



E \_\_\_\_\_ SA  
**Dom. élu** : Me Serge FASEL  
Rue du XXXI-Décembre 47  
1207 Genève

Madame T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Jean-Bernard WAEBER  
Rue d'Aoste 1  
Case Postale 3647  
1211 Genève 3

**Partie appelante et  
intimée sur appel incident**

**Partie intimée et  
appelante sur appel incident**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du mardi 21 septembre 2004

Mme Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente

Mme Suzanne BORGSTEDT et M. Dominique BALTHASAR, juges employeurs

MM. Jean-Pierre SEYDOUX et Bernard CASEYS, juges salariés

Mme Corinne ROCHAT, greffière d'audience

**EN FAIT**

- A. Depuis le 20 mars 1970, T\_\_\_\_\_ a été employée, à plein temps, par A\_\_\_\_\_, dans le service au sol aux avions et aux passagers.

Son dernier salaire mensuel brut a représenté fr. 7'088.-.

T\_\_\_\_\_ est assurée, d'une part, auprès de B\_\_\_\_\_, dont les statuts prévoient le versement de prestations de retraite dès 63 ans révolus pour les hommes et 62 ans pour les femmes et, d'autre part, auprès de l'assurance pour cadres de C\_\_\_\_\_.

En 1998, A\_\_\_\_\_ a changé de raison sociale pour devenir C\_\_\_\_\_. A en outre été inscrite au Registre du Commerce de Zurich, le 23 mai 1997, une nouvelle société A\_\_\_\_\_ SA, filiale de C\_\_\_\_\_, avec succursale à Genève; cette société n'est pas concernée par la présente procédure.

- B. Depuis le début des années 1990, A\_\_\_\_\_, puis C\_\_\_\_\_, ont, en particulier en raison de la conjoncture économique défavorable, progressivement recentré leurs activités sur la plate-forme de Zurich et diminué le nombre de leurs vols intercontinentaux.

Divers services de A\_\_\_\_\_ ont par ailleurs fait l'objet d'une filialisation. Tel a en particulier été le cas du service au sol et aux passagers. Les contrats de travail des employés travaillant dans ce service ont alors été repris, au 1<sup>er</sup> janvier 1997, par la filiale D\_\_\_\_\_, inscrite au Registre du Commerce de Genève le 16 août 1996, avec pour but social la fourniture des prestations de services dans le domaine de la préparation au sol, de l'embarquement et du débarquement de fret, des passagers et des bagages. La raison sociale de cette filiale est ensuite, le 11 février 1997, devenue E\_\_\_\_\_ SA (ci-après E\_\_\_\_\_).

Ainsi, le contrat de travail de T\_\_\_\_\_ a été repris par E\_\_\_\_\_ avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 1997.

D'une manière générale, le personnel au sol du groupe est assujéti à un contrat-cadre élaboré par la maison-mère. Les différentes filiales possèdent en outre des conventions ou contrats collectifs spécifiques. Ces derniers n'ont pas été produits à la procédure.

Les salaires de tous les employés du groupe ont continué à être payés par A\_\_\_\_\_, qui tenait une comptabilité générale, dans laquelle chaque filiale était identifiée par un chiffre (décl. N\_\_\_\_\_, pv. du 8 mars 2004).

C. Pour pallier les conséquences des licenciements devenus indispensables, A \_\_\_\_\_, puis C \_\_\_\_\_ et les syndicats F \_\_\_\_\_, section transport aérien, G \_\_\_\_\_ et H \_\_\_\_\_, ont, dès 1993, élaboré plusieurs plans sociaux successifs, valables pour l'ensemble du groupe. Ces plans sociaux prévoient entre autre, outre des possibilités de remplacement, de formation et de délocalisation, des possibilités de mise en préretraite.

- a) Un premier plan social, sans incidence sur l'issue du présent litige, a ainsi été adopté en 1993.
- b) Le 7 juillet 1995 a été adopté le plan social 1995, valable dès le 1<sup>er</sup> juillet 1995 ; celui-ci s'applique au personnel au sol en Suisse, assujéti au contrat-cadre, en cas de licenciement intervenant dans le cadre d'une restructuration ou résultant de suppressions de postes intervenus entre le 1<sup>er</sup> juin 1995 et le 31 décembre 1996. Il prévoit, à l'instar du plan social de 1993, des retraites anticipées et un statut de « préretraité ».

Les dispositions en matière de préretraite (art. 8) disposent que l'âge de la retraite normal est celui fixé par le règlement et les statuts de B \_\_\_\_\_ (62 ans pour les femmes et 63 ans pour les hommes). L'âge normal de la retraite peut toutefois être abaissé à 60 ans pour les femmes; dans un tel cas, la collaboratrice occupée à raison de 39/45 heures hebdomadaires reçoit une rente vieillesse complète, ainsi qu'une prestation transitoire correspondant à la rente AVS simple (art. 8.2).

La retraite anticipée est prévue dès 58 ans pour les hommes et 55 ans pour les femmes, soit 5 ans avant l'échéance fixée par les statuts de B \_\_\_\_\_ (chiffre 8.3).

Dans ce cas, les prestations suivantes sont prévues :

**Art. 8.3.1** : durant la période de droit aux indemnités chômage:

- a) versement à B \_\_\_\_\_ des primes employeur/employé sur le dernier salaire assuré ;
- b) poursuite du versement de la part salarié dépassant le plafond de l'assurance-chômage, le montant de la part salarié étant calculé conformément aux dispositions légales sur le chômage ;

**Art. 8.3.2** : ensuite, lorsque l'employé continue à être sans activité professionnelle:

a) durant 12 mois au maximum et 12 fois l'an :

- 1) versement à B \_\_\_\_\_ des primes employeurs/employés calculées sur le dernier salaire assuré ;
- 2) versement d'une prestation transitoire mensuelle, correspondant à 50% du dernier salaire contractuel, soit au moins 3'000 fr., basé sur une durée contractuelle de 39 à 45 heures de travail hebdomadaire, et calculé au prorata en cas d'occupation à un taux inférieur ;

b) ensuite, si la retraite anticipée avec diminution de rente intervient plus de 12 mois avant la retraite normale :

- 1) une prestation complémentaire pouvant représenter de 0,5 % à 6% de la prestation transitoire mensuelle ci-dessus, selon établi en fonction de la diminution de la rente B\_\_\_\_\_ (allant de 8,33 % à 12),
- 2) une prestation transitoire supplémentaire, si le taux d'activité représentait 39 à 45 heures hebdomadaires, correspondant à une rente AVS maximale simple, réduite au prorata en cas de taux d'activité inférieur.

Ces prestations sont servies durant la période de chômage et au plus tard jusqu'à ce que le collaborateur ait atteint l'âge de la retraite prescrit par B\_\_\_\_\_. Elles s'entendent net, les contributions à l'AVS incombant à l'employé.

Certaines situations (frontaliers, heures de nuit, retraite anticipée peu avant la retraite normale), font l'objet d'une réglementation spécifique ou individuelle.

Les collaborateurs dont les années d'âge additionnées aux années de service atteignent 75 bénéficient du statut de retraité, même s'ils n'ont pas atteint l'âge de 55 ans pour les femmes et de 58 ans pour les hommes à la fin des rapports de travail, mais qui ont au moins 50 ans révolus. Ce statut leur donne en particulier le droit de bénéficier des facilités de transport (art. 9).

Les annexes au plan social 1995/1996 comportent divers schémas d'application, en fonction de l'âge du collaborateur au moment de sa mise à la retraite anticipée.

- c) En avril 1996, A\_\_\_\_\_ a publié unilatéralement, mais avec l'accord des associations du personnel, diverses modifications faisant partie intégrante du plan social 1995.

La durée de validité du plan social 1995 a été prorogée aux licenciements intervenant jusqu'en septembre 1996 et prenant effet en mars 1997, ce délai pouvant exceptionnellement être repoussé à fin 1997, si le licenciement était annoncé avant le 1<sup>er</sup> octobre 1996.

S'agissant de la préretraite, ces modifications prévoient ce qui suit :

- la mise en préretraite doit avoir lieu dans le cadre de la « restructuration 1996 » ou de la réalisation « WIN ». Elle peut être proposée aux femmes de 55 ans révolus et aux hommes de 56 ans révolus ;
- les prestations servies résultent de schémas annexés: la prestation de base, versée 12 fois, correspond à 70% du dernier salaire contractuel sans les indemnités, mais au moins fr. 3'000.-. La prestation transitoire 1, versée 6 fois, correspond à 50% du dernier salaire contractuel, sans les indemnités, mais au moins à fr. 3'000.- ; enfin, la prestation transitoire 2 correspond à la rente AVS simple ; le montant de celle-ci est fixée lors du départ et n'est plus modifiable par la suite ;

- la mise en préretraite entraîne le versement anticipé de la rente B\_\_\_\_\_, ce qui entraîne une réduction de celle-ci de 2% à 13% selon la durée de l'anticipation.

