



Madame T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Peter PIRKL  
Rue de Rive 6  
1204 Genève

E \_\_\_\_\_ SA  
**Dom. élu** : Me Horace Gautier  
Rue Charles-Bonnet 2  
Case postale 189  
1211 Genève 12

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 9 février 2007

M. Pierre-Yves DEMEULE, président

Mme Suzanne BORGSTEDT-VOGT et M. Jean RIVOLLET, juges employeurs

MM. Victor TODESCHI et Mohammad-Ali DAFTARY, juges salariés

M. Raphaël KLEMM, greffier d'audience

**EN FAIT**

A. a. A\_\_\_\_\_SA (ci-après A\_\_\_\_\_) a été inscrite en 1931 au Registre du Commerce de Zürich. Son but était notamment d'exploiter des services aériens en Suisse et à l'étranger. Cette société, qui avait une succursale à Genève dès 1949, s'est transformée à partir du 22 mai 1997 en B\_\_\_\_\_SA (ci-après B\_\_\_\_\_) avec comme nouveau but social : "Acquisition, administration et vente de participations, principalement du groupe C\_\_\_\_\_SA" ; cette dernière société a été inscrite au Registre du Commerce de Zürich le 17 décembre 1997. La transformation de la raison sociale et du but a été inscrite pour la succursale de Genève dès le 17 septembre 1997 au Registre du Commerce de Genève.

B\_\_\_\_\_ a obtenu un sursis concordataire provisoire en octobre 2001 et définitif en décembre 2001, et le concordat par abandon d'actifs a été homologué en juin 2003.

b. Une nouvelle société A\_\_\_\_\_SA (ci-après Nouvelle A\_\_\_\_\_) a été inscrite au Registre du Commerce de Zürich le 23 mai 1997 avec un but semblable à celui de l'ancienne A\_\_\_\_\_. Cette société n'a pas de succursale à Genève.

Nouvelle A\_\_\_\_\_ a obtenu un sursis concordataire provisoire en octobre 2001 et définitif en décembre 2001, et le concordat par abandon d'actifs a été homologué en mai 2003.

c. B\_\_\_\_\_, qui est donc devenue une holding, détenait C\_\_\_\_\_SA, qui elle-même avait notamment comme filiales Nouvelle A\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, qui effectuaient des activités aériennes du groupe.

D\_\_\_\_\_ s'est transformée en E\_\_\_\_\_SA (ci-après E\_\_\_\_\_) depuis le 13 mai 2002.

B. En 1995/1996 A\_\_\_\_\_ a élaboré un plan social pour départs à la retraite anticipée de ses employés sous le titre "Option 96". Selon la version d'avril 1996, ce plan prévoyait un départ de l'employé entre le 1<sup>er</sup> mars 1996 et le 31 mars 1997, voire

jusqu'au 31 décembre 1997, et décrivait notamment les modèles des prestations de rentes (cf. art. 3.3) dans le cadre d'une préretraite.

- C. Dans une lettre du 19 août 1996 adressée à son employée T\_\_\_\_\_, A\_\_\_\_\_ a confirmé le départ de celle-ci à la retraite anticipée pour raisons économiques selon le plan "Option 96" pour le 31 décembre 1996.

Selon ce plan, T\_\_\_\_\_ devait recevoir :

- une prestation de base représentant 70% de son dernier salaire, c'est-à-dire fr. 3'146.30, versé douze fois l'an du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au 31 décembre 2001;
- un versement transitoire 1 correspondant à fr. 2'247.30 du 1<sup>er</sup> janvier au 30 juin 2002;
- un versement transitoire 2 (ou "pont AVS") représentant un paiement mensuel de fr. 1'420.35 payable du 1<sup>er</sup> juillet 2002 au 31 décembre 2003.

En outre, A\_\_\_\_\_ s'engageait à prendre en charge, du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au 30 juin 2002, l'intégralité des primes sur le dernier salaire assuré de la caisse générale de pension et de l'assurance des cadres.

