

## **GE\_GERICHTE CAPH/155/2008 vom 22. August 2008**

GE Cour de justice, 2008-08-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_155\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_155_2008)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/155/2008 du 22 août 2008

IT: GE\_GERICHTE CAPH/155/2008 del 22 agosto 2008

### **Regeste**

Résumé: T était l'employé de E. Au gré des aléas juridico-économiques du groupe E, il a été employé de E1, filiale de E, puis de E2 autre filiale de E, créée par l'intermédiaire de crédits relais de la Confédération à la suite du sursis concordataire provisoire de E1. T licencié par E2 prétend avoir le droit d'être mis au bénéfice des dispositions d'une CCT liant E1 à ses employés dès lors qu'il y a eu transfert d'entreprise entre E1 et E2. La Cour, parvenant à la solution qu'il n'y a pas eu de transfert d'entreprise entre E1 et E2 retient que tout comme l'article 333 CO dans son entier ne s'applique pas en cas de faillite et ce dès le prononcé de la faillite, il en va de même en cas de concordat et ce déjà dès l'octroi du sursis concordataire et non dès l'homologation. Partant, T ne peut bénéficier de la protection de la CCT dès lors que l'octroi du sursis concordataire provisoire a précédé l'éventuel transfert d'entreprise de E1 à E2.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le jugement du Tribunal ayant été notifié à E\_\_\_\_\_ le 5 février 2007, et l'appel ayant été reçu par le greffe de la Juridiction des prud'hommes le 7 mars 2007, il est recevable au sens de l'article 59 LJP, la forme ayant été pour le surplus respectée.

#### **E. 2**

T\_\_\_\_\_ était employé de E3\_\_\_\_\_ air depuis le 1er septembre 1969. Au gré des aléas juridico-économiques du groupe E3\_\_\_\_\_ air, il a été employé de E1\_\_\_\_\_/E3\_\_\_\_\_ jusqu'au 31 décembre 2001, puis il a été engagé par E2\_\_\_\_\_ dès le 1er janvier 2002, société qui s'est transformée en E3\_\_\_\_\_, qui a licencié l'intimé le 18 juillet 2003 pour le 31 janvier 2004.

La question qui se pose est de savoir s'il y a eu un transfert d'entreprise de E1\_\_\_\_\_/E3\_\_\_\_\_ à E2\_\_\_\_\_/E3\_\_\_\_\_ au sens de l'article 333 CO qui obligerait, cas échéant, E3\_\_\_\_\_ à respecter pendant une année la convention collective liant E1\_\_\_\_\_/E3\_\_\_\_\_ à ses employés (art. 333 al. 1 bis CO).

#### **E. 3**

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'article 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/Buhler/Waerber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail 2004, p. 208, Wyler, Droit du travail 2008, p. 398 et ss. ; ATF 129 III 335 = JdT 2003 II p.

75 et ss. notamment 77 ainsi que la doctrine citée).

### **E. 3.1**

En l'occurrence, y a-t-il eu transfert d'entreprise de E3 \_\_\_\_\_ air, ou de Ee \_\_\_\_\_ dans le cadre de la scission de cette société, à E1 \_\_\_\_\_ ? Il convient de relever que la nouvelle société poursuivait le même but, et qu'il y avait une continuité dans l'exercice d'activités semblables, de telle sorte qu'à première vue l'application de l'article 333 al. 1 CO peut être admise (cf. SJ 2006, p. 193 SS. not. 197, ainsi qu'à la doctrine et la jurisprudence citées) à l'égard des employés ayant travaillé pour E3 \_\_\_\_\_ air, ce qui était le cas de T \_\_\_\_\_.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/3747/2006 - 3 - 12 -

\* COUR D'APPEL \*

### **E. 3.2**

La question de savoir si l'intimé a été l'employé de E3 \_\_\_\_\_ à la suite d'un transfert d'entreprise est toute théorique et n'a pas d'incidence pratique, dans la mesure où E1 \_\_\_\_\_ constitue en réalité la même entité qu'E3 \_\_\_\_\_. Cela se vérifie par le fait que la convention collective du 1er juillet 2000 conclue théoriquement par l'employeur E3 \_\_\_\_\_ a été en réalité signée par E1 \_\_\_\_\_, que le plan social du 1er janvier 2001 précise bien que le terme "employeur" s'applique aux trois sociétés E3 \_\_\_\_\_, E3 \_\_\_\_\_ air et Ee \_\_\_\_\_ Corporate, et qu'enfin la résiliation des rapports de travail le 12 décembre 2001 a été notifiée à l'intimé par E1 \_\_\_\_\_.