Il est admis que ces plans sociaux (appelés « options 1996/2000 ») étaient applicables à l'ensemble des employés au sol du groupe, quelle que soit la société filiale employeur. En effet, tous étaient soumis au contrat-cadre de la maison-mère.

Il est pareillement admis que A\_\_\_\_\_ a mis le capital nécessaire à disposition aux fins de financer lesdits plans sociaux.

Le nombre de personnes à mettre en préretraite par filiale était arrêté par la maison- mère ; en revanche, les personnes concernées étaient choisies par la direction de chaque filiale.

- D. E\_\_\_\_\_ a par ailleurs, sous la forme d'un contrat signé par deux personnes pouvant l'engager et deux membres du comité d'entreprise, adopté un plan social en date du 2 avril 1998.

Ledit plan social s'applique à tout le personnel soumis au contrat-cadre, en cas de licenciement intervenant dans le cadre d'une restructuration ou d'une suppression de fonction, entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre 1998.

S'agissant des prestations liées à une préretraite, les dispositions de l'art. 8 sont identiques à celles du plan social de A\_\_\_\_\_ version 1995, sous réserve du fait que les prestations transitoires 1 et 2 complètes sont versées si le collaborateur a un taux d'activité de 37/45 heures hebdomadaires (en lieu et place de 39/45). Il en est de même de l'art. 9, relatif au statut de préretraité.

- E. Par pli du 31 août 1998, signé de deux personnes ayant qualité pour l'engager, E\_\_\_\_\_ a confirmé à T\_\_\_\_\_ que, conformément à un entretien du 27 août 1998, elle serait mise à la retraite anticipée le 31 décembre 1998.

Ce courrier a la teneur suivante :

« Votre retraite anticipée au 1<sup>er</sup> janvier 1999.

Madame,

Nous nous référons à notre entretien du 27 août 1998 et vous confirmons votre départ à la retraite anticipée pour raisons économiques, selon le plan social 1998 amélioré, pour le 31 décembre 1998. Veuillez prendre note de l'arrangement suivant :

**1. Vos données personnelles :**

date de naissance :	13 juillet 1943
début de la retraite anticipée selon le plan social amélioré	1 <sup>er</sup> janvier 1999
début du versement anticipé de la rente	1 <sup>er</sup> juillet 2004

début de la retraite B\_\_\_\_\_ réglementaire 1<sup>er</sup> août 2005  
début de la rente AVS réglementaire 1<sup>er</sup> août 2005

## **2. Prestations versées par A\_\_\_\_\_**

### *2.1 Prestations de base*

Du 1<sup>er</sup> janvier 1999 au 31 décembre 2003, E\_\_\_\_\_ vous versera une prestation mensuelle correspondant à 70% de votre dernier salaire mensuel (Fr. 7'088.00) = Fr. 4'961.60

### *2.2 Versement transitoire 1*

Du 1<sup>er</sup> janvier 2004 au 30 juin 2004, E\_\_\_\_\_ vous versera une prestation mensuelle correspondant à 50% de votre dernier salaire mensuel (au minimum Fr. 3'000.--) = Fr. 3'544.00

Ces versements, points 2.1 et 2.2, seront effectués 12 fois par an. Il n'y aura pas de 13<sup>ème</sup> salaire.

### *2.3 Versement transitoire 2 : « pont AVS » depuis le début de la rente de B\_\_\_\_\_ jusqu'à l'âge de la retraite AVS.*

Durant la période du 1<sup>er</sup> juillet 2004 (début de la retraite anticipée B\_\_\_\_\_/AC) jusqu'au 31 juillet 2005, E\_\_\_\_\_ vous versera mensuellement un montant de fr.1'990.--. Ce versement sera également effectué 12 fois par an.

### *2.4 Primes de B\_\_\_\_\_*

Depuis la date de votre départ à la retraite (1<sup>er</sup> janvier 1999) et jusqu'à la date de votre retraite anticipée B\_\_\_\_\_/AC (1<sup>er</sup> juillet 2004), E\_\_\_\_\_ prend en charge la totalité des primes sur le dernier salaire assuré (participations employeur et employé) de la caisse générale de prévoyance.

## **3. Retraite avec réduction de rente au 1<sup>er</sup> juillet 2004**

Comme prévu dans le plan social 1998, votre départ à la retraite (régulière) sera avancé d'une année. Selon le règlement de B\_\_\_\_\_/AC, une prestation réduite vous sera versée mensuellement dès le 1<sup>er</sup> juillet 2004. Son montant sera confirmé à temps par l'institution de prévoyance. En cas de décès ou d'invalidité avant cette date, le règlement de B\_\_\_\_\_/AC fait foi.

## **4. Assurances et impôts**

### *4.1. AVS/AI/APG*

Les cotisations de l'AVS, qui sont à votre charge, doivent être payées jusqu'à la date de la retraite ordinaire. Leur montant sera calculé selon un procédé spécial. Nous vous recommandons expressément de vous mettre en rapport avec la Caisse de compensation de votre canton de domicile.

### *4.2. Caisse-maladie / assurance accident*

Les mêmes dispositions valables pour la retraite normale sont applicables en ce qui concerne la caisse maladie et l'assurance accidents. Toutes les primes sont à votre charge. Nous vous recommandons de vous mettre en relation avec le service des assurances (tél. 022/799'30'51) au plus tard un mois avant l'arrêt de votre activité professionnelle.

Dès que vous quittez notre entreprise, votre assurance accidents professionnels et non professionnels n'est plus prise en charge par nos soins. Nous vous rendons attentif à cette situation

et vous suggérons d'entreprendre les démarches nécessaires pour éviter de vous retrouver sans couverture accident.

#### *4.3 Impôts*

Les prestations versées par E \_\_\_\_\_ selon les points 2.1 à 3.1 doivent être déclarées en tant que revenu, elles ne sont pas considérées comme une rente. Selon les prescriptions cantonales, il est éventuellement possible de demander une taxation intermédiaire. Nous vous recommandons de vous mettre en rapport avec le bureau de contributions de votre domicile.

#### *5.1 Continuation d'activité*

Au cas où vous poursuivriez une activité lucrative à l'entrée en vigueur de cet arrangement et que votre rémunération, cumulée avec la prestation de E \_\_\_\_\_, dépassait 100% de votre dernier salaire annuel, vous auriez l'obligation d'en informer E \_\_\_\_\_.

Si votre revenu annuel total dépasse ainsi les 100% de votre dernier salaire E \_\_\_\_\_, notre entreprise se réserve le droit de déduire sa prestation comme décrite sous point 2.

De plus, si vous dépassez le revenu annuel minimum légal dans une autre entreprise, nous pourrions nous voir contraints par la loi fédérale sur les assurances de transférer votre avoir dans B \_\_\_\_\_ à cette société tierce. Cela signifierait votre départ de E \_\_\_\_\_. Vous devriez abandonner tous vos droits à des prestations de la part de notre entreprise.

#### *5.2 Votre statut*

A partir de votre départ à la retraite anticipée, E \_\_\_\_\_ vous considère comme retraité. La directive pour le personnel bénéficiant d'une retraite anticipée en annexe vous en donne tous les détails.

Nous vous saurions gré de convenir aussitôt avec votre chef de la date à laquelle vous prendrez les jours de congé en solde et si nécessaire, de la compensation d'heures supplémentaires éventuelles. Le dernier jour de travail, votre salaire vous sera versé à la caisse principale, contre remise de la feuille de sortie rose ci-jointe.

En confirmation de votre approbation avec les conditions susmentionnées, nous vous prions de bien vouloir nous renvoyer la copie jointe à la présente munie de votre signature ».

Ce courrier comporte, en annexe, une circulaire de C \_\_\_\_\_ contenant diverses informations destinées aux préretraités.

T \_\_\_\_\_ affirme avoir accepté les termes de ce courrier.

La prestation de base de 4'961 fr. 60 net mensuellement a régulièrement été versée à T \_\_\_\_\_ jusqu'en septembre 2001 inclus, les fiches de paie étant établies à l'en-tête de E \_\_\_\_\_. Ont été déduites de ce montant les primes d'assurance maladie « sanitas ». A encore été versée la mensualité due pour octobre 2001, moyennant cession des droits de l'employée en faveur d'établissements bancaires.