- D. A la suite des graves difficultés financières rencontrées par le groupe A\_\_\_\_\_, A\_\_\_\_\_ Group et différentes entités, notamment A\_\_\_\_\_ SA et Nouvelle A\_\_\_\_\_ se sont trouvées en octobre 2001 en situation de sursis concordataire provisoire.

Le 1<sup>er</sup> novembre 2001, A\_\_\_\_\_ Group a fait parvenir à T\_\_\_\_\_ un courrier l'avisant de la cessation des versements prévus par le contrat à durée déterminée "Option 96". Le 2 novembre 2001 la caisse générale de prévoyance / assurance des cadres de B\_\_\_\_\_ proposa aux préretraités ayant souscrit le plan "Option 96" un versement anticipé unique de l'avoir de prévoyance.

- E. Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 13 novembre 2001 dirigée contre B\_\_\_\_\_, succursale de Genève, et D\_\_\_\_\_ SA, T\_\_\_\_\_ a conclu principalement à ce qu'il soit dit que ses créances constituaient

des créances salariales dont les défenderesses étaient tenues solidairement. Elle demandait en conséquence à ce que B\_\_\_\_\_, succursale de Genève, et D\_\_\_\_\_ SA soient condamnées à lui payer :

- les indemnités qui lui étaient dues et qui étaient échues depuis le mois d'octobre 2001;
- les cotisations LPP échues;
- fr. 20'000.- à titre de facilités de transport.

Ultérieurement elle fut amenée à préciser ses conclusions, et conclut au versement de fr. 96'285.40 à titre d'indemnité salariale et de fr. 20'000.- à titre de facilités de transport.

B\_\_\_\_\_ conclut au déboutement de T\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions, et D\_\_\_\_\_ SA conclut à ce que la demande soit déclarée irrecevable en raison de l'absence de compétence ratione loci du Tribunal et, au fond, au déboutement de T\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions.

F. Après instruction de la cause, le Tribunal rendit son jugement le 26 août 2002, décision notifiée le 14 avril 2003 :

- il rectifia la désignation de D\_\_\_\_\_ SA en E\_\_\_\_\_ SA;
- il déclara irrecevable la demande de T\_\_\_\_\_ en tant qu'elle visait la qualification de ses créances et la condamnation des défenderesses à acquitter les cotisations LPP échues ;
- il rejeta les conclusions de T\_\_\_\_\_ en tant qu'elles visaient E\_\_\_\_\_ SA, faute de légitimation passive ;
- il condamna B\_\_\_\_\_ à payer à T\_\_\_\_\_ la somme de fr. 16'135.70 plus intérêts à 5% l'an dès 15 avril 2002 ;
- il débouta les parties de toutes autres conclusions.

G. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 16 mai 2003, dirigé contre B\_\_\_\_\_, succursale de Genève, et E\_\_\_\_\_ SA, T\_\_\_\_\_ interjette appel contre cette décision. Elle estime que c'est à tort que le Tribunal a considéré que

E\_\_\_\_\_SA n'avait pas la légitimation passive, et qu'il ne lui a pas reconnu le droit aux prestations dues jusqu'à l'échéance de son contrat.

Elle conclut à ce qu'il soit dit que ses créances constituent des créances salariales dont B\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ SA sont tenues solidairement, et que ces créances sont dues jusqu'à l'échéance du contrat du 19 août 1996.

Elle conclut en conséquence à ce que B\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_SA, pris conjointement et solidairement, soient condamnés :

- à lui payer la somme de fr. 19'282.- correspondant aux indemnités échues depuis le mois de décembre 2001 jusqu'au 26 août 2002 ;
- à lui payer la somme de fr. 33'412.40, correspondant aux sommes échues depuis le 26 août 2002 et à échoir jusqu'à la fin du contrat du 19 août 1996;
- à lui payer la somme de fr. 20'000.- à titre de dommages consécutifs à la suppression des facilités de transport.

