungen*)

WYLER RÉMY, *Commentaire des art. 27, 28, 49, 76 et 77 LFus* in : *Commentaire LFus*, PETER HENRY/TRIGO TRINDADE RITA (Éd.), Genève/Zurich/Bâle 2005. (cité : WYLER, *Commentaire LFus*)

WYLER RÉMY, *Droit du travail*, deuxième édition, Berne 2008. (cité : WYLER, *Droit du travail*)

WYLER RÉMY, *La participation des travailleurs : la Loi sur la fusion renforce la protection des travailleurs* in : EC 11 2004, Zurich 2004. (cité : WYLER, *La participation des travailleurs*)

WYLER RÉMY, *Le droit du travail à l'épreuve de la LFus – Analyse de quelques points controversés* in : *Les restructurations en droit des sociétés, du travail et international privé*, PETER HENRY/DUTOIT NICOLAS (Éd.), Zurich/Bâle/Genève 2010. (cité : WYLER, *Le droit du travail à l'épreuve de la LFus*)

WYLER RÉMY, *Loi sur la fusion et protection des travailleurs* in : RSDA 2004, p. 249 – 258. (cité : WYLER, *fusion*)

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, *La protection des partenaires contractuels dans la loi sur la fusion* in : *Coopération et fusion d'entreprises : Travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 6 octobre 2004*, BLANC MATTHIEU/DALLÈVES LAURE (Éd.) pp.167ss (cité : WYLER/HEINZER)

ZIMMERLI CHRISTOPH, *Arbeitnehmerschutz bei Umstrukturierungen* in : PJA 7 2005 p. 771 – 783. (cité : ZIMMERLI, PJA 2005)

Travaux préparatoires

Message I du Conseil fédéral sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE (Message complémentaire I au message relatif à l'Accord EEE) du 27 mai 1992, FF 1992 V 1. (cité : Message I)

Message II du Conseil fédéral sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE (Message complémentaire II au message relatif à l'Accord EEE) du 15 juin 1992, FF 1992 V 506. (cité : Message II sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE)

Message du Conseil fédéral sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE du 24 février 1993, FF 1993 I 757. (cité : Message sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE)

Avant-projet de la loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets (Loi sur la fusion), novembre 1997. Consultable sous (consulté le 02.07.2013) : http://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/abgeschlossene_projekte/fusionsgesetz.html

Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion ; LFus) du 13 juin 2000, FF 2000 3995. (cité : Message LFus)

Avant-projet de révision de loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (Loi sur la poursuite): procédure d'assainissement, juin 2008. Consultable sous : (consulté le 02.07.2013.) : <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/schkg/entw-expertengruppe-f.pdf>

Synthèse de l'Office fédéral de la justice des résultats de la procédure de consultation à propos de la révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) : Procédure d'assainissement, Berne, août 2009. Consultable sous : (consulté le 02.07.2013) : <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/schkg/ve-ber-f.pdf>. (cité : Synthèse des résultats de la procédure de consultation).

Message du Conseil fédéral 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 LP)

Liste des abréviations

ad.	à
aff.	affaire
AG	<i>Aktiengesellschaft</i> (société anonyme)
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (code civil allemand)
BO	Bulletin officiel
BS	<i>Basel Stadt</i>
BSK	<i>Basler Kommentar</i>
c.	considérant
CC/NE	Cour civile de Neuchâtel
CCT	Convention collective de travail
CEE	Communauté économique européenne
cf.	<i>confer</i>
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes, actuellement CJCE
CO	LF du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (RS 220)
<i>contra</i>	d'un avis contraire
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CR	Commentaire romand
E	Conseil des Etats
EC	L'Expert-comptable suisse
Éd.	éditeur(s)
EEE	Espace Economique Européen
FF	Feuille fédérale
FOSC	Feuille officielle suisse du commerce
FusG	<i>Fusionsgesetz</i> (LFus)
i.f.	<i>in fine</i>
ibid.	<i>ibidem</i>
in.	dans
IPRG	<i>Bundesgesetz über das internationale Privatrecht</i> (LDIP)
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAR	<i>Jahrbuch zum Schweizerischen Arbeitsrecht</i>
JdT	Journal des tribunaux
LDIP	LF du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
let.	lettre

LF	Loi fédérale
LFors	LF du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (remplacée par le CPC)
LFus	LF du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation, et le transfert de patrimoine (RS 221.301)
LP	LF du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LParticipation	LF du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (RS 822.14).
M&A	<i>Mergers and Acquisitions</i>
N	Conseil national
N	note(s) marginale(s)
n°	numéro
not.	notamment
OFJ	Office fédéral de la justice
op. cit.	<i>Opus citatum</i>
OR	<i>Obligationenrecht</i>
p.	page
par.	paragraphe
PJA	Pratique Juridique Actuelle
pp.	pages
rec.	recueil
rem. prel.	remarques préliminaires
RJN	Recueil de Jurisprudence Neuchâteloise
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse du droit des affaires
RSJB	Revue de la société des juristes bernois
S.A.	Société anonyme
SJ	Semaine judiciaire
SJZ	<i>Schweizerische Juristen-Zeitung</i>
spec.	spécialement
ss.	suivants
TF	Tribunal fédéral suisse
UmwG	<i>Umwandlungsgesetz</i> (droit allemand)
ZK	<i>Zürcher Kommentar</i>
ZR	<i>Blätter für Zürcherische Rechtsprechung</i>

I. Introduction

« L'entreprise, c'est une collectivité ! L'entreprise, ce ne sont pas seulement des machines! L'entreprise, ce ne sont pas seulement des biens-fonds! L'entreprise, ce ne sont pas seulement des brevets! L'entreprise, ce ne sont pas seulement des comptes bancaires! L'entreprise, c'est une collectivité dans laquelle il y a des travailleuses et des travailleurs. Une entreprise, c'est un tout, et ce tout repose sur des êtres humains et non pas sur des objets ou sur des droits ! »¹

Les anaphores rhétoriques du conseiller aux Etats Robert CRAMER tonnent dans la chambre haute du parlement fédéral à l'occasion des débats sur la révision du droit de l'assainissement comme un refrain rappelant à l'assemblée l'importance des travailleuses et des travailleurs dans la vie de l'entreprise. Elles semblent, par la même occasion, donner le ton de la présente étude. En effet, le législateur a remis le travailleur un peu plus au centre des préoccupations des entrepreneurs qui transfèrent leurs sociétés, dans une modification législative intervenue en mai 1994. En renforçant la protection des employés par le transfert automatique de leurs rapports de travail au nouvel employeur et indépendant de la volonté de ce dernier, le Parlement a voulu que les forces de travail restent liées à l'entreprise ou la part d'entreprise à laquelle elles sont rattachées. Il s'est ainsi calqué sur le droit européen qui prévoyait déjà un tel mécanisme automatique. Près de vingt ans après cette première modification législative, l'expérience nous a donné de nombreuses précisions jurisprudentielles. Le droit européen, d'abord, a évolué de son côté au gré de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Le Tribunal fédéral ensuite, a interprété la disposition interne conformément à la jurisprudence européenne, et enfin le droit interne a également connu des modifications et des nouveautés, notamment avec l'adoption de la Loi sur la fusion (LFus)², qui ont renforcé la protection des travailleurs dans les transferts d'entreprises.

Dans cette étude, nous nous donnons pour objectif d'analyser les outils légaux de protection des travailleurs dans le cadre de transferts d'entreprise. Le volet du droit du travail dans le Code des obligations sera le point central de ce mémoire, mais les aspects de protection des travailleurs lors d'un transfert d'entreprise inclus dans le droit des sociétés avec la Loi sur les fusions seront également étudiés. La relation entre les dispositions du droit des sociétés et celles du droit du travail sera à éclaircir, afin de déterminer dans quels cas de figure les unes ou les autres trouvent application, ainsi que leur éventuelle complémentarité. Une fois déterminés les champs d'application des différentes dispositions, nous passerons en revue les droits qu'elles réservent aux travailleurs, leurs mises en œuvre et leurs effets juridiques, à la lumière du droit et de la jurisprudence européens, du droit interne et de la jurisprudence des tribunaux cantonaux et du Tribunal fédéral ainsi que des

¹ CRAMER, ROBERT, in : BO 2012 E 356.

² Loi fédérale sur la fusion, la scission et le transfert de patrimoine (LFus, RS 221.301).

nombreux avis doctrinaux. Les tendances actuelles relatives aux droits des travailleurs dans les transferts d'entreprises nous mèneront au gré des débats parlementaires ayant trait à la modification du droit de l'assainissement, qui aura des conséquences d'importance sur le droit du travail à l'avenir.

Que s'est-il passé durant ces 20 dernières années pour que M. CRAMER doive alors rappeler au Parlement que le travailleur est la base sur laquelle repose l'entreprise ? Les droits des travailleurs se sont-ils renforcés au gré des modifications législatives et nouveautés jurisprudentielles, ou au contraire d'autres paramètres chers au législateur sont-ils en train d'émousser la protection qui leur était jusqu'alors réservée ? Cette étude répondra à ces questions en brossant un tableau complet des droits des travailleurs, d'alors, d'aujourd'hui et de demain.

II. L'art. 333 CO et la Loi sur la fusion

L'art. 333 du code des obligations (CO)³ a pour vocation de garantir aux travailleurs le maintien de leurs rapports de travail dans le cas d'un transfert d'entreprise d'un employeur à un nouvel employeur. Sous la note marginale « Transfert des rapports de travail », l'article règle les modalités du transfert notamment en prévoyant la reprise automatique des rapports de travail par le nouvel employeur et en assurant le maintien de tous les droits liés au contrat de travail. Dès qu'une entreprise ou une part d'entreprise est transférée, les rapports de travail qui lui sont fonctionnellement liés sont automatiquement transférés avec. Seul le travailleur peut s'opposer au transfert de son contrat au nouvel employeur. Par ailleurs, les éventuelles conventions collectives de travail dont bénéficient les travailleurs doivent également être reprises par le nouvel employeur. De plus, l'ancien et le nouvel employeur répondent solidairement des créances du travailleur.⁴

Dans tous les cas d'adaptation des structures juridiques des sociétés dans la Loi sur la fusion, une disposition ayant trait à la protection des travailleurs renvoie à l'art. 333 CO. Dans le cas de la fusion de sociétés, c'est l'art. 27 al. 1 LFus, dans le cas de la scission, c'est l'art. 49 al. 1 LFus, et dans le transfert de patrimoine, l'art. 76 al. 1 LFus. Toutes les trois dispositions prévoient que « le transfert des rapports de travail à la société reprenante est régi par l'art. 333 CO ». Nous faisons donc le choix d'analyser en parallèle les deux lois.

Dans cette partie, une analyse détaillée de (A) l'origine de la norme, de son but et de sa nature, va être menée. Puis nous nous attarderons sur (B) le champ d'application de celle-ci. Ensuite de quoi, nous traiterons (C) de la Loi sur les fusions, en particulier de sa genèse et ses buts, de la définition du rapport de travail au sens de la loi, et des différentes formes de transferts d'entreprise qu'elle envisage. Enfin nous traiterons des rapports entre les dispositions de la LFus et celles du CO en analysant (D) la qualité des renvois de la LFus au CO afin de déterminer (E) quels effets juridiques se déploient.

A. Origine but et nature de l'art 333 CO

La norme a été introduite dans le paysage législatif suisse lors de la révision entrée en vigueur le 1^{er} mai 1994⁵. Cette adaptation de la disposition avait vocation à rendre le droit suisse plus euro-compatible en y transposant la directive européenne 77/187/CEE du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissement ou de parties d'établissements. Selon cette directive,

³ LF du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (RS 220).

⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad art. 333 ; CHENAUX/MARTIN, N 1 ad art. 333 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad art. 333.

⁵ RO 1994 804.

les droits et les obligations qui résultent de contrats de travail existant au moment du transfert de l'entreprise passent automatiquement, sans acte particulier, à l'acquéreur de l'entreprise.⁶ Par la suite, dans un but de clarté et de rationalité, après une première modification de la directive 77/187/CEE par la nouvelle directive 98/50/CE,⁷ le Conseil a codifié la directive originelle ainsi que ses modifications dans une directive 2001/23/CE du 12 mars 2001.

Le but de l'art. 333 CO est d'assurer aux travailleurs le maintien de leurs droits en cas de changement de chef d'entreprise, soit en cas de transfert d'entreprise ou de partie d'entreprise à un tiers.⁸ Avant l'introduction de la nouvelle version de la norme, l'ancienne teneur de l'alinéa premier soumettait le transfert des rapports de travail à l'engagement du cessionnaire de les maintenir.⁹ La procédure s'est aujourd'hui inversée en ce sens que le transfert des rapports de travail est désormais automatique et ne dépend donc plus du consentement de l'acquéreur, et les droits des travailleurs sont maintenus.¹⁰ D'une disposition visant à faciliter le transfert d'une entreprise – par hypothèse en supprimant des rapports de travail qui ne conviendraient pas à un acquéreur – le législateur a fait une norme sociale visant à garantir les droits des travailleurs.

En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, le Tribunal fédéral a tranché en faveur de la prise en considération de la directive 2001/23/CE qui la codifie, pour l'interprétation de l'art. 333 CO, « puisqu'elle est le résultat de l'évolution du droit européen avec lequel une harmonisation a été souhaitée en cette matière par le législateur fédéral. »¹¹

L'article 362 CO énumère la liste des dispositions relatives au contrat de travail auxquelles il ne peut être dérogé au détriment de la travailleuse ou du travailleur. L'art 333 al. 3 figure dans la liste de ces dispositions et est par conséquent une disposition impérative. La doctrine est partagée sur la question de savoir si l'art. 333 al. 1, 1bis et 2 et l'art. 333a CO sont de nature impérative.¹² KARAGJOZI est d'avis, avec SUBILIA/DUC que la totalité de l'art. 333 CO est de nature impérative au motif que le passage de l'ancien droit, subordonnant le transfert des contrats de travail à l'accord du reprenant, au nouveau droit, rendant le transfert automatique *ex lege*, le

⁶ Message I sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE (Message complémentaire I au message relatif à l'Accord EEE) du 27 mai 1992, FF 1992 V 393.

⁷ Directive 98/50/CE du Conseil du 29 juin 1998 modifiant la directive 77/187/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements.

⁸ CHENAUX/MARTIN, N 1 ad art. 333.

⁹ FF 1971 I 1462, la teneur de l'ancien art. 333 al. 1 CO était la suivante : « Si l'employeur transfère l'entreprise à un tiers qui s'engage à reprendre les rapports de travail, ceux-ci passent à l'acquéreur avec tous les droits et obligations qui en découlent, au jour du transfert de l'entreprise, à moins que le travailleur ne s'y oppose. ».

¹⁰ Message I, FF 1992 V 393.

¹¹ ATF 132 III 32, c. 4.1 ; JdT 2006 I 257.

¹² De cet avis : BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 333, AUBERT, CR-CO, N 7 ad art. 333; de l'avis contraire : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 ad art. 333, CHENAUX/MARTIN, N 22 ad art. 333.

législateur a voulu porter la protection du travailleur au niveau conféré par le droit communautaire. Or, devant la Cour de justice, les règles de la directive doivent être considérées comme impératives, en ce sens qu'il n'est pas permis d'y déroger dans un sens défavorable aux travailleurs.¹³ Accepter qu'il puisse être dérogé à la disposition reviendrait à ignorer la raison pour laquelle elle a été modifiée, soit l'adaptation au droit communautaire.¹⁴

Nous sommes de l'avis que cette position est pertinente, en ce sens que les Etats membres de l'Union Européenne doivent appliquer le droit national dans toute la mesure possible, à la lumière du texte et de la finalité du droit européen selon le principe d'interprétation conforme.¹⁵ Or, si la Suisse a transposé la directive 77/187/CEE dans son droit national, c'était dans le but de s'aligner sur le droit européen et de se soumettre, dans la plus large mesure, aux conditions appliquées aux Etats membres. Ne pas donner à l'art. 333 CO une interprétation conforme au droit européen irait à l'encontre du but de la transposition.

B. Champ d'application de l'art. 333 CO

L'art. 333 s'applique si « l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers ». Cette condition a donné matière à définitions pour la doctrine et la jurisprudence et ces notions seront présentées ici.

1. « L'entreprise ou une partie d'entreprise »

La notion d'entreprise, définie par la jurisprudence et la doctrine, qualifie une unité de production organisée formant un tout, prévue pour durer – pas seulement un projet isolé – qui participe de manière indépendante à la vie économique, et ceci dès avant, et également après la transformation.¹⁶ Les parties d'entreprise sont des unités de production organisées, prévues pour durer, ne participant pas de manière indépendante à la vie économique.¹⁷ L'externalisation non-autonome de certaines tâches ne peut pas être considérée comme une partie d'entreprise.¹⁸

2. « Transfert d'entreprise à un tiers »

La jurisprudence¹⁹ et la doctrine²⁰ définissent le transfert comme la poursuite effective, par le nouveau chef d'entreprise, de l'exploitation ou d'une partie de celle-

¹³ KARAGJOZI, p. 17.

¹⁴ SUBILIA/DUC, N 3 ad art. 333.

¹⁵ CJCE du 13 novembre 1990, MARLEASING, aff. C-106/89, rec. 1990, page I-04135 ; BIEBER/MAIANI, p. 24.

¹⁶ ATF 129 III 335 ; JdT 2003 II 75, p.76-77 ; VISCHER/STAEHELIN, ZK-OR, N5 ad art. 333 ; WILDHABER, p. 75.

¹⁷ ATF 129 III 335 ; JdT 2003 II 75, p.77.

¹⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 333 ; PORTMANN, BSK-OR, N 4 ad art. 333.

¹⁹ ATF 132 III 32, c 4.1 ; ATF 136 III 552, c. 2.1.

²⁰ AUBERT, CR-CO, N 4 ad art. 333 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 6 ad art. 333, p. 833.

ci. L'exploitation est considérée comme poursuivie en tout ou en partie par l'acquéreur lorsqu'elle conserve son identité, c'est-à-dire son organisation et son but.

Selon le Tribunal fédéral, il suffit, pour qu'il y ait transfert d'entreprise, que l'exploitation soit effectivement poursuivie ou reprise par le nouveau chef d'entreprise mais le fait qu'un lien de droit existe entre l'ancien employeur et le repreneur n'a aucune importance. Ainsi, le Tribunal a-t-il appliqué l'art. 333 CO au cas d'un propriétaire d'un restaurant qui résilie son contrat avec le gérant afin de contracter avec un nouveau gérant.²¹

Le transfert peut consister en une fusion, une scission, un transfert de patrimoine, une reprise de bail, mais il peut également être réalisé dans des opérations telles qu'un échange, une donation, un bail à ferme, une cession d'usage ou un apport à une société.²² Le transfert peut également avoir lieu dans le cadre d'une procédure d'assainissement. La question de l'application de l'art. 333 CO dans une telle procédure fera l'objet d'un chapitre séparé plus bas.²³

La doctrine est encore partagée sur la question de savoir si un transfert d'entreprise est déjà réalisé s'il y a des changements notables dans la direction ou dans l'organisation de l'entreprise,²⁴ ou si ni la cession de tout ou partie du capital-actions de l'employeur, ni le changement de direction d'une personne morale ne suffisent à réaliser un transfert d'entreprise au sens de 333 CO.²⁵

La directive européenne ne couvre que les opérations qui atteignent l'entité juridique que constitue l'entreprise. Ainsi, elle ne s'applique pas aux opérations telles que les restructurations, les rachats d'actions et les concentrations.²⁶ La jurisprudence du Tribunal fédéral suit ce dernier avis, en affirmant que « la vente de tout ou partie du capital-actions d'une société anonyme n'entraîne pas un transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO ».²⁷ Une telle solution semble emporter l'avis de la doctrine majoritaire²⁸ mais nous semble discutable. Ainsi KARAGJOZI soulève-t-il, à juste titre à notre avis, qu'elle laisse ouverte la possibilité de contourner l'application de l'art. 333 CO en acquérant la majorité des actions et exerçant la direction effective de l'entreprise.²⁹ Pour cette raison, SUBILIA/DUC, s'ils proposent de ne pas appliquer l'art. 333 CO en cas de vente d'action, se prononcent néanmoins en faveur de son application dans le cas exceptionnel où une nouvelle majorité d'actionnaires exigeait

²¹ ATF 123 III 466 ; ATF 129 III 335 ; ATF 136 III 552.

²² GENOUD, *EC 2004*, p. 521.

²³ Voir plus bas, Chapitre V : « Protection des travailleurs dans les transferts d'entreprises pour cause d'insolvabilité ».

²⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 13 ad art. 333.

²⁵ CHENAUX/MARTIN, N 12 ad art. 333, CARRUZZO, N 5 ad art. 333; WILDHABER, p.18.

²⁶ KARAGJOZI, p. 25.

²⁷ TF 4C.88/2001, du 26 septembre 2001, c. 3 ; TF du 6 avril 1994, c. 1b, SJ 1995 791.

²⁸ Not. CHENAUX/MARTIN, N 12 ad art. 333 ; GEISER/MÜLLER, N 525.

²⁹ KARAGJOZI, p. 26.

de placer son propre conseil d'administration. Auquel cas, une application de la disposition par analogie se justifierait selon eux.³⁰

Cette dernière solution nous semble pertinente. Une exception à l'exception se défendrait néanmoins à notre avis pour le cas où le changement de conseil d'administration n'impliquait aucun changement dans la situation du travailleur dans son quotidien, par exemple dans les entreprises où l'organe stratégique ne s'implique pas du tout dans les tâches opérationnelles qui touchent au personnel. La disposition ne devrait donc s'appliquer que dans le cas où un changement de conseil d'administration entraîne dans les faits un changement d'employeur.

La cour d'appel de Genève a créé une telle exception en l'appliquant à une petite société anonyme à caractère familial. Selon la cour, « la thèse de l'identité de l'employeur ne saurait être maintenue lorsque la vente du capital-action, et partant, la cession de contrôle, porte sur une petite société anonyme à caractère familial. Dans ce cas, il y a bel et bien transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO. [...] Dans les petites entreprises familiales organisées sous forme d'une société anonyme, le travailleur entre, de fait, non pas au service de la société, mais de l'actionnaire principal. Son contrat est conclu *intuitu personae*, en fonction de la personne physique. »³¹

En ce qui concerne les changements dans la direction, il nous semble qu'ils ne doivent pas justifier une application de l'art. 333 CO, puisque les rapports de travail ne sont pas menacés ; le travailleur étant lié contractuellement à l'entreprise et non au directeur.³²

La Cour de justice des Communautés européennes a eu l'occasion de s'exprimer sur la validité de la directive 77/187/CEE dans le cas du transfert à une commune d'une activité précédemment exercée, dans l'intérêt de cette dernière, par une personne morale de droit privé.³³ En s'inspirant de cette décision, on peut admettre que les transferts visés par l'art. 333 CO englobent également la reprise d'une activité privée dans le domaine public.

3. Conservation de l'identité de l'entreprise

Le transfert de l'entreprise est également soumis à la condition que l'identité de l'entreprise ou de la part d'entreprise soit maintenue. L'exploitation ou au moins une part de celle-ci doit être maintenue.³⁴ Ceci signifie que l'organisation, le but social et le caractère individuel doivent être maintenus.³⁵ Le transfert des locaux au cessionnaire ou la reprise de la production et de la clientèle sont des indices qui

³⁰ SUBILIA/DUC, N 6 ad art. 333 et note 1196, p. 471.

³¹ Cour d'appel de Genève, du 23 janvier 1991, c. B, in : JAR 1992 p. 195.

³² Du même avis : CHENAU/MARTIN, N 12 ad art 333.

³³ CJCE du 26 septembre 2000, MAYEUR, aff. C-175/99, Rec. 2000, page I-07755.

³⁴ CHENAU/MARTIN, N 11 ad art. 333.

³⁵ VISCHER/STAEHELIN, ZK-OR, N 6 ad art. 333.

plaident pour la conservation de l'identité de l'entreprise. *A contrario*, le fait que le cédant exploite une nouvelle activité sous son ancien nom n'empêche pas un transfert de l'entreprise à un tiers.³⁶

4. Dépendance du rapport de travail avec l'entreprise ou la part d'entreprise transférée

C'est la dernière condition, non écrite, du champ d'application de l'art. 333 CO.³⁷ Seuls les rapports de travail ayant un lien fonctionnel avec l'entreprise ou la part d'entreprise transférée, suivent le régime du transfert automatique. Le rapport de travail suit la fonction. Si la fonction exercée par un travailleur est transférée à un nouvel employeur, alors le travailleur reste lié à sa fonction et voit son contrat transféré.³⁸ Cette condition d'application de l'art. 333 CO donnera lieu à des discussions dans les chapitres suivants, notamment quant au sort des travailleurs dont les rapports de travail sont difficilement rattachables à une part d'entreprise plutôt qu'à une autre.

C. La loi sur la fusion : Genèse et buts de la loi sur la fusion

La Loi sur la fusion prévoit des cas précis de transfert d'entreprise et règle les modalités de ceux-ci. Elle traite en particulier du transfert des biens d'une société à une autre, y compris des rapports contractuels. Des dispositions spéciales prévoyant le transfert des rapports de travail y sont contenues et seront analysées dans cette partie. Après une analyse de (1) l'historique de l'adoption de la loi et en particulier de l'introduction du but de protection des travailleurs dans celle-ci, nous traiterons la question de (2) la définition du rapport de travail dans la LFus. Puis nous analyserons (3) les formes d'adaptation des structures juridiques des sociétés appréhendées par la Loi.

