

# BGer 4C.434/2004 vom 5. August 2005

Bundesgericht, 2005-08-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4C.434\\_2004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.434_2004)

FR: TF 4C.434/2004 du 5 août 2005

IT: TF 4C.434/2004 del 5 agosto 2005

## Regeste

contrat de travail | Droit des contrats

## Erwägungen

### E. 1

Interjeté par la partie défenderesse qui a succombé pour l'essentiel dans ses conclusions libératoires et dirigé contre une décision finale rendue en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur ( art. 48 al. 1 OJ ) sur une contestation civile dont la valeur litigieuse dépasse le seuil de 8'000 fr. ( art. 46 OJ ), le recours en réforme soumis à l'examen du Tribunal fédéral est recevable, puisqu'il a été déposé en temps utile ( art. 54 al. 1 OJ ) et dans les formes requises ( art. 55 OJ ).

### E. 2

Dans un premier moyen, la défenderesse reproche aux juges précédents d'avoir violé l' art. 8 CC , d'une part, en n'administrant aucune preuve sur la question de savoir quel montant le demandeur percevra dans la procédure concordataire concernant SAirGroup et, d'autre part, en retenant que des rapports de travail avaient été noués entre les parties. A son avis, les constatations de l'autorité cantonale devraient être complétées sur le premier point ( art. 64 al. 1 OJ ).

#### E. 2.1

L' art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve pour toutes les prétentions fondées sur le droit fédéral et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve ( ATF 127 III 519 consid. 2a p. 522; 126 III 189 consid. 2b, 315 consid. 4a). On en déduit également un droit à la preuve et à la contre-preuve ( ATF 126 III 315 consid. 4a), à la condition qu'il s'agisse d'établir un fait pertinent ( ATF 126 III 315 consid. 4a; 123 III 35 consid. 2b p. 40), qui n'est pas déjà prouvé ( ATF 127 III 519 consid. 2a p. 522; 126 III 315 consid. 4a), par une mesure probatoire adéquate (cf. ATF 90 II 224 consid. 4b) qui a été régulièrement offerte selon les règles de la loi de procédure applicable ( ATF 126 III 315 consid. 4a; 122 III 219 consid. 3c p. 223). En revanche, l' art. 8 CC ne dicte pas au juge la manière dont il doit forger sa conviction. Ainsi, lorsque l'appréciation des preuves convainc le juge qu'un fait est établi à satisfaction de droit ou réfuté, la question de la répartition du fardeau de la preuve ne se pose plus et le grief tiré de la violation de l' art. 8 CC devient sans objet. Il s'agit alors d'une question de pure appréciation des preuves; celle-ci ne peut être soumise au Tribunal fédéral que par la voie d'un recours de droit public pour arbitraire ( ATF 127 III 519 consid. 2a; 122 III 219 consid. 3c).

#### E. 2.2.1

S'agissant de la première branche du moyen considéré, force est d'observer que la défenderesse entendait prouver une allégation relative non pas à un fait qui s'était déjà produit, mais à une circonstance à venir. Or, il va sans dire qu'un fait futur ne peut logiquement pas faire l'objet d'une preuve. Le grief formulé sur ce point par la défenderesse tombe, dès lors, à faux. Pour le même motif, celle-ci reproche en vain à la Cour d'appel d'avoir procédé à des constatations de fait incomplètes, au sens de l'art. 64 OJ, en ne se prononçant pas sur la question de savoir quel sera le montant que le demandeur touchera dans le cadre du concordat de SAirGroup. Le grief en question repose d'ailleurs sur le présumé selon lequel une obligation solidaire s'éteint dans la mesure où l'un des débiteurs désintéresse le créancier (cf. art. 147 al. 1 CO). Cependant, en vertu de l'art. 144 al. 2 CO, les débiteurs demeurent tous obligés jusqu'à l'extinction totale de la dette. Si l'un d'entre eux est recherché par le créancier, les autres ne seront donc libérés que lorsque la créance aura été éteinte en totalité (ATF 114 II 342 consid. 2b p. 344; Isabelle Romy, Commentaire romand, n. 7 ad art. 144 CO; Anton K. Schnyder, Commentaire bâlois, 3e éd., n. 5 ad art. 144 CO). Leur libération n'interviendra pas déjà du seul fait qu'un autre débiteur aura été condamné à payer la dette solidaire (ATF 79 II 382 consid. 2) ou qu'il aura été actionné à cette fin (Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, vol. II, p. 305). L'ouverture d'une faillite ou d'une procédure concordataire à l'encontre de l'un des débiteurs solidaires n'exerce aucune influence sur la faculté que l'art. 144 al. 1 CO accorde au créancier d'exiger, à son choix, de tous les débiteurs solidaires ou de l'un d'eux l'exécution intégrale ou partielle de l'obligation (ATF 113 III 128 consid. 3b p. 131). Cette faculté n'est pas limitée par le principe voulant qu'un droit doit être exercé avec ménagement. C'est le débiteur solidaire qui supporte les inconvénients liés à la solidarité. Il doit s'accommoder du fait que le créancier choisisse de l'actionner, en lieu et place des autres débiteurs, et que lui-même ne puisse pas récupérer auprès de ceux-ci, le cas échéant, ce qu'il a payé au-delà de sa part. Au regard de ces principes, rien n'interdisait au demandeur de s'en prendre exclusivement à la défenderesse pour l'exécution intégrale de l'obligation litigieuse. Qu'il eût l'espoir d'être désintéressé un jour par la débitrice en liquidation concordataire ne l'empêchait nullement d'ouvrir action contre une autre partie qu'il considérait comme débitrice solidaire de la même obligation, ni de réclamer à cette partie la totalité du montant impayé. La somme que le demandeur touchera dans la procédure concordataire pendant relative à SAirGroup ne constitue donc pas un fait pertinent pour la solution du présent litige. Aussi la cour cantonale n'a-t-elle pas violé le droit à la preuve de la défenderesse en n'administrant pas de preuve au sujet d'un tel fait, lequel ne pouvait de toute façon pas être établi en l'état, comme on l'a déjà souligné.