H. Par décision du 22 septembre 2003, le Président de la Juridiction des prud'hommes :

- rectifia la qualité de B\_\_\_\_\_SA en B\_\_\_\_\_SA en liquidation concordataire ;
- suspendit l'instruction de la cause suite à l'entrée en force, le 26 juin 2003, du jugement du Tribunal de District de Zürich du 20 juin 2003, homologuant le concordat par abandon d'actifs de B\_\_\_\_\_SA en liquidation concordataire.
- dit que l'instruction ne pourra reprendre qu'à l'échéance d'un délai de 30 jours à compter du dépôt de l'état de collocation

I. A fin 2005, voire début 2006, un accord intervint entre B\_\_\_\_\_SA en liquidation concordataire et certaines employées préretraitées, dont T\_\_\_\_\_, aux termes duquel B\_\_\_\_\_ s'engageait à verser 60% du montant qu'elle reconnaissait devoir aux dites employées, à l'exception du droit aux facilités de transport.

Suite à cet accord, T\_\_\_\_\_ retira, avec désistement d'instance, son action à l'encontre de B\_\_\_\_\_SA en liquidation concordataire par courrier du 25 août 2006.

- J. Par ordonnance présidentielle du 8 septembre 2006, la chambre d'appel constata que la demande de T\_\_\_\_\_ avait été retirée avec désistement contre B\_\_\_\_\_SA en liquidation concordataire, et dit en conséquence que celle-ci était mise hors de cause. Par ailleurs la chambre d'appel invita les deux parties encore à la procédure à se déterminer sur la légitimation passive de E\_\_\_\_\_SA, et leur impartit un délai au 15 octobre 2006 pour déposer leurs écritures.
- K. Les arguments des parties au sujet de la légitimation passive de l'intimée sont les suivants :
- a) les différentes appelantes considèrent que E\_\_\_\_\_ a la légitimation passive pour les raisons suivantes :
- l'article 333 CO (qui concerne le transfert des rapports de travail) est applicable en cas de transfert d'entreprise survenant pendant une procédure de faillite ou de concordat par abandon d'actifs. Dans ce cadre, l'employée retraitée peut être considérée comme une travailleuse au sens de l'art. 333 CO.
  - l'employée était préretraîtée de A\_\_\_\_\_, et, en conséquence elle aurait dû devenir préretraîtée, non de B\_\_\_\_\_SA, mais de Nouvelle A\_\_\_\_\_, dont les activités aériennes - dans le cadre desquelles l'employée travaillait - ont été reprises par D\_\_\_\_\_, puis par E\_\_\_\_\_.
  - il existe en effet un lien de droit clairement établi entre l'employée et l'entité identifiable (la compagnie aérienne) transférée à E\_\_\_\_\_, qui se considère elle-même comme le successeur en ligne directe de A\_\_\_\_\_. Cela se comprend, dans la mesure où le but de B\_\_\_\_\_SA / A\_\_\_\_\_ et de E\_\_\_\_\_ sont identiques, à savoir l'exploitation d'une compagnie aérienne suisse, et l'organisation de B\_\_\_\_\_SA / A\_\_\_\_\_ a été transférée à E\_\_\_\_\_.
  - l'employée n'a jamais donné son accord à une poursuite ou à une reprise automatique de son contrat de préretraite par B\_\_\_\_\_SA, et le fait que celle-ci ait, comme elle l'a prétendu, payé les salaires de préretraite à la place de ses filiales, n'y change rien, tout au plus peut-on considérer que B\_\_\_\_\_SA a payé pour le compte de sa filiale ou qu'il s'agit éventuellement d'une reprise cumulative de dette par B\_\_\_\_\_SA des obligations pécuniaires passées en vertu des dispositions de l'art. 333 CO.

- selon le principe de la confiance, on ne peut se prévaloir de la distinction entre les diverses sociétés du Groupe A\_\_\_\_\_ pour soutenir que le contrat de préretraite convenu avec A\_\_\_\_\_ est passé à une entité nouvellement créée plutôt qu'à une autre.
- nier la légitimation passive de E\_\_\_\_\_ aurait pour conséquence de créer une inégalité de traitement entre les préretraités avant la restructuration et ceux après.