1. Historique

a) Généralités

La Loi sur la fusion a été adoptée le 3 octobre 2003 et est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004.³⁹ Elle vient compléter le paysage législatif suisse avec une loi spéciale très complète, apportant des innovations juridiques qui visent à faciliter des opérations de restructurations d'entreprises. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la Loi, le CO réglait uniquement la fusion entre sociétés anonymes (art. 748 ss CO), entre sociétés en commandite par actions (art. 770 al. 3 CO) et entre sociétés coopératives (art. 914 CO). En outre, la fusion entre sociétés de forme juridique différente était envisagée, mais uniquement dans le cas rare de la fusion d'une société anonyme

³⁶ Obergericht du canton de Bâle-Campagne, arrêt du 22 août 1989, in : JAR 1991 223, c. 4 b.

³⁷ VISCHER/STAEHELIN, *ZK-OR*, N 7 ad art. 333.

³⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 ad art. 333, spec. p. 842.

³⁹ FF 2003 6166 ; RO 2004 2617.

avec une société en commandite par actions (art. 750 et 770 al. 3 CO). Il n'y existait aucune disposition qui réglementait la fusion de sociétés à responsabilité limitée, de sociétés en nom collectif, de sociétés en commandite, d'association ou encore de fondations. Les fusions internationales n'y étaient pas non-plus clairement réglementées. Du point de vue des transformations, seule celle d'une société anonyme en société à responsabilité limitée y était envisagée (art. 824 ss CO). Les dispositions traitant du transfert de patrimoine étaient prévues pour un nombre restreint d'éléments patrimoniaux, ce qui ne correspondait plus aux besoins de la pratique, notamment dans les transferts de tout ou parties d'une entreprise, quant au mécanisme de la scission de sociétés, il était absolument inexistant dans la législation suisse, alors qu'il existait déjà en Europe et en Allemagne.^{40, 41}

Dans la pratique, le Tribunal fédéral a déjà admis dans une jurisprudence de 1927 la fusion entre deux partis politiques constitués en associations,⁴² malgré l'absence de base légale dans ce domaine, puis réitère dans un arrêt de principe en 1989, lorsqu'il autorise la fusion entre deux fondations, alors également non prévue par la loi.⁴³ La fusion entre deux personnes morales de formes juridiques différentes n'étant pas non-plus prévue par la loi, la question de déterminer si une telle opération devait être autorisée se posa en 1992, lorsque l'Office fédéral du registre du commerce s'est trouvé confronté pour la première fois à une demande d'inscription au registre du commerce prévoyant la fusion entre deux sociétés de formes juridiques différentes. Le professeur Frank Vischer de Bâle reçut le mandat de l'Office fédéral de la justice, d'élaborer un avis de droit sur l'admissibilité de la fusion entre sociétés à responsabilité limitée, de la fusion entre sociétés de formes juridiques différentes et de la fusion transfrontalière. Sur la base d'une analyse de droit comparé, des intérêts en présence et en appliquant par analogie les dispositions légales préexistantes du CO sur la fusion, il conclut que ces cas de fusion non prévus par la loi devraient être admis.⁴⁴

S'ajoutant aux manques constatés de dispositions plus flexibles pour les sociétés suisses, les négociations du début des années 90 concernant l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) ont permis de mettre en lumière les lacunes de la législation suisse en matière de fusion et le défaut de normes sur la scission.

⁴⁰ Message concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 13 juin 2000 (Message LFus), FF 2000 3995, spec. p. 3997.

⁴¹ Voir pour le droit européen, la sixième directive du 17 décembre 1982 du Conseil concernant la scission des sociétés anonymes (82/891/CEE), et pour le droit allemand, les §§ 123 ss *Umwandlungsgesetz* (UmwG).

⁴² ATF 53 II 1.

⁴³ ATF 115 II 415.

⁴⁴ Message LFus, FF 2000 3998.

L'impulsion de l'Office fédéral de la justice pour la création d'un projet de loi sur la fusion des personnes morales, y compris les fondations et les associations, est donnée dès 1992 lorsque celui-ci mandate à cette fin le professeur Vischer.⁴⁵

b) L'introduction de la protection des travailleurs dans le projet de loi

La procédure de consultation concernant l'avant-projet de la loi fédérale sur la fusion la scission et la transformation de sujets est ouverte le 1^{er} décembre 1997 et reçoit une approbation de principe quasi-unanime des cercles d'intéressés.⁴⁶ L'avant-projet ne contenait originellement aucune disposition traitant de la protection des travailleurs.⁴⁷

Le contexte socio-politique de la fin des années 90 est marqué dans la conscience générale, par la fusion de l'Union de Banques Suisses et de la Société de Banque Suisse annoncée le 8 décembre 1997, laquelle menaçait de supprimer en Suisse près de 1'800 emplois dans le secteur bancaire. Cette annonce a suscité de nombreuses interventions parlementaires⁴⁸ de la gauche à propos de la protection des travailleurs dans cette opération. Parallèlement, se déroulait la procédure de consultation de la LFus, à l'issue de laquelle furent formulées des interrogations à propos de la protection des travailleurs dans les opérations de fusions, scissions et transfert de patrimoine. Selon certains cantons, l'avant-projet devait également intégrer des normes ayant trait à l'atténuation des effets négatifs que les opérations de restructurations pouvaient générer, principalement sur les plans économiques et sociaux.⁴⁹ En outre, d'après le message, « le Parti socialiste et plusieurs organisations syndicales souhaitaient que l'avant-projet soit complété par des mesures visant à atténuer ces effets, en particulier quant à la responsabilité solidaire pour le versement des salaires, au sort des conventions collectives de travail et à la consultation des travailleurs. Des prises de position isolées requièrent que la question de la protection des travailleurs en relation avec les opérations de restructuration soit au moins analysée dans le cadre de l'élaboration de la loi sur la fusion. »⁵⁰ Ainsi, pour la première fois aborda-t-on la question d'introduire dans la future Loi sur la fusion des mesures sociales, alors que celle-ci visait originellement, d'après les travaux préparatoires, à offrir aux entreprises des outils juridiques favorisant les

⁴⁵ Message LFus, FF 2000 4002.

⁴⁶ Le canton de Genève a pris position contre la nouvelle réglementation sous sa forme de l'époque, arguant un risque de baisse de recettes fiscales pour l'Etat et une augmentation des coûts globaux de l'économie ; Message LFus, FF 2000 4003.

⁴⁷ Avant-projet de la loi fédérale sur la fusion la scission et la transformation de sujets (Loi sur la fusion), novembre 1997, consultable sous (consulté le 02.07.2013) : http://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/abgeschlossene_projekte/fusionsgesetz.html.

⁴⁸ BRUNNER, in : BO 1997 E p. 86, et BERBERAT, in : BO 1997 N p. 2619.

⁴⁹ Message LFus, FF 2000 4005.

⁵⁰ Message LFus, FF 2000 4005.

opérations de transformation des formes de société qui n'existaient pas dans le paysage juridique suisse jusqu'alors. Au projet visant à faciliter les transformations de sociétés, furent donc ajoutées des dispositions visant à protéger les travailleurs des risques auxquels ils sont exposés. Retenant ces prises de position, et constatant que l'application de la disposition générale de 333 CO dans les processus de fusions et de scissions restait sujette à discussion, le législateur intervint en ajoutant les articles 27, 49 et 76 à la future Loi afin de prévoir expressément que le transfert des rapports de travail dans le cadre d'une fusion, d'une scission ou d'un transfert de patrimoine soit régi par les dispositions de l'art. 333 CO.⁵¹

De plus, le projet a inclus des nouvelles dispositions ayant trait à l'information et à la participation des travailleurs lors de fusions de scissions et de transferts de patrimoine, en prévoyant expressément l'application de l'art. 333a CO dans ces opérations. Ainsi, les articles 28, 50 et 77 précisent désormais que les travailleurs ont le droit d'être informés sur le motif et les conséquences juridiques, économiques et sociales en temps utile, avant la réalisation de la fusion, de la scission ou du transfert de patrimoine par renvoi à l'article 333a CO. De plus, si le devoir d'information n'est pas respecté, les travailleurs peuvent exiger d'un tribunal qu'il interdise l'inscription de la fusion, de la scission ou du transfert de patrimoine au registre du commerce.⁵²

Finalement, sur proposition du Conseil des Etats, le projet de Loi sur la fusion s'enrichit à son article 1 al. 2, d'un but de protection des créanciers, des actionnaires minoritaires, mais également des travailleurs,⁵³ ce qui était jusqu'alors inexistant dans l'avant-projet. Ainsi le législateur a-t-il donné un élément d'interprétation téléologique de la LFus, à savoir le renforcement de la protection des travailleurs.⁵⁴

2. Définition du rapport de travail dans la LFus

La loi sur la fusion propose à son article 2, une série de définitions. Dès lors que cette loi a ajouté à ses buts la protection des travailleurs, on pourrait s'attendre à ce qu'une définition de ceux-ci soit donnée, or la notion n'y figure pas. Cependant, les renvois des articles 27, 49 et 76 LFus à l'art. 333 CO impliquent clairement que seule la définition du droit du travail des art. 319ss CO est applicable, à l'exclusion de celles du droit des assurances sociales, du droit fiscal ou du droit des étrangers.⁵⁵

Le rapport de travail se définit donc comme un contrat bilatéral parfait qui doit satisfaire cumulativement aux quatre conditions suivantes : le travailleur fournit une

⁵¹ *Ibid.*, p. 4020.

⁵² *Ibid.*, p. 4021.

⁵³ BO 2001 E 147.

⁵⁴ BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N 3 ad art. 27.

⁵⁵ BAUER, p. 7.

prestation de travail, qui s'étend sur une certaine durée, dans un rapport de subordination à son employeur, en contrepartie d'un salaire.⁵⁶

Le droit suisse du travail n'opère en outre aucune distinction entre les travailleurs ayant un poste de cadre et les autres employés. Ainsi, les dispositions sur la protection des travailleurs dans la LFus valent également pour tous les travailleurs.⁵⁷ La loi sur la fusion connaît quatre formes d'adaptation de la structure juridique des sociétés : la fusion, la scission, le transfert de patrimoine et la transformation de sociétés. Les conséquences pour les travailleurs ne sont pas les mêmes dans chacune de ces opérations, notamment quant aux implications sur le maintien des rapports de travail et sur la responsabilité des organes de la société. Avant d'examiner en détail l'influence de telles opérations sur les travailleurs, il convient de donner un éclairage succinct sur ces procédures de réorganisation des sociétés en leur donnant une définition.

3. Formes d'adaptation des structures juridiques des sociétés dans la LFus

Quatre formes d'adaptation des structures juridiques des sociétés vont être appréhendées dans cette partie, à savoir (a) la fusion, (b) la scission, (c) le transfert de patrimoine et (d) la transformation de société.

a) Fusion

D'après le message du Conseil fédéral concernant la Loi sur la fusion, celle-ci est définie ainsi : « Par la fusion, deux ou plusieurs sociétés sont réunies sans liquidation et par transfert de patrimoine, en général, contre attribution de parts sociales ou de droits de sociétariat de la société reprenante aux associés de la société transférante. La société qui transfère son patrimoine est dissoute et radiée du registre du commerce. L'ensemble de son patrimoine actif et passif est transféré par voie de succession à titre universel à la société reprenante ». ⁵⁸

Les éléments constitutifs d'une fusion, développés par la doctrine, sont la continuité du patrimoine, à savoir le transfert, à titre universel, de l'ensemble du patrimoine de la société transférante à la société reprenante, la continuité du sociétariat, soit le droit des associés de la société transférante à des parts sociales de la société reprenante, qui correspondent à leurs parts sociales antérieures, et la disparition de la société transférante ensuite de sa dissolution et radiation du registre du commerce. ⁵⁹

⁵⁶ DUNAND, *Commentaire du contrat de travail*, N 8 ad art. 319.

⁵⁷ BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N 5 ad art. 27; WYLER, *Droit du travail*, p. 390.

⁵⁸ Message LFus FF 2000 4012.

⁵⁹ TRIGO TRINDADE, *Commentaire LFus*, N 12ss ad art. 3.

L'art. 3 al. 1 LFus prévoit deux types de fusions, la fusion par absorption et la fusion par combinaison. La première consiste en la reprise du patrimoine d'une ou plusieurs sociétés par une autre existant avant l'opération de fusion. La seconde, désigne celle dans laquelle deux ou plusieurs sociétés transférantes cèdent l'ensemble de leur patrimoine à une société reprenante nouvelle qu'elles constituent dans ce but dans le cadre de la procédure de fusion.⁶⁰

La procédure qui mène à une fusion démarre par la conclusion d'un contrat de fusion par les organes supérieurs des sociétés qui fusionnent (art. 12 LFus), lequel sera vérifié par un expert-réviseur (art. 15 LFus). L'assemblée générale de chacune des sociétés devra ensuite approuver le contrat de fusion (art. 18 LFus), par une décision qui fera l'objet d'un acte authentique (art. 19 LFus), avant que les organes supérieurs des sociétés qui fusionnent ne puissent requérir l'inscription de la fusion au registre du commerce (art. 21 LFus).

b) Scission

La scission était, jusqu'à l'entrée en vigueur de la LFus, une opération illicite en tant qu'elle n'était pas prévue par la loi.⁶¹ Opération inverse de la fusion, elle consiste en la répartition entre deux ou plusieurs sociétés, du patrimoine et des associés d'un sujet transférant.^{62, 63} La scission a pour conséquence, d'une part le transfert des parts de patrimoine en un seul acte, par succession universelle partielle selon inventaire,⁶⁴ sans que les règles pour la transmission de chacun de ses éléments doivent être respectées, et d'autre part, l'attribution aux associés de l'entreprise transférante, des droits de participation des sujets reprenants.⁶⁵

La scission (art. 29ss LFus) est subdivisée en deux formes distinctes, en droit suisse. La division (*Aufspaltung*), d'une part, ou *split-off*, qui entraîne la dissolution sans liquidation de la société transférante, qui répartit l'intégralité de ses actifs et passifs entre plusieurs sociétés reprenantes. Le sujet transférant est alors dissout et radié du registre du commerce, tandis que les associés deviennent des associés des sociétés reprenantes ; ils reçoivent alors des parts sociales de celles-ci. La séparation (*Abspaltung*), d'autre part, consiste en le transfert d'une partie seulement du patrimoine de la société scindée, qui conserve le reste et subsiste après l'opération.

⁶⁰ TRIGO TRINDADE, *Commentaire LFus*, N 24 ad art. 3.

⁶¹ Message LFus, FF 2000 4000.

⁶² BAHAR, *Commentaire LFus*, N 1 ad art. 29.

⁶³ Dans la LFus, le terme « sujet » est employé pour désigner les formes d'entreprises qu'elle régit.

⁶⁴ Message LFus, FF 2000 4117.

⁶⁵ BAUEN/JEGHER/WENGER/ZEN-RUFFINEN, *Merger law*, p. 144.

Les associés de la société transférante conservent leurs droits de sociétariat de la société scindée et deviennent également des associés des sociétés reprenantes.⁶⁶

La scission fait l'objet d'un contrat de scission (art. 36 al. 1 LFus) ou d'un projet de scission si les parts de patrimoine vont à des sociétés qui vont être constituées (art. 36 al. 2 LFus). Le contrat devra contenir un inventaire renfermant la désignation claire des actifs et passifs ainsi que les l'attribution de ceux-ci (art. 37 let. b LFus). L'assemblée générale des sociétés participant à la scission approuvent ensuite le contrat (art. 43 LFus) dans une décision qui fera l'objet d'un acte authentique (art. 44 LFus). Les organes des sociétés pourront ensuite requérir l'inscription de l'opération au registre du commerce (art. 51 LFus) pour que l'opération déploie ses effets juridiques (art. 52 LFus).

c) Transfert de patrimoine

Le transfert de patrimoine est l'opération juridique qui permet à une société de transférer à titre onéreux ou à titre gratuit tout ou partie de son patrimoine, à un autre sujet de droit privé, sur la base d'un contrat.⁶⁷ Ce contrat est conclu par la direction ou les administrateurs de sociétés participant au transfert, et revêt la forme écrite. Le patrimoine est listé sous la forme d'un inventaire intégré au contrat, et l'ensemble des actifs et passifs ainsi que les immeubles, les papiers-valeurs et les valeurs immatérielles, cas échéant, qui y sont inscrits sont transférés en un seul acte au sujet reprenant, par succession universelle partielle selon inventaire,⁶⁸ sans que les règles de formes propres au transfert de chacun de ces éléments ne doivent être respectées (art. 69ss LFus).⁶⁹

Le transfert de patrimoine fait l'objet d'un contrat de transfert (art. 70 LFus). Le contrat devra contenir un inventaire renfermant la désignation claire des actifs et passifs à transférer (art. 71 al. 1 let. b LFus). L'organe supérieur de direction du sujet transférant pourra ensuite requérir l'inscription de l'opération au registre du commerce (art. 73 al. 1 LFus) pour que l'opération déploie ses effets juridiques (art. 73 al. 2 LFus).

d) Transformation de sociétés

Les sociétés peuvent changer de forme juridique sans modifier leurs rapports juridiques (art. 53 LFus) et en maintenant les parts sociales et les droits de sociétariat des associés lors de la transformation. La direction ou le conseil

⁶⁶ BAHAR, *Commentaire LFus*, N 2 ad art. 29.

⁶⁷ PELLATON, p. 24.

⁶⁸ Message LFus, FF 2000 4117.

⁶⁹ Message LFus, FF 2000 4018.

d'administration établit un projet de transformation (art. 59 al. 1 LFus) revêtant la forme écrite et le soumet à l'approbation de l'assemblée générale ou, à défaut, aux associés (art. 59 al. 2 LFus). Le projet de transformation contient le nom ou la raison de commerce, le siège ainsi que la forme juridique avant et après la transformation, ainsi que les nouveaux statuts et enfin les indications sur le sociétariat des associés après la transformation (art. 60 LFus). La direction ou le conseil d'administration établit un rapport de transformation expliquant notamment les buts et conséquences de la transformation, les nouveaux statuts, le rapport d'échange des parts sociales ou le sociétariat des associés après la transformation (art. 61 LFus). La décision de transformation incombe à l'assemblée générale (art. 64 LFus) et fait l'objet d'un acte authentique (art. 65 LFus.) Suite à cela, les organes pourront requérir l'inscription de l'opération au registre du commerce (art. 66 LFus) pour qu'elle déploie ses effets juridiques (art. 67 LFus).

D. Les renvois de la LFus à l'art. 333 CO

Comme nous l'avons vu plus haut, la LFus comporte des dispositions ayant trait au transfert des rapports de travail qui renvoient à l'art. 333 CO. La qualité de ces renvois ainsi que le contenu exact auquel ils se réfèrent sont très controversés en doctrine. Se posent principalement les questions suivantes.

Les rapports de travail, en tant que rapports d'obligations, s'inscrivent comme tout contrat liant la société, dans la liste des actifs et passifs de l'entreprise. Un régime général de transfert des actifs et passifs est prévu dans la LFus. Il s'agit pour la fusion, de l'art 22 LFus, pour la scission, de l'art. 52 LFus et pour le transfert de patrimoine, de l'art. 73 al. 2 LFus. Mais pour chacune de ces opérations, la loi connaît également une disposition visant à protéger les travailleurs, qui renvoie à l'art. 333 CO. Il s'agit respectivement des art. 27 al. 1, 49 al. 1 et 76 al. 1 LFus. Dès lors qu'un transfert général des actifs et passifs est prévu par la LFus, que les rapports de travail font partie de la liste des actifs et passifs, il s'agit de déterminer si les renvois à 333 CO sont de nature constitutive, c'est-à-dire que l'art. 333 CO ne s'appliquerait pas sans ce renvoi aux transferts d'entreprises ou de parts d'entreprises au sens de la Loi sur la fusion, ou s'ils sont de nature déclarative, dans le cas où le champ d'application de l'art. 333 CO englobe de toute façon déjà les transferts au sens de la LFus même sans renvoi. Dans ce deuxième cas, le renvoi ne servirait qu'à clarifier la situation juridique, mais aurait pour conséquence l'existence d'un potentiel conflit de normes en présence duquel il faudra déterminer laquelle des deux dispositions trouverait application.

D'autre part, dans un deuxième temps, il s'agira de déterminer si, dans les renvois de la LFus au CO, les conditions d'application propres de l'art. 333 al. 1 CO doivent être remplies pour que les effets juridiques de protection des travailleurs se déploient, ou si les renvois ont pour but d'appliquer à tout transfert au sens de la LFus les effets

juridiques de 333 CO indépendamment de ses conditions d'application propres. La question est de déterminer si le renvoi est un renvoi global à la norme (*Gesamtnormverweisung*) ou s'il s'agit d'un renvoi au contenu matériel de la disposition (*Sachnormverweisung*). La question est d'importance, partant que dans le premier cas, une divergence de définition de « l'entreprise ou de la part d'entreprise » au sens du code des obligations pourrait avoir pour conséquence d'exclure l'application des effets juridiques de l'art. 333 CO, si les conditions d'application de 333 al. 1 CO n'étaient pas remplies.

Nous analyserons dans un premier temps la question (1) de la nature constitutive ou déclarative des renvois de la LFus, et dans un second temps, (2) la qualité de renvoi global ou de renvoi au contenu matériel de la norme des dispositions de la LFus.

1. Renvoi constitutif ou déclaratif ?

a) Quel type de renvoi ?

Il est ici question de déterminer si, dans le cadre d'une fusion, d'une scission ou d'un transfert de patrimoine, l'art. 333 CO doit s'appliquer ou non, abstraction faite des renvois de la LFus. Il existe une doctrine importante, antérieure à l'entrée en vigueur de la loi sur la fusion, qui avait déjà traité et analysé la question des cas d'application de l'art. 333 CO. S'il s'avère que ladite disposition trouvait déjà application dans des transformations de sociétés appréhendées par la LFus après son entrée en vigueur, alors les renvois n'auront qu'une fonction de clarification de la situation juridique, et demeureront déclaratifs et non constitutifs.

La doctrine est partagée sur la question, bien qu'une majorité semble pencher pour la solution de l'application indépendante de l'art. 333 CO,⁷⁰ donc du renvoi purement déclaratif.

WILDHABER et WINKLER plaident en faveur d'une application directe de l'art. 333 CO dans tous les cas de transfert d'entreprise au sens de la loi sur la fusion. La disposition doit s'appliquer même dans les cas de succession universelle et son champ d'application ne doit pas être limité aux cas de succession individuelle. L'auteure propose une application de l'art. 333 CO comme *lex specialis* de la loi sur la fusion tant et aussi longtemps que les conditions d'applications en sont réalisées. Les renvois de la LFus jouent donc un rôle de normes de conflit.⁷¹

Pour BAUMGARTNER, les rapports de travail passent automatiquement au nouvel employeur dans un cas de transfert de patrimoine comme de séparation, indépendamment des dispositions de la LFus. Les deux opérations sont des cas de

⁷⁰ BAUER, p. 13ss ; BAUMANN, *PJA 2004*, p. 643 ; BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N 1 ad art. 76 ; GLANZMANN, p. 264, note 1612 ; HUBSCHMID, *ZK-FusG*, N 1 ad art. 76 ; REINERT, *B&M Handkommentar*, N 1 ad art. 27 ; WILDHABER, p. 152 ; *contra* KASPER, N 258 ; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, N 676, note 391 p. 262.

⁷¹ WILDHABER, p. 152 ; WINKLER, *Unternehmensumwandlungen*, p. 37.

transfert par succession universelle partielle, c'est-à-dire que dès l'inscription de la fusion au registre du commerce, tous les actifs et passifs de l'entreprise cédante passent à l'entreprise reprenante. L'art. 333 CO trouve donc application indépendamment, mais uniquement à la condition que les biens transférés constituent une entreprise ou une part d'entreprise en application des conditions de l'art. 333 CO.⁷² Le renvoi n'est donc selon lui « pas purement déclaratif » en ce sens qu'il fait entrer par l'art. 76 al. 1 LFus, le cas du transfert de patrimoine dans le champ d'application de la disposition du CO, même lorsqu'il ne s'agit pas d'un transfert d'entreprise ou de part d'entreprise.

Selon HUBSCHMID, le renvoi, en particulier celui de l'art 76 al. 1 LFus ne peut pas être qualifié de renvoi « purement déclaratif », au motif que ce renvoi implique plutôt que l'art. 333 CO s'applique même aux transferts de patrimoine qui ne sont pas nécessairement organisés en entreprise ou en part d'entreprise. Ainsi, le transfert automatique des rapports de travail qui sont fonctionnellement rattachés à une part de patrimoine ne formant pas nécessairement une entreprise ou une part d'entreprise trouverait application, par ce renvoi.⁷³ Ceci résout la question de savoir si les travailleurs rattachables à une part d'entreprise au sens de 333 CO doivent subir un traitement différent de celui applicable à ceux rattachables à une part de patrimoine transféré mais ne formant pas une entreprise ou part d'entreprise, au sens de la LFus. Il nous semble impensable que le législateur ait souhaité instaurer deux régimes différents pour des travailleurs transférés en vertu de dispositions différentes.

BAUER finalement, effectue une analyse historique, grammaticale et téléologique et conclut à une application de l'art. 333 CO indépendamment des renvois de la loi sur la fusion. Ainsi la LFus renvoie à cette disposition uniquement de manière déclarative.⁷⁴

Nous abondons partiellement dans ce sens, compte tenu du but de protection du travailleur que le législateur a souhaité renforcer en voulant porter celle-ci au niveau du droit communautaire lors de la modification de l'art. 333 CO.⁷⁵ Il nous semble que le législateur a souhaité faire appliquer la protection du travailleur de l'art. 333 CO dans le nombre de cas le plus large possible.⁷⁶ Il semble donc impossible qu'il eut été de sa volonté de restreindre d'une quelconque manière, le champ d'application de l'art. 333 CO. De plus, les renvois explicites à la disposition dans la LFus qui sont apparus après l'avant-projet, avaient pour vocation de clarifier une situation juridique controversée en doctrine, en voulant dissiper les doutes sur son application. A notre avis il convient de faire entrer dans la définition de l'entreprise ou part d'entreprise de l'art. 333 CO, la plus large conception possible de transfert d'actifs et de passifs. A

⁷² BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N 1 ad art. 76.

