

Proposition de citation :

Werner Gloor, Licenciement en vue du
transfert de l'entreprise ; commentaire de
l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_102/2019
Newsletter DroitDuTravail.ch juin 2020

Art. 333 CO

Licenciement en vue du transfert de l'entreprise ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_102/2019

Werner Gloor, avocat, juge suppléant à la Cour de Justice, Genève

I. Objet de l'arrêt

Le Tribunal fédéral confirme pour la première fois une décision d'une Cour cantonale qui avait retenu la nullité d'un licenciement prononcé pour contourner l'art. 333 CO. En l'espèce, il s'agissait d'un arrêt du 17 janvier 2019 de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal neuchâtelois (CACIV.2017.49/lbb).

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits¹

Par contrat de travail de durée déterminée signé les 12 et 25 juin 2014, Madame B. (ci-après : l'employée) a été engagée par C. AG², société de production et de commerce de produits de boulangerie, en qualité de vendeuse (« *Verkaufsmitarbeiterin* ») pour son point de vente situé à la gare de Neuchâtel, à compter du 1^{er} juillet 2014. Le contrat prévoyait un temps d'essai de trois mois durant lequel il pouvait y être mis un terme en respectant un préavis de sept jours, puis un congé d'un mois durant la première année de service.

Par courrier du 25 septembre 2014, C. AG a résilié le contrat de travail avec effet au 30 septembre 2014³. Le 1^{er} octobre 2014, l'employée a été engagée, oralement, par Monsieur A., titulaire de l'entreprise individuelle D., comme vendeuse au point de vente. Ce dernier avait été employé dès le 1^{er} juillet 2014 par C. AG en qualité de gérant de la « filiale »⁴ neuchâteloise, avant de reprendre, en gérant indépendant, l'exploitation de ce point de vente.

¹ Résumé établi sur la base des faits retenus par le Tribunal fédéral et la Cour cantonale.

² Iowa AG, Volketswil ZH.

³ Selon l'arrêt cantonal, C. AG avait informé Madame B. de ce que son contrat serait « repris » par Monsieur A., désormais gérant indépendant du point de vente.

⁴ Recte : succursale. En Suisse allemande, le terme « filiale » ne signifie pas « Tochtergesellschaft » ; il est généralement utilisé en lieu et place de « Zweigniederlassung » = succursale (cf. art. 641 et 935 CO).

Le 28 octobre 2014, Monsieur A. a envoyé à Madame B. un SMS à la teneur suivante : « bonsoir Mme. Tu nous ramène la clé et les habits S.T.P je te souhaite tout de bon pour ton parcours professionnel et plein de succès dans ta vie. Merci » (*sic*). Par SMS du même jour, l'employée a répondu : « ça veut dire quoi ?? ». D'autres messages s'en sont suivis au sujet de la restitution des clés. Par lettre du 3 novembre 2014, l'employeur a « rappelé » à l'employée qu'elle ne faisait plus partie du personnel et qu'elle devait restituer la clé de la succursale ainsi que les vêtements de travail non sans lui souhaiter « tout de bon » pour son avenir professionnel. L'employée a fait opposition à son licenciement le 17 novembre 2014.

Le 29 juin 2015, Madame B. a saisi le Tribunal civil du Littoral et du Val-de-Travers d'une demande tendant à ce que Monsieur A. soit condamné à lui verser un montant de Fr. 19'065.40 à titre de salaire encore dû d'octobre à décembre 2014 et d'indemnité pour résiliation *abusive*. Par jugement du 31 août 2016, le tribunal a condamné l'employeur à verser à l'employée un montant brut de Fr. 3'785.50 plus intérêts. Il a considéré qu'un nouveau contrat de travail – non écrit – avait été conclu avec l'employeur à la suite de la résiliation du précédent contrat (par C. AG), qu'un temps d'essai d'une durée indéterminée avait été prévu, que celui-ci avait expiré au moment où l'employeur avait manifesté son intention de résilier le contrat de travail, que la résiliation était intervenue au début du mois de novembre – l'envoi d'un SMS n'étant pas suffisant –, que les rapports de travail avaient ainsi pris fin au 31 décembre 2014 et que le salaire dû pour novembre et décembre 2014 se calculait sur la base de ce que l'employée avait gagné en octobre 2014, soit Fr. 1'892.75 mensuels bruts, indemnité pour les vacances incluse.

L'employeur a déposé un appel, suivi d'un appel joint de l'employée.

Par arrêt du 17 janvier 2019, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel a rejeté l'appel et a partiellement admis l'appel joint. Elle a condamné l'employeur à payer à l'employée la somme de Fr. 7'975.05, sous déduction des charges légales et conventionnelles et du montant de Fr. 3'400.60 dû à la Caisse cantonale d'assurance-chômage, ainsi que la somme de Fr. 5'000.-. La Cour cantonale a considéré que les rapports de travail précédemment noués entre l'employée et C. AG avaient été transférés à l'employeur par l'effet de l'art. 333 al. 1 CO, nonobstant la résiliation intervenue le 25 septembre 2014, *celle-ci visant à faire échec à cette disposition*. Le contrat de travail avait été valablement résilié par lettre du 3 novembre 2014. L'employée avait dès lors droit au solde de son salaire pour le mois d'octobre, soit Fr. 312.25 bruts compte tenu du montant qui lui avait déjà été versé. En outre, *le licenciement était intervenu avec effet immédiat et sans justes motifs*⁵. L'employée avait ainsi droit à ce qu'elle aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé, soit jusqu'à fin décembre 2014 (Fr. 7'663.80 bruts calculés sur la base du salaire moyen de Fr. 3'891.90 bruts). En sus, elle avait droit à une *indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO*, fixée à Fr. 5'000.-, compte tenu de son âge – 58 ans