T\_\_\_\_\_ conclut à ce qu'il soit dit que E\_\_\_\_\_ SA possède la légitimation passive, et sur le fond, elle conclut à la condamnation de cette dernière des montants dus en vertu de l'accord de préretraite.

b) E\_\_\_\_\_ SA conteste posséder la légitimation passive en invoquant les arguments suivants :

- l'art. 333 CO est inapplicable en cas de faillite de l'entreprise (cf. ATF 129 III 335 =JT 2003 II 75), et les considérants de l'arrêt du Tribunal Fédéral susmentionné s'applique en cas de concordat par abandon d'actifs.
- l'application de l'art. 333 CO nécessite un acte positif du cédant en vue du transfert, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Par ailleurs, un transfert d'entreprise ne concerne que les transferts des opérations à l'exclusion des actifs et passifs non opérationnels.
- les arrêts du Tribunal Fédéral concernant les cas F\_\_\_\_\_, G\_\_\_\_\_, et H\_\_\_\_\_ ne sont pas applicables dans le cas d'espèce, car, dans les cas précités, les rapports de travail ont été effectivement transférés aux nouveaux employeurs en 1997.
- un plan social n'est pas assimilable sans autre à une convention collective de travail (donc à un contrat de travail), de telle sorte que l'art. 333 al.1bis CO ne trouve pas application.

L'intimée conclut en conséquence au déboutement de l'appelante de toutes ses conclusions, avec suite de dépens.

L. Après l'audience de comparution personnelle du 27 novembre 2006, au cours de laquelle le mandataire de l'intimée a confirmé que les employés qui ont été engagés

- et non réengagés - par E\_\_\_\_\_ l'ont été sans temps d'essai et en tenant compte de l'ancienneté acquise chez A\_\_\_\_\_ et qu'ils faisaient partie d'une nouvelle convention collective de travail, la cause a été gardée à juger par la chambre d'appel.

### EN DROIT

- 1) Le jugement du Tribunal ayant été communiqué aux parties le 15 avril 2003, et l'appel ayant été adressé à la Juridiction des prud'hommes le 15 mai 2003, il est recevable au sens de l'art. 59 LJP, la forme ayant été pour le surplus respectée.
- 2) L'intimée a émis des réserves au sujet des pièces nouvelles produites en appel par l'appelante. A cet égard, il convient de rappeler que les pièces en question ont été déposées dans le cadre de l'instruction ordonnée par la chambre d'appel en relation avec la problématique de la légitimation passive de l'intimée. L'appelante était donc habilitée, dans le cadre de cette instruction, à déposer des pièces à l'appui de son argumentation, au sujet desquelles l'intimée avait la possibilité de se déterminer.

Ces pièces ne seront donc pas écartées de la procédure.

- 3) L'appelante était une employée de A\_\_\_\_\_. En août 1996, elle a conclu avec A\_\_\_\_\_ et/ou B\_\_\_\_\_ une convention tendant à sa mise en préretraite, conformément à un plan social « Option 96 » élaboré au printemps 1996 - voire déjà en 1995 - mais, en tout état de cause, avant que A\_\_\_\_\_ se transforme en B\_\_\_\_\_.

Dans les faits, l'appelante n'a jamais travaillé pour B\_\_\_\_\_, ni pour E\_\_\_\_\_, et la question qui se pose est de savoir s'il y a eu, dans le cas d'espèce, un transfert d'entreprise qui aurait pour conséquence, au sens de l'art. 333 al.1 CO, que E\_\_\_\_\_ serait tenue, à côté de B\_\_\_\_\_, des prestations dues à l'appelante.