⁷³ HUBSCHMID, *ZK-FusG*, N 1 ad art. 76.

⁷⁴ BAUER, p. 13ss.

⁷⁵ KARAGJOZI, p.17.

⁷⁶ Message LFus, FF 2000 4020.

tout le moins, le législateur aura indubitablement voulu que le transfert soit automatique dans les cas comportant un risque pour l'employé de se voir évincé par l'employeur cédant et l'employeur cessionnaire lors du transfert par succession universelle partielle, en étant volontairement exclu de la liste des rapports de travail à transférer.

b) Rapports entre l'art. 333 al. 1 CO et les dispositions de la LFus (renvoi)

Cette conclusion implique que l'art. 333 al. 1 CO – soit le transfert automatique indépendant du consentement des employeurs – dispose d'une application propre et indépendante des dispositions de la LFus pour la reprise automatique des rapports de travail ainsi que les droits et obligations qui en découlent, dans un transfert d'entreprise tel que ceux appréhendés par la LFus. Cette application propre peut conduire dans certains cas à un conflit de normes entre l'art. 333 al. 1 CO et la disposition de la LFus prescrivant un transfert par succession universelle (partielle) des actifs et passifs, soit l'art. 22 LFus pour la fusion, l'art. 52 LFus pour la scission et l'art. 73 al. 2 LFus pour le transfert de patrimoine. Cette question nous paraît indépendante des renvois analysés jusqu'ici et sera développée plus bas, sous l'angle du chapitre qui traite du transfert automatique des rapports de travail, dans les effets juridiques de la norme.⁷⁷

2. Renvoi global ou renvoi au contenu matériel de la norme (Gesamtnorm- / Sachnormverweisung) ?

Dans cette partie, nous allons déterminer si les conditions d'application de l'art. 333 CO sont nécessaires à l'application des al. 1 – 3 du même article, ou si ces alinéas trouvent application dans tous les cas appréhendés par la LFus grâce aux renvois, indépendamment d'un transfert d'entreprise ou de part d'entreprise au sens de l'art. 333 CO.

Il s'agit d'examiner comment il faut comprendre les renvois des art. 27 al. 1, 49 al. 1 et 76 al. 1 LFus à l'art. 333 CO. Deux hypothèses sont envisageables. Soit il est renvoyé à l'art. 333 CO dans son intégralité, y compris à ses conditions d'application, auquel cas nous aurions affaire à un renvoi global, soit le renvoi veut faire abstraction des conditions d'application de l'art. 333 CO et que la fonction protectrice de la disposition s'applique dans tous les cas, dès que les conditions de la LFus sont remplies, auquel cas il s'agirait d'un renvoi au contenu matériel de la norme.

La doctrine est partagée sur la question. Certains auteurs défendent que les dispositions de protection des travailleurs de l'art. 333 CO trouvent application dans tous les cas de fusion, de scission et de transfert de patrimoine, indépendamment du fait qu'une entreprise ou part d'entreprise au sens de 333 al. 1 CO ne soit

⁷⁷ Voir plus bas, chapitre II, E. 1. « Transfert automatique des rapports de travail de l'art. 333 al. 1 CO et son rapport avec les dispositions de la LFus ».

transférée.⁷⁸ D'autres font dépendre la protection du travailleur incluse dans l'art. 333 CO du transfert d'une entreprise ou d'une part d'entreprise.⁷⁹

AMSTUTZ/MABILLARD soutiennent que l'art. 49 al. 1 LFus écarte la nécessité du transfert d'une part d'entreprise au sens de l'art. 333 al. 1 CO, et que tous les droits qui découlent de l'art. 333 CO sont applicables à tous les travailleurs des sociétés participant à l'opération, à l'exception de ceux qui ne changent pas d'employeur dans la séparation. Selon eux, faire dépendre la nécessité d'un transfert d'entreprise de l'application de l'art. 49 al. 1 LFus poserait un problème pratique pour classer les travailleurs qui ne sont pas fonctionnellement liés à une entreprise ou une part d'entreprise. De plus, cela laisserait place à une inégalité de traitement dans la loi entre le travailleur qui est transféré parce qu'une entreprise est transférée, et qui voit ses droits protégés, et celui qui est transféré indépendamment et qui ne bénéficierait alors d'aucun des droits de l'art. 333 CO.⁸⁰ Selon eux également dans le cas du transfert de patrimoine, le transfert des rapports de travail se fait par inventaire, et le transfert par succession universelle partielle en est la conséquence. Le fait qu'une entreprise ou une part d'entreprise soit transférée n'y change rien, et le renvoi ne vise que les dispositions protectrices des travailleurs que sont le transfert de tous les droits et obligations qui accompagnent le contrat, le droit d'opposition du travailleur, la persistance d'une éventuelle convention collective de travail, et la solidarité de l'ancien et du nouvel employeur. Les art. 27 al. 1, 49 al. 2 et 76 al. 1 LFus s'appliquent donc indépendamment du transfert d'une entreprise ou d'une part d'entreprise.⁸¹

WILDHABER tant pour la fusion, que la scission et le transfert de patrimoine soutient que les renvois sont des renvois au contenu matériel de la norme et que les dispositions protectrices de l'art. 333 CO trouvent application indépendamment du fait qu'une entreprise ou part d'entreprise soit transférée. Une telle conclusion s'impose en fonction de la lettre du renvoi mais aussi en fonction du but de renforcer la protection du travailleur, et enfin en application du principe de l'égalité de traitement, puisqu'une différence de traitement entre les travailleurs fonctionnellement liés à une part d'entreprise et les travailleurs qui ne sont pas rattachables à une part d'entreprise, ne se justifie pas.⁸²

HUBSCHMID abonde dans la même direction en précisant que pour la fusion, par la lettre claire de l'art. 27 LFus, l'art. 333 CO trouve application dans tous les cas de fusion indépendamment du fait qu'une entreprise ou part d'entreprise soit transférée.⁸³ Si l'on se tient au critère du transfert d'entreprise ou de part

⁷⁸ AMSTUTZ/MABILLARD, N 5 ad art. 49 ; BAUER, p. 21 ; HUBSCHMID, *ZK-FusG*, N 3 ad art. 27 pour la fusion, N 1 ad art. 49 pour la scission et N 1 ad art. 76 pour le transfert de patrimoine ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 14 ad art. 333 ; WILDHABER, p. 155.

⁷⁹ BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N 2 ad art. 49 ; REINERT, *B&M Handkommentar*, N 3 ad art. 49.

⁸⁰ AMSTUTZ/MABILLARD, N 5 ad art. 49.

⁸¹ *Ibid.*, N 3 ad art. 76.

⁸² WILDHABER, p. 155.

⁸³ HUBSCHMID, *ZK-FusG*, N 3 ad art. 27.

d'entreprise, on court le risque que certains travailleurs, qui ne seraient pas rattachables à une entreprise ou une part d'entreprise, ne puissent pas profiter de la protection de l'art. 333 CO. Selon l'auteure, tous les travailleurs doivent pouvoir profiter de la protection de l'art. 333 CO pour des raisons de systématique du droit comme de praticabilité.⁸⁴

En marge des auteurs plaçant pour une application de la protection des travailleurs indépendante des conditions de l'art. 333 CO, d'autres avis se dégagent.

BAUMGARTNER soutient de son côté que les droits protégeant les travailleurs contenus dans l'art. 333 CO, à savoir le transfert *ex lege* des rapports de travail sans opposition possible de l'employeur, mais opposition possible pour le travailleur, ne trouvent application que dans le cas où une entreprise ou une part d'entreprise est l'objet d'un transfert.⁸⁵ Dans le transfert de patrimoine également, l'auteur confirme que l'art. 333 CO ne trouve application que lorsqu'une entreprise est transférée, et il prend le soin de détailler les cas dans lesquels la jurisprudence a effectivement tranché en faveur d'un transfert d'entreprise ou non, au sens du droit des obligations.⁸⁶

REINERT appuie cette opinion, en particulier dans le cas de la scission par division, lorsqu'il indique que même si le texte ne le précise pas, le transfert des rapports de travail présuppose un transfert d'entreprise.⁸⁷

De notre point de vue, le but de la loi prescrit une application des effets juridiques de l'art. 333 CO indépendamment des conditions d'application de celui-ci. Dans la LFus, rappelons que le législateur a expressément voulu garantir au travailleur la protection des dispositions de l'art. 333 CO en réaction à l'initiative parlementaire Jost GROSS « Licenciements collectifs. Défense des intérêts des travailleurs »⁸⁸ qui visait la clarification dans la loi de la question de l'application de l'art. 333 CO notamment aux cas de fusion, de scission et de transfert de patrimoine. En effet, l'initiative parlementaire avait pour but de préciser dans le texte de l'art. 333 CO qu'il s'appliquerait aussi aux fusions, ceci afin de s'assurer qu'il trouverait application dans tous les cas, mettant ainsi fin à l'insécurité juridique qui régnait. Le parlement, en vue de l'adoption de la LFus a ensuite classé l'initiative, estimant que les renvois avaient suffisamment éclairci la situation.⁸⁹ De la même manière, le message avait déjà clairement précisé que la question de la certitude de l'application de l'art. 333 CO nécessitait l'intervention du législateur, et que les nouveaux renvois y avaient vocation.⁹⁰ De plus, gardons à l'esprit que le législateur a également fait entrer la protection des travailleurs comme un but de la loi, tout en voulant garantir la sécurité

⁸⁴ HUBSCHMID, *ZK-FusG*, N 1 ad art. 49.

⁸⁵ BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N 9 rem. prel. ad art. 27.

⁸⁶ BAUMGARTNER, *op. cit.*, N 3 ad art. 76.

⁸⁷ REINERT, *B&M Handkommentar*, N 2 ad art. 49.

⁸⁸ N 97.407 ; BO 1998 N p. 579 ss.

⁸⁹ BO 2005 N 1957.

⁹⁰ Message LFus, FF 2000 4020, 4021.

du droit ainsi qu'il est précisé à l'art. 1 LFus. Il ne nous semble donc pas admissible d'empêcher l'application des effets juridiques de cette disposition dans les cas de figure dans lesquels une fusion, une scission ou un transfert de patrimoine ne conduit pas à un transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO. Au contraire, il nous semble que d'un point de vue téléologique, le législateur a voulu faire bénéficier les travailleurs de la protection offerte par l'art. 333 CO dans tous les cas de figure abordés par la LFus. Dans cette optique, nous nous prononçons pour une qualification du renvoi comme un renvoi au contenu matériel de la norme, applicable indépendamment du transfert d'une entreprise ou d'une part d'entreprise.

E. Effets juridiques de l'art. 333 CO

Les effets juridiques de la norme seront traités dans cette partie. Les cas particuliers que présentent parfois les opérations de la LFus seront analysés en parallèle. Nous énumérerons ici les droits du travailleur octroyés par l'art. 333 CO dans les cas de transferts d'entreprise, soit (1) le transfert automatique des rapports de travail, (2) le droit d'opposition du travailleur, (3) la persistance de la convention collective de travail, (4) la responsabilité solidaire du cédant et du cessionnaire, (5) le transfert individuel du travailleur et (6) l'interdiction de licencier en raison du transfert.

1. Transfert automatique des rapports de travail de l'art 333 al. 1 CO et son rapport avec les dispositions de la LFus

Dans ce chapitre, nous analyserons tout d'abord (a) le transfert automatique des rapports de travail de l'art. 333 al. 1 CO en général.

Nous avons analysé plus haut les conditions dans lesquelles les dispositions protectrices des travailleurs trouvaient application dans les cas de fusion, de scission et de transfert de patrimoine. Dans tous ces cas, nous n'avons pas encore déterminé sur quelle base juridique le transfert du rapport de travail lui-même avait lieu. Tant la fusion, que la scission et le transfert de patrimoine disposent d'un régime général d'après lequel les droits et obligations sont transférés. Partant que l'art. 333 al. 1 CO prévoit son propre régime de transfert des rapports de travail, il s'agira dans cette partie de déterminer d'après quel régime les rapports se voient transférés en cas de fusion, de scission ou de transfert de patrimoine. Nous analyserons donc le transfert des rapports de travail dans un cas (b) de fusion, (c) de scission et (d) de transfert de patrimoine, avant d'y apporter une (e) conclusion.

a) En général

Depuis l'entrée en vigueur du nouvel art. 333 CO,⁹¹ tous les rapports de travail ainsi que tous les droits et obligations des travailleurs y relatifs tels que l'ancienneté,⁹² passent de l'ancien employeur au nouvel employeur au jour du transfert

⁹¹ Voir plus haut, chapitre II, A. « Origine, but et nature de l'art. 333 CO ».

⁹² ATF 129 III 335, c. 5.4.1.

indépendamment de la volonté de ces derniers. Ceci s'applique à tous les contrats en vigueur au moment du transfert,⁹³ y compris les contrats de travail à temps partiel.⁹⁴ En outre, les avantages octroyés par l'ancien employeur persistent au-delà du transfert de l'entreprise, comme les stock-options ou des obligations d'assurances sociales qu'il aurait accordées tel qu'une prévoyance professionnelle étendue.⁹⁵ Les contrats qui ont pris fin avant la date du transfert ne sont pas concernés par cette disposition.

b) Dans la fusion

Le transfert des rapports de travail dans la LFus est régi par deux dispositions, d'une part la règle générale de l'art. 22 LFus, qui prévoit un transfert de tous les actifs et passifs de la société, et d'autre part, la disposition spéciale de 27 LFus, laquelle concerne le transfert des rapports de travail, et qui renvoie explicitement à l'art. 333 CO.

L'art. 22 LFus consacre le principe de transfert par succession universelle,⁹⁶ c'est-à-dire que dès l'inscription de la fusion au registre du commerce, tous les actifs et passifs de l'entreprise cédante passent à l'entreprise reprenante. Les relations contractuelles générant un rapport d'obligation pour la société sont comprises dans les actifs et passifs de celle-ci et se voient transférées par la même opération.⁹⁷ Ainsi, les contrats de travail suivent le même régime et pourraient se voir transférés automatiquement à la société reprenante par l'application de cette disposition.⁹⁸ Lors d'un transfert par succession universelle, le consentement des parties au contrat n'est pas une condition nécessaire au transfert des relations contractuelles.⁹⁹

Indépendamment du renvoi de l'art. 27 al. 1 LFus, il a été démontré plus haut que l'art. 333 al. 1 CO peut trouver application dans le cas d'un transfert d'entreprise par fusion. Il en résulte un conflit de normes possible entre l'art. 22 LFus qui prescrit le transfert des actifs et passifs, et donc des rapports de travail, par la voie de la succession universelle dès l'inscription de la fusion au registre du commerce, et l'art. 333 al. 1 CO, qui prévoit un transfert automatique des rapports de travail dans le cas d'un transfert d'entreprise ou de part d'entreprise. Dès lors, deux solutions sont envisageables : soit le renvoi de l'art. 27 al. 1 LFus en lien avec l'art. 333 al. 1 CO est à considérer comme une *lex specialis* de l'art. 22 LFus et l'application de celle-ci prime sur la disposition générale, soit l'art. 22 LFus couvre intégralement le but de

⁹³ ATF 136 III 552, c. 3.1 ; SJ 2011 I 34.

⁹⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 333, « de l'apprenti au directeur » ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 ad art. 333.

⁹⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 ad art. 333; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 6 ad art. 333 ; contra : CHENAUX/MARTIN, N 19 ad art. 333.

⁹⁶ GEISER, *PJA 2004*, p. 865.

⁹⁷ GELZER, *ZK-FusG*, N 11 ad art. 22.

⁹⁸ BAUER, p. 24.

⁹⁹ TSCHÄNI/MEINHARDT/PAPA, *BSK-FusG*, N 9 ad art. 22.

l'art. 333 al. 1 CO et il ne reste plus de place pour une application de cette dernière disposition.

D'après une partie de la doctrine, la LFus indique clairement que l'art. 333 al. 1 CO ne se voit pas évincé par le transfert par la voie de la succession universelle qui engloberait les rapports de travail, mais bien que la disposition est une *lex specialis* de la LFus.¹⁰⁰ En effet, l'art. 333 CO ne traite que des transferts des rapports de travail en liens avec une entreprise ou une part d'entreprise, tandis que l'art. 22 LFus règle le transfert de tous les droits et obligations. Pour ces auteurs, le transfert d'après le droit du travail par l'art. 333 al. 1 CO s'impose donc au détriment d'un transfert par succession universelle, dès que les conditions d'application de celui-ci sont remplies.¹⁰¹ Dans un tel rapport entre ces normes, le renvoi de l'art. 27 al. 1 LFus joue un rôle de norme de conflit.¹⁰²

D'autres soutiennent que la LFus ne doit en aucun cas avoir des effets juridiques qui iraient à l'encontre du but de l'art. 333 al. 1 CO, lequel consiste à garantir au travailleur une connexité entre sa place de travail et son rapport de travail. Comme l'art. 22 LFus prévoit un transfert de l'intégralité du patrimoine de l'entreprise par la voie de la succession universelle, y compris les entreprises et parts d'entreprises ainsi que les rapports de travail y relatifs, de par la loi et dès l'inscription de la fusion au registre du commerce, la connexité entre la place de travail et le rapport de travail est garanti. De plus, il est impossible dans la fusion, de dissocier les rapports de travail des parties d'entreprises auxquelles ils se rapportent, ainsi qu'il serait possible de le faire dans le cadre d'une scission ou d'un transfert de patrimoine. Comme l'art. 22 LFus prévoit le transfert intégral des entreprises et parts d'entreprises ainsi que les rapports de travail qui vont avec, le risque de voir dissociés la place de travail et le rapport de travail est nul. Ainsi il ne reste plus de place pour l'application de l'art. 333 al. 1 CO, dont le but est entièrement réalisé par l'art. 22 LFus.¹⁰³

Nous sommes de l'avis que la protection offerte par le transfert automatique indépendamment de la volonté de l'employeur l'art. 333 al. 1 CO est assurée de fait par un transfert des droits et obligations par succession universelle de la fusion par l'art. 22 LFus. En effet, partant que dans la fusion, tous les biens de l'entreprise sont transférés, les rapports de travail en font partie et sont ainsi transférés. Les autres droits garantis par l'art. 333 al. 1 *in fine*, al. 1^{bis} al. 2 et al. 3 CO (le droit de s'opposer au transfert, le maintien d'une éventuelle convention collective de travail, l'interdiction de licencier ainsi que la responsabilité solidaire de l'ancien et du nouvel employeur) ainsi qu'en particulier la jurisprudence suisse et européenne y relative restent néanmoins applicables en vertu du renvoi au contenu matériel de la norme

¹⁰⁰ Not. WILDHABER, p. 151 – 152.

¹⁰¹ WILDHABER, p. 152.

¹⁰² BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N4 ad art. 76 ; WILDHABER, p. 152 ; WINKLER, *Unternehmensumwandlungen*, p. 37.

¹⁰³ BAUER, p. 26 ; REINERT, *B&M Handkommentar*, N 1 ad art. 27 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 16 ad art. 333.

(*Sachnormverweisung*) de l'art. 27 al. 1 LFus.¹⁰⁴ Seul le transfert automatique de l'art. 333 al. 1 CO ne s'applique pas, car les rapports de travail sont déjà transférés par le régime de l'art. 22 LFus.¹⁰⁵

c) Dans la scission

La scission connaît deux formes différentes, à savoir la division (*Aufspaltung*), dans laquelle une société transfère l'intégralité de son patrimoine à plusieurs autres sociétés et se voit ensuite radiée du registre du commerce, et la séparation (*Abspaltung*), dans laquelle une société transfère seulement une part de son patrimoine à une autre société et dont l'existence persiste après l'opération. Les effets juridiques de la scission sont une succession universelle partielle *ex lege* des actifs et passifs inscrits dans l'inventaire de scission, à l'autre société.¹⁰⁶

La doctrine est partagée sur la question de savoir si de manière générale les relations contractuelles passent automatiquement ou non. Le message, à l'art. 52 LFus, précise que les contrats ne passent pas automatiquement à la société reprenante, mais que leur transfert est soumis à approbation de toutes les parties, sauf exception prévue par la loi.¹⁰⁷ L'art. 49 al. 1 LFus précise expressément que pour les rapports de travail, l'art. 333 CO s'applique.

Pour ce qui est du cas de la division, tous les actifs et passifs d'une entreprise se voient transférés par la voie de la succession universelle.¹⁰⁸ Le régime est donc semblable à celui d'une fusion ; l'intégralité des rapports de travail est transférée en vertu du droit des fusions selon le principe de la succession universelle. Il ne reste pas de place pour appliquer le transfert automatique de l'art. 333 al. 1 CO. Néanmoins, en vertu de la qualité de renvoi au contenu matériel de l'art. 333 CO, les normes de protection du travailleur des art. 333 al. 1 *in fine* à 3 CO trouvent application dans tous les cas, dans la division.¹⁰⁹

Dans le cas de la séparation, le régime du transfert des droits et obligations est une succession universelle partielle limitée à l'inventaire.¹¹⁰ Tous les actifs et passifs inscrits dans l'inventaire au sens de l'art. 37 let. b LFus sont transférés *uno actu* au repreneur.

Plusieurs hypothèses sont envisagées pour déterminer quel est l'élément constitutif du transfert. La première envisage (aa) l'art. 333 al. 1 CO comme constitutif du transfert des rapports de travail en particulier. La deuxième consiste à considérer que

¹⁰⁴ BAUER, p. 22 ; BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N 9 ad art. 27 ; HUBSCHMID, *ZK-FusG*, N 3 ad art. 27 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 14 ad art. 333.

¹⁰⁵ Du même avis : AMSTUTZ/MABILLARD, N 5 ad art. 27 ; BAUER, p. 26 ; HUBSCHMID, *ZK-FusG*, N 7 ad art. 27 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 16 ad art. 333.

¹⁰⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 17 ad art. 333.

¹⁰⁷ Message LFus, FF 2000 4098.

¹⁰⁸ AMSTUTZ/MABILLARD, N 4 ad art. 49.

¹⁰⁹ Voir plus haut, chapitre II, D. 2. « Renvoi global ou renvoi au contenu matériel de la norme ? ».

¹¹⁰ AMSTUTZ/MABILLARD, N 4 ad art. 49.

(bb) la liste des rapports de travail à transférer de l'art. 37 let. i LFus est constitutive du transfert et la troisième hypothèse fait du (cc) contrat de transfert ainsi que de l'inventaire de l'art. 37 let. b LFus le facteur constitutif du transfert du patrimoine.

aa) L'art. 333 al. 1 CO est constitutif du transfert

Une partie de la doctrine soutient que l'art. 333 al. 1 CO est constitutif du transfert des rapports de travail, et soumet l'application de ce transfert aux conditions d'application de l'article. Selon cette théorie, si une entreprise ou une part d'entreprise au sens de l'art. 333 al. 1 CO est transférée, les rapports de travail sont transférés selon cet article, indépendamment du consentement du repreneur. Cette théorie pose plusieurs problèmes de mise en œuvre du transfert des travailleurs, notamment lorsque ceux-ci ne sont pas rattachables de manière évidente à une part d'entreprise. Dans un tel cas de figure, les auteurs qui soutiennent cette théorie développent plusieurs solutions pour ces travailleurs.

La première consiste à laisser à la libre disposition des parties au contrat de scission le choix d'inscrire ou non les rapports de travail sur la liste, avec un effet constitutif, indépendamment de la volonté du tiers cocontractant, et la seconde consiste à soumettre le transfert du rapport de travail au consentement de toutes les parties en jeux.¹¹¹

D'après une partie de la doctrine, lorsque l'art. 333 al. 1 CO n'est pas applicable, on prescrit, pour le changement d'une partie au contrat, que l'accord de toutes les parties est nécessaire. Cette hypothèse implique que dans le cadre d'une séparation hors transfert d'une entreprise ou d'une part d'entreprise, un rapport de travail ne passe au sujet reprenant que dans l'hypothèse où le travailleur, le sujet reprenant et le sujet transférant, y consentent.¹¹²

WINKLER ajoute que dans le cas où tous les acteurs n'y consentent pas, le rapport de travail continue de lier avec tous ses droits et devoirs la société transférante. Dans le cas d'une division, si aucun accord n'est trouvé, les rapports de travail prennent fin au plus tard avec la radiation au registre du commerce, de la société transférante.¹¹³ Ceci constituerait donc effectivement une exception au transfert automatique et indépendant de la volonté de l'employeur, des rapports de travail.

D'après BAUMGARTNER, dans le cas d'une séparation, tous les contrats de travail qui ne sont pas fonctionnellement liés à une entreprise ou part d'entreprise au sens de l'art. 333 CO, et qui ne figurent pas non-plus sur la liste au sens de l'art. 37 let. i LFus, continuent de lier l'ancien employeur, tandis que ceux qui figurent sur la liste sont transférés sous réserve du droit d'opposition du travailleur. Selon le même

¹¹¹ Message LFus, FF 2000 4098.

¹¹² ZIMMERLI, *PJA 2005*, p.774 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 17 ad art. 333 qui, à notre sens, contredisent en soutenant ceci, leur défense du renvoi au contenu matériel de la norme, développé au N 14 ad art. 333.