⁵ La Cour cantonale s'exprime comme suit : « Ni l'employeur ni l'acquéreur ne sont autorisés à faire table rase des contrats de travail en vue du transfert, à la seule fin d'éluider la protection des salariés et de se soustraire au transfert automatique des contrats voulu par l'art. 333 CO (CR CO I – Aubert, art. 333 CO N. 9). Bien que la jurisprudence [fédérale] ne se soit, sauf erreur ou omission, pas prononcée sur la question, la Cour fait sienne l'opinion de cet auteur selon laquelle comme en droit communautaire d'ailleurs, la résiliation pour faire échec à l'art. 333 CO ne déploie aucun effet (CRO CO I – Aubert, art. 333 CO N. 10) ».

au moment des faits – susceptible de l'exposer à de grandes difficultés de réinsertion économique, de la courte durée des relations de travail et de la *légèreté* de la décision prise.

L'employeur a interjeté un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral aux fins d'obtenir la réforme de l'arrêt cantonal et le déboutement de l'employée et de la Caisse cantonale d'assurance-chômage. L'intimée s'est opposée au recours.

B. Le droit

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours en ces termes :

« 3. Le recourant affirme avoir repris le point de vente que C. AG exploitait à Neuchâtel et concède que l'art. 333 al. 1 CO constitue la clé de voûte du raisonnement. A le suivre, cette disposition ne s'appliquerait toutefois pas en l'espèce ; en effet, les rapports de travail ne lui auraient pas été transférés puisque le contrat de travail de l'employée avait été valablement résilié par C. AG pour le 30 septembre 2014, soit pour une date *précédant* la reprise de l'exploitation du point de vente par son entreprise individuelle.

3.1. La Cour cantonale n'a pas méconnu cet état de fait, mais a considéré que le licenciement signifié le 24 septembre 2014 pour le 30 septembre 2014 visait clairement à *faire échec à l'art. 333 al. 1 CO qui est de droit impératif, de sorte qu'il ne déployait aucun effet.*

Le recourant s'inscrit en faux contre cette appréciation et affirme que la résiliation notifiée par C. AG était consécutive au *mauvais comportement* de l'employée. Les juges neuchâtelois auraient versé dans l'arbitraire en retenant le contraire. Pour étayer ses dires, le recourant se réfère à différentes pièces du dossier. Cependant, il n'indique pas dans quelle écriture il aurait allégué les faits qu'il prétend voir corrigés. Or, il n'appartient pas au Tribunal fédéral de les rechercher lui-même. En tout état de cause, les témoignages auxquels le recourant se réfère ne démontrent pas avec l'évidence qui eût été nécessaire l'inanité de l'appréciation à laquelle la Cour cantonale s'est livrée, lorsqu'elle a vu dans *la volonté de faire échec au transfert des rapports de travail le véritable motif de la résiliation.* »

III. Analyse

En quelques lignes lapidaires, le Tribunal fédéral vient de confirmer, *pour la première fois*, une décision cantonale retenant la *nullité* d'un licenciement prononcé pour *éluder* l'art. 333 CO. Cet arrêt met fin à une controverse doctrinale de longue date : la fraude à cette disposition entraîne-t-elle pour sanction la nullité du congé donné, ou, le congé restant valable, simplement la possibilité pour l'employé de pouvoir plaider son caractère abusif ? Le Tribunal fédéral avait, jusqu'à présent, toujours su éviter de trancher le débat⁶.

Pour mesurer la portée – implicite – de cet arrêt il convient de se remémorer l'historique de l'art. 333 CO, et l'évolution de la jurisprudence et le débat doctrinal qu'elle a induits, en rapport, précisément, à la thématique tranchée, maintenant, par le Tribunal fédéral.

⁶ Cf. ATF 123 III 466, cons. 3b ; TF 4C.333/1998 du 7 janvier 1999, cons. 1 b/bb in : SJZ/RJS 2008 p. 189 ; ATF 127 V 183, cons. 7 ; TF 4P.299/2004 du 14 avril 2005, cons. 3.1 = JAR 2006 p. 198 = ARV/DTA 2005 p. 179 ; ATF 134 III 102, cons. 3.1.1 ; et dernièrement : ATF 136 III 552, cons. 3.1 – 3.3 : « *Le Tribunal fédéral n'a pas eu à se prononcer sur les conséquences d'un licenciement signifié pour éluder la protection de l'art. 333 CO* ». Cf. encore TF 4A_56/2015 du 3 juin 2015, cons. 3.4 – 3.5.

1. Bref historique de la norme

L'art. 333 CO, dans sa version actuelle, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1994, avait été adopté en 1993, dans la foulée de l'adoption du programme législatif « Swisslex⁷ » faisant suite au rejet, par le peuple, le 6 décembre 1992, de l'adhésion de la Suisse à l'Espace Economique Européen (EEE) et du paquet législatif « Eurolex⁸ ». Le nouvel art. 333 CO entendait rendre « eurocompatible » le droit suisse régissant les conséquences, pour les travailleurs, d'un *transfert d'entreprise* au sens de la Directive 77/187/CEE du 14 février 1977⁹.