Ont également été régulièrement versées à B \_\_\_\_\_ les cotisations employeur/employé pour toute la durée courant jusqu'à l'âge de la retraite normale de

T \_\_\_\_\_, par le biais d'un fond patronal indépendant mis sur pied par A \_\_\_\_\_ (décl. O \_\_\_\_\_, pv. du 8 mars 2004 et attestation de B \_\_\_\_\_ en ce sens).

- F. Le 1<sup>er</sup> novembre 2001, C \_\_\_\_\_ a adressé aux préretraités du groupe une lettre circulaire, les informant qu'en raison du sursis concordataire dont elle bénéficiait, elle n'était définitivement plus en mesure d'effectuer le paiement des prestations prévues au plan social « Option 1996/2000 », soit le paiement des salaires de retraite anticipée et les prestations transitoires 1 et 2. Les employés concernés étaient informés d'une part de la possibilité d'obtenir une rente de retraite de manière anticipée et étaient d'autre part renvoyés à faire valoir leurs droits dans le cadre de la procédure de concordat ou de faillite.

Le 11 janvier 2001, C \_\_\_\_\_ a fait parvenir aux préretraités du groupe une seconde lettre circulaire, leur rappelant la nécessité de produire leur créance en temps opportun auprès du commissaire au sursis.

T \_\_\_\_\_ n'a pas soutenu ne pas avoir reçu ces courriers.

C'est le lieu de préciser que le commissaire au sursis a bloqué les fonds destinés par C \_\_\_\_\_ au financement des plans sociaux (dont il a été question supra) et qu'en définitive, le concordat par abandon d'actifs de C \_\_\_\_\_ a été homologué le 20 juin 2003.

C'est également le lieu de préciser qu'au printemps 2002, E \_\_\_\_\_ a été rachetée par le groupe anglais I \_\_\_\_\_ et a en conséquence quitté le groupe C \_\_\_\_\_. Au moment de la vente, les montants nécessaires au financement des préretraites ont été versées sur un compte « escrow »

- G. Le 18 novembre 2001, B \_\_\_\_\_ a informé T \_\_\_\_\_ qu'elle allait lui verser sa retraite de manière anticipée, l'invitant à choisir entre le versement d'une rente et celui d'un capital.

B \_\_\_\_\_ a en effet estimé que ses statuts et « certains arrêts du Tribunal fédéral » l'obligeaient, en raison de la procédure concordataire touchant C \_\_\_\_\_, à servir leur retraite de manière anticipée aux collaborateurs ne percevant plus les prestations de préretraite. Ces retraites, versées de manière anticipée, ont été calculées sur la base d'une durée complète de cotisations, mais sans tenir compte des intérêts à courir entre fin 2001 et la date de retraite réglementaire normale. Les montants versés faisaient ainsi l'objet d'un abattement par rapport aux montants de la retraite normale.

T \_\_\_\_\_ a choisi l'option de la rente, à laquelle vient s'ajouter le versement d'un capital de 20'000 fr.

Elle perçoit 36'432 fr. annuellement, soit 3'036 fr. mensuellement, à ce titre dès le 1er novembre 2001.

Sa rente mensuelle totale aurait représenté annuellement 46'413 fr. si elle l'avait perçue au 1<sup>er</sup> juillet 2003.

A fin octobre 2002, T\_\_\_\_\_ a obtenu du SECO (Secrétariat d'Etat à l'Economie) le paiement d'une prestation d'incitation destinée aux bénéficiaires des plans sociaux « Option 1996/2000 », d'un montant de 56'880 fr.. Le 29 novembre 2002, elle a réduit sa demande à due concurrence. De même, elle a réduit à due concurrence sa production dans le sursis concordataire de C\_\_\_\_\_ et a cédé à la Confédération sa créance à concurrence du montant reçu au SECO.

- H. T\_\_\_\_\_ a réclamé à E\_\_\_\_\_ l'ensemble des montants demeurés impayés aux termes du courrier du 31 août 1998, ainsi que le dommage de rente B\_\_\_\_\_ qu'elle subissait.

Elle a produit à due concurrence en mains du commissaire au sursis de C\_\_\_\_\_.

Il résulte de différents courriels échangés entre la direction de E\_\_\_\_\_ et le commissaire au sursis de C\_\_\_\_\_ que ce dernier considérait, au vu du libellé du courrier du 31 août 1998 et du plan social de E\_\_\_\_\_, cette société comme étant la seule débitrice des montants dus à titre de préretraite, à l'exclusion de C\_\_\_\_\_.

- I. Par demande déposée le 18 juin 2002 au greffe de la juridiction des prud'hommes à l'encontre de E\_\_\_\_\_, T\_\_\_\_\_ a sollicité la condamnation de E\_\_\_\_\_ à lui verser 15'404 fr. 80 avec intérêts à 5 % l'an dès le 28 février 2002 et 249'276 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> juillet 2002.

Ce montant se décomposait comme suit :

**Dommage passé :**

- Prestations mensuelles au 30 juin 2002, dont à déduire les montants reçus de B\_\_\_\_\_ : fr. 15'404.80

**Dommage futur :**

- Perte capitalisée des prestations périodiques du 1.07.02 /31.12.03 fr. 33'737.00
- Prestations périodiques du 1.01.04/30.06.04 fr. 3'048.00
- Perte capitalisée des prestations périodiques du 1.07.04/31.07.07 fr. 64'715.00
- Perte capitalisée sur rentes de vieillesse dès le 1.07.2004 fr. 147'776.00.

T\_\_\_\_\_ a fondé ses prétentions sur l'inexécution, par E\_\_\_\_\_, des engagements résultant du courrier du 31 août 1998.

E\_\_\_\_\_ s'est opposée à la demande en totalité. Elle a contesté sa légitimation passive et a soutenu que la débitrice du plan social applicable (« Option 1996/2000 » et non « E\_\_\_\_\_ 1998 ») était C\_\_\_\_\_ exclusivement. Elle a également fait valoir que plus aucun versement n'était dû à T\_\_\_\_\_, dès lors qu'elle percevait les prestations de B\_\_\_\_\_.

- J. Par jugement rendu le 18 octobre 2002 et communiqué aux parties par plis recommandés du 15 mai 2003 (sic), le Tribunal des prud'hommes, groupe 3, a condamné E\_\_\_\_\_ à verser à T\_\_\_\_\_ 57'554 fr. 20 avec intérêts à 5% l'an dès le 15 avril 2002, date moyenne, a invité la partie qui en a la charge à opérer les déductions usuelles légales, enfin a débouté les parties de toutes autres conclusions.

En substance, le Tribunal des prud'hommes a admis sa compétence *ratione materiae*, la demande étant fondée sur une relation de travail, ainsi que sa compétence *ratione loci*, Genève étant le lieu où T\_\_\_\_\_ accomplissait régulièrement son travail.

Il a admis la légitimation passive de E\_\_\_\_\_ en se fondant sur les éléments suivants: elle n'avait pas contesté être l'employeur de T\_\_\_\_\_; dans le courrier du 31 août 1998, établi à son en-tête, elle se référait expressément à l'entretien du 27 août qu'elle avait eu avec son employée; les termes utilisés étaient clairs, elle seule prenait l'engagement de verser les diverses prestations prévues; ce courrier était signé par deux personnes habilitées à la représenter; enfin, dans le courrier du 31 août 1998, aucune référence n'est faite à A\_\_\_\_\_ ou à C\_\_\_\_\_.

Était fondée la prétention de T\_\_\_\_\_ relative aux prestations de préretraite d'ores et déjà échues. E\_\_\_\_\_ s'étant engagée à verser mensuellement 4'961 fr. 60 du 1<sup>er</sup> janvier 1999 au 31 décembre 2003, les prestations échues au jour du jugement représentaient 57'554 fr. 60, soit 4'961 fr. 60 x 11 + 4'961 fr. 600 x 18/30). Les intérêts devaient être calculés à partir d'une date moyenne, soit le 15 avril 2002. T\_\_\_\_\_ ne pouvait réclamer les prestations du plan de préretraite non encore échues.

- K. Les deux parties appellent de cette décision, E\_\_\_\_\_ par voie d'appel principal et T\_\_\_\_\_ par voie d'appel incident.

E\_\_\_\_\_ conclut à la mise à néant du jugement attaqué, en tant qu'il la condamne à verser à T\_\_\_\_\_ 57'554 fr. 60 avec int. à 5% dès le 15 avril 2002, et à sa confirmation pour le surplus. Préparatoirement, elle sollicite la production des documents attestant du sort réservé à la créance de T\_\_\_\_\_ dans le cadre du concordat de C\_\_\_\_\_.