¹¹³ WINKLER, *SJZ 2001*, p. 479.

auteur, dans la division, les contrats restent liés à l'entreprise ou à la part d'entreprise, sauf s'ils ne sont pas fonctionnellement liés à une entreprise ou une part d'entreprise, auquel cas les parties à la scission peuvent librement relier les contrats qui figurent sur la liste à l'une ou l'autre entreprise ou part d'entreprise, sous réserve du droit du travailleur de s'opposer au transfert. Finalement, les contrats qui ne sont ni rattachés à une entreprise ou une part d'entreprise et qui ne figurent pas non-plus sur la liste prennent fin avec la fin de l'entreprise divisée, qui se verra radiée du registre du commerce.¹¹⁴

VON DER CRONE/GERSBACH/KESLER/DIETRICH/BERLINGER tiennent la position la moins en faveur du travailleur dans le cas de figure de la séparation sans transfert d'entreprise, défendant que les parties au contrat de scission sont absolument libres, indépendamment du consentement du travailleur, d'inscrire celui-ci sur une liste de rapports à transférer ou non, avec pour seule limite, celle de l'interdiction de l'abus de droit.¹¹⁵ Ainsi, seul serait interdit le « *cherry picking* », soit le comportement des parties au contrat de scission qui évinceraient certains travailleurs en fonction du risque qu'ils feraient courir à l'entreprise. Néanmoins, comme nous avons soutenu plus haut que le renvoi de l'art. 49 al. 1 LFus était un renvoi au contenu matériel de la norme,¹¹⁶ nous sommes d'avis que même si le transfert ne peut se faire automatiquement indépendamment de la volonté du sujet reprenant, les dispositions de protection du travailleur doivent trouver application. Le travailleur doit à tout le moins avoir l'opportunité de s'opposer au transfert de son contrat de travail, notamment au regard du principe de l'autonomie privée.¹¹⁷

D'après BAUER, qui opère une interprétation de l'art. 49 al. 1 LFus, rien ne permet de déterminer si le consentement du travailleur est nécessaire ou non au transfert des rapports de travail d'après la lettre de la disposition, hors d'un transfert d'entreprise ou de part d'entreprise. Néanmoins, il apparaît que d'après le principe de la liberté du choix du cocontractant, et de la liberté de contracter des parties, nul ne peut se voir imposer une partie au contrat. Un contrat ne peut être conclu qu'avec le concours de toutes les parties à celui-ci. De plus, le législateur a voulu intégrer dans la LFus un renvoi à l'art. 333 al. 1 CO afin de s'assurer de son application dans le cadre de la scission. L'employé ne peut donc se faire imposer aucun autre employeur. Et puisque le législateur a également introduit la protection du travailleur comme un point central de la LFus à l'art. 1 al. 2 de la loi, on peut douter qu'il eut voulu écarter d'un quelconque moyen l'application de la protection contenue dans l'art. 333 CO.¹¹⁸

Il ajoute que dans le cas de l'inscription des rapports de travail à transférer sur la liste au sens de l'art. 37 let. i LFus, cette inscription ne peut se faire qu'avec le consentement du travailleur. Cette liste n'est alors plus déclarative, mais constitutive

¹¹⁴ BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N 2 ad art. 49.

¹¹⁵ VON DER CRONE/GERSBACH/KESLER/DIETRICH/BERLINGER, N 679.

¹¹⁶ Voir plus haut, chapitre II, D. 2. « Renvoi global ou renvoi au contenu matériel de la norme ? ».

¹¹⁷ TURIN, p. 110.

¹¹⁸ BAUER, p. 37.

du transfert. Dans le cas où le travailleur ne consent pas à son inscription sur la liste, son contrat continue de le lier à la société transférante dans la séparation, et dans la division, son contrat s'éteint avec la radiation de la société divisée au registre du commerce.¹¹⁹

A notre sens, le transfert de l'art. 333 al. 1 CO ne peut pas être constitutif, tant son champ d'application restreint au transfert d'une entreprise ou part d'entreprise pose des problèmes de sécurité du droit et d'égalité de traitement entre les travailleurs aisément rattachables à une part d'entreprise et ceux dont on ne peut déterminer d'une manière évidente à laquelle ils sont liés fonctionnellement. L'élément constitutif du transfert dans la séparation est à trouver ailleurs parmi les hypothèses suivantes.

bb) La liste des rapports de travail est constitutive du transfert

La question est d'importance, car elle permet de déterminer de quelle liberté l'employeur transférant et l'employeur reprenant disposent pour intégrer certains travailleurs à la liste ou non. Il est question de déterminer si la liste des rapports de travail à transférer de l'art. 37 let. i LFus est constitutive du transfert, ou si celle-ci n'est que déclarative. Dans le premier cas, seuls les rapports de travail inscrits sur la liste seront transférés, à l'exception de tout autre, et alors pour ces rapports-là, d'après l'art. 49 al. 1 LFus, les dispositions de l'art. 333 CO seront applicables par renvoi. Dans le deuxième cas, il s'agira alors de déterminer ce qui est constitutif du transfert du patrimoine, et quels sont les rapports de travail qui seront transférés.

BAUMGARTNER soutient que la liste des rapports de travail est constitutive du transfert lorsqu'il indique que les rapports de travail passent au reprenneur notamment lorsqu'ils sont inscrits sur la liste de l'art. 37 let. i LFus.¹²⁰

Au contraire, une majorité de la doctrine considère que la liste n'est que déclarative et qu'elle ne sert alors pas à répertorier les personnes dont le contrat de travail va être transféré, mais à classer les différents postes dans l'un ou l'autre des sujets reprenants. Il est d'ailleurs nécessaire de désigner d'une manière non-détaillée l'identité des travailleurs dont les rapports de travail seront transférés pour des raisons de protection de la personnalité du travailleur dès lors que la liste est publique, étant déposée au registre du commerce. En principe, seul le nom des travailleurs sera nécessaire.¹²¹

De même, le Tribunal fédéral a confirmé une jurisprudence cantonale allant dans le sens d'une liste à caractère déclaratif en considérant transféré le rapport de travail d'un employé fonctionnellement lié à la part d'exploitation transférée et qui ne figurait

¹¹⁹ BAUER, p. 40.

¹²⁰ BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N 2 ad art. 49.

¹²¹ PELLATON, p. 59 ; PFEIFFER/SCHWANINGER PREIS, *ZK-FusG*, N 50 ad art. 37 ; TURIN, p. 159 ; WATTER/REUTTER, *BSK-FusG*, N 39 ad art. 37 ; WYLER, *Commentaire LFus*, N 2 ad art. 49.

pourtant pas sur la liste des rapports de travail à reprendre par le nouvel employeur.¹²²

Nous abondons dans cette direction dans la mesure où la liste de l'art. 37 let. i LFus n'a à notre sens que vocation à clarifier le transfert des rapports de travail, mais ne peut pas être reconnue comme étant constitutive de celui-ci. Une telle solution irait à l'encontre du but de ne pas dissocier le travailleur de son poste. En effet, le travailleur doit plutôt rester lié à la fonction qu'il occupe.

cc) Le contrat de transfert et l'inventaire sont constitutifs du transfert

La conclusion que nous avons prise ci-dessus indique la voie à suivre afin de déterminer quel est l'élément constitutif du transfert des actifs et passifs et par conséquent des rapports de travail. Afin de ne pas laisser la porte ouverte à une intolérable sélection des travailleurs les moins risqués ou les moins coûteux par le reprenant, il faut s'en remettre au but même de l'art. 333 al. 1 CO, soit que le travailleur suit la part d'entreprise à laquelle il est fonctionnellement lié. Néanmoins, nous avons conclu plus haut¹²³ que le transfert d'une entreprise ou d'une part d'entreprise ne devait pas être déterminant pour l'application de l'art. 49 al. 1 LFus.¹²⁴

Dans une scission, les organes des sociétés concernées passent un contrat de scission (art. 36 LFus) lequel contient un inventaire des actifs et des passifs à transférer (art. 37 let. b LFus). Ce contrat de scission fait l'objet d'une décision de scission par l'assemblée générale (art. 43 LFus) qui elle-même fera l'objet d'un acte authentique (art. 44 LFus). Une fois la décision de scission prise, l'organe supérieur de direction ou d'administration requiert l'inscription de la scission au registre du commerce (art. 51 LFus) et cette inscription engendrera le *transfert de par la loi de l'ensemble des actifs et passifs énumérés dans l'inventaire* (art. 52 LFus). C'est donc bien le contrat de scission et son inventaire qui sont constitutifs du transfert des actifs et passifs de l'entreprise, et la succession universelle limitée à l'inventaire en est la conséquence.¹²⁵ C'est donc l'inventaire des actifs et passifs à transférer qui va circonscrire les fonctions de l'entreprise qui vont être transférées, et les rapports de travail rattachés à ces fonctions les suivront *ex lege*.¹²⁶

Il nous semble donc que les parties au contrat de scission se doivent d'inscrire dans l'inventaire des actifs et passifs, les parties d'exploitations qu'ils choisissent de transférer, ainsi que de lister à titre indicatif les rapports de travail qui les suivront. Néanmoins ces derniers suivront *ex lege* leurs fonctions qui ont été transférées par l'effet de l'inscription dans l'inventaire. Cette solution reflète à notre sens au mieux la volonté de protection du travailleur et assure surtout une application homogène de

¹²² TF arrêt du 23 août 1999, JAR 2000 p. 179.

¹²³ Voir plus haut, chapitre II, D. 2. « Renvoi global ou renvoi au contenu matériel de la norme ? ».

¹²⁴ AMSTUTZ/MABILLARD, N 5 ad art. 49. Contra : REINERT, *B&M Handkommentar*, N 2 ad art. 49.

¹²⁵ AMSTUTZ/MABILLARD, N 4 ad art. 49 ; HUBSCHMID, *ZK-FusG*, N 1 ad art. 49.

¹²⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 8 ad art. 333, spéc. p. 842.

ses droits, indépendamment du fait que la part de patrimoine cédée soit assimilable à une entreprise ou une part d'entreprise.

A l'instar de la conclusion que nous avons prise pour la fusion, le transfert automatique indépendamment du consentement du reprenant est également assuré par le principe de la succession universelle partielle, et il ne reste pas de place pour l'application du transfert automatique de l'art. 333 al. 1 CO dans cette constellation. Les art. 333 al. 1 *i.f.* – 3 CO trouvent néanmoins application grâce au renvoi de l'art. 49 al. 1 LFus.

d) Dans le transfert de patrimoine

Le transfert de patrimoine s'opère sur la base d'un contrat de transfert incluant un inventaire des actifs et passifs transférés, et en particulier une liste des rapports de travail cédés au reprenant (art. 71 al. 1 let. e LFus). Le régime du transfert suit, d'après la doctrine majoritaire, celui d'une succession universelle limitée au contenu de l'inventaire à transférer.¹²⁷ Le principe de la succession universelle permet d'éviter que chaque droit ou obligation ne doive être transféré individuellement selon ses propres règles de formes prévues par la loi, mais plutôt que l'ensemble des droits et obligations soit transféré de par la loi en un seul acte. C'est le cas notamment de la fusion et de la scission par division.¹²⁸

Dans l'hypothèse où le transfert de patrimoine est un cas de succession universelle (partielle), les droits et obligations de la société transférante peuvent être transférés sans exception quant à leur nature et sans condition. Ainsi, les contrats de travail pourraient en principe se voir repris automatiquement sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du cocontractant.¹²⁹

Or, l'art. 76 al. 1 LFus renvoie également à l'art. 333 CO, ce qui fonde ici une disposition spéciale qui doit déroger au régime général de la reprise automatique sans consentement du tiers cocontractant. Ainsi, de la même manière que dans la fusion et la scission, les rapports de travail qui sont fonctionnellement liés à la part de patrimoine transférés selon l'inventaire, doivent l'être avec tous les droits et obligations s'y rapportant sous réserve du droit d'opposition du travailleur.¹³⁰

Cependant, dans le transfert de patrimoine, les actifs et passifs transférés ne forment pas nécessairement une entreprise ou une part d'entreprise. En effet, d'après le message, « La part de patrimoine peut se composer de n'importe quels éléments patrimoniaux actifs et passifs susceptibles d'être transférés; un seul droit suffit

¹²⁷ BAHAR, *Commentaire LFus*, N 12 ad art. 73 ; BAUEN/BERNET/ROULLIER, N 835 ; BERETTA, *ZK-FusG*, N 4 ad rem. prel. aux art. 69-77 ; FRICK, *B&M Handkommentar*, N 1 ad art. 69 ; SCHUMACHER, p. 114 ; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, N 871 – 875.

¹²⁸ PELLATON, p. 31.

¹²⁹ VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, N 872, N 964 ss

¹³⁰ WYLER, *Commentaire LFus*, N 2 ad art. 76.

formellement pour constituer une part de patrimoine. ».¹³¹ Ceci implique qu'un transfert de patrimoine peut, d'après le Conseil fédéral, s'opérer sans remplir les conditions d'application de l'art. 333 al. 1 CO. Dans ce cas, le transfert des rapports de travail doit, à l'instar de la scission et de la fusion, être effectué selon un régime différent.

De la même manière que pour le cas de la séparation, dans le cas où le patrimoine transféré ne constitue pas une entreprise ou une part d'entreprise, ou que les rapports de travail n'y sont pas fonctionnellement rattachés, l'art. 333 al. 1 CO ne trouve pas application. Les effets de l'art. 333 al. 1 *i.f.* - 3 CO ne s'appliquent que grâce au renvoi de l'art. 76 al. 1 LFus.

Dans ce cas, le transfert des rapports de travail inscrits sur la liste de l'art. 76 al. 1 LFus, s'opère d'après l'art. 73 al. 2 LFus au jour de l'inscription de l'opération au registre du commerce.¹³² Une partie de la doctrine défend que les parties au contrat de transfert de patrimoine sont libres d'inscrire ou non chacun des rapports de travail sur la liste de l'art. 76 al. 1 let. e LFus. Le message prescrit que « pour le transfert des contrats en général, l'accord de l'ensemble des parties est indispensable pour pouvoir procéder à la substitution d'une partie au contrat. ».¹³³ C'est l'avis repris par la doctrine majoritaire qui préconise, à défaut d'un transfert d'entreprise ou de part d'entreprise, une inscription constitutive sur la liste des rapports de travail à transférer, sous réserve de l'accord de toutes les parties au contrat, soit l'employeur transférant, l'employeur reprenant et l'employé.¹³⁴ BAUMGARTNER défend que les parties au contrat de transfert de patrimoine n'ont pas à obtenir le consentement du travailleur pour l'inscrire sur la liste des rapports de travail à transférer, mais que ce dernier dispose de son droit à s'opposer au transfert une fois celui-ci effectif.¹³⁵

Selon cette doctrine, dans le transfert de patrimoine, deux solutions se dégagent. Dans le premier cas, le patrimoine transféré est délimitable en entreprise ou part d'entreprise, et dès lors, tous les rapports de travail qui lui sont fonctionnellement rattachés sont transférés *ex lege* par l'art. 333 al. 1 CO. Dans le deuxième cas, le patrimoine transféré ne constitue pas une entreprise ou une part d'entreprise, et l'art. 333 al. 1 CO ne trouve pas application, ce qui soumet le transfert du contrat de travail au consentement de toutes les parties. Le travailleur dispose donc d'un droit à voir son contrat transféré dans le premier cas, mais pas dans le deuxième. Qu'en est-il donc, du cas où la société transférante entreprend de transférer un ensemble de machines – non organisées en entreprise ou part d'entreprise – mais que le sujet reprenant n'est pas intéressé à reprendre les travailleurs qui travaillent sur ces

¹³¹ Message LFus, FF 2000 4112.

¹³² REINERT, *B&M Handkommentar*, N 1 ad art. 76 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 18 ad art. 333.

¹³³ Message LFus, FF 2000 4098.

¹³⁴ REINERT, *B&M Handkommentar*, N 1 ad art. 76 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 18 ad art. 333 ; WINKLER, *SJZ 2001*, p. 479 ; ZIMMERLI, *PJA 2005*, p. 774.

¹³⁵ BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N 11 ad art. 76.

machines ? Les travailleurs disposent-ils d'un droit à voir leur contrat de travail repris par le sujet reprenant dans un pareil cas ?

La pratique décrite s'apparente à un cas de « *cherry picking* » soit une utilisation contraire au principe de l'interdiction de l'abus de droit, de la liste de l'art. 71 LFus des actifs et passifs à transférer. Les parties au contrat de transfert sont certes limitées par l'art. 2 al. 2 CC, mais il serait particulièrement délicat pour un travailleur de prouver que les cocontractants ont agi de manière à éviter artificiellement le transfert de leurs rapports de travail. La doctrine a développé une théorie qui permettrait d'éviter que ne surviennent des cas de transfert de patrimoine qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 333 al. 1 CO. Ainsi les rapports de travail seraient transférés par cette disposition dans tous les cas de transfert de patrimoine.

Cette doctrine contredit l'avis du Conseil fédéral qui affirme dans le message, que le transfert peut porter sur une part de patrimoine quelconque, voire même sur un seul actif,¹³⁶ en défendant que d'un point de vue téléologique, la LFus doit permettre la mobilité dans l'organisation juridique des entreprises,¹³⁷ et en particulier que le transfert de patrimoine doit être considéré comme un moyen de restructuration et d'organisation juridique des entreprises et que par conséquent, le transfert d'éléments isolés n'entre pas dans ce cadre et ne devrait pas être admis.¹³⁸ Cette position est défendue par ces auteurs afin d'éviter que le transfert de patrimoine ne soit utilisé en lieu et place d'une vente ou d'une donation par exemple.

Nous adoptons cette position pour la sécurité qu'elle génère pour les travailleurs. Ainsi, si le patrimoine à transférer ne peut constituer qu'en un ensemble autonome d'actifs et de passifs objectivement liés entre eux, il n'existe plus de constellation dans laquelle une « entreprise ou part d'entreprise » au sens du droit du travail ne se verrait transférée. Si nous postulons qu'un patrimoine au sens de la LFus doit obligatoirement former une entreprise ou une partie d'entreprise, la place pour un transfert de rapports de travail isolés, non reliés fonctionnellement à une entreprise ou part d'entreprise est réduite dans une large mesure. Ne subsiste plus que le cas où, malgré le transfert d'une entreprise ou part d'entreprise, les rapports de travail ne se laissent pas classer fonctionnellement dans l'une ou l'autre de celles-ci. Mais cette hypothèse nous semble relever de l'exception.

Ainsi, si le transfert de patrimoine se voit limité à une masse d'actifs et de passifs cohérente pouvant dans tous les cas constituer une entreprise ou une part d'entreprise, le transfert pourrait se faire d'après l'art. 333 al. 1 CO. Néanmoins, comme cet avis ne fait pas l'unanimité, il nous semble plus judicieux d'appliquer au transfert de patrimoine le même raisonnement qu'à la scission par séparation. C'est-

¹³⁶ Message LFus, FF 2000 4112.

¹³⁷ Message LFus, FF 2000 4111.

¹³⁸ BERETTA, *ZK-FusG*, N 27 ad rem. prel. aux art. 69 – 77 ; PELLATON, p. 40 ; VISCHER, *RSDA 2004*, p. 161.

à-dire que tous les actifs et passifs transférés selon l'inventaire de l'art. 71 al. 1 let. b LFus, le sont selon le régime de la succession universelle partielle et que les rapports de travail étant fonctionnellement liés à ce patrimoine le suivent de par la loi.¹³⁹ En application d'un tel régime, cela fonderait effectivement un droit pour le travailleur d'être transféré avec la fonction de l'entreprise à laquelle il appartient, à défaut de quoi, il pourra se plaindre d'une application défectueuse de l'art. 333 al.1 CO.

e) Conclusion

Nous nous sommes posé la question de savoir quels étaient les effets juridiques liés au transfert des rapports de travail au sens de l'art. 333 al. 1 CO. Nous avons constaté notamment dans quelle mesure les droits et obligations en rapport avec le contrat de travail devaient être transférés, la date du transfert ou l'indépendance de la volonté du reprenant. Puis nous nous sommes posé la question de déterminer si l'art. 333 al. 1 CO trouvait application dans les cas particuliers de la fusion, de la scission et du transfert de patrimoine. Nous avons conclu dans ces trois cas que les renvois prévus par la LFus n'avaient que pour effet de garantir aux travailleurs la protection offerte par l'art. 333 al. 1 *i.f.* – 3 CO à l'exception du transfert automatique et indépendant de la volonté du reprenant, et ceci en raison du fait que celui-ci était déjà assuré par le mécanisme de la succession universelle (partielle) de la LFus. Ainsi, les droits des travailleurs sont dans tous les cas saufs puisque l'effet des deux transferts envisagés est le même.

2. Droit d'opposition du travailleur (333 al. 1 CO *in fine*)

Le contrat de travail lie un travailleur et un employeur dans l'exécution d'une activité professionnelle pour le compte de l'employeur. La relation de travail se caractérise notamment par le caractère personnel de la relation juridique qu'il crée entre les cocontractants. Ainsi, un employé ne saurait se voir imposer de travailler pour un employeur qu'il n'a pas librement choisi.¹⁴⁰ Le travailleur ne devant pas s'attendre au transfert potentiel futur de son contrat au moment où il s'engage à travailler pour son employeur, il est important qu'il ait l'occasion de se déterminer au moment du changement d'employeur. Le droit d'opposition au transfert automatique des rapports de travail dans ce cas, met en application la théorie de l'imprévision, selon laquelle toute partie à un contrat peut se dégager partiellement ou totalement de ses obligations en cas de changement important et imprévisible de circonstances. C'est la concrétisation du principe de la *clausula rebus sic stantibus*. Pour cette raison, l'employé peut s'opposer au transfert automatique des rapports de travail.

Nous analyserons dans ce chapitre, (a) le champ d'application, (b) la forme de l'opposition, ainsi que la personne à qui elle devra être communiquée, (c), dans quel délai l'opposition devra être signifiée, (d) les effets juridiques de l'opposition, (e) la

¹³⁹ AMSTUTZ/MABILLARD, N 3 ad art. 76 ; HUBSCHMID, *ZK-FusG*, N 2 ad art. 76.

¹⁴⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 10 ad art. 333.

titularité du droit de s'opposer, ainsi que (f) le sort d'une éventuelle prohibition de faire concurrence en cas de rupture des rapports de travail.

a) Champ d'application

L'art. 333 al. 1 *in fine* CO trouve application dans tous les cas de transfert d'entreprise ou de part d'entreprise à un tiers, pour les rapports de travail qui sont fonctionnellement liés à la part transférée, pour autant que l'entreprise conserve son identité.¹⁴¹ De plus, grâce à la qualité de renvoi au contenu matériel de la norme, des renvois des art. 27 al. 1, 49 al. 1 et 76 al.1 LFus, la protection contenue dans les art. 333 al. 1 *i.f.* – 3 CO trouve toujours application, indépendamment des conditions d'application de l'art. 333 al. 1 CO.¹⁴²

b) Forme de l'opposition

L'opposition est un droit formateur résolutoire.¹⁴³ Elle est à communiquer à l'employeur. La doctrine reste partagée sur la question de savoir à quel employeur l'opposition doit être communiquée. Une partie défend qu'elle est à transmettre au cédant,¹⁴⁴ d'autres proposent une solution qui varie en fonction du temps, à savoir que dans la période qui précède le transfert de l'entreprise, elle doit être communiquée au moins au cédant, et dès le moment du transfert passé, elle est à transmettre au reprenant.¹⁴⁵ PORTMANN, pour des raisons de sécurité du droit pour le travailleur, préconise, en se référant au droit allemand, que l'opposition soit valablement signifiée lorsqu'elle est communiquée soit au cédant, soit au cessionnaire.¹⁴⁶ Du point de vue du travailleur, il sera certainement plus naturel de signifier son opposition à son ancien employeur qu'il connaît mieux et avec qui ses rapports de travail le liaient. En tous les cas, le travailleur précautionneux la notifiera aux deux employeurs !

L'opposition n'est pas une résiliation au sens de l'art. 335 CO.¹⁴⁷ Elle est à transmettre par oral ou par écrit, partant qu'aucune condition de forme n'est prescrite.^{148, 149} Elle peut même être communiquée par actes conclusants.¹⁵⁰ Néanmoins, pour des raisons de preuve, il se révèle naturellement plus judicieux d'utiliser la forme écrite.¹⁵¹ Elle ne doit en outre pas nécessairement être motivée.¹⁵²

¹⁴¹ Voir pour les conditions ordinaires d'application de l'art. 333 plus haut, chapitre II, B. « Champ d'application de l'art. 333 CO ».

¹⁴² Voir plus haut, chapitre II, D. « Les renvois de la LFus à l'art. 333 CO ».

¹⁴³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 ad art. 333.

¹⁴⁴ VISCHER/STAEHELIN, ZK-OR, N 13 ad art. 333.

¹⁴⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 11 ad art. 333.

¹⁴⁶ PORTMANN, BSK-OR, N 27 ad art. 333 ; et la référence au droit allemand §613 (6) 2 BGB.

¹⁴⁷ WYLER, *Droit du travail*, p. 412 ; CARRUZZO, N 17 ad art. 333.

¹⁴⁸ CARRUZZO, N 17 ad art. 333.

¹⁴⁹ Le droit allemand prescrit la forme écrite, §613 (6) BGB.

¹⁵⁰ PORTMANN, BSK-OR, N 26 ad art. 333 ; BAUER, p. 49.

¹⁵¹ CHENAUX/MARTIN, N 21 ad art. 333.