La Directive précisait, à son art. 3 al. 1, paragraphe 1, que « les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire ». La révision de 1993 de l'art. 333 al. 1 CO aura repris ce principe de l'automatisme du transfert des rapports de travail en ces termes : « Si l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, *les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et obligations qui en découlent*, au jour du transfert, à moins que le travailleur ne s'y oppose ».

Pour mémoire : l'art. 333 CO dans sa version datant de l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1972 de la révision du titre 10^e du Code des obligations ne prévoyait le transfert des rapports de travail que si *l'acquéreur s'engageait à les reprendre*¹⁰. En clair : l'acquéreur pouvait choisir les travailleurs qu'il était d'accord de « reprendre ».

La Directive prévoyait en outre, à son art. 4 al. 1 que « le transfert d'une entreprise, d'une partie d'entreprise ou d'établissement ne constitue pas en lui-même un *motif de licenciement* pour le cédant ou le cessionnaire ». Néanmoins, il y est précisé 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 ».

La Directive ne précisant rien quant à la validité d'un licenciement prononcé en violation de l'art. 4 al. 1, cette « lacune » aura été comblée par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE)¹¹. Dans deux affaires topiques, celle-ci a posé qu'un tel

⁷ Message du Conseil fédéral sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, du 24 février 1993, FF 1993 I 757, p. 829 ss.

⁸ Message du Conseil fédéral 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 1, 390).

⁹ Directive 77/187 du Conseil 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'établissements ou de parties d'établissements (Journal Officiel No. L61/26 du 5.3.1977) – remplacée depuis lors par la Directive éponyme 2001/23/CE du 12 mars 2001 (Journal Officiel No. L 082 du 22. 3. 2001), la teneur de l'art. 3 al. 1 et de l'art. 4. al. 1 restant inchangée.

¹⁰ Cf. FF 1991 I 1449, 1462 : « Art. 333 al. 1: "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" ». A noter que l'adoption de l'art. 333b CO, introduit par l'annexe à la Loi fédérale du 21 juin 2013 relative au droit de l'assainissement aura marqué un retour partiel à cet ancien paradigme.

¹¹ A présent : Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), Luxembourg.

licenciement – qualifié de licenciement « irrégulier » – serait *inefficace* et que le contrat de plein droit transféré du cédant au cessionnaire, conformément à l’art. 3 al. 1 paragraphe 1¹².

Il va sans dire que l’interprétation de la Directive 77/187/CEE faite par la CJCE a influencé la doctrine et la jurisprudence suisses relative à l’art. 333 CO 1994 – n’est-il pas vrai que, selon le Tribunal fédéral, se référant à AUBERT¹³ – le droit et la jurisprudence européenne doivent être pris en considération dans l’interprétation de l’art. 333 CO¹⁴.

2. Entreprise

L’art. 333 CO – pas plus que la susdite Directive 77/187/CEE ne donnent une définition de la notion « entreprise » (en allemand helvétique : *Betrieb*).

Il est communément admis qu’il y a lieu de définir l’entreprise (ou « l’établissement ») comme une *unité de production organisée de manière durable, formant un tout et qui participe de manière indépendante à la vie économique* »¹⁵.

3. Transfert d’entreprise

Par ailleurs, ni l’art. 333 CO – ni encore la Directive 77/187/CEE – ne définissent la notion de « transfert d’entreprise ».

Pour qu’il y ait transfert au sens de l’art. 333 al. 1 CO, il suffit que l’exploitation (de l’unité de production considérée) soit effectivement poursuivie ou reprise par le nouveau chef d’entreprise. 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*¹⁶. L’appréciation s’effectue sur la base de l’ensemble des faits et circonstances caractérisant l’opération. Est déterminant à cet égard le fait que l’acquéreur *poursuive et reprenne effectivement* une activité économique *identique ou similaire*¹⁷. Le simple transfert du droit d’utiliser les moyens de production (p. ex. le fonds de commerce) suffit¹⁸.

Enfin, point n’est besoin qu’il y ait ou non un lien de droit entre le premier exploitant et le second ; ainsi, l’art. 333 CO s’applique également lorsque le propriétaire d’un restaurant

¹² CJCE, arrêt du 15 juin 1988, *P. Bork International A/S*, C – 101/87, Rec. 1988 3057, N. 18 ; CJCE, arrêt du 12 mars 1998, *Jules Dethier Equipement SA*, C – 319/94, Rec. 1998 I 1961, N. 35.

¹³ AUBERT, La nouvelle réglementation des licenciements collectifs et des transferts d’entreprises, *in* : Journée 1994 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1995, p. 111.

¹⁴ Cf. TF 4C.333/1998 du 7 janvier 1999, cons. 1b.bb, arrêt non publié, mais le considérant cité étant publié *in extenso* *in* : SJZ/RSJ 2008, p. 189. Cf. également ATF 132 III 32, cons. 4.1 et 129 III 335, cons. 6 = JdT 2003 II 75 (« die EU-Rechtsordnung ist beizuziehen als Auslegungshilfe »).

¹⁵ ATF 129 III 335, cons. 2. 1 = JdT 2003 II 75 ; TF 4C.50/2003 du 25 avril 2002, cons. 1 b ; TF 4C.37/1999 du 25 mars 1999, cons. 1 a = JAR 2002, p. 228.