T\_\_\_\_\_ reprend, le jugement attaqué étant mis à néant, ses

conclusions de première instance. Subsidiairement, elle conclut à la condamnation de E \_\_\_\_\_ à lui verser les mensualités échues au jour du prononcé de l'arrêt à intervenir, avec intérêts à 5% l'an dès la date moyenne entre la cessation des paiements (1<sup>er</sup> novembre 2001) et la date dudit arrêt.

Chaque partie conclut au rejet de l'appel formé par sa partie adverse.

Les arguments développés devant la Cour seront repris ci-après dans la mesure utile.

- L. C'est le lieu de préciser que douze autres anciens employés de A \_\_\_\_\_ / C \_\_\_\_\_, dont le contrat de travail avait été repris par une des filiales du groupe, ont saisi la juridiction des prud'hommes de demandes similaires, dirigées contre trois filiales du groupe. Ces causes ont fait l'objet d'une instruction parallèle et partiellement conjointe. Après l'audience du 23 février 2004, la Cour a ordonné l'apport réciproque de l'ensemble de ces procédures.

### **EN DROIT**

1. Tant l'appel principal que l'appel incident ont été formés dans le délai et la forme prescrits par la loi. Ils sont, partant, recevables.

Les conclusions prises devant la Cour par T \_\_\_\_\_ n'excèdent pas ce qu'elle a déjà sollicité des premiers juges. Elle est au surplus recevable, devant la Cour, à adapter ses conclusions aux faits nouveaux intervenus depuis la clôture des débats devant le Tribunal, soit in casu à l'écoulement du temps qui a rendu exigibles les mensualités du plan de préretraite courant jusqu'au jour de l'arrêt à rendre en appel. La Cour peut dès lors entrer en matière sur l'ensemble des conclusions, principales et subsidiaires, qui lui sont soumises.

Le jugement entrepris, portant sur une valeur litigieuse de plus de 1'000 fr., a été rendu en premier ressort (art. 54 LJP). Il est en conséquence susceptible d'appel.

La cognition de la Cour est complète.

2. Les parties ne remettent pas en cause la compétence *ratione loci* et *ratione materiae* de la juridiction des prud'hommes.

La Cour examine toutefois d'office sa compétence *ratione materiae*.

Sont jugées par la juridiction des prud'hommes en particulier les contestations entre employeurs et salariés pour tout ce qui concerne leurs rapports découlant d'un contrat de travail, au sens du titre dixième du CO (art. 1 al.1 litt. a LJP). Les

mots « pour tout ce qui concerne » montrent que la compétence prud'homale ne se définit pas restrictivement. Il suffit que le litige se rapporte à l'interprétation ou l'exécution d'une disposition contractuelle ou légale régissant le contrat de travail et peu importe que, lors de l'ouverture de l'action, les parties ne soient plus liées par un contrat de travail (AUBERT, La compétence des tribunaux genevois de prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente, in SJ 1982 p. 192 et ss, 196).

In casu, l'existence d'un rapport de travail entre E\_\_\_\_\_ et T\_\_\_\_\_ n'est pas contestée. T\_\_\_\_\_ assoie ses conclusions sur la teneur du courrier de E\_\_\_\_\_, lui confirmant les conditions de sa préretraite, ainsi que sur ses annexes.

Le courrier du 31 août 1998 de E\_\_\_\_\_ concrétise un accord entre employeur et employé sur les modalités de la cessation des rapports de travail. Vu le fondement juridique invoqué, le litige soumis à la Cour concerne bien les rapports juridiques découlant du contrat de travail et les premiers juges ont avec raison admis leur compétence *ratione materiae*.

Ses conclusions, fondées sur ce courrier, constituent dès lors bien des prestations issues d'un rapport de travail au sens de l'art. 1 LJP.

Il n'est pour le surplus pas contesté que T\_\_\_\_\_ exerçait ses fonctions à Genève, ce qui fonde la compétence *ratione loci* de la juridiction de céans.

3. E\_\_\_\_\_ conteste sa légitimation passive, faisant en substance valoir que seule C\_\_\_\_\_ – laquelle les finance exclusivement – est débitrice des prestations prévues au plan social « option 1996/2000 ». T\_\_\_\_\_, pour sa part, s'appuie sur le texte clair du courrier du 31 août 1998.

A la légitimation active ou passive la personne qui est titulaire ou débitrice du droit matériel allégué. Cette notion correspond donc à l'aspect subjectif du droit déduit en justice. La légitimation active relève ainsi du droit de fond puisqu'elle a trait au fondement matériel de l'action, mais elle n'emporte pas encore décision sur l'existence de la prétention du demandeur, que ce soit quant au principe ou à la mesure dans laquelle il la fait valoir. L'absence de légitimation active ou passive conduit au rejet de la demande (ATF 114 II 346 consid. 3a ; ATF 107 II 85-85 consid. 2a ; SJ 1995 p. 214 ; POUDRET/SANDOZ/MONOZ, Commentaire de la LOJF n° 1.3.2.4 ad art. 43).

La question de la légitimation active et passive est examinée d'office (ATF 108 II 216 = JdT 1983 I 361 consid. 1).

- 3.1. En adoptant le plan social 1995, A\_\_\_\_\_ s'est lié par une convention collective de travail (cf. ATF du 5 janvier 1999, cause 4P.168/1998 p. 5), applicable, aux termes même de son libellé, à l'ensemble du personnel au sol lié

par le contrat-cadre, dont il n'est pas contesté que T\_\_\_\_\_ faisait partie.

Les améliorations apportées audit plan social 1995 par A\_\_\_\_\_ en avril 1996, avec l'accord des syndicats cocontractants, revêtent la même qualité.

Ultérieurement, le service au sol aux avions et aux passagers de A\_\_\_\_\_ dans lequel travaillait T\_\_\_\_\_ a été « filialisé », à savoir repris par la société E\_\_\_\_\_ nouvellement créée en août 1996.

Cette opération se qualifie comme un transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO.

- 3.2. 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 les obligations qui en découlent, au jour du transfert, à moins que le travailleur ne s'y oppose (art. 333 al. 1 CO). Si les rapports de travail transférés sont régis par une convention collective, l'acquéreur est tenu de la respecter pendant une année pour autant qu'elle ne prenne pas fin du fait de l'expiration de la durée convenue ou de sa dénonciation (art. 333 al. 1bis CO).

L'application de l'art. 333 CO, dans sa nouvelle teneur du 1er mai 1994, suppose que l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers. L'entreprise se définit comme un ensemble organisé de biens et de droits formant une unité économique. Le transfert de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci s'entend au sens large mais doit revêtir une forme juridique (vente, échange, donation, legs, apport à une société etc), un transfert économique, qui résulterait par exemple de la vente d'une majorité des actions d'une société anonyme, n'étant pas suffisant. Le transfert peut également porter sur une partie déterminée de l'entreprise. En résumé, il n'y a transfert au sens de l'art. 333 CO que si l'entreprise reste identique avant et après l'opération (ATF du 6.4.94 T. c/ L. et C. publié in SJ 1995 p. 791; ENGEL contrats de droit suisse, p. 327 et ss; TERCIER, La partie spéciale du droit des obligations, n° 2106 et ss; REHBINDER, Comm. Bernois, n° 2 ad art. 333 CO; STREIFF VON KAENEL, Arbeitsvertrag, n° 7 ad art. 333 CO; BRAND et alii., Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, n° 1, 10 et 12 ad art. 333 CO; TSCHUDI, Probleme bei der Abgangsentschädigung, in Wur 1980, p. 241; KNUS, Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis nach schweizerischem Recht, thèse Zürich 1978, p. 28 et ss).

Pour qu'il y ait transfert au sens de l'art. 333 al. 1 CO, il suffit que l'exploitation ou une partie de celle-ci soit effectivement poursuivie par le nouveau chef d'entreprise (ATF 123 III 466 consid. 3a p. 468). L'exploitation est considérée comme poursuivie en tout ou partie par l'acquéreur lorsqu'elle conserve son identité, c'est-à-dire son organisation et son but (STAHELIN, Comm. zurichois, n. 6 ad art. 333 CO; BRUNNER/BUEHLER/WAEBER, Comm. du contrat de travail, 2e éd., n. 1 ad art. 333 CO, p. 159; BRUEHWILER, Kommentar zum

Einzelarbeitsvertrag, 2e éd., n. 1 ad art. 333 CO, p. 281; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 2e éd., in Schweizerisches Privatrecht, vol. VII/1, III, p. 154, note 2; 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. 87ss, 110).