Il y a transfert d'entreprise lorsqu'une entité ou une partie de celle-ci voit son exploitation poursuivie ou reprise par une nouvelle personne physique ou morale. Le critère décisif pour que l'art. 333 CO s'applique est que l'entité organisée conserve pour l'essentiel son identité, c'est-à-dire le but social, l'organisation et le caractère individuel ; le fait qu'il y ait une reprise de l'exploitation d'une activité identique ou de même nature est d'une importance décisive (Brunner, Bühler, Waeber, Bruchez, commentaire du contrat de travail 2004 p. 208, ATF 129 III 335 = JdT 2003 II p.75 ss not. 77 ainsi que la doctrine citée)

3.1 En l'occurrence, il n'y a pas eu transfert d'entreprise de A\_\_\_\_\_ à B\_\_\_\_\_ au sens de l'article 333 CO, puisqu'il s'agit de deux entités qui ne poursuivaient pas le même but social, mais cette constatation n'a aucune incidence en ce qui concerne les droits de l'appelante dans le cadre du plan « Option 96 », puisque B\_\_\_\_\_ n'a jamais contesté avoir été liée par ledit plan.

3.2 Y a-t-il eu transfert d'entreprise de A\_\_\_\_\_, ou de B\_\_\_\_\_ dans le cadre de la scission de cette société, à Nouvelle A\_\_\_\_\_ ? Dans ce cas, la nouvelle société poursuivait le même but, et il y avait une continuité dans l'exercice d'activités semblables, de telle sorte que l'application de l'article 333 al.1 CO peut être admise (cf. SJ 2006 p.193 ss not. 197, ainsi que la doctrine et la jurisprudence citées).

Il convient cependant de remarquer que cet article parle de transfert des rapports de travail et on peut se demander s'il s'applique aux employés à la retraite au moment du transfert d'entreprise ; à cet égard Brunner, Bühler, Waeber, Bruchez, op. cit. p.209 précisent qu'en cas de transfert, l'ensemble des rapports de travail en cours dans l'entreprise ou la partie d'entreprise transférée passe à l'acquéreur. Il est vrai que le Tribunal Fédéral a admis l'application de l'article 333 al.3 CO dans un cas de préretraite (SJ 2006 p. 193 ss not. 205-206), mais la situation du cas d'espèce est quelque peu différente de celle examinée dans l'arrêt précité, dans la mesure où l'appelante n'a jamais travaillé pour Nouvelle A\_\_\_\_\_, qui n'avait d'ailleurs pas de succursale à Genève où l'employée travaillait.

Quoi qu'il en soit, Nouvelle A\_\_\_\_\_ n'est pas en cause dans la présente procédure, et la question peut rester ouverte.

3.3 Dans la mesure où l'on admet un transfert d'entreprise de A\_\_\_\_\_ - ou de B\_\_\_\_\_ dans le cadre de la scission de cette société - à Nouvelle A\_\_\_\_\_, un nouveau transfert a-t-il eu lieu à D\_\_\_\_\_ / E\_\_\_\_\_ ? Dans ce cas, la situation est différente. En effet, on se trouve en présence de la création d'une nouvelle entité (D\_\_\_\_\_, puis E\_\_\_\_\_) par l'intermédiaire de crédits relais accordés par la Confédération pour éviter la faillite notamment de Nouvelle A\_\_\_\_\_ (cf. le rapport du commissaire au sursis concordataire du 12 mars 2002, pièce 34 app.), et il n'existe pas de continuité entre l'activité et l'organisation de Nouvelle A\_\_\_\_\_ et celles de D\_\_\_\_\_ / E\_\_\_\_\_. A cet égard, le fait que D\_\_\_\_\_ / E\_\_\_\_\_ ait engagé des anciens employés de A\_\_\_\_\_ ou de Nouvelle A\_\_\_\_\_ aux mêmes conditions n'y change rien, et ne permet pas de retenir un transfert d'entreprise ; au contraire, en cas de transfert, un nouvel engagement n'avait pas de sens.

En conclusion, on ne saurait retenir un transfert d'entreprise de Nouvelle A\_\_\_\_\_ à D\_\_\_\_\_ / E\_\_\_\_\_.