¹⁵² VISCHER/STAEHELIN, ZK-OR, N 13 ad art. 333.

c) Délai de l'opposition

D'après la jurisprudence, le travailleur dispose d'un délai de réflexion de quelques semaines à compter du moment où il a connaissance du transfert de l'entreprise.¹⁵³ Une partie de la doctrine propose un délai d'un mois dès l'annonce du transfert afin de permettre au travailleur de se renseigner sur son futur employeur et de prospecter le marché du travail.¹⁵⁴ S'il n'est pas formellement avisé, le travailleur est réputé avoir eu connaissance de ce transfert dès qu'apparaissent les premières manifestations de dispositions prises par le nouvel employeur. S'il ne réagit pas dans le délai de l'ordre d'un mois, il est présumé avoir renoncé à utiliser son droit d'opposition au transfert.¹⁵⁵

d) Effets de l'opposition

Lorsque le travailleur utilise son droit de s'opposer au transfert, les rapports de travail prennent fin à l'échéance du délai légal de résiliation selon l'art 335c al. 1 CO, calculé à partir de la réception de l'opposition par l'employeur. Pour les contrats à durée indéterminée, ce délai légal s'applique même si le contrat prévoit un délai plus long, et pour les contrats de durée déterminée, même si l'échéance prévue dépasse ce délai.¹⁵⁶ En tous les cas, même en cas d'opposition, il y a transfert des rapports de travail à l'acquéreur et le travailleur reste tenu d'exécuter son obligation jusqu'à l'expiration du délai de congé légal.¹⁵⁷

e) Titularité du droit d'opposition

Dans les procédures de fusion, l'art. 333 CO trouve application par le renvoi de l'art. 27 al. 1 LFus. Tous les employés dont les rapports de travail sont transférés dans le cadre de la fusion ont le droit de s'y opposer. Dans les fusions par absorption, sont titulaires du droit d'opposition tous les travailleurs de la société reprise, à l'exclusion des travailleurs de la société reprenante, partant que leurs rapports de travail ne sont pas transférés. Dans la fusion par combinaison, ce droit appartient à tous les travailleurs des deux ou plusieurs entreprises fusionnant.¹⁵⁸

Dans la scission et le transfert de patrimoine, les art. 49 al. 1 et 76 al. 1 LFus s'appliquent en relation avec l'art. 333 al. 1 CO. Peuvent s'opposer, tous les travailleurs dont les relations de travail sont transférées dans le cadre d'un transfert d'entreprise au sens de 333 al. 1 CO. Cette condition est toujours réalisée dans le cas d'une division, dans laquelle tous les actifs et passifs de l'entreprise sont transférés. Pour les travailleurs dont le rapport de travail est transféré en raison d'une

¹⁵³ ATF 137 V 463, c. 4.4.

¹⁵⁴ AUBERT, *CR-CO*, N 12 ad art. 333 ; CHENAUX/MARTIN, N 19 ad art. 333 ; PORTMANN, *BSK-OR*, N 10 ad art. 333.

¹⁵⁵ Obergericht du canton de Bâle-Campagne, arrêt du 22 août 1989, in : JAR 1991 224, c. 4 d.

¹⁵⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 11 ad art. 333.

¹⁵⁷ WYLER, *Droit du travail*, p. 413.

¹⁵⁸ BAUER, p. 47.

séparation, l'art. 333 al. 1 *i.f.* – 3 CO s'applique par renvoi au contenu matériel de la norme de l'art. 49 al. 1 LFus.¹⁵⁹

f) Le cas de la prohibition de faire concurrence

La prohibition de faire concurrence est un contrat ou une clause contractuelle qui lie le travailleur et l'employeur. Le travailleur s'engage envers son employeur à s'abstenir, après la fin du contrat, de faire concurrence de quelque manière que ce soit, notamment d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser (art. 340 al. 1 CO). La violation de cette prohibition de faire concurrence débouche généralement sur le paiement d'une peine conventionnelle prévue par le contrat ou la réparation du dommage causé à l'employeur. Celle-ci cesse s'il est établi que l'employeur n'a plus d'intérêt réel à ce qu'elle soit maintenue (art. 340c al. 1 CO), ou si l'employeur résilie le contrat sans que le travailleur lui ait donné un motif justifié ou si le travailleur résilie le contrat pour un motif justifié imputable à l'employeur (art. 340c al. 2 CO).

La doctrine est partagée sur la question de savoir si le transfert de l'entreprise donne au travailleur un motif justifié au sens de l'art. 340c al. 2 CO de résiliation des rapports de travail qui aboutirait à une cessation de la prohibition de faire concurrence ou si au contraire, le transfert à lui seul ne suffit pas à fonder un motif justifié.

CHENAUX/MARTIN sont de l'avis qu'en cas d'opposition du travailleur au transfert automatique de ses rapports de travail, la clause de prohibition de concurrence continue à déployer ses effets, au motif que le transfert ne suffit pas à constituer un motif justifié au sens de l'art. 340c al. 2 CO.¹⁶⁰ Ils ne proposent ni nuance ni exception à cette règle.

CARRUZZO considère qu'un transfert des rapports de travail « n'équivaut pas d'emblée et à lui seul à un juste motif [*sic*] au sens de l'art. 340c CO ». Il nuance en proposant d'analyser « le motif qui a conduit le travailleur à s'opposer au transfert. Ainsi, si le travailleur s'y est opposé en raison de la dégradation des conditions de travail qu'impliquera le transfert, la clause de prohibition de concurrence doit tomber. Il en va de même, si les rapports de travail sont résiliés par le cédant ou le cessionnaire pour des raisons économiques, techniques ou organisationnelles ». Il distingue le cas où « le travailleur s'est opposé pour des raisons de convenance personnelle, par exemple dans le but de démarrer une activité professionnelle indépendante ou d'entrer plus rapidement au service d'un autre employeur », cas dans lesquels la clause de prohibition de concurrence subsisterait.¹⁶¹

STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH sont de l'avis que l'opposition au transfert des rapports de travail est à considérer comme une résiliation des rapports imputable au

¹⁵⁹ BAUER, p. 48.

¹⁶⁰ CHENAUX/MARTIN, N 23 ad art. 333.

¹⁶¹ CARRUZZO, N 19 ad art. 333 ; ATF 103 II 120 c. 2a, JdT 1978 I 77.

travailleur au sens de 340c CO. Selon eux, la doctrine majoritaire considère encore le transfert d'entreprise comme un motif justifié de résiliation des rapports de travail qui conduit à la libération du travailleur de son obligation de non-concurrence.¹⁶²

BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ énumèrent les circonstances qui contraignent un employé de donner son congé pour des causes inhérentes à l'entreprise, et dans lesquelles il est libéré de l'interdiction de faire concurrence. Le cas du travailleur qui s'oppose au transfert des rapports de travail conformément à l'art. 333 al. 1 CO fait partie de ces cas de figure.¹⁶³

Selon AUBRY GIRARDIN, L'opposition du salarié au transfert de ses rapports de travail d'après l'art. 333 al. 1 CO entraîne la fin de la prohibition de concurrence conclue avec le précédent employeur.¹⁶⁴

Pour BOHNY, un transfert d'entreprise crée un motif justifié de résiliation permettant de faire tomber la clause de non-concurrence.¹⁶⁵

La Cour de cassation civile de Neuchâtel a tranché en ce sens également dans un arrêt du 27 août 2001. Selon elle, lorsque la résiliation du contrat par le travailleur intervient en raison du transfert de l'entreprise qui l'emploie, l'article 340c al. 2 CO trouve application : la clause de prohibition ne déploie alors plus aucun effet.¹⁶⁶ La Cour civile du canton de Berne avait tranché dans ce sens également, dans un arrêt du 4 mars 1981.¹⁶⁷

La question n'a pas été tranchée à l'heure actuelle par le Tribunal fédéral. Nous sommes néanmoins d'avis que le travailleur doit pouvoir entreprendre une activité concurrente s'il a dû s'opposer au transfert de ses rapports de travail après un transfert d'entreprise. En effet, d'après le but de la norme, le travailleur doit avoir toute liberté pour s'opposer au transfert de ses rapports de travail, compte tenu du caractère personnel du contrat de travail. Ainsi, s'il ne souhaite pas voir ses rapports de travail transférés à un nouvel employeur, il ne doit pas être retenu de s'y opposer par une clause de prohibition de concurrence lui empêchant de travailler dans un domaine connexe au sien. Nous sommes d'avis néanmoins, que cette règle doit être nuancée dans le cas où le travailleur souhaite mettre fin à ses rapports de travail dans le but de se lancer dans une activité propre à concurrencer l'employeur reprenant. Le problème réside dans la manière de déterminer les intentions de l'employé qui le déterminent à s'opposer au transfert. Il paraît peu réaliste de pouvoir déterminer avec certitude si l'employé s'oppose au transfert de ses rapports de travail pour des raisons propres au caractère personnel de son contrat de travail, ou s'il s'y oppose dans le but de pouvoir se libérer de sa clause de prohibition de faire

¹⁶² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 ad art. 340c.

¹⁶³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 340c.

¹⁶⁴ AUBRY GIRARDIN, N 26 ad art. 340c.

¹⁶⁵ BOHNY, p. 147.

¹⁶⁶ RJN 2001 100 c. 2.

¹⁶⁷ RSJB 119 p. 248.

concurrence et d'entreprendre une activité propre à faire concurrence à son employeur.

3. Persistance de la convention collective de travail (333 al. 1bis CO)

Nous allons analyser dans cette partie (a) les généralités du transfert d'une convention collective de travail, puis envisager (b) la collision de CCT après un transfert d'entreprise.

a) Généralités

La convention collective de travail (CCT) est un contrat conclu entre un employeur ou une association d'employeurs et une association de travailleurs contenant des clauses sur la conclusion, l'objet et la fin des contrats individuels de travail entre les employeurs et les travailleurs intéressés (art. 356ss CO). Dans les procédures de fusion, de scission et de transfert de patrimoine, les relations contractuelles passent du sujet transférant au sujet reprenant comme tout actif ou passif, si celles-ci présentent un rapport de fonctionnalité avec le patrimoine transféré.¹⁶⁸

L'art. 333 al. 1^{bis} CO prévoit que dans le cas où les travailleurs du sujet transférant étaient au bénéfice d'une CCT, le nouvel employeur est obligé par celle-ci, même s'il n'était pas lié contractuellement à l'origine, et ceci pour une durée maximale d'un an dès le jour du transfert de l'entreprise, c'est-à-dire dès la date d'inscription au registre du commerce.¹⁶⁹ La durée est néanmoins plus courte si la CCT prend fin avant ce délai, ou si les parties la dénoncent.¹⁷⁰

Dans le cas où les parties contractantes modifient la CCT après la date du transfert, le nouvel employeur n'y est pas lié, à moins qu'il soit membre de l'association patronale contractante.¹⁷¹ La garantie de la persistance de la CCT jusqu'à un an après le transfert implique que l'employeur, s'il désire se défaire de celle-ci, doit attendre six mois après le transfert avant de pouvoir annoncer qu'il va la dénoncer. En effet, l'art. 356c CO règle les conditions d'une telle dénonciation, et impose un délai de préavis de six mois. Toute solution permettant d'aboutir à une dénonciation qui surviendrait avant un an dès le transfert négligerait le but de l'art. 333 al. 1^{bis} CO.¹⁷²

L'effet obligatoire ne concerne que les employés de l'entreprise auxquels la CCT s'appliquait avant l'opération de transfert. Les employés du sujet reprenant ne sont

¹⁶⁸ WYLER, *Le droit du travail à l'épreuve de la LFus*, p. 240. Voir aussi plus haut, chapitre II, E. 1. « Transfert automatique des rapports de travail de l'art. 333 al. 1 CO et son rapport avec les dispositions de la LFus ».

¹⁶⁹ PORTMANN, *BSK-OR*, N 18 ad art. 333.

¹⁷⁰ WYLER, *Le droit du travail à l'épreuve de la LFus*, p. 241.

¹⁷¹ WYLER, *Droit du travail*, p. 411.

¹⁷² WYLER, *Droit du travail*, p. 412.

en aucun cas concernés par la norme de protection de l'art. 333 al. 1^{bis} CO, ni ceux engagés après la restructuration.¹⁷³

Dans la LFus, une partie de la doctrine défend que les renvois à l'art. 333 al. 1^{bis} CO sont une erreur manifeste du législateur puisqu'ils sont contre-productifs pour défendre les intérêts des travailleurs. Dans la mesure où nous avons vu que tous les droits et obligations liant l'ancien employeur sont transférés par voie de succession universelle (partielle) au nouvel employeur, ceci signifie que les contrats conclus par l'ancien employeur doivent donc normalement lier le nouvel employeur jusqu'à leur terme. Or, si celui-ci devait survenir après le délai d'une année prévu par l'art. 333 al. 1^{bis} CO, l'article ne ferait que diminuer la protection accordée au travailleur.¹⁷⁴

b) La collision de CCT

Il peut se produire que le sujet reprenant soit lié par une CCT, et que les travailleurs du sujet transférant soient au bénéfice d'une autre. Ainsi, un seul rapport de travail pourrait être soumis à l'application de deux (voire plusieurs) CCT à la fois, ce qui pourrait conduire à une concurrence de règles.

Un travailleur ne peut être soumis qu'à une seule CCT, en vertu du principe de l'unité du contrat de travail.¹⁷⁵ Ainsi, il s'agit de déterminer dans un cas de concours de CCT, laquelle devra lier le sujet reprenant et le travailleur transféré. Il existe plusieurs types de CCT qui sont susceptibles d'entrer en conflit. Les CCT de métier, à savoir « celles dont le champ d'application personnel est défini en fonction des caractéristiques des travailleurs telles que leur formation professionnelle et celle de leur activité », les CCT de branche soit celles « dont le champ d'application personnel est défini en fonction du secteur d'activité de l'entreprise ».¹⁷⁶ Le Tribunal fédéral a considéré qu'en cas de collision entre ces deux types de CCT, la seconde s'impose,¹⁷⁷ mais admet qu'il n'existe pas de règle de concurrence fixe lors d'une collision entre deux CCT de branche. Dans un tel cas, il s'agit d'éclaircir si les deux CCT de branche coïncident relativement au contrat individuel de travail d'un point de vue spatial, temporel, personnel et en particulier d'un point de vue matériel et si cela entre véritablement en concurrence.¹⁷⁸ Le cas échéant, il convient d'analyser si l'une des deux CCT contient une clause de subsidiarité qui donnerait à l'autre une application prioritaire.¹⁷⁹ Si cette analyse ne permet pas de déterminer quelle CCT doit trouver application, il faut recourir au principe de la spécialité, lequel doit permettre de donner la priorité à la CCT qui tient le mieux compte des spécificités de

¹⁷³ WYLER, *Le droit du travail à l'épreuve de la LFus*, p. 240.

¹⁷⁴ AMSTUTZ/MABILLARD, N 5 ad art. 27 ; N 5 et 6 ad art. 49.

¹⁷⁵ TF 4C.350/2000, du 12 mars 2001, c. 3a ; WYLER, *Droit du travail*, p. 700 ; WYLER, *Le droit du travail à l'épreuve de la LFus*, p. 241.

¹⁷⁶ WYLER, *Le droit du travail à l'épreuve de la LFus*, p. 241.

¹⁷⁷ Cf. aussi VISCHER/ALBRECHT, N 139 ad art. 356.

¹⁷⁸ VISCHER/ALBRECHT, N 139 ad art. 356.

¹⁷⁹ TF 4C.350/2000, du 12 mars 2001, c.3a.

l'entreprise ainsi que des besoins particuliers des travailleurs au regard des dispositions qu'elle aménage dans les contrats individuels de travail.¹⁸⁰

En cas de convention collective concurrente transférée par le biais de l'art. 333 al. 1^{bis} CO, si l'employeur reprenant est lié par une autre convention collective, il doit, durant le délai d'un an, appliquer la convention en vigueur dans l'entreprise transférée aux employés transférés. Néanmoins, en application du principe de faveur de l'art. 357 al. 2 CO, les clauses plus favorables au travailleur contenues dans l'autre convention collective lui seront applicables.¹⁸¹

4. Responsabilité solidaire (333 al. 3 CO)

L'art. 333 al. 3 CO aménage une responsabilité solidaire du sujet transférant et du sujet reprenant pour les créances résultant du contrat de travail. La Loi sur la fusion prévoit également plusieurs dispositions fournissant des garanties similaires au travailleur dans les situations concrètes de transfert d'entreprises qu'elle envisage. Dans cette partie, nous allons analyser (a) la protection aménagée par le Code des obligations, et (b) les garanties fournies par la LFus.

a) Dans le code des obligations

L'art. 333 al. 3 CO prévoit que l'ancien et le nouvel employeur répondent solidairement des créances du travailleur qui sont échues avant le transfert, comme celles qui sont échues entre la date de celui-ci jusqu'au moment où les rapports de travail pourraient normalement prendre fin ou ont pris fin par suite de l'opposition du travailleur. Le but de cette responsabilité solidaire vise à donner une garantie au travailleur qui renonce à s'opposer à son transfert alors qu'il ignore la situation financière du nouvel employeur.¹⁸²

Ainsi, pour les contrats de durée déterminée, la solidarité s'étend jusqu'à l'échéance du contrat. Pour les contrats de durée indéterminée, elle s'étend jusqu'au moment où les rapports de travail auraient pris fin s'ils avaient été résiliés à la date du transfert d'entreprise, en respectant le délai de congé légal, contractuel ou conventionnel. Dans le cas où le travailleur s'oppose au transfert de son contrat de travail, la solidarité s'étend jusqu'à la fin des rapports de travail ou à l'échéance du délai légal de congé dès la date de réception de l'opposition.¹⁸³

Les parties au contrat de transfert de l'entreprise ne peuvent pas s'entendre sur une convention dérogatoire afin d'exclure l'application des règles sur la responsabilité

¹⁸⁰ VISCHER/ALBRECHT, N 130 ad art. 356 ; WYLER, *Le droit du travail à l'épreuve de la LFus*, p. 242.

¹⁸¹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 7 ad art. 333 ; WYLER, *Droit du travail à l'épreuve de la LFus*, p. 242.

¹⁸² ATF 127 V 183, c. 4c ; CARRUZZO, N 24 ad art. 333.

¹⁸³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 8 ad art. 333 ; CARRUZZO, N 26 ad art. 333 ; CHENAUX/MARTIN, N 25 ad art. 333 ; PORTMANN, *BSK-OR*, N 33 ad art. 333 ; WYLER, *Droit du travail*, p. 413 – 414.

solidaire du cédant et du reprenant.¹⁸⁴ L'art 333 al. 3 CO faisant expressément partie de la liste des dispositions à caractère relativement impératif, il n'est pas possible de déroger aux règles sur la responsabilité solidaire de l'employeur cédant et l'employeur reprenant. Le travailleur ne peut pas non plus valablement conclure une convention avec l'employeur reprenant dans laquelle ils excluraient la responsabilité solidaire de ce dernier.¹⁸⁵

La responsabilité porte sur toutes les créances résultant de l'exécution du contrat de travail. Citons par exemple les provisions, les bonus, les heures supplémentaires, les vacances non prises, les remboursements de frais, les cotisations sociales paritaires impayées,¹⁸⁶ les dommages-intérêts pour inexécution fautive du contrat par l'employeur, une indemnité pour licenciement immédiat injustifié ou pour licenciement abusif que l'employeur aurait eu à payer avant le transfert pour le cas où les rapports de travail seraient passés à l'acquéreur si le cédant ne les avait pas injustement résiliés.¹⁸⁷

b) Dans la LFus

La loi sur la fusion prévoit pour le cas de la fusion, de la scission et du transfert de patrimoine, des dispositions permettant à tout créancier, et en particulier aux travailleurs, d'exiger que la société reprenante garantisse leurs créances résultant du contrat de travail.¹⁸⁸ De plus, elle leur permet de poursuivre après le transfert, les associés qui répondaient personnellement des créances avant l'opération. Il s'agit des art. 27 al. 2, 49 al. 2 et 76 al. 2 LFus. Nous analyserons dans cette partie ces trois garanties sous l'angle de la fusion, puis de la scission et enfin du transfert de patrimoine.

Dans la fusion, tous les passifs de la société transférante vont à la société reprenante dans le cas de la fusion par absorption ou à la société nouvellement constituée dans la fusion par combinaison. Ainsi, l'art. 333 al. 3 CO ne trouve pas application dans ce cas d'espèce, partant que la société transférante se trouve dans les deux cas liquidée en conséquence de l'opération.¹⁸⁹ L'art. 333 al. 3 CO n'est donc pas compris dans le renvoi au contenu matériel de la norme de l'art. 27 al. 1 LFus.¹⁹⁰

¹⁸⁴ ATF 132 III 32, c. 4.2.2.1.

¹⁸⁵ CARRUZZO, N 27 ad art. 333.

¹⁸⁶ ATF 119 V 389 c. 5.

¹⁸⁷ CARRUZZO, N 25 ad art. 333.

¹⁸⁸ WYLER, *Commentaire LFus*, N 9 ad art. 27.

¹⁸⁹ BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N 5 ad art. 27 ; HUBSCHMID, *ZK-FusG*, N 15 ad art. 27 ; WILDHABER, p. 233 ; WINKLER, *SJZ 2001*, p. 480.

¹⁹⁰ REINERT, *B&M Handkommentar*, N 7 ad art. 27 ; WILDHABER, p. 234.

En lieu et place de la responsabilité solidaire, le travailleur peut exiger la garantie des créances résultant du contrat de travail (art. 27 al. 2 LFus). Tant les employés de la société transférante que de la société reprenante dans la fusion par absorption sont en droit d'exiger cette garantie. En effet, la société reprenante héritant également des passifs de la société transférante, elle encourt un certain risque financier qui justifie une norme protectrice pour les employés de celle-ci.¹⁹¹ Cette garantie porte sur les créances qui deviennent exigibles jusqu'à la date à laquelle les rapports de travail pourraient normalement prendre fin ou prendront fin si le travailleur s'oppose au transfert (art. 27 al. 2 LFus). La protection du travailleur offerte dans cette disposition couvre intégralement celle proposée par la responsabilité solidaire de l'art. 333 al. 3 CO.¹⁹² Quant aux conditions dans lesquelles le travailleur peut exiger la garantie de ses créances, l'art. 27 al. 2 LFus renvoie à l'art. 25 LFus qui traite la question pour tous les créanciers de la société de manière générale. Ainsi, le travailleur est mis sur un pied d'égalité face aux autres créanciers de l'entreprise et peut exiger la garantie de ses créances durant un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la fusion produit ses effets.

Finalement, l'art. 27 al. 3 LFus prescrit que les associés d'une société transférante qui répondaient des dettes de celle-ci avant la fusion continuent de répondre de celles nées avant la date à laquelle les rapports de travail pourraient normalement prendre fin ou prendront fin si le travailleur s'oppose au transfert.¹⁹³ Les prétentions découlant de la responsabilité personnelle des associés se prescrivent en général d'après l'art. 26 al. 2 LFus par trois ans à compter de la date à laquelle la fusion déploie ses effets, ou dès l'exigibilité de la créance si celle-ci est devenue exigible après la publication de l'opération. A défaut de disposition analogue dans l'art. 27 al. 2 LFus, il y a lieu d'appliquer le même régime aux créances résultant du contrat de travail, par analogie.¹⁹⁴

Dans la scission par séparation, une partie des actifs et passifs d'une société est transférée à une société existante ou nouvellement créée. Il subsiste à l'opération deux sujets distincts dont la responsabilité sera solidairement engagée pour les créances des travailleurs résultant du contrat de travail, en vertu de l'art. 333 al. 3 CO, par renvoi de l'art 49 al. 1 LFus.¹⁹⁵ Dans le cas de la scission par division, deux ou plusieurs sociétés partageront l'intégralité du patrimoine d'une société transférante qui se verra radiée du registre du commerce, conséquemment à

¹⁹¹ WILDHABER, p. 234.

¹⁹² WILDHABER, p. 234 ; WYLER, *fusion*, p. 254 – 255.

¹⁹³ Message LFus, FF 2000 4081 ; WYLER, *Commentaire LFus*, N 11 ad art. 27.

¹⁹⁴ BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N 43 ad rem. prel. de l'art. 27 ; REINERT, *B&M Handkommentar*, N 10 ad art. 27 ; WILDHABER, p. 234 ; WYLER, *Commentaire LFus*, N 12 ad art. 27.

¹⁹⁵ WYLER, *Commentaire LFus*, N 3 ad art. 49.

l'opération. Dès lors, aucune responsabilité solidaire entre le sujet transférant et les sujets reprenants au sens de l'art. 333 al. 3 CO ne peut être envisagée.¹⁹⁶ Seule la responsabilité des sociétés reprenantes doit être envisagée. La LFus prévoit dans ce cas trois niveaux de responsabilité. Le premier concerne la société qui a effectivement repris les rapports de travail. Celle-ci est responsable à titre principal de toutes les créances des travailleurs qui lui ont été transférées en vertu du principe de la succession universelle. Le deuxième niveau de responsabilité institué par la LFus est subsidiaire et solidaire et concerne toutes les sociétés ayant participé à la scission, lesquelles peuvent être amenées à répondre des dettes qui ont été attribuées en vertu du contrat de scission. La responsabilité est solidaire entre chacune de ces sociétés, mais également solidaire de la dette de la société qui en est responsable à titre principal. Le troisième niveau de responsabilité trouve application dans le cas dans lequel les rapports de travail prennent fin en raison du fait qu'ils ne sont ni transférés par l'art. 333 al. 1 CO en raison de l'absence d'un transfert d'entreprise ou de part d'entreprise, ni inscrits sur la liste des rapports de travail à transférer en raison du défaut d'accord de toutes les parties.¹⁹⁷ Dans un tel cas, toutes les sociétés participant à la division sont solidairement responsables des dettes qui ne peuvent être attribuées sur la base du contrat de scission en vertu de l'art. 38 al. 3 LFus, applicable par analogie.¹⁹⁸

Dans la scission, tant par division que par séparation, les travailleurs ont le droit, comme dans la fusion, d'exiger la garantie de leurs créances résultant du contrat de travail qui deviennent exigibles jusqu'à la date à laquelle les rapports de travail pourraient normalement prendre fin ou prendront fin si le travailleur s'oppose au transfert (art. 49 al. 2 LFus). Tous les travailleurs de la société transférante comme de la société reprenante peuvent, d'après la lettre de la loi, exiger la garantie de leurs créances d'après l'art. 49 al. 2 LFus.¹⁹⁹ Les travailleurs doivent alors, conformément à l'art. 46 LFus, exiger la garantie de leurs créances dans un délai de deux mois après la publication de l'avis aux créanciers dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC).

À l'instar de la fusion, il existe dans la scission une responsabilité des associés qui répondaient personnellement des dettes de la société, qui continue de s'étendre au-delà de l'opération. L'art. 49 al. 3 LFus renvoie à l'art. 27 al. 3.