Contrairement à la solution prévalant sous l'ancien droit, en cas de transfert d'entreprise, les rapports de travail existant au moment du transfert passent automatiquement à l'acquéreur, même contre le gré de ce dernier (ATF 123 III 466 consid. 3b p. 468 et les références).

- 3.3. En l'espèce, E\_\_\_\_\_, après sa création en août 1996, a repris tant l'exploitation que le personnel du service au sol et aux passagers, soit une partie de l'entreprise A\_\_\_\_\_ ; elle est, partant liée, en application de l'art. 333 CO, par les conditions auxquelles sont soumis les contrats de travail des employés de ce service, dont elle est devenue l'employeur dès le 1<sup>er</sup> janvier 1997.

Les droits et obligations découlant en particulier des conventions collectives de travail conclues antérieurement par A\_\_\_\_\_ lui sont ainsi opposables, dans les limites de l'art. 333 al. 1bis CO. E\_\_\_\_\_ était ainsi tenue par le plan social 1995/1996 de A\_\_\_\_\_ durant une année, soit jusqu'au 31 décembre 1997. Ultérieurement, en adoptant en avril 1998 le plan social 1998, elle s'est elle-même liée par une convention collective de travail de teneur identique, s'agissant des conditions de préretraite, au plan social A\_\_\_\_\_ 1995.

Il en est de même des règlements faisant partie intégrante desdits contrats, en particulier celui, dont il sera question ci-dessous, relatif aux facilités de transport.

C'est dans ce contexte que l'accord portant sur la préretraite de T\_\_\_\_\_ a été conclu par les parties.

- 4.1. Pour déterminer l'objet et le contenu d'un contrat, il y a lieu de rechercher, tout d'abord, la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations éventuellement erronées utilisées par les parties (art. 18 al. 1 CO). Si une telle intention ne peut pas être établie et qu'un désaccord latent subsiste, il faut alors tenter de découvrir la volonté présumée des parties en interprétant leurs déclarations de volonté selon le principe de la confiance, à savoir d'après le sens qu'un destinataire pouvait et devait leur donner (ATF 121 III 123; ATF 115 II 269 consid. 5a; ATF 107 II 229 consid. 4). C'est alors le contenu objectif du contrat qu'il y a lieu de déterminer. Pour y parvenir, le juge peut notamment s'inspirer du texte même de l'accord, des circonstances ayant entouré sa conclusion, des circonstances antérieures ou postérieures à la conclusion, du but poursuivi par les parties et des usages (ATF 101 II 277 = JdT 1976 I 323; ATF 97 II 72 = JdT 1972 I 531; GAUCH, SCHLUEP, TERCIER, Partie générale du droit des obligations, n° 835 et ss).

Les clauses obscures ou ambiguës sont interprétées en défaveur de leur rédacteur (interprétation "contra stipulatorem"; ATF 87 II 234 = JdT 1962 I 206).

Lorsque le texte du contrat est clair, il n'y a en principe pas lieu d'en dénaturer le sens par la recherche d'une interprétation fondée sur des éléments extrinsèques, sauf si son contenu ne satisfait pas la logique de l'opération telle que, de bonne foi, les parties devaient la considérer (ATF 111 II 284 = JdT 1986 I 96, 101 II 329 ; 99 II 282 consid. I/1 ). Le Tribunal fédéral a toutefois récemment nuancé ce principe : ainsi, en présence d'un texte clair, on ne doit pas exclure d'emblée le recours à d'autres moyens d'interprétation (WIEGAND, Commentaire bâlois, 2e éd. 1996, n. 25 ad art. 18 CO; KRAMER, Commentaire bernois, 1986, n. 47 ad art. 18 CO; JÄGGI/GAUCH, Commentaire zurichois, 1980, n. 368 ad art. 18 CO). Le sens d'un texte, même clair, n'est par conséquent pas forcément déterminant et l'art. 18 al. 1 prohibe l'interprétation purement littérale (WIEGAND, op. cit., n. 37 ad art. 18 CO; JÄGGI/GAUCH, op. cit., n. 427 ss ad art. 18 CO. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît claire à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu (ATF 127 III 444 consid. 1b, SJ 2002 I p. 149, ATF in SJ 2002 I p. 574 consid. 2.2).

- 4.2. En l'espèce, par courrier du 31 août 1998, E\_\_\_\_\_ a informé T\_\_\_\_\_ des modalités de la retraite anticipée dont elle allait bénéficier dès le 1<sup>er</sup> janvier 1999. T\_\_\_\_\_ a admis en avoir accepté les termes.

Il s'agit là d'un accord contractuel portant sur la fin des rapports de travail, admissible au regard de l'art. 335 CO, aux termes duquel il est mis fin aux relations de travail avec T\_\_\_\_\_, dès le 1<sup>er</sup> janvier 1999, moyennant paiement de diverses prestations mensuelles jusqu'à l'âge de la retraite légale.

S'agissant du débiteur des prestations convenues, le texte du courrier de E\_\_\_\_\_ à T\_\_\_\_\_ du 31 août 1998 est dépourvu d'ambiguïté : il stipule en effet expressément que c'est E\_\_\_\_\_ qui versera à cette dernier les différentes prestations, liées à sa retraite anticipée, qui y sont énumérées.

Ce texte clair n'est pas démenti par d'autres conditions du contrat ou par les circonstances dans lesquelles il a été établi.

D'une part, ce courrier fait référence au plan social 1998, soit à première vue au plan social de E\_\_\_\_\_, signé par la Direction d'une part et le Comité d'entreprise d'autre part et qui constitue une convention collective qui engage manifestement E\_\_\_\_\_.

E\_\_\_\_\_ soutient que c'est non ce plan social, mais celui de C\_\_\_\_\_, option 1996/2000, qui s'applique au cas d'espèce.

Les prestations promises à T\_\_\_\_\_ correspondent certes à celles prévues non à l'art. 8 du plan social E\_\_\_\_\_ 1998, mais à celles du plan social amélioré par A\_\_\_\_\_ en 1996. Le texte même du courrier parle de « plan social 1998 amélioré », ce par quoi on ne pourrait comprendre un renvoi aux améliorations adoptées par A\_\_\_\_\_, pour l'ensemble du groupe, en 1996, puisque le plan social E\_\_\_\_\_ n'a fait l'objet d'aucune modification ou amélioration.

Cette circonstance est toutefois sans incidence sur la qualité de débitrice de E\_\_\_\_\_. En effet, quel que soit le plan social dans lequel les prestations promises trouvent leur fondement, E\_\_\_\_\_ s'est engagée à les fournir aux termes du courrier du 31 août 1998.

Il ne résulte pas davantage des circonstances qui ont entouré la conclusion de l'accord ou des modalités de son exécution que le texte susmentionné ne refléterait pas avec exactitude la réelle volonté des parties. Comme indiqué ci-dessus, la convention conclue se qualifie comme un accord entre employeur et employé sur les modalités de la fin du rapport de travail ; or, en cas de retraite anticipée, il est usuel que c'est l'employeur qui assume les prestations de préretraite prévues ; in casu, les fiches de paie reçues par T\_\_\_\_\_ après le 1<sup>er</sup> janvier 1999 ont bien été libellées au nom de E\_\_\_\_\_. Peu importe, à cet égard, que les montants versés jusqu'à fin octobre 2001, en exécution de l'accord conclu, aient en réalité été opérés par C\_\_\_\_\_, au moyen de fonds spécialement prévus par cette dernière à cet effet. D'une part, l'exécution par un tiers d'une obligation contractuelle est licite ; d'autre part, il a été confirmé lors des enquêtes que, d'une manière générale, c'est C\_\_\_\_\_ qui tenait la comptabilité des filiales et qui s'occupait du versement des salaires des employés au sol « filialisés », les différentes filiales étant identifiées dans sa propre comptabilité par un code chiffré (décl. N\_\_\_\_\_).

E\_\_\_\_\_ ne saurait tirer davantage argument du fait que T\_\_\_\_\_ a produit sa créance dans le sursis concordataire de C\_\_\_\_\_. D'une part en effet, à l'instar de autres préretraités du groupe, T\_\_\_\_\_ a été formellement invitée à produire dans ledit sursis par courrier du 1<sup>er</sup> novembre 2001 ; autre part, au vu de la contestation, par E\_\_\_\_\_, de sa qualité de débitrice et face à l'incertitude juridique qui en découlait, on ne peut reprocher à T\_\_\_\_\_ d'avoir voulu sauvegarder ses droits en produisant sa créance dans le sursis concordataire C\_\_\_\_\_ (débitrice alléguée par E\_\_\_\_\_). Enfin, il n'est pas exclu que C\_\_\_\_\_ supporte une responsabilité solidaire, s'agissant des prestations promises à T\_\_\_\_\_, question qui n'est toutefois pas soumise à la Cour.