¹⁶ ATF 136 III 552, cons. 2.1 ; 132 III 32, cons. 4. 1 ; TF 4A_350/2018 du 25 octobre 2018, cons. 3 = ARV/DTA 2019, p. 38 ; TF 4C.193/2004 du 30 juillet 2004, cons. 2.2 = ARV/DTA 2004 p. 242 = JAR 2005 p. 244 ; TC NE 14 août 2000, cons. 2 = RJN 2000, p. 106.

¹⁷ ATF 136 III 552, cons. 2.1 ; 129 III 335, cons. 2.1. ; 132 III 32, cons. 4.1. TF 4C.176/1999 du 23 août 1999, cons. 1 a = JAR 2000, p. 179.

¹⁸ TF 4C.193/2004 du 30 juillet 2004, cons. 2.2 = ARV/DTA 2004, p. 242 = JAR 2005, p. 244 ; TF 4C.54/1996 du 31 octobre 1996, cons. 3a (n.p.).

résilie le bail du gérant pour contracter avec un autre gérant¹⁹. Ceci peut surprendre, dès lors que l'art. 333 al. 1 CO parle de « transfert » – ce qui paraît par définition impliquer un acte translatif entre l'ancien et le nouvel exploitant²⁰.

Ne constitue pas un transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO la cession du contrôle du capital-actions d'une société anonyme exploitant une entreprise²¹. Il en va de même des cas de fusion entre deux sociétés anonymes – toutefois, dans ce cas l'art. 27 al. 1 de la Loi fédérale sur la fusion du 3 octobre 2003 (LFus, RS 221.301) prévoit que le « transfert des rapports de travail à la société reprenante est régi par l'art. 333 CO »²².

4. Transfert automatique des rapports de travail

L'art. 333 al. 1 CO implique qu'en cas de transfert d'entreprise les rapports de travail passent *automatiquement*, de plein droit, à l'acquéreur, avec « tous les droits et obligations » qui en découlent, au moment du transfert. Sont notamment concernés, par ce mécanisme, tous les droits nés ou accrus en fonction de l'ancienneté du travailleur dans l'entreprise (durée de droit au salaire en cas d'empêchement de travailler pour cause de maladie ou d'accident ; art. 324 a/b CO ; durée du préavis à respecter en cas de résiliation ordinaire du contrat, durée du délai de protection en cas d'empêchement de travailler, cf. art. 336c al. 1 CO ; nombre de points accumulés pour la détermination de l'indemnité de départ fixée par un plan social, etc.). Sont également concernés, par le transfert automatique, la clause de prohibition de faire concurrence²³ et les éventuelles prétentions en dommages-intérêts de l'ancien employeur contre le travailleur – elles passent à l'acquéreur²⁴.

La norme entend protéger le travailleur ; bien que ses alinéas 1, 1^{bis} et 2, ne figurent pas au catalogue des arts. 361 et 362 CO – ces alinéas sont considérés, de par leur finalité, comme *relativement impératifs*²⁵.

Les parties concernées – que ce soit le cédant, le cessionnaire, ou le travailleur concerné – ne sauraient vouloir déroger à l'art. 333 al. 1 CO. Le transfert s'opère *ex lege*, même contre leur gré²⁶. Est sans pertinence le fait que l'accord de cession de l'entreprise contienne une liste des

¹⁹ Cf. ATF 123 III 466, cons. 3a ; 127 V 183, cons. 4 d = ARV/DTA 2001, p. 53 ; 129 III 335, cons. 2.1 = JdT 2003 II 75 ; 137 III 487, cons. 4.4 = JdT 2014 II 383 ; cf. déjà : CJCE, arrêt du 15 juin 1988 *P. Bork International A/S*, C-101/87, Rec. 1988 3057 N. 14. Sur ces questions : WINKLER, *Der Betriebsübergang nach Art. 333 al. 1 OR. Besonderheiten bei Dreiecksverhältnissen*, Jusletter 16 janvier 2017 p. 16 ss.

²⁰ Dans le cas d'espèce, le propriétaire de la succursale et ancien exploitant direct du point de vente avait confié la gérance indépendante de celui-ci à un ancien cadre – ils avaient donc logiquement conclu un *contrat de gérance*.

²¹ TF 6 avril 1994, cons. 1c *in* : SJ 1995 791.

²² La chose se conçoit elle-même en vertu des règles sur la succession universelle qu'implique un « gesellschaftsrechtlicher Betriebsübergang » ; l'art. 27 al. 1 LFus apporte cependant un *plus*, en ce sens que le renvoi à l'art. 333 CO confère au travailleur « fusionné » le droit de former opposition (cf. art. 333 al. 1 et 3 CO) à sa « reprise » par la société absorbante (cf. KRADOLFER, *Der Betriebsübergang – Auswirkungen auf das Individualarbeitsverhältnis*, Zurich 2008, p. 132).

²³ TF 4A_261/2013 du 1^{er} octobre 2013, cons. 4.3 = ARV/DTA 2014, p. 37 ; déjà ATF 54 II 460 (cas relevant de l'art. 181 CO).

²⁴ OG ZH LA120021-0/U du 26 août 2013, cons. 2.5.1.

²⁵ ATF 132 III 32, cons. 4.2.2.2.

²⁶ ATF 129 III 335, cons. 5.1 ; 123 III 466, cons. 3b.

travailleurs à « reprendre » et qu'un travailleur donné n'y figure pas²⁷. Serait également sans portée un accord de cessation consensuelle des rapports de travail, passé entre le cédant et le travailleur, visant – en violation de l'art. 341 al.1 CO – à contourner l'art. 333 CO²⁸.