3.4 Un transfert d'entreprise directement de A\_\_\_\_\_ à D\_\_\_\_\_ / E\_\_\_\_\_ est exclu, dans la mesure où A\_\_\_\_\_ s'est transformée en une holding - dont les activités aériennes étaient exercées par Nouvelle A\_\_\_\_\_ - plusieurs années (au printemps 1997) avant que D\_\_\_\_\_ / E\_\_\_\_\_ exerce (depuis 2002) certaines des activités aériennes exercées en son temps par A\_\_\_\_\_.

- 4 Cela dit, même si l'hypothèse d'un transfert d'entreprise au sens de l'article 333 al.1 CO était envisageable, il aurait eu lieu à la suite du sursis concordataire provisoire d'octobre 2001, puis définitif de décembre 2001, qui a finalement conduit à l'homologation d'un concordat par abandon d'actifs en mai 2003 pour Nouvelle A\_\_\_\_\_ et en juin 2003 pour B\_\_\_\_\_. Il convient alors de se demander si l'article 333 al.1. CO s'applique dans de telles circonstances. Le but de cet article est de sauvegarder les intérêts des travailleurs concernés par le transfert de l'entreprise (ATF 129 III 335 = JdT 2003 II p. 75 ss not. 81) ; or, dans le cadre d'une procédure de faillite, la protection de l'employé ne dépend pas de l'application de l'article 333 al.1 CO, dans la mesure où ses droits sont protégés aussi - sinon plus - efficacement par les dispositions de la LP (cf. les exemples donnés par l'Office fédéral de la justice dans son avis de droit du 12 octobre 2001 (pièce 11bis chargé déf. du 15 janvier 2002 p. 6 et 7). En effet, un transfert d'obligations contractuelles à

l'acquéreur d'une chose réglé par le code des obligations ne préjuge pas de leur sort dans le cadre d'une procédure de faillite, alors qu'une application de l'article 333 al.1 CO est de nature à faire échouer une reprise dans le cadre de la faillite (cf. l'ATF 129 III 335 = JdT 2003 II 75, qui concernait il est vrai l'application de l'article 333 al.3 CO). En outre, il importe de relever que les droits des employés dans la faillite sont d'autant mieux protégés que le failli (en l'occurrence l'employeur) ne peut agir que sous la surveillance d'une autorité.

Au vu de ce qui précède, il faut admettre que l'article 333 CO ne trouve pas application dans le cadre d'une procédure de faillite.

En l'occurrence, la situation est un peu différente en ce sens que Nouvelle A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ font l'objet d'un concordat par abandon d'actifs. Cependant, cette dernière procédure est très proche de la faillite, dont elle constitue une forme atténuée, l'homologation du concordat par abandon d'actifs produisant des effets similaires au prononcé de la faillite (cf. Jaeger / Walder / Kull / Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs 1997-2001 n.4 ad art. 317, Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat 2005 p. 489 n. 3201 à 3203). Il s'ensuit que les mêmes raisons qui mènent à rejeter l'application de l'article 333 al.1 CO dans le cadre d'une faillite, conduisent à l'exclure dans celui d'un concordat par abandon d'actifs.

- 5) Il résulte des considérants ci-avant qu'on ne saurait, dans le cas d'espèce, appliquer l'article 333 al.1 CO, de telle sorte que E\_\_\_\_\_ ne possède pas la légitimation passive, et l'appel sera rejeté.
- 6) L'appelante, qui succombe, sera condamnée aux frais de justice, arrêtés à fr. 800.- (art. 60 LJP), mais il ne sera pas alloué de dépens, l'appel n'apparaissant pas téméraire (art. 76 al.1 LJP).

### **PAR CES MOTIFS**

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

**A la forme :**

- déclare recevable l'appel formé par T\_\_\_\_\_ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 26 août 2002 dans le cadre de la procédure No C/26139/2001-3.

**Au fond :**

- rejette ledit appel ;
- condamne T\_\_\_\_\_ à un émolument de procédure de fr. 800.- étant précisé que ce montant a déjà été versé ;
- déboute les parties de toutes autres conclusions ;

La greffière de juridiction

Le président