Au vu de ce qui précède, les premiers juges ont avec raison admis la légitimation passive de E\_\_\_\_\_.

5. E\_\_\_\_\_ soutient encore que plus aucune prestation n'est due, dans la mesure où T\_\_\_\_\_ a perçu de manière anticipée une rente et une partie de son capital-retraite de B\_\_\_\_\_. A ses yeux, le plan de préretraite prévu était destiné à assurer le niveau de vie des employés antérieur à la résiliation des rapports de travail jusqu'au versement de la rente LPP.

La Cour ne saurait suivre cet avis.

- 5.1. Il résulte en effet clairement du texte du courrier du 31 août 1998 que les prestations de préretraite devaient être versées à T\_\_\_\_\_ non jusqu'au moment où elle percevrait les prestations de B\_\_\_\_\_, mais jusqu'à l'âge normal de la retraite. En effet, selon ce courrier, le versement anticipé de la rente LPP intervient le 1<sup>er</sup> juillet 2004, soit de manière anticipée de treize mois par rapport au début de la rente LPP réglementaire, alors que T\_\_\_\_\_ n'atteint l'âge de la retraite normale que le 1<sup>er</sup> août 2007. Or, durant cette période, T\_\_\_\_\_ peut prétendre au « versement transitoire » ou « pont AVS » prévu au chiffre 2.3 de ce courrier.

Ces modalités sont conformes à ce qui est prévu à l'art. 8.3 litt. b) chiffre 2 du plan social de E\_\_\_\_\_ 1998 ; cette disposition prévoit en effet, ce qui résulte également des schémas d'application annexés audit plan social, qu'un « versement transitoire 2 », correspondant au montant d'une rente AVS simple, est dû à l'employé dès qu'il perçoit, de manière anticipée, les prestations de B\_\_\_\_\_ et jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge normal de la retraite. Il en est d'ailleurs de même si l'on se réfère au même article du plan social de A\_\_\_\_\_ option 1995, applicable à l'ensemble des employés au sol du groupe.

- 5.2. E\_\_\_\_\_ ne saurait en outre être suivie, lorsqu'elle prétend que le mécanisme du plan social exclut toute prestation de sa part, lorsque l'employé perçoit d'un tiers une prestation équivalente ou supérieure aux prestations prévues, dès lors que celle-ci assure à l'employé son niveau de vie antérieur. On cherche en vain l'expression explicite ou implicite d'une telle règle tant dans le plan social E\_\_\_\_\_ 1998 que dans le plan social de C\_\_\_\_\_ option 1996/2000. E\_\_\_\_\_ ne saurait enfin s'appuyer sur le texte du courrier adressé à toutes les préretraitées du groupe en novembre 2000, aux termes duquel C\_\_\_\_\_ les informe que le plan de préretraite est prolongé pour tenir compte de l'augmentation de l'âge de la retraite des femmes et qu'il sera tenu compte de toute prestation versée par l'AI ou une autre assurance. Tout au plus, le chiffre 5.1 de ce courrier réserve, pour ce dernier, la possibilité de « réduire » la prestation promise, dans des circonstances non réalisées en l'espèce.

Les engagements résultant du courrier de E\_\_\_\_\_ du 31 août 1998, et fondés sur le plan social E\_\_\_\_\_ 1998 et/ou A\_\_\_\_\_ 1996, ne sont dès lors pas caducs du simple fait que T\_\_\_\_\_ a perçu de manière anticipée une rente et une partie de son capital-retraite de B\_\_\_\_\_.

- 5.3. C'est le lieu de préciser que la dette de E\_\_\_\_\_ n'est amoindrie ni par la production de la créance de T\_\_\_\_\_ dans le concordat de C\_\_\_\_\_, ni par son admission à l'état de collocation. Seul un paiement dans le cadre de celui-ci, libérerait E\_\_\_\_\_ à due concurrence. Or, il n'est pas allégué qu'un tel versement serait intervenu à ce jour. Partant, point n'est besoin de donner suite aux conclusions préparatoires de E\_\_\_\_\_, tendant à l'apport de pièces.
6. Il résulte de ce qui précède que E\_\_\_\_\_ est en demeure de verser à T\_\_\_\_\_ les prestations prévues, impayées et échues jusqu'à la date du présent arrêt.

Celles-ci représentent :

- fr. 4'961.60 par mois du 01.11.01 au 31.12.03 (26X), soit fr. 129'001.60 ;
- fr. 3'544.- par mois du 01.01.04 au 30.06.04 (6X) soit fr. 21'264.- ;
- fr. 1'990.- par mois du 01.07.2004 au 31.08.2004 (2X), soit fr. 3'980.- ;

pour un total de fr. 154'245.60, étant rappelé que, s'agissant d'un substitut de salaire, les mensualités sont échues à la fin du mois courant.

Ce montant porte intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> avril 2003, date moyenne.

Ces sommes s'entendent net, les cotisations AVS y relatives devant, aux termes du courrier du 31 août 1998, être supportées par T\_\_\_\_\_.

7. T\_\_\_\_\_ réclame également la condamnation de E\_\_\_\_\_ à lui verser, à titre de dommages-intérêts, le montant capitalisé des prestations mensuelles à échoir dès la date du présent arrêt jusqu'au 1<sup>er</sup> août 2007.
- 7.1. Sous la note marginale « Inexécution », l'art. 97 al. 1 CO prévoit que lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. L'al. 2 du même article renvoie à la LP, s'agissant de la procédure d'exécution.

Cette disposition, qui figure en tête du chapitre consacré à l'inexécution des obligations, est le fondement de l'exécution par équivalent, à savoir sous la forme de dommages-intérêts. Elle constitue d'une part le fondement de l'indemnité que peut réclamer le créancier qui « ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement » par la faute de son débiteur, cette faute étant d'ailleurs présumée. Elle constitue dès lors la base légale d'une prétention à des dommages-intérêts, à l'instar des art. 98 al. 1 et 22, 101 al. 1, 103 al. 1, 107 al. 2 et 109 al. 2 CO, dont elle doit toutefois être distinguée. Cette disposition a par ailleurs une portée générale, en tant qu'elle énonce les conditions générales de la responsabilité contractuelle et constitue dès lors une base légale subsidiaire en

matière de responsabilité (THEVENOZ, in WERRO/THEVENOZ, Commentaire romand, no 1/3 ad art. 97 CO).

L'allocation de dommages-intérêts au sens de l'art. 97 al. 1 CO présuppose une impossibilité d'exécution objective subséquente, définitive ou à tout le moins durable, imputable au débiteur. Une telle impossibilité transforme ex jure la créance promise (qui est alors éteinte) en créance de dommages-intérêts, au contraire de la demeure (art. 102/109 CO), qui aggrave la position du débiteur en laissant subsister l'obligation en souffrance (THEVENOZ, ibidem, no 5/7 ad art. 97 CO). Est assimilée à une telle impossibilité d'exécution l'exécution imparfaite et la violation positive du contrat.

L'exécution d'une dette d'argent, comme celle d'une dette de genre, n'est jamais impossible (THEVENOZ, ibidem, no 17 ad art. 97 CO et réf. citées).

- 7.2. La demeure du débiteur, au sens des art. 102 et sv CO n'entraîne pas ipso jure la transformation de la créance promise en dommages-intérêts. Dès que la créance est devenue exigible, en raison d'un terme fixe ou d'une interpellation du créancier, le créancier peut ouvrir action en exécution et/ou utiliser les voies de l'exécution forcée ; la demeure ne suspend aucune de ces possibilités, sauf lorsque le créancier, en application des art. 107 à 109 CO, a choisi de renoncer à la prestation ou de résoudre le contrat (THEVENOZ, ibidem, no 2 ad art. 102 CO).