Notons cependant que seuls les rapports de travail *existants au moment du transfert* passent à l'acquéreur²⁹. Il peut s'agir de contrats déjà résiliés (par l'employeur ou le travailleur), moyennant un délai de congé dont l'échéance tombe sur une date postérieure à la date du transfert, que ce soit du fait de la durée du préavis légal ou contractuel, ou du fait du report de l'échéance du délai de congé dû à l'art. 336c al. 1 let. a à d CO³⁰.

Le repreneur est libre, une fois le transfert opéré, de convenir avec le travailleur, « repris » *ex lege*, de nouvelles conditions de travail, cas échéant de les lui « imposer » par la voie d'un congé-modification, voire de le licencier en respectant le délai de préavis applicable³¹. Il peut se fonder sur les griefs articulés par l'ancien employeur figurant au dossier du personnel pour justifier cette décision³².

5. Licenciement en vue du transfert (« la *betriebsübergangsbedingte Kündigung* »).

a. Principe

Un licenciement prononcé « *betriebsübergangsbedingt* »³³, c'est-à-dire visant à *éluder* la protection des salariés prévue par l'art. 333 CO est irrégulier, il contrevient à la *finalité protectrice* de cette norme et appelle une *sanction*. La volonté de contourner la loi (« *in fraudem legis agere*³⁴ ») peut s'inférer des circonstances entourant le ou les licenciement(s) survenu(s) dans le cas concret.

Il appartient à l'employeur cédant, respectivement à l'acquéreur, voire aux deux s'ils sont coassignés en justice sur la base de l'art. 333 al. 3 CO qui instaure une consorité passive

²⁷ TF 4C.176/1999 du 23 août 1999, cons. 2 c/aa = JAR 2000 179 ; OG ZH LA170037-O/U du 3 avril 2018, cons. 4.2.

²⁸ ATF 132 III 32, cons. 4.2.2.3 ; OG BE 30 octobre 2008, cons. 5 = JAR 2009, p. 469.

²⁹ ATF 134 III 102, cons. 3.1.1 ; 136 III 552, cons. 3.1 ; 137 III 487, cons. 5.1 = JdT 2014 II 383 ; TF 4A_399/2013 du 17 février 2014, cons. 3.3 = JAR 2015, p. 165. Toutefois, les créances découlant d'un contrat de travail ayant pris fin *avant* la date de la fusion passent à la société absorbante – non pas en vertu de l'art. 333 CO – mais en vertu de l'art. 25 LFus (« succession universelle »), cf. Genève, CAPH/117/2011 du 19 août 2011, cons. 2.2.

³⁰ ATF 123 III 466, cons. 3b (*grossesse*) ; TF 4A_344/2010 du 8 octobre 2010, cons. 6 (*accident*) ; WITZIG, Droit du travail, Zurich 2018, p. 356.

³¹ ATF 114 II 349, cons. 3 ; TF 17 décembre 1996 = SARB 1997, p. 236 ; CAPH GE 3 mars 2009, cons. 4.1 - 4.2 = JAR 2010, p. 498 ; OG OW 23 décembre 2008, cons. 4 = *in* : Amtsbericht über die Rechtspflege des Kt. Obwalden 2008/2009, p. 62.

³² TC VD PT 16.02861 du 27 septembre 2018, cons. 4.3.

³³ TF 4C.333/1998 du 7 janvier 1999, cons. 1b.bb (n. p.), mais considérant publié *in* : SJZ/RSJ 2008, p. 189 ; TF 4P.299/2004 du 14 avril 2005, cons. 3.1 = ARV/DTA 2005, p. 179 = JAR 2006, p. 198 ; ATF 136 III 552, cons. 3.1.

³⁴ Sur la fraude à la Loi en droit suisse et ses conséquences : voir : YUNG, Simulation, fiducie et fraude à la loi, *in* : Etudes et articles, Genève 1971, p. 176 ss ; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, Berne 1997, 2^e éd., p. 279 ss ; PERRIN, La fraude à la loi et l'ordre public en droit privé, *in* : Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, p. 259 ss. Cf. également : ATF 104 II 204.

simple³⁵ – d’apporter la preuve (art. 8 CC) de l’existence de *motifs justifiant* la non-application de l’art. 333 al. 1 CO. La constatation non-arbitraire, à l’issue des probatoires, de la présence ou de l’absence de cette intention, par le juge cantonal, relève des faits qui lient le Tribunal fédéral³⁶.

Sont admis comme motifs justifiant la non-application de l’art. 333 CO un licenciement, par le cédant, d’un travailleur pour raisons *économiques, techniques ou organisationnelles*³⁷, dans des situations d’*insolvabilité*³⁸ ou encore, pour cause d’un *comportement inapproprié, de qualité insuffisante des prestations*³⁹ ou d’*atteinte de l’âge légal* (ou statutaire) de la retraite, ou mise à la préretraite⁴⁰.

Est considéré éluder l’art. 333 CO le congé donné par l’employeur cédant pour la veille de la date du transfert aux *seules fins de maximiser le prix de la cession* de l’entreprise⁴¹, ou, pour faire *table rase* des contrats de travail en cours et de permettre ainsi à l’acquéreur d’engager un nouveau personnel, ou de *réengager* – quasiment le lendemain – *la totalité* ou une *partie* du personnel licencié à des conditions nouvelles (et moins favorables évidemment)⁴².