### **E. 2.2.2**

En tant qu'il se rapporte à l'existence d'un contrat de travail liant les parties, le grief de violation de l'art. 8 CC, formulé par la défenderesse, consiste avant tout dans la critique de la manière dont la cour cantonale a apprécié les preuves et qualifié juridiquement les faits constatés. Or, ni l'une ni l'autre de ces deux opérations ne tombe sous le coup de la disposition citée. Pour le reste, il n'a pas échappé aux juges précédents qu'il incombait au travailleur d'établir qu'il avait conclu un contrat de travail avec la défenderesse s'il entendait faire valoir une créance découlant d'un tel contrat. Quant aux parties, elles ont eu toutes deux la possibilité de fournir des preuves à ce sujet. Les juridictions cantonales n'ont toutefois pas apprécié ces preuves comme l'aurait souhaité la défenderesse et elles n'ont pas tiré les mêmes conclusions que celle-ci en appliquant le droit aux faits pertinents constatés par elles. Cela n'a rien à voir avec l'art. 8 CC. Les arguments invoqués dans l'acte de

recours pour tenter de démontrer la prétendue violation de cette disposition imputée à la Cour d'appel sont ainsi dénués de pertinence.

### **E. 3**

Comme elle l'a fait sous l'angle de l'appréciation arbitraire des preuves, dans son recours de droit public connexe, la défenderesse reproche également à la Cour d'appel, dans son recours en réforme, d'avoir commis une inadvertance manifeste ( art. 63 al. 2 OJ ) en se fondant sur l'en-tête de certains documents remis au demandeur pour en déduire l'identité de la débitrice des prestations du plan social. Plus précisément, en tirant un parallèle entre la situation du demandeur et celle d'un autre préretraité - le dénommé A. \_\_\_\_\_ -, la cour cantonale aurait omis de faire la distinction qui s'impose entre les décomptes afférents aux salaires et ceux relatifs aux prestations découlant du plan social. Au demeurant, toujours selon la recourante, la situation de ces deux personnes n'était pas comparable. En argumentant ainsi, l'intéressée méconnaît, outre la notion d'inadvertance manifeste (sur ce point, cf. ATF 115 II 399 consid. 2a; 109 II 159 consid. 2b), la distinction qui doit être opérée entre une question de fait et une question de droit. En l'espèce, le litige ne porte pas tant sur la question de savoir quels décomptes ont été établis sur quels papiers à lettres que sur celle des conséquences qu'il y a lieu d'en tirer. Il s'agit là toutefois d'un problème juridique qui va au-delà de la simple constatation des faits pertinents. Quoi qu'il en soit, au regard des motifs énoncés ci-après, savoir qui a établi les fiches de salaire n'est pas un fait pertinent pour la solution du différend.

### **E. 4**

La question qui constitue le noeud du litige est de savoir si la défenderesse répond à l'égard du demandeur des créances découlant du plan social élaboré par Swissair. Pour la trancher, en fonction des griefs articulés dans le recours en réforme, il conviendra d'examiner, en premier lieu, si l' art. 333 CO s'applique en l'espèce, en particulier s'il n'y a pas été dérogé valablement (consid. 5) et si l'existence d'un éventuel contrat de location de services au sein du groupe y ferait obstacle (consid. 6). A supposer que cette disposition soit applicable in casu, il faudra ensuite rechercher si la responsabilité solidaire qu'elle institue vaut aussi pour les créances issues d'un plan social (consid. 7). Dans l'affirmative, il s'agira enfin de vérifier si la Cour d'appel a violé le droit fédéral lors du calcul des prestations auxquelles le demandeur peut prétendre sur la base du plan social en cause (consid. 8).

