

# Wilhelm Gilliéron

## AVOCATS



Auteur: Sandra Gerber | Le : 27 septembre 2015

## Des congés-modifications peuvent constituer un licenciement collectif

Très peu d'employeurs semblent conscients que la procédure de licenciement collectif peut s'appliquer en cas de congé-modification. Lorsqu'un employeur entend modifier de manière unilatérale et significative le contrat d'un ou plusieurs de ses employés, il a recours au procédé du congé-modification.

Beaucoup d'employeurs savent aujourd'hui que ce procédé est licite si les conditions suivantes sont remplies :

- La modification proposée ne doit entrer en vigueur qu'à l'échéance du délai de congé du ou des employés concernés.
- Ainsi, si plusieurs employés, ayant des délais de congé différents, sont concernés par la modification, et même si celle-ci est identique pour tous, elle entrera en vigueur pour chacun à un moment différent mais impérativement à la fin du délai de congé de chacun.
- De plus, si l'employé refuse la modification et est licencié, pendant le délai de congé ce sont impérativement les conditions actuelles du contrat de travail qui doivent s'appliquer et non les conditions modifiées souhaitées par l'employeur mais refusées par l'employé.
- La modification doit être nécessaire ou opportune en raison de la marche l'entreprise ou en raison du marché.

Si ces conditions sont remplies, le congé-modification est licite. L'employé qui refuse la modification et est licencié à la fin de son congé ne peut alors pas se prévaloir d'un « congé-représailles ».

Ce que beaucoup d'employeurs ne savent pas, c'est que la procédure à suivre en cas de licenciement collectif peut s'appliquer en cas de congé-modification si le nombre d'employés concernés atteint les seuils de l'article 335d CO.

Ces seuils sont les suivants :

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

Lorsque l'employeur a recours au procédé de congé-modification, il a le choix entre deux manières de faire. Il peut choisir ce que l'on appelle le « congé-modification au sens strict » ou ce que l'on appelle le « congé-modification au sens large ».

Le congé-modification au sens strict consiste à résilier d'emblée le contrat de l'employé pour l'échéance du délai de congé mais, en même temps et souvent dans la même lettre, à proposer la conclusion d'un nouveau contrat ou d'un contrat modifié qui prendra effet à la fin du délai de congé.

En d'autres termes, le contrat de travail de l'employé est d'emblée résilié sauf s'il accepte le nouveau contrat de travail.

Dans la mesure où le contrat est d'ores et déjà résilié, si les seuils de l'article 335d CO sont atteints, l'employeur est obligé, de par la loi, de suivre la procédure de licenciement collectif des articles 335d et suivants avec les désavantages que cela peut engendrer.

Le congé-modification au sens large consiste à d'abord proposer une modification du contrat de travail à l'employé devant prendre effet à l'échéance du délai de congé. Un délai raisonnable pour qu'il se détermine doit alors lui être fixé. Les auteurs suisses et la jurisprudence considèrent qu'un délai de 10 à 15 jours est raisonnable.

Dans cette situation, le contrat de travail n'est pas d'emblée résilié. C'est alors uniquement dans un second temps et si l'employé refuse la modification que son contrat de travail sera résilié, bien évidemment en respectant le délai de congé.

En procédant de la sorte, la procédure de licenciement collectif peut être évitée si le nombre d'employés qui refusent les modifications, et donc qui sont finalement licenciés, n'atteint pas les seuils de l'article 335d CO.

Il va cependant sans dire que si ces seuils sont malgré tout atteints, les articles 335d et suivants du CO s'appliqueront alors quand même.

Par expérience cependant, un nombre important d'employés préfère accepter des modifications de leur contrat de travail, même si ces modifications sont peut-être moins avantageuses, et conserver ainsi la garantie de leur emploi plutôt que de prendre le risque de se voir licencier.

Ainsi, si un employeur doit avoir recours au procédé de congé-modification et si les seuils de l'article 335d CO peuvent être atteints, le choix du « congé-modification au sens large » semble plus prudent et peut peut-être éviter de devoir appliquer d'emblée la procédure de licenciement collectif alors que finalement le nombre d'employés effectivement licenciés sera peut-être en-dessous des seuils de l'article 335d CO.

*Auteur : Sandra Gerber, avocate (28.09.15).*

---

**Source :**

**<https://www.wg-avocats.ch/actualites/droit-du-travail/des-conges-modifications-peuvent-constituer-un-licenciement-collectif/>**