En revanche, lorsqu’un employeur, en proie à des difficultés économiques se voit contraint de fermer toute ou partie de son entreprise, et, de ce fait, doit procéder, en prévision de ces échéances (après consultation des travailleurs, cf. art. 333a CO) à des licenciements, puis, contre toute attente, trouve, *in extremis* un repreneur de l’affaire, les licenciements prononcés *ne sont pas* réputés éluder l’art. 333 CO⁴³. Dans un tel cas de figure, le sauvetage d’une partie au moins de l’entreprise justifie cette retenue et le droit laissé au repreneur de bénéficier d’une *table rase*, ou, à tout le moins, de pouvoir *choisir* les personnes qu’il entend « reprendre » sans perte de droit. Cette idée sous-tend du reste l’art. 333b CO, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2014⁴⁴.

³⁵ L’art. 333 al. 3 CO instaure une *Solidarhaft* en ces termes : « *L’ancien employeur et l’acquéreur répondent solidairement des créances du travailleur échues dès avant le transfert jusqu’au moment où les rapports de travail pourraient normalement prendre fin ou ont pris fin par suite de l’opposition du travailleur* ». La règle est relativement impérative. Elle confère au travailleur une protection additionnelle à celle prescrite par les Directives 77/187/CEE et 2001/23 CE.

³⁶ ATF 136 III 552, cons. 4 ; 131 III 535, cons. 4.3 ; 130 III 699, cons. 4.1 ; art. 105 LTF.

³⁷ ATF 136 III 552, cons. 3.3 ; TF 4P.299/2004 du 14 avril 2005, cons. 3.1 = ARV/DTA 2005, p. 179 = JAR 2006 p. 198 ; p. ex. une fermeture de plusieurs mois d’un restaurant pour cause de rénovation : CAPH GE 15 août 2001, cons. 3b = JU-TRAV 2003, p. 44.

³⁸ Cf. à présent l’art. 333b CO, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2014 ; ajoutons aux cas visés dans cette disposition *l’ajournement de faillite* (art. 725a CO) et le *concordat ordinaire* (« concordat-dividende ») (art. 314 LP).

³⁹ CAPH GE du 26 juin 2000 cause N° C/23474/1999-2 (n. p.).

⁴⁰ ATF 134 III 102, cons. 3.

⁴¹ CAPH GE 15. 6. 2000 = JAR 2001 p 261 ; ATF 129 III 335, cons. 5.4.2 = JdT 2003 II 75.

⁴² Cela vaut également en cas d’une restructuration fictive dans cadre d’une fusion : p. ex. s’il s’agit, par une « table rase » et un « réengagement » à des conditions nouvelles des effectifs, de rendre « plus attractive » pour les actionnariats respectifs, de l’opération de fusion ; cf. TRIGO TRINDADE, *in* : Peter/Trigo Trindade, Commentaire LFus, Zurich 2005, N. 4 ad art. 27 LFus.

⁴³ Exemple : ATF 136 III 552, cons. 5.2.

⁴⁴ Art. 333b CO : « 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 *pour autant que ce transfert ait été convenu avec l’acquéreur* et que le travailleur ne s’y oppose pas ».

b. La nature de la sanction : abus ou nullité ?

En doctrine, les avis sont partagés. Un courant majoritaire, largement influencé par le Prof. Gabriel Aubert⁴⁵, estime qu'un congé « *betriebsübergangsbedingt* », c'est-à-dire donné en vue ou « pour la veille du transfert de l'entreprise » connote, en l'absence d'éléments justificatifs, une volonté du cédant d'éluider l'art. 333 CO, et, partant, pour ces auteurs, ce congé est nul⁴⁶. C'est la norme contournée qui s'applique : le transfert de l'entreprise emporte automatiquement le transfert des rapports de travail à l'acquéreur. Ils se réfèrent au droit communautaire, à la jurisprudence de la CJUE, à l'historique et à la finalité protectrice de l'art. 333 CO.

Cette position revient à concevoir un cas de nullité de congé supplémentaire, non-écrit, à ceux listé de façon exhaustive à l'art. 336c al. 1 CO sanctionnant le congé donné « en temps inopportun ».

C'est précisément ce que critiquent les tenants du courant minoritaire, à commencer par le Prof. Rémy Wyler. Cet auteur considère qu'un congé donné aux seules fins d'empêcher l'application de l'art. 333 CO constitue un *licenciement abusif* au sens de l'art. 336 al. 1 let. c CO (« *Vereitelungskündigung* ») et appelle pour seule sanction l'octroi de l'indemnité prévue à l'art. 336a CO. La sanction de la nullité d'un tel congé lui paraît excessive, et qui plus est, non prévue par le droit positif, et partant, dépourvue de toute base légale⁴⁷.

⁴⁵ Le Prof. Gabriel Aubert peut être considéré comme parrain de ce courant doctrinal : cf. AUBERT, La nouvelle réglementation des licenciements collectifs et des transferts d'entreprises, in : Journée 1994 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1995, p. 112 ; AUBERT, Die neue Regelung über Massenentlassungen und den Übergang von Betrieben, in : AJP/PJA 1994 p. 704 ; AUBERT, Insolvence et transfert d'entreprise. A propos de l'art. 333 CO, in : Mélanges Dallèves, Bâle 2000, p. 13 ; AUBERT, in : Commentaire Romand, Bâle, 2^e éd., 2012, N. 9 ad art. 333 CO.