Ainsi, la demeure non imputable à la faute au débiteur fait courir l'intérêt moratoire et, dans les contrats synallagmatiques parfaits, donne au créancier le droit formateur de renoncer à l'exécution du contrat, ou de le résoudre. La demeure imputable au débiteur oblige en outre ce dernier à indemniser le créancier de tout le dommage causé par l'inexécution tardive ; dans les contrats bilatéraux, elle permet au créancier d'exiger l'indemnisation de son intérêt positif à la prétention à laquelle il renonce (art. 107 al. 2 1<sup>ère</sup> voie) ou, s'il choisit de résoudre le contrat (art. 107 al. 2 2<sup>ème</sup> voie), d'obtenir des dommages-intérêts négatifs (THEVENOZ, ibidem, no 3 et 4 ad art. 102 CO).

La réglementation des art. 102 à 109 CO est de nature essentiellement dispositive : les parties peuvent ainsi convenir de modifier les conditions de la demeure, en aggravant ou en allégeant ses conséquences : elles peuvent ainsi renoncer à l'interpellation, stipuler que la demeure n'interviendra non pas dès réception de l'interpellation, mais après un certain délai, ou encore prévoir que le retard d'une mensualité ou des intérêts conventionnels rend tout le capital dû immédiatement exigible. La preuve de l'existence de telles conventions divergentes incombe au créancier (THEVENOZ, ibidem, no 8/9 ad art. 102 CO).

La demeure en matière de contrats bilatéraux est enfin spécialement régie aux art. 107 à 109 CO. L'interprétation de ces dispositions, selon la doctrine dominante, implique qu'elles ne concernent que les contrats synallagmatiques parfaits ; certains auteurs, se fondant sur une interprétation téléologique, admettent qu'elles

s'appliquent également à certains échanges non synallagmatiques, lorsque le créancier a un intérêt digne de protection à pouvoir renoncer à l'exécution et lui préférer une indemnité équivalente (THEVENOZ, ibidem no 9/10 ad. art. 107 CO)

D'une manière générale, la demeure du débiteur suppose une obligation exigible (fällig) (THEVENOZ, ibidem, no 11 ad art. 102 CO)

- 7.3. En l'espèce, la convention des parties se caractérise comme un accord portant sur la fin des rapports de travail.

Aux termes de celle-ci, T\_\_\_\_\_ accepte la cessation du rapport de travail au 1<sup>er</sup> janvier 1999 ; elle accepte, de même, un versement anticipé de ses futures rentes de retraite d'une année, moyennant un abattement de 2%, si l'on se réfère au tableau figurant au ch. 8.3.2 des plans sociaux E\_\_\_\_\_ 1998 et A\_\_\_\_\_ 1995. De son côté, E\_\_\_\_\_ s'engage au versement de diverses prestations mensuelles, qu'elle se réserve le droit de réduire si l'employée exerce une activité professionnelle à plein temps, lui rapportant un revenu, qui cumulé avec celles-ci, dépasse le 100% de son dernier salaire.

La dette d'argent de E\_\_\_\_\_ n'est devenue ni objectivement, ni subjectivement impossible, ce qui exclut la possibilité, pour T\_\_\_\_\_, de demander des dommages intérêts en raison de son inexécution au sens de l'art. 97 al. 1 CO.

Par ailleurs, cette convention revêt un caractère bilatéral, mais non synallagmatique, puisque les prestations réciproques des parties ne doivent pas être exécutées « trait pour trait ». Ainsi, comme le retient la doctrine dominante, les art. 107 à 109 CO sont inapplicables en l'espèce, ce qui exclut également la possibilité, pour T\_\_\_\_\_, de renoncer à l'exécution des prestations auxquelles elle peut prétendre et de réclamer des dommages-intérêts en lieu et place, ou encore de résoudre le contrat.

Enfin, la convention de parties ne comporte pas de clause d'exigibilité, au sens de laquelle la totalité des prestations mensuelles dues deviendrait exigible, en cas de non paiement d'une ou plusieurs mensualités successives.

Il résulte de ce qui précède que T\_\_\_\_\_ n'est en droit de réclamer à E\_\_\_\_\_ ni le paiement des mensualités non échues à ce jour avant leur échéance respective, ni le montant capitalisé de celles-ci à titre de dommages-intérêts.

Les premiers juges ont ainsi rejeté avec raison les conclusions tendant à la condamnation de E\_\_\_\_\_ de ce chef.

7.4. La Cour peut toutefois constater l'obligation de E\_\_\_\_\_ de verser à T\_\_\_\_\_ les prestations mensuelles non encore échues, à la date de leur échéance respective.

D'une part, ce faisant elle ne statue pas ultra petita, puisque la constatation va moins loin que la condamnation à laquelle l'employée a conclu.

L'action en constatation est d'autre part recevable in casu.

En effet, l'action en constatation présuppose que la partie demanderesse a un intérêt à la constatation immédiate du droit invoqué ; elle est subsidiaire à l'action en exécution et, lorsque cette dernière est ouverte, l'intérêt immédiat à l'action en constatation n'existe plus, dès lors que la constatation du droit, prémisses nécessaires, est incluse dans l'action en exécution (ATF 97 II 375 = JdT 1973 I 59). Toutefois, l'action en constatation demeure recevable, même lorsque la partie demanderesse dispose de l'action en exécution, lorsque cette constatation permet d'éviter des nouveaux procès en condamnation pour des prestations périodiques ultérieures (ATF 123 II 49 consid. 1a, 122 III 279 consid. 3a, 84 II 685 consid.2).

Tel est le cas en l'espèce. T\_\_\_\_\_ dispose certes de l'action en exécution, qu'elle fait d'ailleurs valoir, s'agissant des prestations mensuelles échues. Toutefois, cette action n'est pas recevable, s'agissant des prestations futures, et elle dispose d'un intérêt juridique à faire constater l'obligation de E\_\_\_\_\_ de lui verser les mensualités non encore échues.

Les prestations non échues représentent quant à elles 1'990 fr. par mois du 1<sup>er</sup> septembre 2004 au 31 juillet 2007, ceci 12 fois l'an, compte tenu de l'augmentation de l'âge légal de la retraite des femmes.

A juste titre, T\_\_\_\_\_ ne soutient pas que le montant de 1'990 fr. prévu au courrier du 31 août 1998, doit être adapté à l'évolution de la rente AVS maximale simple.

Le plan social A\_\_\_\_\_ 1995 se contente en effet de prévoir que le « versement transitoire 2 » correspond à la « rente AVS maximale simple » sans autre précision. Les modifications apportées par A\_\_\_\_\_ en avril 1996 (option 1996 dite « améliorée »), précisent que le montant de ladite rente est fixé « lors du départ et n'est plus modifiable par la suite ». Le plan social E\_\_\_\_\_ 1998 reprend quant à lui la formulation du plan social A\_\_\_\_\_ 1995, sans autre précision ou modification.

Comme indiqué ci-dessus, les dispositions des plans sociaux A\_\_\_\_\_ 1995/1996 sont opposables à E\_\_\_\_\_ dans les limites de l'art. 333 al. 1bis CO. En outre, il doit être retenu que la règle figurant aux modifications adoptées en avril 1996, selon laquelle le « versement transitoire 2 » est fixé au moment du départ et n'est plus modifiable par la suite, s'impose comme règle d'interprétation

pour déterminer la signification exacte de l'art. 8.3.2 b) 2. du plan social E\_\_\_\_\_ 1998, adopté ultérieurement, même si ce dernier ne reprend pas cette formulation.

D'autres employés de E\_\_\_\_\_ ont fait valoir, sur le sujet, que certains employés de C\_\_\_\_\_ auraient bénéficié d'une telle adaptation, sans toutefois étayer cette affirmation. La pièce produite par un autre employé dans le cadre d'une procédure connexe, dont l'apport a été ordonné (cause C/7761/01) est à cet égard insuffisante pour retenir que ladite adaptation est intervenue dans le cadre de l'application du plan social applicable et qu'elle serait la règle pour tous les employés en bénéficiant.

Ces sommes s'entendent net, les cotisations AVS y relatives devant, aux termes du courrier du 31 août 1998, être supportées par T\_\_\_\_\_.

Les parties n'ont pas fait état des primes d'assurance déduites par E\_\_\_\_\_ desdites prestations. La Cour constate dès lors qu'il incombera à T\_\_\_\_\_ de pourvoir à leur versement.

8. T\_\_\_\_\_ admet l'imputation, sur les rentes échues et à échoir, de la somme de 56'880 fr. perçue à fin octobre 2002 du SECO.

T\_\_\_\_\_ admet avoir reçu ce montant du SECO à fin octobre 2002. La date à laquelle elle a réduit sa production dans le sursis concordataire et celle à laquelle elle a cédé ses droits à la Confédération ne résulte pas du dossier. L'imputation sur les créances qu'elle fait valoir dans la présente procédure, admise dans son principe, doit dès lors se faire valeur au 31 octobre 2002, date de son versement.