¹⁹⁶ *Ibid.*, N 3 ad art. 49.

¹⁹⁷ WINKLER, *SJZ 2001*, p. 479.

¹⁹⁸ BAUER, p. 101 ; BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N 6 ad art. 49 ; WINKLER, *SJZ 2001*, p. 482.

¹⁹⁹ WILDHABER, p. 238.

Dans le transfert de patrimoine, le régime est légèrement différent de celui prévu pour la fusion et la scission. En effet, la loi ne prévoit qu'une responsabilité solidaire du transférant et du reprenant ainsi qu'une possibilité exceptionnelle d'exiger la garantie des créances. Tant le renvoi à l'art. 333 CO de l'art. 76 al. 1 LFus et l'art. 75 LFus par renvoi de l'art. 76 al. 2 LFus prévoient une responsabilité solidaire de l'ancien employeur et du nouvel employeur. Cependant, l'art. 333 al. 3 CO fait bénéficier les travailleurs d'un délai de prescription plus long que celui qui s'applique à l'art. 75 LFus. En effet, le délai de prescription qui s'applique à l'art. 333 al. 3 CO est le délai de l'art. 128 ch. 3 CO, tandis que l'art. 75 LFus prévoit un délai de prescription de 3 ans. Le but de l'art. 76 LFus étant d'élargir la protection du travailleur et non de la réduire, il appert que le délai à appliquer serait celui du droit du travail.²⁰⁰

L'art. 75 al. 3 LFus prévoit un système de garantie des créances relatives au contrat de travail mais avec des conditions plus restrictives que dans les cas de la fusion et de la scission. Celle-ci ne doit être garantie que dans le cas où la responsabilité solidaire s'éteint avant la fin du délai de trois ans (art. 75 al. 3 let. a LFus), ou si les créanciers rendent vraisemblable que la responsabilité solidaire ne constitue pas une protection suffisante (art. 75 al. 3 let. b LFus).

5. Transfert individuel du travailleur (333 al. 4 CO)

L'art. 333 al. 4 CO vise à empêcher que l'ancien employeur ne transfère ses droits du rapport de travail sans ses obligations, à un tiers. Il interdit la cession de l'obligation du travailleur de respecter les directives et instructions de celui-ci. Ainsi, l'employeur cédant ne peut pas prêter ou louer son employé à un tiers,²⁰¹ sous réserve de circonstances exceptionnelles ou particulières, ou que cela eut été convenu avec le travailleur. Cela constitue un cas d'interdiction de cession de créance au sens de l'art 164 al. 1 CO *in fine*.²⁰² Cette disposition trouve également application à l'intérieur d'un groupe de sociétés.²⁰³

L'art. 333 connaît là une distinction entre le transfert des rapports de travail avec tous les droits et obligations qui leurs sont rattachés, traité par les al. 1 à 3, et la cession par l'employeur des droits découlant des rapports de travail dans l'al. 4.²⁰⁴

²⁰⁰ WYLER, *Commentaire LFus*, N 8 ad art. 76.

²⁰¹ ATF 114 II 349, c. 3.

²⁰² CHENAUX/MARTIN, N 29 ad art. 333.

²⁰³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 15 ad art. 333 ; CHENAUX/MARTIN, N 30 ad art. 333.

²⁰⁴ CARRUZZO, N 8 ad art. 333.

6. Interdiction de licencier pour le seul motif du transfert (333 al. 1 a contrario)

Lors d'une négociation précédant le transfert d'une entreprise ou d'une part d'entreprise, il pourrait être intéressant pour le sujet reprenant de choisir quels travailleurs il pourrait reprendre, et lesquels il pourrait ne pas employer. En effet, les rapports de travail qui lient une entreprise comportent une certaine part de risque pour celle-ci liée à la personne du travailleur. Comme nous l'avons vu précédemment, les parties au transfert de l'entreprise ne peuvent pas s'entendre pour dissocier les rapports de travail de la fonction transférée, car d'après l'art. 333 al. 1 CO, lorsqu'une entreprise ou une part d'entreprise se voit transférée, tous les rapports de travail qui lui sont fonctionnellement rattachés sont transférés automatiquement sans que l'employeur reprenant ne puisse y objecter.

Afin d'échapper à l'application de cette disposition, l'employeur cédant pourrait être tenté de mettre fin à certains rapports de travail en vue du transfert afin de diminuer le risque d'entreprise lié à ceux-ci et augmenter de cette manière la valeur de l'entreprise à céder. Il s'agit donc d'analyser les règles qui empêchent un tel comportement ainsi que celles posant les conditions dans lesquelles un licenciement est encore autorisé. Nous définirons par ce moyen la limite jusqu'à laquelle l'employeur cédant peut se départir des rapports de travail, et à partir de quand il lui est interdit de licencier ses travailleurs.

Le transfert d'une entreprise ou d'une part d'entreprise ne constitue pas à lui seul un motif de résiliation ordinaire du contrat de travail.²⁰⁵ Il ne constitue pas non plus un motif de résiliation immédiate au sens de l'art. 337 CO.²⁰⁶ Il s'agit donc d'analyser les circonstances exactes dans lesquelles le licenciement intervient afin de déterminer si le licenciement a été uniquement motivé par le transfert ou si d'autres paramètres sont entrés en ligne de compte.²⁰⁷

Le message cite la décision CJCE 101/87, Bork International contre Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, laquelle indique que « les travailleurs employés de l'entreprise dont il a été mis fin au contrat ou à la relation de travail avec effet à une date antérieure à celle du transfert, en violation de l'article 4 paragraphe 1 de la directive, doivent être considérés comme étant toujours employés de l'entreprise à la date du transfert, avec la conséquence notamment que les obligations d'employeur à leur égard sont transférées de plein droit du cédant au cessionnaire, conformément à l'article 3 paragraphe 1 de la directive. »²⁰⁸ Le fait que les travailleurs doivent être considérés comme étant toujours employés de l'entreprise implique que le congé

²⁰⁵ Message I, FF 1992 V 398. Voir aussi art. 4 par. 1 de la directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977.

²⁰⁶ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 11 ad art. 333 ; CARRUZZO, N 20 ad art. 333 ; CHENAUX/MARTIN, N 31 ad art. 333.

²⁰⁷ CARRUZZO, N 20 ad art. 333.

²⁰⁸ Message I, FF 1992 V 394.

donné au motif du transfert de l'entreprise doit être sans effet. La résiliation en vue du transfert doit donc être considérée comme nulle au sens de l'art. 20 CO.²⁰⁹

En revanche, les licenciements donnés en raison de restructurations de l'entreprise, soit de mesures économiques, techniques ou d'organisation sont licites, même lorsqu'ils précèdent un transfert de l'entreprise (art. 4 § 1 directive 2001/23/CE).²¹⁰ CARRUZZO admet également le congé-modification comme valable avant le transfert de l'entreprise, à condition qu'il s'impose en raison de la marche de l'entreprise ou du marché et que les motifs invoqués par l'acquéreur soient de nature économique technique ou organisationnelle.²¹¹ Nous abondons dans sa direction partant que si l'employeur peut invoquer de tels motifs pour résilier le contrat de travail, il peut également les invoquer pour maintenir le contrat mais en modifier la teneur.

²⁰⁹ ATF 136 III 552, c.3.2 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 5 ad art. 333 ; CARRUZZO, N 20 ad art. 333 ; CHENAUX/MARTIN, N 31 ad art. 333 ; PORTMANN, *BSK-OR*, N 10 ad art. 333 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 ad art. 333.

²¹⁰ ATF 136 III 552, c.3 ; CARRUZZO, N 21 ad art. 333 ; CHENAUX/MARTIN, N 32 ad art. 333. Voir aussi art. 4 par. 1 de la directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001 qui prévoit que « Cette disposition ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi. »

²¹¹ CARRUZZO, N 22 ad art. 333 ; CHENAUX/MARTIN, N 32 ad art. 333.

III. Droit d'information et consultation du représentant des travailleurs (333a CO / 28 LFus)

Les dispositions qui vont être analysées ici visent à assurer une information adéquate des travailleurs lorsqu'un transfert d'entreprise qui implique un changement d'employeur est prévu. Les dispositions relatives au contrat de travail qui vont être traitées dans cette partie sont entrées dans le Code des obligations dans le cadre du projet d'adaptation de la législation fédérale au droit de l'Espace économique européen.²¹² La Loi sur la participation,²¹³ adoptée dans le même paquet, fonde la base des droits des travailleurs d'être représentés, d'être informés et d'être consultés. Le Code des obligations a donc été adapté en lien avec cette loi, puis les dispositions de la Loi sur la fusion ont précisé la mise en œuvre de ces droits dans les contextes précis de la fusion, de la scission et du transfert de patrimoine.

Nous analyserons tout d'abord dans ce chapitre (A) la Loi sur la participation, avec en particulier son adoption et ses renvois au Code des obligations, (B) le droit d'information conféré au représentant des travailleurs, ou à défaut aux travailleurs directement, par le CO, et par la LFus, (C) le droit de consultation spécifique dans le cas où un transfert est envisagé, à la lumière du CO et de la LFus également, et finalement (D) les sanctions en cas de non-respect du devoir d'information ou de consultation.

A. La Loi sur la participation

Dans le paquet de lois proposées par le Conseil fédéral dans le cadre du projet d'adaptation de la législation fédérale au droit de l'Espace économique européen, se trouvait notamment la Loi sur la participation, qui institue le droit des travailleurs d'élire un représentant parmi leurs pairs (art. 3), chargé de défendre leurs intérêts. Partant que la défense des intérêts ne peut être efficace que si les informations nécessaires à celle-ci lui sont accessibles,²¹⁴ la Loi prévoit également un droit à l'information sur toutes les affaires dont la connaissance lui est nécessaire pour s'acquitter convenablement de ses tâches (art. 9). Finalement, un droit de participation est réservé aux représentants des travailleurs en particulier dans le domaine du transfert de l'entreprise au sens de l'art. 333 et 333a du CO (art. 10 let. b).

Avant le rejet par le peuple de l'adhésion à l'Espace économique européen, l'art. 10 du projet de loi prévoyait un renvoi à la directive 77/187/CEE du 14 février 1977.²¹⁵ En conséquence de la non-adhésion de la Suisse à l'EEE, le texte a dû être adapté afin de ne plus renvoyer à des directives européennes, mais à des dispositions de

²¹² Voir plus haut, chapitre II, A. « Origine but et nature de l'art. 333 CO ».

²¹³ Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises, du 17 décembre 1993, (Loi sur la participation, RS 822.14).

²¹⁴ Message II sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE, FF 1992 V 631.

²¹⁵ Message II sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE, FF 1992 V 639.

droit interne. L'art. 10 let. c a donc été modifié pour renvoyer au code des obligations, mais la disposition correspondante n'existait pas encore.²¹⁶ C'est pour cette raison que l'art. 333a a été introduit dans le code, pour intégrer d'une part le contenu de la directive 77/187/CEE dans le droit du travail, et pour permettre le renvoi de l'art. 10 de la Loi sur la participation.

B. Devoir d'information

En application de son devoir d'information contenu dans l'art. 333a al. 1 CO, l'employeur qui envisage de transférer l'entreprise ou une part de celle-ci est tenu d'informer de manière précise la représentation des travailleurs ou à défaut, les travailleurs eux-mêmes à propos des motifs du transfert et sur les conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert pour les travailleurs (art. 333a al. 1 CO). Les informations peuvent porter sur le fait que l'acquéreur n'est pas soumis à la CCT, ou que le transfert impliquera un changement d'assureur accident, ou de caisse de prévoyance professionnelle, par exemple.²¹⁷ Les informations portant sur les conséquences juridiques doivent également contenir l'énonciation des droits des travailleurs en vertu de l'art. 333 CO, à savoir le transfert des droits, le droit d'opposition, la persistance de la CCT, et la responsabilité solidaire des employeurs.²¹⁸

L'employeur doit informer en temps utile, c'est-à-dire dès qu'il dispose de tous les paramètres à transmettre aux travailleurs, mais en tous les cas d'après la lettre de la loi avant la date à laquelle le transfert prend effet. Ces informations ont pour but de permettre au travailleur de se déterminer quant à l'opportunité de s'opposer au transfert de son rapport de travail au sens de l'art. 333 al. 2 CO.²¹⁹

L'employeur n'est pas soumis à une quelconque exigence de forme quant au mode d'information. Il peut tant la communiquer par oral que par écrit par la diffusion d'une circulaire, par exemple.²²⁰ Néanmoins, compte tenu du droit du travailleur de faire interdire l'inscription du transfert au registre du commerce, il est plus judicieux pour l'employeur d'utiliser un mode de communication de l'information qu'il puisse produire comme élément de preuve. Concernant la séance de consultation de la représentation des travailleurs, il serait également prudent d'en tenir un procès-verbal et de le faire relire et signer par les parties présentes.

La Loi sur la participation prévoit à l'art. 9 al. 1 un droit pour la représentation des travailleurs d'être informée en temps opportun et de manière complète sur toutes les affaires dont la connaissance lui est nécessaire pour s'acquitter convenablement de ses tâches. Ce droit couvre à notre sens le devoir d'information de l'art. 333a al. 1

²¹⁶ Message sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, FF 1993 I 832.

²¹⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 333a.

²¹⁸ BAUER, p. 122ss ; CHENAUX/MARTIN, N 2 ad art. 333a, Note 3 ; PORTMANN, *BSK-OR*, N 5 ad art. 333a ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 4 ad art. 333a.

²¹⁹ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 3 ad art. 333a.

²²⁰ CHENAUX/MARTIN, N 5 ad art. 333a.

CO, car une information à propos d'un transfert d'entreprise serait de toute manière nécessaire aux travailleurs pour s'acquitter convenablement de leurs tâches, et en particulier exercer leurs droits.²²¹

La LFus contient également des dispositions qui viennent préciser ou étendre le droit à l'information des travailleurs dans la fusion, la scission et le transfert de patrimoine. Elle prévoit en particulier un devoir d'information qui s'étend non seulement à l'employeur transférant, mais également à l'employeur reprenant, et elle institue une action en interdiction de l'inscription du transfert au registre du commerce.

Les art. 28, 50 et 77 LFus renvoient à l'art. 333a CO pour l'application du devoir d'information et de consultation de l'employeur. Malgré la lettre de la loi, le renvoi ne concerne pas uniquement la consultation des travailleurs, mais également le devoir d'information de l'employeur, partant que les articles renvoient à l'art. 333a CO dans son ensemble.²²²

Tandis que les renvois au devoir d'information pour l'employeur transférant n'ont qu'une fonction de clarification de l'application de l'art. 333a CO du fait que celui-ci s'applique de toute manière à tous les cas de fusions, scission et transfert de patrimoine, ils élargissent en revanche son champ d'application en fondant le même devoir pour l'employeur reprenant. Comme les opérations de fusion, de scission ou de transfert de patrimoine peuvent avoir des répercussions juridiques, économiques ou sociales pour les travailleurs de l'entreprise reprenante, il est bienvenu que ceux-ci bénéficient du même droit que ceux du sujet transférant.²²³

C. Consultation du représentant des travailleurs

L'art. 333a al. 2 CO en lien avec l'art. 10 let. b de la Loi sur la participation, détermine que lorsqu'il est prévisible que des mesures pouvant concerner les employés transférés suite au transfert de l'entreprise, alors l'employeur doit consulter la représentation des travailleurs ou à défaut les travailleurs avant que ces mesures ne soient décidées. Il peut s'agir de mesures telles qu'une modification des contrats de travail, des licenciements, des restructurations ou une réorganisation affectant les travailleurs transférés.²²⁴

Le but de la consultation est de permettre aux représentants des travailleurs d'exprimer l'avis de ceux-ci et de formuler des propositions.²²⁵ La procédure de consultation doit débuter et s'achever avant que les mesures qui concernent les travailleurs ne soient décidées. De plus, cette procédure doit être assortie d'un délai

²²¹ Du même avis : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad art. 333a.

²²² BAUER, p. 116.

²²³ Message LFus, FF 2000 4021.

²²⁴ CARRUZZO, N 3 ad art. 333a ; CHENAUX/MARTIN, N 6 ad art. 333a, Note 17.

²²⁵ CARRUZZO, N 3 ad art. 333a ; CHENAUX/MARTIN, N 7 ad art. 333a ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 333a.

de réflexion de l'ordre de deux semaines²²⁶ qui permette aux représentants ou aux travailleurs d'analyser les informations qu'ils ont reçues et d'en tirer des propositions.²²⁷

La consultation ne donne pas un droit à la codécision des représentants des employés.²²⁸ C'est la position du Conseil fédéral dans le message qui conclut, à la différence des associations de travailleurs, qu'on « ne peut déduire des prescriptions de l'Accord EEE aucune disposition régissant la codécision. » et que « la directive ne contient "que" le droit à l'information et le droit d'être consulté. ».²²⁹

Dans la LFus, les art. 28, 50 et 77 prévoient que la consultation de la représentation des travailleurs est régie par l'art. 333a CO. Ces trois dispositions donnent en outre une précision de plus que le droit du travail, quant au moment de la consultation en indiquant que celle-ci doit être terminée avant que la décision de fusion ou de scission ne soit soumise à l'assemblée générale des actionnaires ou des associés (art. 18, 28 et 50 LFus).²³⁰ Dans le cas du transfert de patrimoine, la consultation doit s'être terminée avant la conclusion du contrat de transfert.²³¹ La LFus impose un devoir supplémentaire à l'organe supérieur de direction ou d'administration, lequel est obligé de présenter à l'assemblée générale le résultat de la consultation – soit à tout le moins les réactions et propositions de la représentation des travailleurs – avant que celle-ci ne prenne sa décision.²³²

D. Sanctions

Plusieurs sanctions sont envisagées par la doctrine en lien avec le devoir de l'employeur d'informer et de consulter les employés. Les moyens diffèrent en fonction du moment. Ainsi nous analyserons (1) la contrainte de l'employeur d'informer, cas échéant, de consulter les employés, dans l'hypothèse où les travailleurs craignent ou constatent une violation de leurs droit, (2) la responsabilité de l'employeur pour le dommage causé aux travailleurs par la violation de leur droit d'information et de consultation, et (3) l'action spéciale de la LFus en interdiction de l'inscription de l'opération au registre du commerce.

1. Contrainte de l'employeur

Lorsque les travailleurs constatent que leurs droits d'information et de consultation ne sont pas respectés, ou qu'ils sont ne le sont que partiellement, notamment si les

²²⁶ CHENAUX/MARTIN, N 8 ad art. 333a ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad art. 333a : « une vingtaine de jours, au moins. ».

²²⁷ CARRUZZO, N 3 ad art. 333a.

²²⁸ CHENAUX/MARTIN, N 7 ad art. 333a ; PORTMANN, *BSK-OR*, N 12 ad art. 333a ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 333a.

²²⁹ Message II sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE, FF 1992 V 622.

²³⁰ BAUER, p. 140 ; CHENAUX/MARTIN, N 11 ad art. 333a ; GLANZMANN, N 618.

²³¹ BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N 4 ad art. 77 ; GLANZMANN, N 620 ; REINERT, *B&M Handkommentar*, N 8 ad art. 77 ; WYLER, *Commentaire LFus*, N 3 ad art. 77.

²³² BAUER, p. 148 ; REINERT, *B&M Handkommentar*, N 9 ad art. 28.

informations sont incomplètes, ils peuvent demander au juge le respect des procédures par l'employeur sous la menace de la peine de l'art. 292 du code pénal.^{233, 234}

2. Responsabilité de l'employeur en cas de violation

Le devoir d'information et de consultation des travailleurs engage la responsabilité de l'employeur. Si les travailleurs subissent un dommage conséquemment à une exécution imparfaite du devoir d'information et de consultation de l'employeur, ils peuvent actionner ce dernier en dommages-intérêts sur la base de l'art. 97 CO.²³⁵ Le dommage peut consister notamment en la privation de l'octroi d'un plan social provoquée par le défaut de consultation.²³⁶ Mais il incombe au travailleur de prouver son dommage et le lien de causalité entre celui-ci et la violation du devoir d'information et de consultation de l'employeur. La faute en revanche, est présumée.²³⁷

3. L'action en interdiction de l'inscription au registre du commerce de la LFus

La LFus ouvre aux travailleurs, par les articles 28 al. 3, 50 et 77 al. 2 LFus, une action en interdiction de l'inscription de l'opération de transfert de l'entreprise au registre du commerce. L'inscription étant de nature constitutive (art. 22, 52 et 73 LFus), les travailleurs disposent par cette voie d'un moyen particulièrement fort à faire valoir à l'encontre de l'employeur et qui fait office d'épée de Damoclès devant suffire à dissuader l'employeur de négliger son devoir d'information et de consultation.²³⁸

Dans cette partie, nous analyserons en détail l'action, en traitant de (a) sa nature, (b) de la compétence des tribunaux à raison de la matière, (c) de la compétence à raison du lieu, (d) de la procédure applicable, (e) de la titularité du droit, ainsi que (f) de ses effets.

a) Nature de l'action

Dans l'hypothèse où l'employeur ne respecte pas son devoir d'information et de consultation, la représentation des travailleurs, ou à défaut, les travailleurs eux-mêmes peuvent, d'après les art. 28 al. 3, 50 et 77 al. 2 LFus, saisir le juge afin qu'il interdise l'inscription de l'opération au registre du commerce.

Cette action peut être ouverte notamment dans les cas suivants :

²³³ Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (CP, RS 311).

²³⁴ BAUER, p. 152 ; CHENAUX/MARTIN, N 13 ad art. 333a ; STAEHLIN, ZK-OR, N 4 ad art. 333a, N 5 ad art. 335f ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 ad art. 333a.

²³⁵ BAUER, p. 153 ; CARRUZZO, N 4 ad art. 333a ; PORTMANN, BSK-OR, N 15 ad art. 333a ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 10 ad art. 333a.

²³⁶ CARRUZZO, N 4 ad art. 333a.

²³⁷ CARRUZZO, N 4 ad art. 333a.

²³⁸ WYLER, *Le droit du travail à l'épreuve de la LFus*, p. 229.

- les travailleurs ou leur représentation n'ont pas été informés, ou incomplètement, ou tardivement informés, à propos des conséquences juridiques, économiques et sociales de la fusion, de la scission ou du transfert de patrimoine ;
- si les travailleurs ou leur représentation n'ont pas eu l'occasion de se faire entendre en consultation ;
- si les travailleurs ou leur représentation ne se sont pas vu accorder suffisamment de temps afin de déposer des objections ou des propositions ;
- si la procédure de consultation a été menée irrégulièrement ;
- s'il n'a pas été fait état, ou pas de manière correcte, à l'assemblée générale du résultat de la consultation ;
- si l'employeur s'adresse une représentation des travailleurs non reconnue comme destinataire des informations, ou interlocuteur.
- si l'employeur omet de consulter l'ensemble des travailleurs, à défaut d'une représentation valablement élue.²³⁹

Cette liste n'est pas exhaustive.²⁴⁰ Néanmoins l'action n'est pas ouverte pour sanctionner d'autres violations de la loi ou du contrat que celles qui concernent la participation des travailleurs.²⁴¹

b) Compétence à raison de la matière

La nature de l'action en interdiction de l'inscription au registre du commerce est discutée en doctrine. Une partie de la doctrine considère que la compétence matérielle ne relève pas des tribunaux du travail, mais de la compétence ordinaire ou des autorités compétentes en matière de commerce au motif que l'objet du procès concerne une inscription au registre du commerce et que cette prétention n'est pas en lien avec le droit du travail.²⁴²

Une autre partie de la doctrine²⁴³ classe toutefois le litige dans le domaine du droit du travail au motif que l'art. 333 CO trouve application en matière de fusion, de scission et de transfert de patrimoine indépendamment des renvois de la LFus, lesquels ne servent qu'à clarifier la situation juridique.²⁴⁴ L'interdiction de l'inscription de l'opération au registre du commerce étant uniquement la sanction de la violation des droits de participation des travailleurs, il appert que le fond de la problématique relève du droit du travail. Afin de déterminer la nature de l'action, il s'agit de se

²³⁹ BAUER, p. 163 – 164 ; WYLER/HEINZER, p. 219.

²⁴⁰ BAUER, p. 163.

²⁴¹ AMSTUTZ/MABILLARD, N 25 ad art. 28 ; BAUER, p. 163 – 164 ; WYLER, *Commentaire LFus*, N 9 ad art. 28 ; WYLER, *Le droit du travail à l'épreuve de la LFus*, p. 231.

²⁴² BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N 40 ad rem. prel. de l'art. 27.

²⁴³ AMSTUTZ/MABILLARD, N 27 ad art. 28 ; HUBSCHMID, *ZK-FusG*, N 24 ad art. 28 ; WYLER, *Commentaire LFus*, N 14 ad art. 28.

²⁴⁴ Voir plus haut, chapitre II, D. 1. « Renvoi constitutif ou déclaratif ? ».

référer à la nature du droit protégé, soit dans notre cas celui des travailleurs, et non à celle de la sanction.²⁴⁵

Les juridictions compétentes pour connaître de l'action en interdiction de l'inscription au registre du commerce sont donc celles compétentes en matière de droit du travail.²⁴⁶

c) Compétence à raison du lieu

En matière de fors, deux articles peuvent entrer en considération, soit l'art. 34 du code de procédure civile (CPC)²⁴⁷ qui détermine le for en matière de droit du travail, soit l'art. 42 CPC qui prévoit les fors qui concernent les actions de la loi sur les fusions. Depuis l'entrée en vigueur du CPC, HUBSCHMID et WILDHABER se sont prononcées en faveur de l'application des fors de l'art. 42 CPC, en suivant la doctrine – unanime – publiée sous l'empire de la Loi sur les fors (LFors),²⁴⁸ laquelle plébiscitait déjà l'application de l'art. 29a LFors, selon lequel le tribunal du siège de l'un des sujets participants était compétent pour les actions fondées sur la LFus, à l'exclusion de l'art. 24 LFors relatif au droit du travail.²⁴⁹

De notre avis, il semble impensable que le juge du lieu où le travailleur exerce son activité professionnelle décline sa compétence pour une action en interdiction de l'inscription de l'opération au registre du commerce. En effet, pour des raisons de protection des travailleurs, il nous semble important que l'art. 34 CPC en matière de droit du travail soit applicable, puisque celui-ci offre les mêmes fors que l'art. 42 CPC, avec en plus le tribunal du lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle. Le travailleur non-juriste trouvera plus naturel de déposer son action devant le tribunal de son lieu de travail plutôt que de devoir agir au lieu du siège de la société, s'il est différent, ou *a fortiori*, au lieu du siège du sujet reprenant, qu'il ne connaît qu'à peine. De plus, l'action doit être déposée dans l'urgence, afin de bloquer le processus. Le travailleur ne doit pas avoir à entreprendre des démarches particulières afin de déterminer le lieu du siège de son employeur, ni avoir à rechercher un avocat dans l'urgence dans un autre canton. Une exception à l'application du for de l'art. 42 CPC applicable pour toutes les actions découlant de la LFus, se justifie ici pleinement à nos yeux.²⁵⁰

²⁴⁵ WYLER, *Le droit du travail à l'épreuve de la LFus*, p. 233.

²⁴⁶ AMSTUTZ/MABILLARD, N 27 ad art. 28 ; PORTMANN, *BSK-OR*, N 43 ad art. 333a.

²⁴⁷ Code de procédure civile du 19 décembre 2011, (CPC, RS 272).

²⁴⁸ Loi fédérale sur les fors en matière civile, du 24 mars 2000, (LFors, RO 2006 5379).

²⁴⁹ AMSTUTZ/MABILLARD, N 27 ad art. 28 ; BAUER, p. 159 ; BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N 40 ad rem. prel. de l'art. 27 ; HUBSCHMID, *ZK-FusG*, N 22 ad art. 28 ; REINERT, *B&M Handkommentar*, N 12 ad art. 28 ; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, N 420 ; WILDHABER, p. 398 ; WYLER, *Le droit du travail à l'épreuve de la LFus*, p. 237.

²⁵⁰ Du même avis : DASSER, p. 665.

d) Procédure applicable

Quant à la procédure applicable au litige, le CPC ne prévoit pas de procédure particulière pour les litiges en matière de droit du travail en général. Il convient de se référer à la doctrine précédant l'entrée en vigueur du Code de procédure fédéral. Avant l'entrée en vigueur du CPC, la Loi sur la participation prévoyait à son art. 15 al. 3 que la procédure devait être simple, rapide et gratuite, et que les faits devaient être établis d'office.²⁵¹ A cette époque, la doctrine majoritaire plaidait pour une application au moins par analogie de l'art. 15 al. 3 LParticipation.²⁵² Après l'entrée en vigueur du CPC le 1^{er} janvier 2011, l'art. 15 al. 3 LParticipation a été abrogé et toutes ces conditions ont été reprises dans le code de procédure. Ainsi, les litiges relevant de la LParticipation sont soumis à la procédure simplifiée quelle que soit leur valeur litigieuse, en vertu de l'art. 243 al. 2 let. e CPC. De même, il n'est pas perçu de frais judiciaires ni dans la procédure de conciliation (art. 113 CPC), ni dans la procédure au fond (art. 114 CPC).

e) Titularité du droit

Il convient de distinguer dans cette partie plusieurs hypothèses et de s'attarder quelque peu sur les divergences doctrinales qui en découlent. Nous aborderons tout d'abord (aa) la légitimation active de la représentation des travailleurs, puis (bb) la légitimation active des travailleurs à défaut de représentation, et également en marge d'une représentation.

aa) La légitimation active de la représentation des travailleurs

Dans le cas où une représentation des travailleurs a été instituée en vertu de l'art. 3 LParticipation, celle-ci peut, d'après la lettre de l'art. 28 al. 3, l'art. 50 et l'art. 77 al. 2 LFus, exiger du juge qu'il interdise l'inscription de la fusion au registre du commerce, si les devoirs d'information et de consultation des mêmes articles ne sont pas respectés. La représentation des travailleurs agit dans ce cas en son propre nom, alors même qu'elle ne bénéficie pas de la personnalité juridique. Elle jouit ainsi d'une capacité procédurale.²⁵³

bb) La légitimation active des travailleurs

La doctrine est partagée sur la question de la légitimation active des travailleurs. En effet, la lettre des articles 28 al. 3, 50 et 77 al. 2 LFus confère ce droit uniquement à la représentation des travailleurs, à l'exclusion d'un travailleur seul ou d'un groupe de

²⁵¹ Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises, du 17 décembre 1993, (Loi sur la participation, FF 1993 IV 605).

²⁵² AMSTUTZ/MABILLARD, N 27 ad art. 28 ; BAUER, p. 126 ; HUBSCHMID, *ZK-FusG*, N 24 ad art. 28 ; REINERT, *B&M Handkommentar*, N 18 ad art. 28 ; WYLER, *Commentaire LFus*, N 14 ad art. 28.

²⁵³ AMSTUTZ/MABILLARD, N 26 ad art. 28 ; BAUER, 154 – 155 ; BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N 35 ad rem. prel. de l'art. 27 ; HUBSCHMID, *ZK-FusG*, N 21 ad art. 28 ; REINERT, *B&M Handkommentar*, N 17 ad art. 28 ; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, N 420 ; WILDHABER, p. 398 ; WYLER, *Le droit du travail à l'épreuve de la LFus*, p. 235.

travailleurs. Ceci a pour conséquence que dans les entreprises dans lesquelles une représentation des travailleurs fait défaut, notamment celles qui n'occupent pas au moins cinquante travailleurs en application de l'art. 3 LParticipation, les travailleurs ne peuvent pas intenter une action en interdiction de l'inscription de l'opération au registre du commerce. Ceci aurait pour but d'éviter l'action d'un seul travailleur contre l'avis d'une majorité.²⁵⁴

Une autre partie de la doctrine préconise l'application par analogie de l'art. 15 al. 2 LParticipation, lequel octroie la qualité pour recourir notamment aux travailleurs et à leurs associations. Ainsi un seul travailleur peut agir en interdiction de l'inscription de l'opération au registre du commerce, dès qu'il subit un dommage du fait de l'inobservation d'un droit de participation de la représentation des travailleurs.²⁵⁵

La doctrine majoritaire adopte une position médiane en postulant que la représentation des travailleurs, si elle est présente, bénéficie seule de la légitimation active à l'exclusion de celle des travailleurs individuels. Dans les entreprises dépourvues de représentations des travailleurs, demeure une incertitude quant à la qualité pour agir des travailleurs. Certains défendent une qualité pour agir de tous les travailleurs en commun,²⁵⁶ tandis que d'autres préconisent d'accorder la légitimation active à chaque travailleur.²⁵⁷ L'ensemble des travailleurs agit donc en commun en tant que consorts nécessaires, en leur propre nom.²⁵⁸

Nous avons vu plus haut²⁵⁹ que tant les travailleurs du sujet transférant que du sujet reprenant ont le droit d'être informés et consultés à propos des conséquences de l'opération envisagée. Dès lors, les travailleurs des deux entreprises parties à l'opération sont titulaires du droit d'agir en interdiction de l'inscription au registre du commerce. En revanche, les travailleurs ne sont titulaires de la légitimation active uniquement dans le cas où leur droit d'information et de consultation a été violé par leur employeur, et non si les travailleurs de l'autre entreprise en ont été privés.²⁶⁰

f) Effets

En conséquence de l'interdiction de l'inscription au registre du commerce de l'opération, celle-ci ne déploie pas d'effets juridiques. L'entreprise qui a omis son

²⁵⁴ De cet avis : BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N 34 ad rem. prel. de l'art. 27.

²⁵⁵ REINERT, *B&M Handkommentar*, N 16 ad art. 28 ; ZIMMERLI, *PJA 2005*, p. 780.

²⁵⁶ BAUER, p. 159 ; BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N 34 ad rem. prel. de l'art. 27 ; CARRUZZO, N 4 ad art. 333a ; WYLER, *La participation des travailleurs*, p. 931 ; WYLER, *Le droit du travail à l'épreuve de la LFus*, p. 236.

²⁵⁷ AMSTUTZ/MABILLARD, N 26 ad art. 28 ; HUBSCHMID, *ZK-FusG*, N 21 ad art. 28 ; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, N 420.

²⁵⁸ WYLER, *Le droit du travail à l'épreuve de la LFus*, p. 236.

²⁵⁹ Voir plus haut, chapitre III, B. « Devoir d'information ».

²⁶⁰ BAUMGARTNER, *BSK-FusG*, N 35 ad rem. prel. de l'art. 27 ; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, N 420 ; WYLER, *Le droit du travail à l'épreuve de la LFus*, p. 236 – 237.

devoir d'information et de consultation doit rattraper son devoir et engager une nouvelle procédure de transfert.²⁶¹

²⁶¹ VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, N 421.

IV. Protection du représentant des travailleurs (336 al. 3 CO)

Dans la phase qui précède le transfert de l'entreprise, le représentant des travailleurs a un rôle majeur à jouer dans la discussion, la négociation ou la proposition de solutions. Il doit s'acquitter d'une tâche qui le placera particulièrement au-devant de la scène dans un bras-de-fer entre employeur et travailleurs. Le législateur a voulu protéger particulièrement l'employé représentant, afin que celui-ci n'ait pas à craindre la prise de mesures à son encontre par le nouvel employeur, une fois le transfert accompli et qu'il puisse ainsi s'investir de sa tâche sans retenue.²⁶²

Le mandat du représentant des travailleurs peut prendre fin conséquemment au transfert des rapports de travail au sens de 333 CO. Le nouvel employeur pourrait en effet entreprendre d'organiser de nouvelles élections du représentant du personnel. Le représentant bénéficie alors de la protection de l'art. 336 al. 2 let. b CO par le renvoi de l'alinéa 3 du même article. Cette protection est maintenue jusqu'au moment où le mandat aurait expiré si le transfert n'avait pas eu lieu. Autrement dit, la protection du représentant, si elle a pris fin en raison du transfert, persiste de la même manière que si le transfert n'avait pas eu lieu.²⁶³

Par cette disposition, le représentant élu des travailleurs qui voit son contrat de travail résilié bénéficie d'une présomption de congé abusif (art. 336 al. 2 let. b CO). L'employeur peut se libérer en prouvant qu'il avait un motif justifié de résiliation. Par motif justifié on entend tout événement imputable à l'autre partie qui, selon des considérations commerciales raisonnables, peut donner une raison suffisante pour un licenciement.²⁶⁴ Il peut s'agir par exemple de motifs relatifs à la personne du travailleur, notamment lorsqu'une continuation des rapports de travail ne semble plus possible, par le comportement qu'adopte le travailleur qui porte sérieusement atteinte à la « morale du travail » ou qui viole les prescriptions d'une entreprise.²⁶⁵ D'après la doctrine majoritaire, les motifs justifiés peuvent également consister en des motifs d'ordre économique.²⁶⁶ D'autres auteurs soutiennent que le représentant des travailleurs doit justement pouvoir jouer efficacement son rôle de défense des intérêts de l'ensemble des travailleurs victimes de restructurations en cas de difficultés économiques et que de ce fait, les motifs d'ordre économique ne doivent pas constituer un motif justifié.²⁶⁷ Néanmoins, le Tribunal fédéral tient une jurisprudence constante sur la question, en admettant les motifs d'ordre économique comme motifs justifiés.²⁶⁸ Nous nous rattachons à la doctrine majoritaire sur cette question, au motif que nous ne voyons pas d'un bon œil un système dans lequel les

²⁶² TF 4C.459/1996 du 12 août 1997, c. 2, JAR 1998, p. 199.

²⁶³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 10 ad art. 336.

²⁶⁴ TF 4A_8/2013 du 2 mai 2013 ; ATF 130 III 353, c. 2.2.1, JdT 2005 I, p. 12.

²⁶⁵ CC/NE du 28 janvier 1991, RJN 1991, p. 46 ; DUNAND, N 64 ad art. 336.

²⁶⁶ DUNAND, N 65 ad art. 336 ; PORTMANN, *BSK-OR*, N 18 ad art. 336 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 ad art. 336 ; SUBILIA/DUC, N 49 ad art. 336 ; VISCHER/STAEHELIN, *ZK-OR*, N 33 ad art. 336 ; WILDHABER, p. 251.

²⁶⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 10 ad art. 336.

²⁶⁸ ATF 133 III 512, c. 6.2 ; ATF 138 III 359, c. 6.

représentants des travailleurs bénéficieraient d'un droit à être licenciés après ceux-ci.²⁶⁹

²⁶⁹ Du même avis : SUBILIA/DUC, N 49 ad art. 336.

V. Protection des travailleurs dans les transferts d'entreprises pour cause d'insolvabilité

L'application de l'art. 333 CO dans les procédures d'exécution forcée peut se révéler contre-productive, dans la mesure où la disposition vise à assurer le maintien du travail des employés, tandis que les procédures d'assainissement visent à assurer la survie de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci. Ainsi, une application stricte de l'art. 333 al. 1 CO dans une procédure de faillite pourrait décourager un repreneur en raison de la reprise automatique des rapports de travail, alors que si l'art. 333 al. 1 CO ne s'applique pas, l'acquéreur pourrait être plus enclin à reprendre une partie seulement des rapports de travail. Dans le premier cas, l'intégralité des travailleurs perd son emploi, alors que dans le second, les travailleurs rattachés à une partie saine de l'entreprise peuvent garder le leur.

Dans ce chapitre, nous analyserons dans quelle mesure l'art. 333 CO s'applique aux différentes procédures d'exécution forcée d'après le droit actuel. Nous détaillerons également quels alinéas il est opportun d'appliquer dans quelles procédures, à la lumière (A) de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, (B) de la jurisprudence du Tribunal fédéral, et des arrêts cantonaux. (C) Nous balaierons ensuite le spectre de la doctrine en analysant les questions encore débattues, puis (D) analyserons les solutions apportées par le projet de modification du droit de la poursuite

A. La jurisprudence européenne

La directive 2001/23/CE qui précise la directive 77/187/CEE en y codifiant la jurisprudence de la CJCE y relative est à prendre en compte pour l'interprétation du droit suisse d'après le Tribunal fédéral.²⁷⁰ Ainsi, les nouveautés jurisprudentielles développées par la Cour de justice doivent être analysées afin de pouvoir s'en inspirer pour déterminer l'applicabilité de l'art. 333 CO dans les procédures d'exécution forcée.²⁷¹

La Cour de justice avait eu l'occasion de préciser les cas d'application de la directive dans les procédures de faillite ou de concours de créancier dans l'affaire ABELS du 7 février 1985.²⁷² Il ressortait de cette affaire néerlandaise que le travailleur, M. ABELS était employé par l'entreprise THOLE, laquelle s'était vu accorder par décision judiciaire un sursis de paiement provisoire, puis définitif, avant d'être mise en faillite. Durant le processus de faillite, l'entreprise THOLE avait été transférée à la société TTP qui avait continué l'exploitation de l'entreprise avec la plupart des travailleurs, dont M. ABELS. M. ABELS n'ayant pas perçu, ni de THOLE, ni de TTP, la part de son salaire correspondant à la période entre le début du mois du transfert et la date

²⁷⁰ ATF 132 III 32 c. 4.1, JdT 2006 I 257.

²⁷¹ WYLER, *Droit du travail*, p. 401.

²⁷² CJCE 7 février 1985, ABELS, aff. C-135/83, Rec. 1985, page 0469.

exacte de celui-ci, ni le paiement de ses congés de l'année en cours, pas plus que sa part *pro rata temporis* à sa gratification de fin d'année, il cherche à obtenir ces sommes auprès de la fédération professionnelle de la métallurgie et de l'électrotechnique, partie intimée dans l'affaire. La chambre de recours de Zwolle devant qui est portée l'affaire, s'adresse à la Cour de justice par question préjudicielle, lui demandant une interprétation de dispositions de la directive 77/187/CEE visant à déterminer si le champ d'application de l'art. 1 § 1, de la directive, s'étend également à la situation dans laquelle le cédant de l'entreprise a été déclaré en faillite ou a obtenu un sursis de paiement.

Pour ce qui a trait à la procédure de faillite, la Cour décide que, compte tenu des risques sociaux potentiels des travailleurs de voir leurs conditions de travail détériorées dans une large mesure si le cessionnaire d'une société en faillite se voit contraint de reprendre tous les rapports de travail, elle « ne saurait conclure que la directive 77/187 impose aux Etats membres l'obligation d'étendre les règles qu'elle prescrit aux transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements intervenus dans le cadre d'une procédure de faillite visant, sous le contrôle de l'autorité judiciaire compétente, à la liquidation des biens du cédant. »²⁷³

En ce qui concerne la procédure de sursis de paiement, la Cour effectue une distinction du cas précédent au motif que le contrôle effectué par le juge sur l'ouverture et le déroulement de la procédure est d'une portée plus restreinte que dans une procédure de faillite, et que l'objectif dans ce deuxième cas est de sauvegarder la masse et de poursuivre, cas échéant, l'activité de l'entreprise. Cette distinction fait tomber, au sens de la Cour, les objections qui s'élevaient contre l'application de la directive à la procédure de faillite, à savoir une insécurité pour les conditions de travail des employés, et justifie à ses yeux une application des dispositions de la directive aux procédures de sursis de paiement en vue de trouver un règlement permettant d'assurer l'activité de l'entreprise à l'avenir.²⁷⁴

Cette jurisprudence a été confirmée par la Cour dans l'affaire Jules DETHIER Équipement S.A., du 12 mars 1998.²⁷⁵

La directive 2001/23/CE qui a codifié cette jurisprudence prévoit aujourd'hui à son art. 5 § 1 que les art. 3 et 4, qui concernent le transfert automatique et l'interdiction pour le reprenant de licencier le travailleur, ne trouvent pas application lorsque l'entreprise du cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant. Néanmoins, les États membres sont libres d'en disposer autrement.

²⁷³ CJCE 7 février 1985, ABELS, aff. C-135/83, Rec. 1985, page 0469, point 23.

²⁷⁴ CJCE 7 février 1985, ABELS, aff. C-135/83, Rec. 1985, page 0469, points 28 et 29.

²⁷⁵ CJCE 12 mars 1998, JULES DETHIER EQUIPEMENTS S.A., aff. C-319-94, Rec. 1998, page I-1061.

B. La jurisprudence suisse

La commission cantonale d'arbitrage en matière d'assurance-chômage de Bâle-Ville a rendu un arrêt intéressant en 1999, dans lequel elle se réfère à l'arrêt ABELS²⁷⁶ de la Cour de justice ainsi qu'à la directive 77/187/CEE. La commission développe l'argument selon lequel l'application de l'art. 333 CO dans un cas de faillite serait contre-productive compte tenu du but de protection du travailleur. Le reprenant pourrait être découragé de sauver quelques travailleurs isolés, à l'idée de devoir reprendre tous les rapports de travail ainsi que les obligations y relatives. Ainsi, à défaut de sauver quelques emplois, la conséquence serait la perte de tous, ce qui provoquerait une augmentation du nombre de travailleurs au chômage et engendrerait une hausse des coûts de l'assurance-chômage. Partant que l'assurance-chômage est payée paritairement par les employeurs et les travailleurs, cela irait à l'encontre d'une politique sociale saine et responsable, que les bons élèves paient pour les mauvais payeurs. L'arrêt conclut à l'inapplicabilité de l'art. 333 CO dans les procédures de faillite.²⁷⁷

La 1^{ère} cour civile de l'Obergericht du canton de Zurich a pris en 2003 le contrepied de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés en déclarant l'art. 333 al. 1 CO applicable dans la procédure de faillite, au motif que celui-ci n'impose pas au cessionnaire que des obligations, mais également des droits. Notamment le devoir du travailleur transféré de respecter une éventuelle convention d'interdiction de concurrence qu'il aurait passée avec son ancien employeur, ainsi que son secret de fonction et son devoir de restituer. De plus, le travailleur arrive avec un savoir-faire du métier qui profite également au cessionnaire. Ces droits et devoirs transférés ont également une valeur pour l'employeur, ce qui justifie aux yeux de la cour d'appliquer les dispositions de l'art. 333 CO dans le cas d'une faillite. La cour ne fait par contre aucunement référence à la jurisprudence de la Cour de justice dans son argumentation, ce qui paraît étonnant. En suivant la jurisprudence du Tribunal fédéral, le tribunal zurichois renonce néanmoins à appliquer la responsabilité solidaire du reprenant de l'art. 333 al. 3 CO dans ce cas particulier.²⁷⁸

Le Tribunal fédéral a rendu plusieurs arrêts intéressants en la matière, notamment l'ATF 129 III 335, du 25 mars 2003, qui avait laissé ouverte la question de savoir si l'art. 333 CO devait trouver application ou non dans les procédures de faillite.²⁷⁹ Il y admet que dans l'hypothèse où l'art. 333 CO devait s'appliquer, l'al. 3 qui traite de la responsabilité solidaire du cessionnaire, ne devait en aucun cas trouver application.²⁸⁰ Ce raisonnement suit de très près la logique de l'art. 5 § 1 de la directive 2001/23/CE qui prévoit qu'à défaut d'une législation différente dans l'État membre, les dispositions de la directive dont le contenu est repris par l'art. 333 CO,

²⁷⁶ Voir plus haut, Note 272.

²⁷⁷ BS 22 avril 1999, JAR 2001, 256.

²⁷⁸ Arrêt du 10 septembre 2003, ZR 2004 (103), n° 71, c. 3.2 e.

²⁷⁹ ATF 129 III 335, c. 3.

²⁸⁰ ATF 129 III 335, c. 5 – 8.

ne trouvent pas application. Dans l'arrêt publié aux ATF 134 III 102, le Tribunal avait laissé ouverte la question de l'application de l'art. 333 CO dans la procédure de concordat par abandon d'actifs.²⁸¹ Le Tribunal fédéral, dans l'ATF 137 III 487, admet l'application de l'art. 333 al. 1 et al. 3 CO en cas de transfert de l'entreprise en procédure de sursis concordataire.²⁸²

C. La doctrine

WILDHABER et KOLLER sont favorables à l'application de l'art. 333 al. 1 et al. 2 CO concernant le transfert automatique et le droit d'opposition, au motif que ne pas l'appliquer irait à l'encontre notamment du but d'alléger la procédure de transfert des entreprises, d'assurer à l'employeur une force de travail, et de protéger le travailleur. De même, l'al. 1^{bis} concernant le maintien de la convention collective de travail dans les procédures d'insolvabilité doit aussi s'appliquer.²⁸³

BACHMANN et KRADOLFER proposent également l'application de l'art. 333 al. 1, 1^{bis} et 2 CO dans la procédure de faillite, compte tenu du fait que le mécanisme présente également des avantages pour l'employeur, à savoir le transfert facilité des rapports. De plus, si le cessionnaire sait d'avance qu'il ne souhaite pas reprendre certains rapports de travail, l'administration de la faillite peut résilier les contrats avant le transfert pour des raisons économiques.²⁸⁴ Ils écartent néanmoins tous deux l'application de l'art. 333 al. 3 CO qui conduirait à un résultat contraire au but de la disposition dans la mesure où cela risquerait de décourager un éventuel repreneur.²⁸⁵ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ et KASPER sont du même avis, au motif que la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)²⁸⁶ n'exclut pas l'application de l'art. 333 CO.²⁸⁷

A contrario, VISCHER plaide contre une application de l'art. 333 CO ainsi que l'art. 333a CO dans les procédures de faillite et de concordat.²⁸⁸ De son côté, WYLER différencie le cas de la faillite, dans lequel l'art. 333 CO ne doit pas trouver application dans le but de ne pas décourager les acquéreurs et de les laisser libres de reprendre un nombre réduit de travailleurs, afin de leur permettre de restructurer l'activité. Il traite également du cas du transfert qui intervient suite à l'homologation d'un concordat par abandon d'actif dans lequel l'art. 333 CO ne trouve pas application non-plus tant la procédure a des effets assimilables à ceux de la faillite, et finalement les cas du transfert qui intervient dans le cadre d'un concordat ordinaire ou après l'octroi d'un sursis concordataire mais avant l'homologation du concordat

²⁸¹ ATF 134 III 102, c. 2.2.

²⁸² ATF 137 III 487, c. 4.8.

²⁸³ KOLLER, *RSJB 2004*, p. 534 ; WILDHABER, p. 448. Du même avis : LORANDI, *PJA 2003*, p. 1100 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 ad art. 333.

²⁸⁴ BACHMANN, p. 98 – 99.

²⁸⁵ BACHMANN, p. 103 ; KRADOLFER, p. 307ss. Du même avis : GEISER, *Sanierung der AG*, p. 138 et 160 ; REINERT, *B&M Handkommentar*, N 7 ad art. 76.

²⁸⁶ Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 11 avril 1889, (LP, RS 281.1).

²⁸⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 14 ad art. 333 ; KASPER, N 233.

²⁸⁸ VISCHER, *Der Einzelarbeitsvertrag*, p. 222.

ordinaire ou par abandon d'actifs, cas dans lesquels l'art. 333 CO trouve application.²⁸⁹

L'Office fédéral de la justice a également rendu une expertise sur la question. Il conclut à la non-application de l'art. 333 al. 1 CO dans la procédure de faillite, en raison du fait que les travailleurs sont d'une part suffisamment protégés pour leurs créances par leur qualité de créancier de première classe dans la collocation en vertu de l'art. 219 al. 4 let. a LP, et d'autre part en raison du fait que la reprise automatique des rapports de travail risquerait de mettre en danger l'entreprise reprenante, et ceci au détriment des travailleurs repris.²⁹⁰

A notre sens, compte tenu de l'un des objectifs de la dernière grande révision du droit de l'insolvabilité qui tendait à assurer qu'une entreprise susceptible d'être assainie puisse l'être effectivement,²⁹¹ soit à favoriser une véritable remise sur pieds de l'entreprise,²⁹² il est important de pencher pour une solution qui tienne compte des intérêts de celle-ci et qui permette d'aider dans une large mesure les entreprises à se remettre à flots.