⁴⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Zürich, 2012, N. 10 ad art. 333 CO, p. 850 ; WILDHABER, Die Streitfrage um einen besondere Kündigungsschutz bei Betriebsübergang, in : SJZ/RSJ 2008, p. 191 ; WILDHABER, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Zurich 2011, p. 260 ; PORTMANN, in : Basler Kommentar, OR I 2020, 7^e éd., N. 12 ad art. 333 CO ; WILDHABER, Umstrukturierungen, in : Portmann/Von Kaenel (éd), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zurich 2018, p. 847, N. 20.98 ; PORTMANN/WILDHABER, Schweizerisches Arbeitsrecht, Zurich 2020, 4^e éd., p. 181 ; CHENAUX/MARTIN in : Dunand/Mahon (éd), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, N. 31 ad art. 333 CO ; WITZIG, op. cit., p. 359, N. 1055 ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2019, N. 6 ad art. 333 CO ; BRUEHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Bâle 2014, 2^e éd., N. 1 ad art. 333 CO ; CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, Zurich 2009, p. 82 ; UNGER/ANGELOZZI/JACCARD/ORDOLLI/ROBINSON/ZAPPELLA, Le droit du travail au quotidien, Genève 2018, FER, p. 690 ; PIETRUSZAK, in : Honsell (éd), Kurzkomentar Obligationenrecht, Bâle 2014, N. 14 ad art. 333 CO ; EMMEL, in : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zurich 2012, N. 2 ad art. 333 CO ; SCHWIZER, Arbeitsrechtliche Fragen bei der Sanierung des Arbeitgebers, Zurich 2020, p. 232.

⁴⁷ WYLER/HEINZER, Droit du travail, Berne 2019, 4^e éd., p. 583 – position déjà défendue dans la 1^{ère} édition de ce commentaire, parue en 2002 ; mêmes avis : STAEHELIN, in : Zürcher Kommentar 2014, N. 12 ad art. 333 CO ; Duc/SUBILIA, Droit du travail, Lausanne, 2010, N. 13 ad art. 333 CO ; DENZLER, Zur Tragweite von Art. 333 OR, in : recht 1998 p. 73 ; KARAGJOZI, Les transferts d'entreprises en droit du travail, Zurich 2003, p. 106 ; KRADOLFER, op. cit., p. 171 ; BAUMGARTNER in : Basler Kommentar Fusionsgesetz, 2005, N. 13 vor Art. 27 LFus ; OPPLIGER/MIRRA, Le licenciement opéré en raison d'un transfert d'entreprise – réflexions sur l'ATF 136 III 552 à la lumière du droit européen, in : Jusletter 26 mars 2012 ; GENOUID, Transfert des rapports de travail lors de transmissions d'entreprises, in : L'expert-comptable suisse, 2004, p. 523.

Certains auteurs laissent la question indécise⁴⁸.

Dans la jurisprudence, on relèvera que la majorité des cours cantonales, examinant ce problème, se sont prononcées pour la nullité d'un licenciement qui vise à contourner l'art. 333 CO⁴⁹. Quelques décisions, émanant des mêmes cours, rendues dans une composition différente, en revanche, ont appliqué ou laissé entrevoir une préférence pour la solution du licenciement abusif⁵⁰.

Le Tribunal fédéral – on l'a déjà relevé – n'avait à ce jour jamais été amené à se prononcer sur la nature de la sanction appliquée en cas d'un congé donné pour éluder l'art. 333 CO ; il a toujours su obvier la question en retenant que le congé critiqué par le recourant reposait sur un motif justifié (économique, technique, organisationnel, etc.)⁵¹.

Cependant, dans tous les arrêts où ils ont eu à traiter de ce problème, les juges fédéraux, évoquant parfois les jurisprudences topiques de la CJUE relatives à l'art. 4 de la Directive 77/187/CEE du 14 février 1977 et le Message I relatif à l'Accord EEE⁵², ont pris soin de laisser *entrevoir* qu'en cas d'intention manifeste du cédant d'éluder l'art. 333 CO, constatée sans arbitraire par une cour cantonale, la solution inévitable serait la nullité du congé⁵³.

6. En l'espèce

En l'occurrence, la Cour cantonale neuchâteloise a retenu *en fait* l'intention de la société cédante « *de faire échec* » à l'art. 333 CO. Il s'agissait tout bonnement de permettre à son cadre, censé reprendre le point de vente en *gérance libre*, de prendre son envol dégagé des termes et conditions des contrats de travail en cours. Le licenciement de l'intimée pour la veille de la date du transfert de l'entreprise (*i. e.* « point de vente ») ne reposait ainsi sur aucun motif économique digne de protection. Retenant une *fraude à la loi*, le tribunal cantonal en a tiré les conséquences prônées par la jurisprudence : en cas de fraude à la loi l'acte juridique (*in casu* : l'exercice d'un droit formateur unilatéral) « frauduleux » n'est pas pris en considération, il est nul, et l'office du juge consiste à appliquer la règle contournée. Et, à juste titre, cette décision aura été confirmée, sobrement, *ohne Sang und Klang*, par le Tribunal fédéral.

⁴⁸ REHBINDER/STOECKLI, Berner Kommentar 2014, N. 9 ad art. 333 CO ; GEISER, Arbeitsrechtliche Fragen bei Sanierungen, *in* : Vito (éd.), Sanierungen der AG, Zürich 2003, p. 170.