### **E. 3.3**

Dans la mesure où l'on admet un transfert d'entreprise de E3 \_\_\_\_\_ air à E1 \_\_\_\_\_/E3 \_\_\_\_\_, un nouveau transfert a-t-il eu lieu à E2 \_\_\_\_\_/E3 \_\_\_\_\_ ? Dans ce cas, la situation est quelque peu différente. En effet, on se trouve en présence de la création d'une nouvelle entité (E2 \_\_\_\_\_, puis E3 \_\_\_\_\_) par l'intermédiaire de crédits relais accordés par la Confédération pour éviter la faillite notamment de E1 \_\_\_\_\_, et il n'existe pas à première vue de continuité entre l'activité et l'organisation de E1 \_\_\_\_\_ et celle de E2 \_\_\_\_\_/E3 \_\_\_\_\_. A cet égard, le fait que E2 \_\_\_\_\_/E3 \_\_\_\_\_ ait engagé d'anciens employés de E3 \_\_\_\_\_ air ou de E1 \_\_\_\_\_ (dont l'intimé) n'y change rien, et ne permet pas à lui seul de retenir un transfert d'entreprise, puisque, en cas de transfert, un nouvel engagement n'avait pas de sens ; cependant, le réengagement de l'intimé par la nouvelle entité (E2 \_\_\_\_\_/E3 \_\_\_\_\_), faisant immédiatement suite à une résiliation par l'ancienne entité (E1 \_\_\_\_\_/E3 \_\_\_\_\_), il peut apparaître comme abusif (cf. Wyler, Droit du travail, 2008, p. 417). Si l'on relève en outre que le personnel de E3 \_\_\_\_\_ air/E3 \_\_\_\_\_ est resté dans les mêmes bureaux et a exécuté les mêmes tâches qu'il traitait auparavant, avec la même logistique et le même système informatique (témoin B \_\_\_\_\_), on peut en déduire qu'en réalité il y a eu un transfert d'entreprise.

### **E. 3.4**

Afin d'être complète, la Cour ajoutera que, par contre, il n'y a pas eu de transfert d'entreprise directement de E3 \_\_\_\_\_ air à E2 \_\_\_\_\_/E3 \_\_\_\_\_, dans la mesure où E3 \_\_\_\_\_ air s'est transformée en une holding - dont les activités aériennes étaient exercées par E1 \_\_\_\_\_ - plusieurs années (au printemps 1997) avant que E2 \_\_\_\_\_/E3 \_\_\_\_\_ exerce (depuis 2002) certaines des activités aériennes exercées en son temps par

E3\_\_\_\_\_air.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/3747/2006 - 3 - 13 -

\* COUR D'APPEL \*

#### **E. 4**

Même si l'on retient l'hypothèse d'un transfert d'entreprise au sens de l'article 333 al. 1 et 1 bis CO, il faut relever qu'il a 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'actif en mai 2003 pour E1\_\_\_\_\_.

Il convient alors de se demander si l'article 333 al. 1 et 1 bis CO s'applique dans de telles circonstances. Le but de cet article est de sauvegarder les intérêts des travailleurs concernés par le transfert d'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 un avis de droit du 12.10.2001 produit dans la procédure n° C/26131/2001-3 par E3\_\_\_\_\_ sous pièce 11 bis de son chargé du 15.1.2002). 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'art. 333 al 1 et 1 bis 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 dans son ensemble 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 E1\_\_\_\_\_ fait l'objet d'un concordat par abandon d'actif. Cependant, cette dernière procédure est très proche de la faillite, dont elle constitue une forme atténuée, de nombreuses règles de la faillite lui étant d'ailleurs applicables (cf Jaeger/Walder/Kull/Kultmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs 1997-2001 n. 4 ad art. 317 LP, Gilliéron, Poursuite pour dettes et faillite et concordat 2005 p. 489 n. 3201 à 3203), et le même raisonnement qu'en cas de faillite peut être fait par rapport à l'article 333 CO.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/3747/2006 - 3 - 14 -