### **E. 5.1**

L'art. 49 al. 1 de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus; RS 221.301) soumet le transfert des rapports de travail à l' art. 333 CO en cas de scission de sociétés. Ladite loi, entrée en vigueur le 1er juillet 2004, n'est cependant pas applicable, *ratione temporis*, à la présente contestation (cf. art. 110 LFus ). Toutefois, elle ne modifie pas la situation antérieure en ce qui concerne le sort des rapports de travail lorsque la scission d'une société donne lieu à un transfert d'entreprise. Que l' art. 333 CO soit applicable dans un tel cas n'est, de fait, pas contestable. Cela ressort également de l'art. 1er § 1 let. a de la Directive 2001/23 du Conseil de l'Union européenne, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements (ci-après: la Directive; cf. le Journal officiel des Communautés européennes [Jo], n° L 82 du 22 mars 2001, p. 16 à 20; la Directive est aussi publiée par Marc Amstutz/Pascal Pichonnaz/Thomas Probst/Franz Werro, in Droit

européen, Directives choisies, Berne 2005, p. 240 ss). En effet, selon le texte même de la disposition citée, la Directive est applicable à un transfert "de partie d'entreprise ou d'établissement"; elle régit donc aussi, de toute évidence, l'hypothèse dans laquelle ce transfert résulte de la scission d'une société. Or, il convient de prendre en considération cette Directive, qui est le résultat de l'évolution du droit européen avec lequel une harmonisation a été souhaitée en cette matière par le législateur fédéral (cf. ATF 129 III 335 consid. 6 p. 350), lequel a modifié l' art. 333 al. 1 CO , en lui donnant sa teneur actuelle, entrée en vigueur le 1er mai 1994, pour le rendre eurocompatible (cf. arrêt 4P.66/1996 du 6 août 1996, consid. 3c/aa; voir aussi le Message du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'accord EEE [FF 1993 I 757 ss] qui contient la nouvelle version de l' art. 333 al. 1 et 1bis CO [p. 925] et renvoie [p. 830], pour le commentaire de cette modification légale, au Message Eurolex y relatif [FF 1992 V 396 s.]). 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 en partie par l'acquéreur lorsqu'elle conserve son identité, c'est-à-dire son organisation et son but (arrêt 4C.176/1999 du 23 août 1999, consid. 1a et les auteurs cités). Cette condition est réalisée en l'espèce. La défenderesse admet, en effet, expressément que la "filialisation" du service technique de Swissair s'est accompagnée d'un transfert de la partie d'entreprise correspondant à ce service. Il est dès lors indéniable qu'un tel transfert, consécutif à la scission de la société-mère, tombe sous le coup de l' art. 333 CO .

## **E. 5.2**

La défenderesse soutient que, lorsque l'employeur transfère l'entreprise à un tiers, les rapports de travail ne passent automatiquement à l'acquéreur, en vertu de l' art. 333 CO , que si les parties ne sont pas convenues du contraire. Selon elle, en effet, les alinéas 1, 1bis, 2 et 4 de cette disposition n'auraient pas un caractère impératif du moment que seul le troisième alinéa a été placé par le législateur fédéral dans la liste figurant à l' art. 362 al. 1 CO . Il convient donc d'examiner plus avant la nature de la norme régissant le transfert des rapports de travail.

### **E. 5.2.1**

Il y a quelques années déjà, le Tribunal fédéral a posé le principe selon lequel, 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 auteurs cités; voir aussi: Gabriel Aubert, Commentaire romand, n. 4 ad art. 333 CO ; Rémy Wyler, Droit du travail, Berne 2002, p. 314 s.). Comme cela résulte de la genèse de l' art. 333 al. 1 CO dans sa version actuelle (FF 1992 V 396), c'est donc une véritable obligation de reprise qui incombe à l'acquéreur (Thomas Geiser, Betriebsübernahmen und Massentlassungen im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungsverfahren, in Hasenböhler/Schnyder (éd.), Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht, Kolloquium zu Ehren von Adrian Staehelin, Zurich 1997, p. 104; Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, in Traité de droit privé suisse, VII/4, 3e éd., p. 217; Manfred Rehbinder/Wolfgang Portmann, Commentaire bâlois, n. 6 ad art. 333 CO ). Vrai est-il, toutefois, que le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé expressément à ce jour sur la possibilité d'écarter cette conséquence par voie de convention dérogatoire.

### **E. 5.2.2**

Un transfert d'entreprise mettant en jeu trois parties - l'employeur, le travailleur et l'acquéreur -, la question se pose de savoir lesquelles d'entre elles pourraient passer une convention dérogatoire.

#### **E. 5.2.2.1**

Il est hors de doute que l'employeur qui transfère l'entreprise et celui qui la reprend ne peuvent pas conclure pareille convention. Cette possibilité a précisément été exclue lors de la révision de 1993 (FF 1992 V 396; Geiser, *ibid.*; voir aussi l' ATF 127 V 183 consid. 4 p. 186 ss). Sous l'empire de l'ancien droit, tel qu'il avait été établi par la loi fédérale du 25 juin 1971 révisant les titres dixième et dixièmebis du code des obligations (RO 1971 p. 1461 ss), l'acquéreur pouvait se soustraire à la solidarité instituée par l' art. 333 al. 3 CO . Le premier alinéa de cette disposition avait, en effet, la teneur suivante (RO 1971 p. 1474): "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". Aussi l'acquéreur qui ne voulait pas se lier solidairement avec l'ancien employeur devait-il simplement veiller à ne pas convenir avec celui-ci de la reprise des rapports de travail. Il lui était loisible de reprendre l'entreprise avec ou sans son personnel et, partant, d'exclure toute responsabilité solidaire de sa part à l'égard des travailleurs dans la seconde hypothèse. Cette situation juridique, qui laissait les mains libres au reprenant, mais comportait de sérieux inconvénients pour les travailleurs, s'est modifiée lorsque la norme du droit fédéral régissant le sort des rapports de travail au moment du transfert d'une entreprise a été incluse par le législateur dans le programme Swisslex et adaptée au droit européen (cf. consid. 5.1 ci-dessus). Selon la Directive 77/187 du Conseil de l'Union européenne, 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 (publiée au Jo n° L 061 du 5 mars 1977, p. 26 à 28), un tiers ne peut plus reprendre une entreprise sans reprendre simultanément le personnel de celle-ci (voir aussi: Vischer, *ibid.*; Wyler, *op. cit.*, p. 295; Aubert, *ibid.*; Adrian Staehelin, *Commentaire zurichois*, n. 1 ad art. 333 CO ). Dans le cadre de la procédure dite d'adaptation autonome au droit européen ("autonomer Nachvollzug"; sur cette procédure et les limites qu'il convient de lui assigner, voir, en dernier lieu: Franz Nyffeler, *Die Anwendung autonom nachvollzogener Normen des EU-Rechts*, in 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zurich 2005, p. 35 ss), l' art. 333 al. 1 CO a été modifié par le législateur fédéral, qui lui a donné la nouvelle teneur suivante: "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" (cf. le ch. I de la LF du 17 décembre 1993, en vigueur depuis le 1er mai 1994; RO 1994 p. 804). Conformément à cette disposition, la solidarité prend naissance ex lege au moment du transfert de l'entreprise et le consentement de l'acquéreur n'en est plus une condition ( ATF 129 III 335 consid. 5.1 et les références). Il est dès lors logique que celui-ci ne puisse pas se soustraire à sa responsabilité solidaire en passant un accord dérogatoire avec l'ancien employeur.

#### **E. 5.2.2.2**

Il faut ensuite examiner si un tel accord pourrait être conclu par l'ancien employeur avec le travailleur. Répondre par l'affirmative à cette question, d'une manière générale et pour l'ensemble des transferts d'entreprises à venir, reviendrait à priver l' art. 333 CO de tout

effet. Le but poursuivi par la révision de 1993, à savoir l'amélioration de la situation des travailleurs, serait ainsi réduit à néant (Geiser, op. cit., p. 105). Mais admettre la possibilité d'une convention dérogatoire dans le cas d'un transfert d'entreprise déterminé irait aussi manifestement à l'encontre de ce but. Ainsi qu'il appert de l' art. 333 al. 1bis CO , le travailleur a un besoin tout particulier de protection au moment du transfert de l'entreprise. Le droit d'opposition qui lui est accordé (art. 333 al. 1 in fine CO) démontre que le législateur a entendu faire dépendre le transfert des rapports de travail, avec tous les droits et obligations qui en découlent, de la seule volonté du travailleur. La loi règle en outre elle-même, et de manière exhaustive, les effets de l'opposition du travailleur. En vertu de l' art. 333 al. 2 CO , celle-ci a pour conséquence que les rapports de travail prennent fin à l'expiration du délai de congé légal, l'acquéreur et le travailleur étant tenus d'exécuter le contrat jusque-là. Le Message du Conseil fédéral n'indique pas pour quel motif les nouvelles dispositions régissant les transferts d'entreprises ne figurent ni à l'art. 361 ni à l'art. 362 CO . Contre leur inclusion dans la liste des dispositions impératives, on pourrait avancer l'argument selon lequel le travailleur est en droit de s'opposer au transfert des rapports de travail (art. 333 al. 1 in fine et 2 CO). Quoi qu'il en soit, le simple fait qu'elles n'y ont pas été insérées n'autorise pas à en déduire que les parties pourraient introduire, dans leur contrat de travail, une clause excluant le transfert des rapports de travail à l'occasion de toute cession future de l'entreprise (Geiser, *ibid.*; Staehelin, op. cit., n. 23 ad art. 333 CO ; Michael E. Winkler, *Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge*, thèse Berne 2001, p. 60 s.; plus nuancé: Nino Miloni, *Für welche Forderungen besteht die Solidarhaftung nach Art. 333 Abs. 3 OR?*, *Diskussionspapier des FAA-HSG n. 85, St-Gall 2002*, p. 47 s. [[www.faa.unisg.ch/publikationen/diskussionspapiere//dp.85.pdf](http://www.faa.unisg.ch/publikationen/diskussionspapiere//dp.85.pdf)]).

#### **E. 5.2.2.3**

L' art. 341 CO s'oppose, enfin, à ce que le transfert des rapports de travail soit exclu par un accord passé entre l'acquéreur et le travailleur. En effet, le transfert des rapports de travail fait naître une responsabilité solidaire entre l'ancien employeur et l'acquéreur à l'égard du travailleur. L' art. 333 al. 3 CO , qui institue cette solidarité, est sans conteste une disposition impérative, au sens de l' art. 362 al. 1 CO . Or, l' art. 341 al. 1 CO interdit au travailleur de renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. Par conséquent, le travailleur ne peut pas renoncer à ce que l'acquéreur réponde solidairement envers lui, ce qui serait le cas si l'applicabilité de l' art. 333 CO pouvait être exclue par un accord dérogatoire (cf. Geiser, *ibid.*).

#### **E. 5.2.2.4**

Si les parties au contrat de travail souhaitent que les rapports de travail se poursuivent avec l'employeur actuel, ce qui pourrait parfaitement se justifier suivant les circonstances, il leur faudra emprunter une autre voie. Pour ce faire, le travailleur ne devra pas s'opposer au transfert des rapports de travail, faute de quoi ceux-ci s'éteindraient par l'effet de la loi (cf. art. 333 al. 2 CO ). En revanche, une fois ce transfert opéré, il résiliera le contrat de travail le liant à l'acquéreur et conclura un nouveau contrat avec son ancien employeur. Ainsi, les rapports de travail le liant à cet employeur se poursuivront sur une nouvelle base contractuelle. Il n'y aura dès lors plus de relation contractuelle avec l'acquéreur. Cependant, la responsabilité solidaire établie par l' art. 333 al. 3 CO subsistera pour les créances du travailleur déjà échues, parce que, dans un premier temps, les rapports de travail auront été

transférés.

### **E. 5.2.3**

Force est d'admettre, pour toutes ces raisons, à l'instar des juridictions cantonales, que les rapports de travail ont passé à la défenderesse indépendamment de la volonté des parties. Dès lors, tous les moyens soulevés dans le recours en réforme au sujet de cette volonté sont dénués de pertinence.

### **E. 5.3**

Le demandeur n'a été mis en préretraite qu'après le transfert de l'entreprise. Au moment déterminant, il n'avait pas encore cessé de travailler. Aussi la question ne se pose-t-elle pas, en l'espèce, de savoir si les rapports de travail se sont éteints lors de la mise en préretraite et quels seraient les effets de cette circonstance sur l'application de l' art. 333 CO . Le travailleur était encore en activité lorsque les rapports de travail ont été transférés à la défenderesse et il a continué à travailler après le transfert de l'entreprise.

### **E. 6**

La défenderesse conteste, par ailleurs, avoir été l'employeur du demandeur. A son avis, on se trouverait, en l'espèce, dans un cas de location de services: le demandeur, employé par une entreprise appartenant à un groupe de sociétés, aurait été "loué" par son employeur à une autre société faisant partie du même groupe, à savoir la défenderesse. L'intéressée fonde sa thèse, entre autres motifs, sur le fait que c'est l'ancien employeur qui a continué à tenir la comptabilité relative aux salaires.

#### **E. 6.1**

Dans un groupe de sociétés, il est possible qu'une société apparaisse comme l'employeur et qu'elle prête ses employés à d'autres sociétés du même groupe (Jean Nicolas Druey/Alexander Vogel, *Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte*, Zurich 1999, p. 245 ss; Thomas Geiser/Kai-Peter Uhlig, *Arbeitsverhältnisse im Konzern*, in *RJB* 2003 p. 757 ss, n. 3.22 p. 774). Un tel procédé est admissible, pour autant qu'il ait été prévu expressément ou tacitement dans le contrat de travail ( art. 333 al. 4 CO ). Il est, par ailleurs, évident que les modifications survenant au sein de l'entreprise locataire n'ont pas d'incidence sur les rapports de travail des personnes qui sont mises à la disposition de cette entreprise, partant qu'il n'en résulte aucun changement d'employeur. A supposer que ladite entreprise soit transférée à un tiers, c'est donc le bailleur de services qui conservera la qualité d'employeur et non le reprenant qui l'acquerra.

#### **E. 6.2**

Ce n'est toutefois pas de cela dont il s'agit dans la présente espèce. En effet, la défenderesse soutient qu'à la suite de la scission ayant engendré un groupe de sociétés, la société qui employait le demandeur avant la scission serait devenue le bailleur de services. Aussi convient-il d'examiner si un contrat de travail ordinaire peut être transformé en un contrat de location de services à l'occasion d'un transfert d'entreprise. En principe, la liberté contractuelle régit aussi le droit du travail et les parties sont libres de modifier leurs rapports contractuels. Il est donc possible de mettre un terme - par résiliation ou accord - au contrat de travail existant et d'en conclure un nouveau avec une autre société, quand bien même les services continueront à être fournis à la même place de travail. Les anciens rapports de travail seront ainsi transformés en rapports de location de services. Rien ne s'oppose, en théorie, à ce qu'une telle transformation intervienne à l'occasion de la cession d'une

entreprise. Encore faut-il que cette manière de procéder n'aboutisse pas à contourner les règles régissant le transfert d'entreprise. Il va de soi que, si le prétendu bailleur de services est l'ancien employeur, la transformation envisagée ne peut être opérée avant le transfert de l'entreprise. Dans le cas contraire, le bailleur et le locataire de services seraient identiques. Or, la location de services suppose l'existence d'un contrat liant le bailleur de services à l'entreprise locataire (art. 22 de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services [LSE]; RS 823.11). Et personne ne peut conclure un contrat avec soi-même. Pour la période postérieure au transfert de l'entreprise, il est, en revanche, tout à fait possible qu'un tel contrat soit conclu entre l'ancien employeur et l'acquéreur. Il est donc aussi concevable de transformer les rapports de travail, avec le consentement du travailleur, en rapports de location de services. Les rapports de travail n'en auront pas moins passé d'abord à l'acquéreur et fait naître la responsabilité solidaire de celui-ci à l'égard du travailleur ( art. 333 al. 3 CO ). De fait, ce n'est qu'ensuite que les rapports de travail pourront être transformés en rapports de location de services. A cette occasion, il ne sera pas possible d'exclure conventionnellement cette responsabilité solidaire, car un accord allant dans ce sens ne pourrait tendre à autre chose qu'à contourner l' art. 333 al. 3 CO , disposition dont le caractère impératif n'est pas sujet à discussion. Point n'est besoin d'examiner si d'autres motifs (p. ex. l' art. 333 al. 1bis CO ) feraient aussi obstacle à la transformation dont il est ici question. Il suffit de constater qu'un accord visant à y procéder ne pourrait pas avoir pour effet d'exclure la légitimation passive de la défenderesse. Dans ces conditions, peu importe de déterminer si les parties ont voulu ou non effectuer semblable transformation.

### **E. 7.1**

La défenderesse reproche, en outre, à la Cour d'appel d'avoir méconnu la nature juridique du plan social en le traitant à l'égal d'une convention collective de travail et en lui appliquant l' art. 333 al. 1bis CO . Les plans sociaux ne font pas l'objet d'une réglementation expresse en droit suisse. Le but d'un plan social est d'atténuer les effets, pour les personnes concernées, de la décision d'une entreprise de réduire son personnel (cf. Stephan Klingenberg, *Die Betriebsschliessung*, thèse Bâle 1986, p. 140). Eu égard à ce but, la notion de plan social doit être comprise dans un sens extensif. Ainsi, outre des aides financières de toutes sortes, un plan social comprend aussi d'autres mesures, telles que le remplacement, la reconversion, etc., qui tendent à favoriser la réintégration du travailleur licencié dans la vie active. Comme son nom l'indique, le plan social procède d'une démarche planifiée et il est toujours destiné à une pluralité de travailleurs. On est donc enclin à y voir une forme particulière de convention collective de travail (dans ce sens, cf. l' ATF 130 V 18 consid. 2.3 p. 26 et les arrêts cités). En pratique, un plan social est le fruit d'une consultation entre partenaires sociaux, qui est généralement consigné dans un document écrit (arrêt précité, *ibid.*; arrêt 4C.31/2005 du 27 mai 2005, consid. 3.1). Cependant, un plan social ne doit pas nécessairement être établi sous la forme d'une convention; il peut aussi résulter d'une décision unilatérale de l'employeur (Klingenberg, *op. cit.*, p. 193). Dans ce cas, il s'agit d'une offre adressée par l'employeur à chacun des travailleurs concernés. Si l'un de ceux-ci déclare vouloir accepter les mesures qui y figurent, le plan social devient partie intégrante de son contrat individuel de travail. Mais, en règle générale, le plan social fera suite à des négociations conduites avec les syndicats ou la commission du personnel (Frank Vischer, *Commentaire zurichois*, n. 65 ad art. 357a CO ; Klingenberg, *op. cit.*, p. 168 ss). Il prendra alors la forme d'une convention collective de travail ou sera intégré dans un règlement d'entreprise (Vischer, *dernier op. cit.*, n. 64 ad art. 357a CO ). Son caractère obligatoire dépendra de l'interprétation des règles correspondantes et son contenu de celle de l'accord

conclu. En l'espèce, la question de la nature juridique du plan social litigieux n'est toutefois pas décisive, contrairement à l'avis de la défenderesse. Peu importe, en effet, que cette dernière ait été tenue ou non de respecter pendant une année encore le plan social, conformément à l' art. 333 al. 1bis CO . Seul est déterminant le point de savoir si, avant le transfert de l'entreprise, le demandeur était titulaire ou non, à l'encontre de son employeur, d'une créance découlant des rapports de travail dont la défenderesse, qui a acquis l'entreprise, répond solidairement en vertu de l' art. 333 al. 3 CO . Dès lors, toutes les considérations émises dans le mémoire de recours quant à la nature juridique d'un plan social sont hors sujet. Ces considérations ne sont, au demeurant, guère convaincantes. Un plan social consiste soit en une déclaration d'intention unilatérale et dépourvue de caractère obligatoire, soit en un accord. Dans la première hypothèse, l'employeur peut le rapporter en tout temps, auquel cas le nouvel employeur, qui a repris l'entreprise, ne saurait naturellement être lié par le plan social rapporté. En revanche, si le plan social est le fruit d'un accord, il pourra s'agir d'une convention passée entre l'employeur et chaque travailleur concerné. Le plan social sera ainsi incorporé au contrat individuel de travail et il sera transféré, avec celui-ci, au nouvel employeur. Mais ladite convention pourra aussi avoir été conclue avec un syndicat ou une commission du personnel. Elle constituera alors une forme de convention collective et l' art. 333 al. 1bis CO lui sera applicable. La situation juridique qui découle de ce système est donc relativement simple: le plan social liera l'acquéreur de l'entreprise s'il liait déjà l'ancien employeur, et vice versa, ce qui correspond du reste au but de l' art. 333 CO . Le 22 août 1996, c'est-à-dire avant le transfert de l'entreprise à la défenderesse, intervenu le 1er janvier 1997, la société qui employait alors le demandeur a indiqué à ce dernier qu'il serait mis en préretraite le 1er mai 1997 et elle lui a confirmé en détail les prestations auxquelles son nouveau statut lui donnerait droit. A la date précitée au plus tard, l'ancien employeur s'est engagé à mettre le demandeur en préretraite le 1er mai 1997 et à lui verser les prestations afférentes à ce statut. De ce fait, une créance individuelle a pris naissance le 22 août 1996 en la personne du demandeur.

### **E. 7.2.1**

La responsabilité solidaire entre l'ancien employeur et l'acquéreur, instituée par l' art. 333 al. 3 CO , vise toutes les créances du travailleur échues dès avant le transfert jusqu'au moment où les rapports de travail pourraient normalement prendre fin. L'acquéreur répond seul, en principe, des créances devenues exigibles ultérieurement (Miloni, op. cit., p. 14). Demeure toutefois incertain le point de savoir si l'échéance est seule déterminante ou si le moment de la naissance de la créance l'est également (Miloni, op. cit., p. 19 ss). Comme la défenderesse le reconnaît elle-même, le demandeur a été informé par son ancien employeur, le 22 août 1996, qu'il allait être mis en préretraite le 1er mai 1997 et qu'il toucherait dès cette date les prestations prévues par le plan social et mentionnées dans ladite lettre. Le 1er janvier 1997, soit dans l'intervalle séparant cette communication de l'entrée en préretraite du travailleur, l'entreprise a été transférée à la défenderesse. Sur le principe, il n'est pas contesté que l'ancien employeur et le demandeur étaient convenus avant ce transfert de la mise en préretraite. Que celle-ci soit intervenue une fois seulement ledit transfert opéré demeure sans incidence sur la naissance de la créance examinée. En effet, les créances de salaire mensuelles échues durant la période allant du moment du transfert de l'entreprise jusqu'à celui où il pouvait être mis fin au plus tôt aux rapports de travail tombaient indéniablement sous le coup de l' art. 333 al. 3 CO . Or, ces créances de salaire - de même que celles résultant de la mise en préretraite - avaient trait à des circonstances qui n'étaient point encore advenues. Dans les deux cas, les créances en question étaient soumises à la condition

que le travailleur fût encore en vie au moment déterminant et, s'agissant des créances de salaire, qu'il fournît alors régulièrement sa prestation de travail. Il est dès lors établi que la responsabilité solidaire vaut aussi pour des créances conditionnelles. Par conséquent, l'applicabilité, *ratione temporis*, de l'art. 333 al. 3 CO aux créances litigieuses n'est pas douteuse.

### **E. 7.2.2**

La loi limite la responsabilité solidaire aux "créances du travailleur" (art. 333 al. 3 CO). Elle entend par là que les créances doivent découler des rapports de service (FF 1967 II 381). Savoir si ces créances doivent avoir un fondement contractuel ou si elles peuvent aussi résulter d'un acte illicite est un point controversé dans la doctrine (cf. Miloni, *op. cit.*, p. 25), mais qui ne joue aucun rôle dans le cas présent. Pour résoudre celui-ci, il faut, en revanche, examiner si les prétentions liées à la mise en préretraite peuvent être considérées encore comme des créances découlant des rapports de travail. En temps normal, les rapports de travail prennent fin lorsque le travailleur atteint l'âge de la retraite et la rente de vieillesse n'est plus versée par l'employeur, mais par un tiers, à savoir l'institution de prévoyance. La prétention du retraité à l'égard de cette institution n'est pas visée par l'art. 333 al. 3 CO, cette disposition ne s'appliquant qu'aux créances du travailleur envers l'ancien employeur (et l'acquéreur). En l'occurrence, il ne s'agit toutefois pas de créances dont l'institution de prévoyance serait le sujet passif. Il est bien plutôt question ici de prestations qui ont été promises au demandeur par son ancien employeur, lequel a mis à disposition les capitaux nécessaires au financement du plan social, mais sans les transférer à un autre sujet de droit dont le préretraité serait devenu créancier. L'employeur a ainsi conservé sa qualité de débiteur du demandeur. Quant aux créances invoquées en justice, leur fondement juridique est à rechercher dans les rapports de travail, car elles n'existeraient pas sans ceux-ci. Il n'y a aucun motif justifiant de les soustraire à l'art. 333 al. 3 CO. La situation juridique ne diffère guère, à cet égard, de celle où le travailleur aurait été libéré de l'obligation de fournir sa prestation jusqu'à l'extinction des rapports de travail. Il suit de là que les créances découlant du plan social entraînent dans le champ d'application de l'art. 333 al. 3 CO. Par conséquent, la défenderesse répond solidairement avec l'ancien employeur de toutes les créances de ce type qui étaient échues avant qu'elle acquière l'entreprise et de celles qui sont devenues exigibles avant la date à laquelle le contrat de travail pouvait normalement prendre fin. Quant aux créances échues après cette date, elle en répond aussi puisque les rapports de travail lui ont été transférés et qu'il lui incombe d'exécuter les obligations en découlant, au nombre desquelles figurent également celles qui résultent du plan social, dans la mesure où elles sont devenues partie intégrante du contrat individuel de travail.

### **E. 8.1**

Sur le plan quantitatif, enfin, la défenderesse soutient que les juridictions cantonales ont admis, à tort, que les rentes versées par l'institution de prévoyance ne pouvaient pas être imputées sur les montants dus par elle et qu'elles n'ont pas fixé correctement le montant de la prestation transitoire dénommée "Pont AVS". La défenderesse considère, à juste titre, que pour savoir comment la rente transitoire doit être calculée et quelles prestations doivent être imputées, il y a lieu d'interpréter les manifestations de volonté correspondantes. Il va de soi, à cet égard, que la volonté exprimée par l'ancien employeur dans sa lettre du 22 août 1996, où il précisait les engagements souscrits par lui envers le demandeur du chef de la mise en préretraite de ce dernier, doit être interprétée à la lumière du plan social qui a servi de base au calcul des prétentions du demandeur. Le but poursuivi par l'employeur, au

moyen des prestations versées au travailleur durant le laps de temps restant à courir jusqu'au moment où celui-ci prendrait sa retraite ordinaire, était de placer l'intéressé dans la situation qui eût été la sienne s'il avait été mis d'emblée au bénéfice du statut de retraité ordinaire. Il fallait aussi éviter que le demandeur subisse une perte sur le capital qui lui serait versé après qu'il aurait atteint l'âge de la retraite ordinaire.

### **E. 8.2**

Eu égard au but des versements effectués à titre transitoire par l'employeur, il n'est pas douteux que tant les prestations du premier que du deuxième piliers devaient faire l'objet d'une imputation, pour autant qu'elles visassent à garantir le même revenu pour la même période. Dans cette mesure, la défenderesse soutient avec raison qu'il doit en aller de même en ce qui concerne les versements de la caisse de prévoyance. Mais cela signifie aussi, inversement, que lorsque le travailleur perçoit par anticipation des prestations de vieillesse de la caisse de prévoyance, il n'y a pas matière à imputation si, du fait de ce versement anticipé, les prestations de ladite caisse s'en trouvent réduites. Dans ce cas, en effet, les prestations versées ne le sont pas en plus, mais aux dépens des prétentions futures du travailleur. Comme la Cour d'appel le constate dans son arrêt, sans être contredite par la défenderesse, les montants versés ont fait l'objet d'un abattement par rapport aux montants de la retraite normale. Le demandeur ne s'est ainsi pas enrichi, de sorte que la cour cantonale a refusé à bon droit de procéder à l'imputation requise.

### **E. 8.3**

Les explications fournies par la défenderesse dans son mémoire de recours au sujet du calcul de la prestation transitoire 2 ("Pont AVS") sont incompréhensibles. Au demeurant, il n'apparaît pas, à la lecture de l'arrêt attaqué, que le demandeur aurait touché, à ce titre, un montant supérieur à celui d'une rente AVS complète. La question de savoir si les prestations de la caisse de prévoyance pouvaient être imputées sur la partie de cette prétention du demandeur doit être résolue de la même manière que pour les autres parties de ladite prétention. Aussi n'y avait-t-il, là non plus, pas matière à imputation, étant donné que les prestations de la caisse de prévoyance avaient été versées aux dépens des prétentions du demandeur à l'égard de cette institution.

### **E. 9**

Les considérations qui précèdent conduisent au rejet du recours. En application de l'art. 156 al. 1 OJ, la recourante, qui succombe, devra supporter les frais de la procédure fédérale, laquelle n'est pas gratuite (art. 343 al. 3 CO a contrario) puisqu'elle a trait à un différend résultant du contrat de travail dont la valeur litigieuse dépasse le plafond de 30'000 fr. fixé à l'art. 343 al. 2 CO. Quant à l'intimé, il a droit à des dépens en vertu de l'art. 159 al. 1 OJ.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.