⁴⁹ CAPH GE 15 mai 2000 = JAR 2001, p. 261 ; CAPH GE 15 août 2001 = SAE 2003, p. 44 [pour le principe, conditions pas réalisées *in casu*] ; TC NE 14 août 2000 = RJN 2000, p. 106 ; OG BE 30 octobre 2008 = JAR 2009 p. 469 ; OG OW 23 décembre 2008 *in* : Amtsbericht über die Rechtspflege des Kt. Obwalden 2008/09 N° 5 p. 62 ; ArGer ZH 10 janvier 2012 = JAR 2013, p. 603 ; CAPH/75/2010 du 5 mai 2010 [arrêt annulé par ATF 136 III 552].

⁵⁰ CAPH/109/2008 du 13 juin 2018, cons. 3 (n. p.) [conditions non réunies *in casu*] ; OG OW 3 décembre 2014 *in* : OGVE des Kt. Obwalden [conditions non réunies *in casu*] (confirmé par TF 4A_56/2015 du 3 juin 2015).

⁵¹ Cf. supra, FN 6.

⁵² P. ex. le Message I sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE du 27 mai 1992, *in* : FF 1992 V 392.

⁵³ Cf. ATF 136 III 552, cons. 3.3 – à noter que le Prof. Rémy Wyler, dans la discussion de cet arrêt, parvient à la conclusion inverse : « *il nous semble que cet arrêt ne laisse plus d'espace pour admettre la nullité d'un véritable licenciement opéré en vue d'éviter le transfert (...)* » *in* : WYLER, Chroniques Droit du travail, JdT 2011 II 214. Cf. déjà : TF 4C.333/1998 du 7 janvier 1999, cons. 1.b.bb = considérant publié *in extenso in* : SJZ/RJ 2008 p. 189 ; TF 4P.299/2004 du 14 avril 2005, cons. 3.1 = ARV/DTA 2005, p. 179 = JAR 2006, p. 198 ; ATF 132 III 32, cons. 4.2.2.2. ; 137 III 487, cons. 4.5.2 = JdT 2014 II 383.

L'arrêt cantonal, incidemment, comporte encore un autre point intéressant – point également confirmé par la Haute Cour de Lausanne : l'acquéreur qui se voit transférer, par le mécanisme de l'art. 333 al. 1 CO un travailleur, respectivement un contrat de travail dont il ne veut pas, devrait faire preuve d'un minimum de prudence et ne point refuser l'offre du travail du salarié concerné, respectivement – comme en l'espèce – ne point vouloir abrégé cette relation « imposée » en y mettant fin du jour au lendemain, sans préavis aucun, « par comportement concluant ». Car, il risque – et ce risque s'est concrétisé en l'espèce – que cette façon d'agir fût interprétée comme *licenciement immédiat sans justes motifs* (art. 337 CO), ouvrant, en faveur du travailleur ainsi mis à la porte, le droit de prétendre aux dommages-intérêts découlant de l'art. 337c al. 1 CO, et qui plus est, de solliciter une indemnité pour licenciement immédiat injustifié au sens de l'art. 337c al. 3 CO. En définitive, la facture s'est révélée salée.

Une autre question qui eût pu se poser est celle-ci : en cas de licenciement immédiat du travailleur, prononcé sans justes motifs, par l'employeur *a quo*, *sua sponte* ou à la demande de l'employeur *ad quem*, avant la date du transfert, alors que l'échéance du délai de préavis qui eût dû être respecté, tombe sur une date postérieure à la date du transfert de l'entreprise, l'acquéreur répond-il (solidairement avec le cédant) pour les prétentions fondées sur l'art. 337c al. 1 et 3 CO ? Force est de penser que oui. Certes, la rupture immédiate, fût-elle justifiée ou non, d'un contrat de travail y met une fin immédiate, *de facto et de iure*. Mais, à nouveau : faut-il consentir une prime à un acquéreur, qui, par ce stratagème frauduleux, entend contourner à bon compte l'art. 333 CO⁵⁴ ?

Dernier aspect – mais aspect dont les juges saisis n'avaient pas non plus à traiter – c'eût été la question de la responsabilité solidaire de l'employeur *a quo* (*i. e.* le cédant de l'entreprise) découlant de l'art. 333 al. 3 CO, pour les « bêtises » commises par le cessionnaire. Force est de penser que le cédant répond solidairement avec l'employeur *ad quem* des « choix » de ce dernier par rapport au sort des rapports de travail, à tout le moins jusqu'à l'échéance du délai de congé ordinaire que ce dernier aurait dû respecter. Il serait surprenant que cette solidarité pour les créances devenues exigibles après le transfert n'existât qu'en cas d'opposition du travailleur au transfert des rapports de travail – et non pas également, et par « analogie », en cas « d'opposition » de l'acquéreur⁵⁵.

Quoi qu'il en soit, la prudence commande que, dans le contrat portant transfert de l'entreprise, le cédant et l'acquéreur conviennent de clauses de relevé-garanties réciproques et appropriées parant aux imprévus découlant des mécanismes explicites ou implicites de l'art. 333 CO.

⁵⁴ Un auteur qui s'est penché sur la question n'y voit rien qui justifîât une exception à la règle : un contrat qui a pris fin avant la date du transfert n'est plus susceptible de passer à l'acquéreur ; inversement, l'employeur *a quo* ne répondrait pas des conséquences d'un licenciement immédiat injustifié ou abusif décidé, le lendemain du transfert, par l'acquéreur (cf. KRADOLFER, op. cit., p. 83).

⁵⁵ Avis contraire : KRADOLFER, op. cit., p. 232 : l'employeur *a quo* ne répondrait pas des conséquences d'un licenciement immédiat injustifié ou abusif décidé, le lendemain du transfert, par l'acquéreur.