\* COUR D'APPEL \*

La question qui se pose alors est de savoir à quel moment on se trouve dans le cadre d'une procédure concordataire, étant constant, dans le cas d'espèce, que la voie choisie dès le départ était le concordat par abandon d'actif (cf. l'affirmation non contredite énoncée dans le mémoire d'appel de E3\_\_\_\_\_ du 7.3.2007 p. 3 ad B. g et h). La Cour estime que le moment décisif à cet égard est l'octroi du sursis concordataire et non l'homologation du concordat, de même que le moment décisif à partir duquel on se trouve dans le cadre d'une procédure

de faillite est le prononcé de la faillite (art. 171 LP). Ainsi, le prononcé de ce prononcé est, dans la procédure concordataire, l'octroi du sursis concordataire (art. 295 LP). Cela est si vrai que le juge de la faillite peut ajourner d'office le prononcé de la faillite lorsqu'un concordat paraît possible, et qu'il transmet le dossier au juge compétent pour statuer sur un sursis concordataire ; si le sursis n'est pas accordé, le juge de la faillite doit prononcer la faillite (art. 173a al. 2 et 3 LP). Cela confirme bien le parallélisme entre prononcé de la faillite et prononcé du sursis concordataire, à tel point que dans le cas de surendettement des sociétés de capitaux et de la société coopérative, la publication du sursis concordataire tient lieu d'ouverture de la faillite au sens des articles 725a, 764, 817 et 903 CO (art. 297 al. 4 LP). On peut ajouter que l'octroi du sursis concordataire suspend les poursuites (art. 297 al. 1 LP, à comparer avec l'article 206 al. 1 LP), et, tout comme le prononcé de la faillite, suspend les délais de prescription et de péremption (art. 207 al. 3 et 297 al. 1 LP), ainsi que le cours des intérêts (art. 209 al. 1 et 2 et 297 al. 3 LP). En outre, tout créancier en mesure de requérir la faillite peut également demander au juge du concordat l'ouverture de la procédure concordataire (art. 293 al. 2 LP), et, dès l'octroi du sursis concordataire, le commissaire est nommé et doit dresser un inventaire (art. 295 al. 1 et 299 al. 1 LP), tout comme l'Office des faillites dès la communication de l'ouverture de la faillite (art. 221 LP).

Il résulte de ce qui précède que, contrairement à l'avis exprimé par Wyler (op. cit. p. 404-405), il faut retenir que les effets d'une procédure concordataire se jugent dès l'octroi du sursis concordataire et non dès l'homologation du concordat.

Il s'ensuit que les mêmes raisons qui mènent à rejeter l'application de l'article 333 al. 1 et 1 bis CO dans le cadre d'une faillite dès le prononcé de la faillite,

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/3747/2006 - 3 - 15 -

\* COUR D'APPEL \*

conduisent à l'exclure dans le cadre d'un concordat par abandon d'actif dès l'octroi du sursis concordataire.

## **E. 5**

Il ressort des considérants ci-avant qu'on ne saurait, dans le cas d'espèce, appliquer l'article 333 al. 1 et 1 bis CO, puisque l'octroi provisoire (octobre 2001) puis définitif (décembre 2001) du sursis concordataire de E1 \_\_\_\_\_ précède l'éventuel transfert d'entreprise à E2 \_\_\_\_\_/E3 \_\_\_\_\_ (début 2002). Il en résulte que les prétentions de l'intimé, qui se fondent sur cet article, seront rejetées.

## **E. 6**

La procédure est gratuite, et il ne sera pas alloué de dépens, aucune des parties n'ayant plaidé de manière téméraire (art. 76 al. 1 LJP).

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/3747/2006 - 3 - 16 -

\* COUR D'APPEL \*

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