Il nous est cher également de garantir au nombre le plus élevé de travailleurs des entreprises qui font l'objet d'une procédure de faillite, la sécurité la plus large possible. Compte tenu donc du but de protection des travailleurs de l'art. 333 CO ainsi que de l'art. 219 al. 4 let. a LP il est nécessaire d'opter pour une solution qui réalise de manière pragmatique les buts de protection et non pour une application dogmatique de l'art. 333 CO qui risquerait de mettre en danger l'intégralité des travailleurs plutôt que de garantir une stabilité à certains d'entre eux.

Au vu de la possibilité offerte par l'art. 4 § 1 de la directive 2001/23/CE de résilier les rapports de travail pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation, possibilité reprise par le Tribunal fédéral et suivie par une partie de la doctrine,²⁹³ nous tenons pour admissible l'opération de résilier une partie des rapports de travail sur ce motif précédemment à la faillite. Dès lors, un transfert automatique des rapports de travail selon l'art. 333 CO dans le cadre de la faillite ne ferait pas obstacle à des licenciements préalables pour des raisons économiques qui conduiraient à la faillite. Ainsi, dans le cas où l'on admettait l'application de l'art. 333 CO dans la faillite, le reprenant et le cédant useraient de la possibilité de résilier les rapports de travail en amont afin de ne garder que les travailleurs que le reprenant peut effectivement garder.

²⁸⁹ WYLER, *Droit du travail*, p. 404.

²⁹⁰ Office fédéral de la justice, *Frage der Anwendbarkeit von Art. 333 Abs. 1 OR*, in : *einem Insolvenzverfahren – Swissair*, JAAC 66.8, pp. 103 – 112.

²⁹¹ FF 1991 III 1, p. 9.

²⁹² 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 p. 5875.

²⁹³ ATF 136 III 552, c.3 ; CARRUZZO, N 21 ad art. 333 ; CHENAUX/MARTIN, N 32 ad art. 333.

Compte tenu également du droit européen auquel le législateur a voulu rendre le droit suisse conforme et qui prévoit une non application de la reprise automatique des rapports de travail dans le cadre de la faillite à l'art. 5 § 1 de la directive, si les États membres n'en disposent pas autrement, et que la Suisse n'a pas réglé cette question dans la loi, il nous paraît conforme à cette directive que de ne pas appliquer l'art. 333 CO dans la procédure de faillite.

Au vu finalement de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral jusqu'à ce jour qui laisse ouverte la question de l'application des al. 1, 1^{bis} et 2 de l'art. 333 CO et qui écarte expressément l'application de l'al. 3 dans la procédure de faillite,²⁹⁴ se tenant ainsi proche des dispositions de la directive, cette source ne nous convainc pas non-plus de plaider pour une application de l'art. 333 CO en entier dans la procédure de faillite.

Pour toutes ces raisons, il nous semble qu'il est plus judicieux de ne pas appliquer l'art. 333 CO dans la procédure de faillite afin de ne pas décourager les éventuels repreneurs qui craindraient de devoir reprendre automatiquement tous les travailleurs, et par ce biais favoriser la remise sur pieds de l'entreprise tout en garantissant au plus grand nombre de travailleurs la reprise de leurs rapports de travail. Comme nous le verrons dans le chapitre suivant, c'est dans cette direction que va le projet de révision du droit de l'insolvabilité et notamment le nouvel art. 333b CO qui exclut le transfert automatique du rapport de travail durant un sursis concordataire dans le cadre d'une faillite ou d'un concordat par abandon d'actifs, mais soumet celui-ci à l'approbation de l'acquéreur, sous réserve de l'opposition du travailleur.

D. La révision du droit de la poursuite pour dettes et la faillite

Le droit de l'assainissement est en phase de révision, et certaines modifications affectent directement le droit du travail, et en particulier le transfert des rapports de travail, puisqu'un nouvel art. 333b CO est prévu. Nous allons dans cette partie nous pencher sur (1) l'historique de cette modification ainsi que les débats qui l'entourent, et nous intéresser de plus près (2) aux modifications envisagées.

1. Historique

Le droit suisse de l'assainissement actuel date de sa dernière grande révision, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997. La marquante faillite de Swissair en 2001 a déclenché une vague d'interventions parlementaires exigeant un examen du besoin de révision du droit suisse de l'exécution forcée. Un groupe d'expert chargé de formuler des thèses quant au besoin de légiférer, a été institué en 2003 par l'Office fédéral de la justice (OFJ), et a remis son rapport en mars 2005. En août 2006, l'OFJ a rappelé le groupe d'experts en le chargeant cette fois de proposer un avant-projet sur la base des résultats de la phase 1, lequel a été déposé en juin 2008. L'avant-projet du

²⁹⁴ ATF 129 III 335, c. 5 – 8.

groupe d'experts contenait déjà la proposition d'un nouvel article 333b CO qui supprimait dans le cadre d'un sursis concordataire, d'une faillite ou d'un concordat par abandon d'actifs, le transfert automatique des rapports de travail.²⁹⁵ Le groupe d'experts répondait à un besoin de clarification du statut des travailleurs lors d'une cession d'entreprise dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité.²⁹⁶

Le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation relative à l'avant-projet le 28 janvier 2009 et l'a conclue le 8 mai 2009. Dans ce cadre, plusieurs participants ont demandé que des mesures protectrices des travailleurs soient prises en compensation du nouvel art. 333b CO²⁹⁷ qui supprimait le transfert automatique des rapports de travail, tandis que d'autres participants ont rejeté le projet, au motif que l'actuel art. 333 CO est une disposition protectrice du contrat de travail et non pas un outil de régulation du marché du travail relevant du droit public. Par ailleurs, certains participants déplorent le fait que le projet ne clarifie pas l'actuel art. 333 al. 3 CO afin de maintenir le principe de la responsabilité solidaire dans le cadre de procédures d'insolvabilité.²⁹⁸

En tenant compte des résultats de la procédure de consultation, le Conseil fédéral a proposé un nouvel avant-projet soumis au Parlement en introduisant une obligation générale d'établir des plans sociaux, sauf dans un cas d'insolvabilité de l'entreprise. En effet, d'après le Conseil fédéral, « il est difficile de conclure un plan social lorsque l'entreprise est insolvable, d'une part parce qu'elle ne dispose plus des ressources nécessaires, et d'autre part parce que cet emploi des fonds se ferait au détriment de tous les autres créanciers. Cela rendrait aussi l'assainissement beaucoup plus difficile. »²⁹⁹

Le Conseil National et le Conseil des Etats ont accepté le texte en vote final après trois navettes et une Conférence de conciliation, le 21 juin 2013.³⁰⁰ Les débats ont porté jusqu'à la fin sur la question de l'inclusion ou de l'exclusion de l'application par analogie de l'art. 333 al. 3 CO sur la responsabilité solidaire de l'ancien et du nouvel employeur pour les créances échues avant le transfert, dans le cadre d'un sursis concordataire, d'une faillite ou d'un concordat par abandon d'actifs. C'est pour des raisons de sécurité du droit, ainsi que pour encourager la reprise d'une entreprise et

²⁹⁵ Avant-projet de révision de loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP): procédure d'assainissement juin 2008, Berne 2008, p. 22. Consultable sous : (consulté le 02.07.2013.) <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/schkg/entw-expertengruppe-f.pdf>

²⁹⁶ Message LP, FF 2010 pp. 5875 – 5878.

²⁹⁷ Art. 333b CO projet 2010 : « Lorsque l'entreprise ou une partie de celle-ci est transférée à un tiers durant un sursis concordataire dans le cadre d'une faillite ou dans celui d'un concordat par abandon d'actifs, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent si ce transfert a été convenu avec l'acquéreur et que le travailleur ne s'y oppose pas. Pour le reste, les art. 333 et 333a sont applicables par analogie. ».

²⁹⁸ Synthèse des résultats de la procédure de consultation, Berne 2009, p. 16 – 18. Consultable sous : (consulté le 02.07.2013) <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/schkg/veber-f.pdf>.

²⁹⁹ Message LP, FF 2010 5881.

³⁰⁰ FF 2013 4213.

finalement dans le but de codifier la jurisprudence du Tribunal fédéral que le Conseil National a proposé de modifier la fin du projet d'art. 333b CO en ajoutant l'exception de l'alinéa 3 : « Pour le reste, l'article 333, à l'exception de l'alinéa 3, et l'article 333a sont applicables par analogie. ».³⁰¹ Le Conseil des Etats a voulu garder sa préférence pour la version du Conseil fédéral jusqu'à la Conférence de conciliation, au motif qu'écarter la responsabilité solidaire serait de nature à conduire à des abus qui se répercuteraient finalement sur l'assurance chômage.³⁰² Puis il s'est finalement rallié à la proposition du Conseil National.

Le texte final a été adopté par 104 voix contre 84 au Conseil National,³⁰³ et par 35 voix contre 8 au Conseil des Etats (2 abstentions).³⁰⁴

2. Modifications proposées

Outre les dispositions qui concernent la procédure d'assainissement, le nouveau droit prévoit un article 333b CO qui précise les cas d'application du transfert des rapports de travail dans le cadre d'un sursis concordataire, d'une faillite ou d'un concordat par abandon d'actifs. La nouvelle disposition va dans le sens de la jurisprudence de la Cour de justice dans l'affaire ABELS³⁰⁵ et dans l'affaire DETHIER,³⁰⁶ et reprend également la directive 2001/23/CE en écartant le transfert automatique des rapports de travail et en soumettant celui-ci à l'approbation du repreneur de la société. Le Conseil fédéral a proposé une telle modification afin de mettre fin à une grande insécurité juridique provoquée notamment par la pluralité des opinions doctrinales sur la question, la jurisprudence du Tribunal fédéral qui avait laissé la question ouverte, ainsi que la jurisprudence contradictoire de l'Obergericht du canton de Zurich³⁰⁷ de 2003 et l'arrêt de la commission cantonale d'arbitrage en matière d'assurance-chômage de Bâle-Ville³⁰⁸, de 1999.³⁰⁹

Par ailleurs, le législateur a également tenu à exclure l'application de l'al. 3 de l'art. 333 CO dans le nouvel article, en tenant compte de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans l'arrêt ATF 129 III 335.

Sous la note marginale « transfert d'entreprise pour cause d'insolvabilité », la teneur de l'art. 333b CO est la suivante :

« Lorsque l'entreprise ou une partie de celle-ci est transférée à un tiers durant un sursis concordataire dans le cadre d'une faillite ou dans celui d'un concordat par abandon d'actifs, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et

³⁰¹ SCHWAAB, in : BO 2013 N 621 – 622.

³⁰² SOMMARUGA, SIMONETTA, in : BO 2013 E 446 – 447.

³⁰³ BO 2013 N 1208

³⁰⁴ BO 2013 E 645

³⁰⁵ Voir plus haut, Note 272.

³⁰⁶ Voir plus haut, Note 275.

³⁰⁷ Voir plus haut, Note 278.

³⁰⁸ Voir plus haut, Note 277.

³⁰⁹ Message LP, FF 2010 5909.

les obligations qui en découlent pour autant que ce transfert ait été convenu avec l'acquéreur et que le travailleur ne s'y oppose pas. Pour le reste, les art. 333, à l'exception de l'al. 3, et 333a sont applicables par analogie. »³¹⁰

Le législateur a voulu, en adoptant cette disposition, faciliter la possibilité de reprise de l'entreprise par un nouvel acquéreur en lui laissant le loisir de n'en reprendre que les parties saines à l'exclusion des parties déficitaires.³¹¹ Une telle norme pourrait être utile dans le cas d'un assainissement d'une société qui déploie plusieurs types d'activités dont seules certaines sont rentables, mais dont la structure ne lui permet pas d'être facilement séparée.³¹²

En adoptant une telle disposition, le législateur a fait fi des voix s'offusquant contre la privation d'un droit des travailleurs à un transfert automatique et a maintenu sa position, arguant que la sauvegarde de parties de l'entreprise ainsi que des rapports de travail y relatifs valait mieux qu'une faillite pure et simple de l'intégralité de la société qui conduirait à une suppression de l'emploi de tous les travailleurs.³¹³

Le texte final ayant été adopté par les Chambres le 21 juin 2013, le délai référendaire échoit le 10 octobre 2013.³¹⁴

³¹⁰ FF 2013 4213

³¹¹ Message LP, FF 2010 5910.

³¹² SCHWAAB, in : BO 2013 N 622.

³¹³ Notamment l'union syndicale suisse (USS), le syndicat interprofessionnel (Syna) et le parti socialiste se sont exprimés contre l'adoption de l'art. 333b. voir Synthèse des résultats de la procédure de consultation, Berne 2009, p. 17. Consultable sous : (consulté le 02.07.2013) <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/schkg/ve-ber-f.pdf>.

³¹⁴ FF 2013 4213.

VI. Droits des travailleurs dans les transferts internationaux

Nous abordons ici l'hypothèse dans laquelle la société transférante ou la société reprenante a son siège à l'étranger. L'élément d'extranéité impliquera l'application du droit international privé suisse. Il s'agira de déterminer quel est le droit applicable aux transferts de rapports de travail dans les transferts internationaux d'entreprises et de quels droits jouissent les travailleurs. Le droit international privé suisse autorise dans la Loi sur le droit international privé (LDIP),³¹⁵ quatre types de restructurations internationales, soit le transfert de société, la fusion, la scission et le transfert de patrimoine.³¹⁶ Le transfert de société n'impliquant pas de changement d'employeur, il ne constitue pas un cas de transfert d'entreprise et ne sera donc par analysé. Nous envisageons davantage l'analyse (A) de la fusion, de la scission et du transfert de patrimoine de l'étranger vers la Suisse, puis (B) de la Suisse vers l'étranger.

A. Opération par immigration

Nous examinerons dans cette partie successivement le régime et les conséquences pour les travailleurs (1) d'une fusion de l'étranger en suisse, puis (2) d'une scission et enfin (3) d'un transfert de patrimoine.

1. La fusion de l'étranger en Suisse

La fusion de sociétés est transfrontalière dès lors que le droit qui régit l'une des sociétés, sa *lex societatis*, est différent de celui qui régit l'autre.³¹⁷ La fusion est une fusion par immigration soit lorsqu'une société suisse reprend le patrimoine d'une société régie par un droit étranger, c'est le cas de la fusion par absorption par immigration, soit lorsqu'une société régie par le droit suisse s'unit à une société régie par un droit étranger et qu'elles constituent ensemble une nouvelle société régie par le droit suisse à laquelle chacune transfère son patrimoine ; c'est le cas de la fusion par combinaison par immigration (art. 163a al. 1 LDIP).³¹⁸ Le droit applicable à l'opération est le droit suisse, soit la LFus, par renvoi de l'art. 163a al. 2 LDIP.³¹⁹ Ceci implique que le transfert des actifs et passifs se fait par le régime de la succession universelle.³²⁰ Ainsi, le transfert des rapports de travail s'opère selon les mêmes règles que lors d'une fusion interne, et les dispositions de protection des travailleurs de l'art. 333 al. 1 *i.f.* – 3 CO sont applicables par le renvoi de l'art. 27 al. 1 LFus.³²¹

³¹⁵ LF du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP, RS 291).

³¹⁶ GUILLAUME, *CR-LDIP*, N 1 ad rem. prel. des art. 161 – 164b.

³¹⁷ GUILLAUME, *CR-LDIP*, N 4 ad art. 163a.

³¹⁸ *Ibid.* N 18 et 19 ad art. 163a.

³¹⁹ VISCHER, *ZK-IPRG*, N 7 ad art. 163a.

³²⁰ COURVOISIER, *B&M Handkommentar*, N 7 ad art. 163a IPRG.

³²¹ GUILLAUME, *CR-LDIP*, N 21 ad art. 163a ; VISCHER, *ZK-IPRG*, N 13 ad art. 163a.

2. La scission de l'étranger en Suisse

La scission par immigration connaît deux formes distinctes. Soit la scission à des fins de reprise qui voit une société régie par un droit étranger se scinder au profit d'une société régie par le droit suisse, soit la scission à des fins de fondation, lorsque la partie scindée se constituera en une nouvelle société de droit suisse.³²² Le droit applicable à l'opération est celui qui présente les liens les plus étroits avec une opération de scission, soit celui de la société transférante.³²³ Néanmoins, l'art. 163d renvoie aux dispositions de la LDIP qui concernent la fusion internationale, ce qui implique l'application des dispositions impératives des droits des sociétés applicables aux sociétés concernées,³²⁴ soit en particulier l'art. 49 al. 1 LFus, qui renvoie à l'art. 333 CO.

3. Le transfert de patrimoine de l'étranger en Suisse

Le transfert de patrimoine international est, comme dans le cas d'un transfert de patrimoine interne, réalisé par voie de succession universelle.³²⁵ Ceci signifie que comme en droit interne, les rapports de travail qui présentent un lien fonctionnel avec le patrimoine transféré sont repris, comme les actifs et passifs de la société, par voie de succession universelle. Pour le surplus, les prescriptions impératives des droits des sociétés concernées doivent être observées, en application par analogie des dispositions sur la fusion transfrontalière.³²⁶ Les art. 76 et 77 LFus en font partie et impliquent l'application des dispositions protectrices des travailleurs de l'art. 333 al. 1 *i.f.* – 3 CO.³²⁷

B. Opération par émigration

Nous traiterons dans cette partie tout d'abord (1) de la fusion de suisse vers l'étranger, puis (2) de la scission, et enfin (3) du transfert de patrimoine.

1. La fusion de Suisse vers l'étranger

La fusion de la Suisse vers l'étranger est régie par l'art. 163b LDIP. Elle peut prendre la forme d'une absorption par émigration, lorsqu'une société étrangère reprend une société suisse, ou la forme d'une combinaison par émigration, lorsqu'une société étrangère et une société suisse s'unissent pour former une nouvelle société régie par un droit étranger et que la société suisse transfère l'ensemble de ses actifs en contrepartie de parts sociales ou de droits de sociétariat (art. 163b al. 1 LDIP).³²⁸ L'ensemble des actifs et passifs de la société suisse sont transférés par succession

³²² GUILLAUME, *CR-LDIP*, N 14 ad art. 163d.

³²³ Message LFus, FF 2000 4154.

³²⁴ *Ibid.* p. 4154 ; VISCHER, *ZK-IPRG*, N 5 ad art. 163d.

³²⁵ *Ibid.* p. 4155.

³²⁶ Message LFus, FF 2000 4155 ; VISCHER, *ZK-IPRG*, N 8 ad art. 163d.

³²⁷ Message LFus, FF 2000 4155 ; GUILLAUME, *CR-LDIP*, N 44 ad art. 163d.

³²⁸ VISCHER, *ZK-IPRG*, N 3 ad art. 163b.

universelle³²⁹ ce qui implique également le transfert des rapports de travail par la même voie, indépendamment du consentement du repreneur.³³⁰ Bien que le droit applicable à l'opération soit le droit étranger applicable à la société reprenante,³³¹ l'art. 163b al. 2 LDIP précise que la société suisse doit respecter toutes les dispositions du droit suisse applicables à la société transférante, soit les prescriptions impératives du droit suisse, dont font partie les art. 27ss. LFus qui renvoient à l'art. 333 al. 1 *i.f.* – 3 CO.³³²

2. La scission de Suisse vers l'étranger

À l'instar de la scission de l'étranger en Suisse, l'institution connaît deux formes, soit la scission à des fins de reprise, ou la scission à des fins de fondation. Le droit applicable à la scission par émigration est le droit suisse, celui-ci présentant les liens les plus étroits avec l'opération.³³³ Dès lors, les travailleurs sont transférés comme l'ensemble des actifs et passifs, par voie de succession universelle (art. 163b al. 1 let. a LDIP par renvoi de l'art. 163d al. 1 LDIP)³³⁴ et les droits découlant de l'art. 333 al. 1 *i.f.* – 3 CO s'appliquent par le renvoi de l'art. 49 al. 1 LFus.

3. Le transfert de patrimoine de Suisse vers l'étranger

L'émigration de patrimoine est l'opération par laquelle une société de droit suisse transfère des éléments répertoriés dans un inventaire, à une société régie par un droit étranger.³³⁵ Elle est régie par les mêmes règles que la scission par émigration et, par analogie, que la fusion par émigration (art. 163b LDIP par renvoi de l'art. 163d al. 1 LDIP). Le droit suisse y est applicable, étant l'ordre juridique présentant les liens les plus étroits avec l'opération.³³⁶ Les actifs et passifs inscrits sur l'inventaire des biens à transférer le sont par la voie de la succession universelle,³³⁷ et les dispositions de protection des travailleurs contenues dans l'art. 333 al. 1 *i.f.* – 3 CO trouvent application par renvoi de l'art. 76 al. 1 LFus qui s'applique comme disposition impérative du droit suisse des sociétés.³³⁸

C. Conclusion

Nous avons analysé les cas de fusion, de scission et de transfert de patrimoine de l'étranger en Suisse ainsi que l'opération inverse. Le message du Conseil fédéral relatif à l'adoption des dispositions analysées dans ce chapitre a rendu la question

³²⁹ Message LFus, FF 2000 4152 ; VISCHER, *ZK-IPRG*, N 5 ad art. 163b.

³³⁰ Voir plus haut, chapitre II, E. 1. « Transfert automatique des rapports de travail de l'art. 333 al. 1 CO et son rapport avec les dispositions de la LFus ».

³³¹ GUILLAUME, *CR-LDIP*, N 4 ad art. 163b.

³³² Message LFus, FF 2000 4152 ; VISCHER, *ZK-IPRG*, N 9 ad art. 163b.

³³³ GUILLAUME, *CR-LDIP*, N 24 ad art. 163d.

³³⁴ GUILLAUME, *CR-LDIP*, N 28 ad art. 163d.

³³⁵ *Ibid.*, N 45 ad art. 163d.

³³⁶ *Ibid.*, N 47 ad art. 163d.

³³⁷ Message LFus, FF 2000 4155.

³³⁸ *Ibid.*

de l'application des normes de protection des travailleurs très claire en précisant à chaque fois quelles dispositions font partie des normes impératives du droit suisse des sociétés dans le cas d'espèce. Et nous ne pouvons que nous en réjouir, tant les travailleurs ont un besoin accru de sécurité du droit lorsque leur employeur transfère une entreprise ou une part d'entreprise à l'étranger. Nous pensons particulièrement au droit du travailleur de pouvoir s'opposer à son transfert ou à son droit de voir ses créances assurées par la responsabilité solidaire de son ancien employeur qui lui permettront en tous les cas d'actionner celui-ci sur le territoire Suisse.

VII. Conclusion

Il y a une vingtaine d'années, les dispositions du droit du travail qui garantissent un transfert automatique du contrat du travailleur ont fait leur apparition par la volonté du législateur de rendre notre droit interne compatible au droit européen. Lors de la même opération, la loi sur la participation est apparue dans le paysage législatif suisse consacrant un droit d'information et de consultation – repris dans le droit du travail – important pour les travailleurs, leur donnant l'occasion de proposer de véritables mesures et de négocier des plans sociaux en vue d'un transfert d'entreprise. Puis l'évolution du droit des affaires a nécessité une nouvelle loi sur la fusion dont le but était de donner des outils aux entreprises afin de faciliter leurs restructurations. Durant le processus d'élaboration de la loi, un regard nouveau a été porté sur le projet, et la protection des travailleurs y a fait son entrée, encouragée notamment par les conséquences désastreuses pour les travailleurs de la fusion de l'Union de Banques Suisses avec la Société de Banque Suisse en 1997. En effet, en plus de l'introduction du but de protection des travailleurs aux côtés des actionnaires minoritaires et des créanciers de la société au début de la loi, s'ajoutent les dispositions spécifiques et explicites qui renvoient au droit du travail dans tous les cas de transferts d'entreprises au sens de la loi sur la fusion, mettant ainsi fin à un débat doctrinal sur la question. Enfin, la débâcle de Swissair au début des années 2000 a à nouveau attiré l'attention du Parlement sur une autre question laissée en suspens, celle de l'application des dispositions protégeant les travailleurs dans les procédures d'assainissement. Les Chambres ont alors entrepris de légiférer dans le domaine afin de servir la sécurité du droit en mettant également fin à de grands débats doctrinaux sur le sujet. Le projet de modification du droit de l'assainissement, qui est à ce jour suspendu à l'écoulement du délai référendaire, modifiera le droit du travail en favorisant la remise sur pieds d'une partie d'entreprise en difficulté, et en permettant ainsi à ses employés de conserver leur emploi. Il laisse néanmoins libre l'acheteur de la société de reprendre les rapports de travail de chacun des travailleurs, ce qui ne manqua pas de faire élever la voix à la gauche de l'hémicycle qui protesta avec véhémence contre l'abandon du transfert automatique des rapports de travail.

Ainsi, nous abondons dans le sens du Conseiller aux Etats M. CRAMER, lorsqu'il qualifie l'entreprise de « collectivité »³³⁹ mais nous constatons néanmoins qu'au cours des vingt dernières années le Parlement n'a pas perdu de vue les intérêts des travailleurs. Au contraire il a mis en place un système important d'outils à leur disposition, leur garantissant ainsi une vaste protection lorsque l'entreprise qui les emploie entreprend un transfert. Et même si le législateur a favorisé une exception au principe du transfert automatique des rapports de travail dans une procédure d'assainissement, nul doute qu'il l'a fait dans l'intérêt de la majorité des travailleurs et que ce principe restera encore solidement ancré dans l'ordre juridique suisse.

³³⁹ Voir plus haut, Chapitre I. « Introduction ».