9. E\_\_\_\_\_ réclame l'imputation, sur les montants à verser, des prestations reçues par T\_\_\_\_\_ de la part de B\_\_\_\_\_.

A titre liminaire, la Cour, qui applique le droit d'office, n'est pas liée par le fait que T\_\_\_\_\_ tient compte de la rente qu'elle reçoit de manière anticipée de B\_\_\_\_\_ dans le calcul du dommage qu'elle réclame, en relation avec les prestations non payées, échues et à échoir.

Pour le surplus, E\_\_\_\_\_ ne saurait être suivie.

D'une part, B\_\_\_\_\_ n'est pas venue se substituer à E\_\_\_\_\_ dans le versement des prestations que cette dernière s'est engagée à servir, mais a versé à T\_\_\_\_\_ des prestations en vertu d'une obligation différente, qui lui est propre. Elle n'est pas davantage liée à E\_\_\_\_\_ par un rapport de solidarité passive. Son versement ne vient ainsi pas éteindre, à due concurrence, la dette de E\_\_\_\_\_.

D'autre part, les plan sociaux E\_\_\_\_\_ 1999 et C\_\_\_\_\_ 1995 ou « Option 1996/2000 » ne prévoient pas l'imputation sur les prestations dues en vertu de ceux-ci des montants versés par une assurance, en particulier par B\_\_\_\_\_. Au contraire, dès que l'employé atteint l'âge avancé de la retraite, respectivement l'âge réglementaire de la retraite, le « pont AVS » vient se cumuler à celles-ci. Il en est de même aux termes du courrier du 31 août 1998, puisque dès le 1<sup>er</sup> juillet 2004, le « Pont AVS » de 1'990 fr. promis par E\_\_\_\_\_ vient se cumuler aux prestations en question.

Le chiffre 5.1. de ce courrier, quant à lui, réserve seulement la possibilité, pour E\_\_\_\_\_, de réduire la rente au cas où l'employé préretraité continuerait d'exercer une activité lucrative à plein temps lui rapportant un salaire qui, cumulé avec les prestations du plan social, représenterait plus au 100% de son dernier salaire (chiffre 5.1), circonstance non réalisée en l'espèce.

Enfin, ainsi qu'il a été vu ci-dessus, les termes de la circulaire de C\_\_\_\_\_ adressée à toutes le préretraitées du groupe en novembre 2000 n'est pas opposable à T\_\_\_\_\_, en tant qu'elle prévoit l'imputation de montants versés par des assurances. En effet, elle constitue une modification unilatérale des conditions auxquelles les prestations promises sont soumises, à laquelle T\_\_\_\_\_ n'a pas consenti.

Enfin, les rentes versées par B\_\_\_\_\_ de manière anticipée s'imputent non pas sur la dette de E\_\_\_\_\_, mais sur le dommage de rente que T\_\_\_\_\_ fait valoir et dont il sera question ci-dessous.

10. T\_\_\_\_\_ réclame enfin une indemnité correspondante au montant capitalisé de la perte qu'elle subit sur sa rente B\_\_\_\_\_, en raison du versement anticipé de celle-ci.
- 10.1. La demeure imputable au débiteur oblige celui-ci à indemniser le créancier de tout le dommage supplémentaire à l'intérêt moratoire causé par l'exécution tardive (art. 103 et 106 CO).

En l'espèce, la demeure est bien imputable à E\_\_\_\_\_, ni la procédure concordataire à laquelle sa maison mère C\_\_\_\_\_ été soumise et le blocage, par le Commissaire au sursis, des fonds mis à disposition par C\_\_\_\_\_ pour assurer le financement des préretraites des employés au sol du groupe, ni le fait qu'une partie du prix de vente versé par I\_\_\_\_\_ sur un compte « escrow » ne constituant des faits propres à l'exempter de toute faute.

Elle est ainsi tenue de dédommager T\_\_\_\_\_ de tout dommage en rapport de causalité adéquate avec le fait qu'elle a cessé, en automne 2001, de verser à celle-ci les prestations de préretraite convenues.

10.2. T\_\_\_\_\_ a perçu de manière anticipée les rentes de B\_\_\_\_\_. Cette anticipation a entraîné une diminution à vie des rentes de retraite, puisque celles-ci représentent 36'432 fr. annuellement, alors qu'elles se seraient élevées à 46'744 fr. annuellement si elle les avait perçues à 62 ans, soit dès le 1<sup>er</sup> juillet 2005 seulement, comme prévu.

Il en résulte une diminution de la rente de 10'312 fr. annuellement, que T\_\_\_\_\_ subira sa vie durant.

T\_\_\_\_\_ arrête à 147'776 fr. le dommage subi de ce chef, sur la base de la table STAUFFER/WEBER 4y (femme de 59 ans, facteur de capitalisation 16.27), et compte tenu du capital retraite reçu de 20'000 fr., calcul qui n'est pas spécifiquement contesté par E\_\_\_\_\_.

Toutefois, ce dommage n'est pas en relation de causalité adéquate avec la demeure de E\_\_\_\_\_, puisqu'il résulte d'une décision de B\_\_\_\_\_, que celle-ci a prise non en raison de la demeure de E\_\_\_\_\_, mais de la procédure concordataire dont C\_\_\_\_\_ faisait l'objet.

A cela s'ajoute que du dommage de rente allégué doivent être déduites les rentes perçues et à percevoir par T\_\_\_\_\_ de B\_\_\_\_\_ pour la période du 1<sup>er</sup> novembre 1999 au 30 juin 2004, et qui représentent 136'620 fr. (3'036 fr. durant 44 mois). En effet, T\_\_\_\_\_ n'aurait pas perçu celles-ci, si le versement de la rente n'avait pas été anticipé.

Il en résulte que T\_\_\_\_\_ ne peut prétendre à aucune indemnisation de ce chef de la part de E\_\_\_\_\_.

11. Les appel et appel incident portaient respectivement sur une valeur litigieuse de fr. 57'554.60 et fr. 212'085.50.

L'appel incident de T\_\_\_\_\_ est très largement fondé, alors que l'appel de E\_\_\_\_\_ ne l'est pas. Partant, l'émolument d'appel de fr. 800.- d'ores et déjà versé par E\_\_\_\_\_ restera acquis à l'Etat de Genève. Il se justifie par ailleurs de condamner E\_\_\_\_\_ à payer à l'Etat de Genève l'émolument d'appel incident, lequel se monte à fr. 2'000.-.

Il ne sera pas alloué de dépens, aucune des parties n'ayant plaidé de manière téméraire.

**PAR CES MOTIFS**

La Cour d'appel des Prud'hommes, groupe 3

A la forme :

- Déclare recevables l'appel principal interjeté par E\_\_\_\_\_SA et l'appel incident interjeté par T\_\_\_\_\_ contre le jugement rendu le 18 octobre 2002 par le Tribunal des Prud'hommes, groupe 3, dans la cause C/12948/2002-3;

Au fond :

- Annule le jugement entrepris;

Statuant à nouveau :

- Admet la légitimation passive de E\_\_\_\_\_SA;
- Condamne E\_\_\_\_\_SA à verser à T\_\_\_\_\_, à titre de mensualités échues au 31 août 2004, fr. 154'245.60 net (cent cinquante-quatre mille deux cent quarante-cinq francs et soixante centimes), avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> avril 2003, date moyenne, sous imputation de la somme de fr. 56'880.- (cinquante-six mille huit cent quatre-vingts francs), reçue du SECO, valeur le 31 octobre 2002;
- Dit que E\_\_\_\_\_SA est débitrice, envers T\_\_\_\_\_, des prestations non encore échues aux termes du courrier du 31 août 1998, à savoir de la somme de fr. 1'990.- net (mille neuf cent nonante francs) du 1<sup>er</sup> septembre 2004 au 31 juillet 2007, cette somme s'entendant net, ceci douze fois l'an;
- La condamne en tant que de besoin à verser à T\_\_\_\_\_ lesdites mensualités à la date de leur échéance respective.
- Dit et rappelle que le paiement des cotisations AVS sur les susdits montants incombe à T\_\_\_\_\_;
- Dit que l'émolument d'appel de fr. 800.- (huit cents francs) versé par E\_\_\_\_\_SA est acquis à l'État de Genève;
- Condamne E\_\_\_\_\_SA à payer à l'Etat de Genève, auprès des Services financiers du Pouvoir judiciaire, la somme de fr. 2'000.- (deux mille francs), à titre d'émolument d'appel complémentaire.

- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente