

GE_GERICHTE CAPH/75/2010 vom 5. Mai 2010

GE Cour de justice, 2010-05-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_75_2010

FR: GE_GERICHTE CAPH/75/2010 du 5 mai 2010

IT: GE_GERICHTE CAPH/75/2010 del 5 maggio 2010

Regeste

Résumé: Sur base d'un faisceau d'indices, la Cour en vient à la conclusion que le licenciement de T par E1 peu de temps avant la reprise de ce dernier par E2 SA est nul car effectué afin d'éluder la protection découlant de l'art. 333 CO. Les indices retenus par la Cour sont les suivants: le fait que E1 ait contourné les obligations que lui imposait l'art. 335f CO en n'ouvrant pas la procédure de consultation du personnel, alors qu'il devait savoir que E2 SA allait reprendre les contrats qu'il venait d'annuler et qu'il pouvait faire l'économie de cette procédure. En outre, la proximité des dates constitue également un indice corroborant ce point de vue, puisque les contrats, dont la résiliation a été portée à la connaissance de la plupart des employés, étaient déjà annoncés repris une semaine plus tard. S'agissant de la rémunération des heures supplémentaires, la Cour prend en compte dans le calcul du salaire, les différentes primes versées systématiquement chaque mois (inconvenients de service, prime de conduite et prime d'ancienneté).

Erwägungen

E. 1.1

Interjetés dans la forme et les délais prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la Juridiction des prud'hommes, ci-après: LJP), les appels sont recevables.

E. 1.2

Il n'est pas contesté que les parties étaient liées par un contrat de travail au sens des art. 319 et ss CO et que la Juridiction spéciale des prud'hommes est compétente en l'espèce. Elle l'est également à raison du lieu, dès lors que le lieu habituel de travail se trouvait dans le canton de Genève.

E. 2

Les problèmes soulevés par le cas d'espèce impliquent d'examiner d'abord si l'on se trouve en présence d'un transfert d'entreprise et, dans l'affirmative, quel montant représentant les heures supplémentaires effectuées doit être supporté solidairement par les employeurs successifs.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/6034/2009 - 5

E. 7

* COUR D'APPEL *

2.1.1 Selon l'art. 333 al. 1 CO, 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. La loi ne

définit pas la notion de transfert d'entreprise, mais la jurisprudence l'a précisée en retenant que, pour qu'il y ait transfert au sens de l'art. 333 CO, il suffit que l'exploitation soit effectivement poursuivie ou reprise par le nouveau chef d'entreprise, avec les mêmes activités économiques ou des activités analogues, que celles-ci soient essentielles ou accessoires (ATF 123 III 466 ; WYLER, Droit du travail, Berne, 2008. p. 398 ; arrêt du Tribunal fédéral du 25 avril 2002 dans la cause 4c.50/2002 ; RJN 2000 p. 106).

L'exploitation est considérée comme poursuivie en tout ou en partie par l'acquéreur lorsqu'elle conserve son identité quant à son but, son organisation et ses caractéristiques essentielles ; l'identité est conservée lorsqu'il y a transfert de l'infrastructure, des moyens de production et de la clientèle en vue de poursuivre une activité économique analogue (arrêt du Tribunal fédéral du 25 avril 2002 précité ; JAR 2000, p. 179).

Le transfert d'entreprise s'entend donc au sens large, mais doit revêtir une forme juridique. Il peut s'agir d'une vente, d'un échange, d'une donation, d'un legs, d'un apport à une société. Le transfert peut aussi s'opérer par le biais d'un acte de nature purement obligationnelle, ne conférant au tiers que l'usage de l'entreprise, tel le bail à ferme ou le contrat de gérance (KARAGJOZI, Les transferts d'entreprise en droit du travail, Zurich, 2003, p. 24 s.)

Le maintien des rapports de travail implique toutefois que les conditions de travail demeurent inchangées. Cela n'empêche pas un accord concernant la modification du contrat de travail, ni le nouvel employeur de licencier les employés dont les rapports de travail ont été transférés, mais en respectant les délais de congé (WYLER, op. cit. p. 410). Néanmoins, ni l'employeur ni l'acquéreur ne peuvent faire table rase des contrats de travail en vue du transfert, à la seule fin d'éluider la protection des salariés et de se soustraire au transfert automatique des contrats voulu par l'art. 333 CO (AUBERT, in

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/6034/2009 - 5

E. 8

* COUR D'APPEL *

Commentaire romand du Code des obligations, Genève, ad art. 333 p. 1756 n. 5).

2.1.2 Selon la jurisprudence et la doctrine, seuls les rapports de travail existant au moment du transfert de l'entreprise passent à l'acquéreur (ATF 123 III 466 consid. 3b p. 468; arrêt 4C.333/1998 du 7 janvier 1999, consid. 1b/aa; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6e éd., n. 8 ad art. 333 CO, p. 554; AUBERT, op. cit., n. 4 ad art. 333 CO; PORTMANN, Commentaire bâlois, n. 10 in fine ad art. 333 CO; DUC/SUBILIA, Commentaire du contrat individuel de travail, n. 8 ad art. 333 CO, p. 335; GEISER, Arbeitsrechtliche Fragen bei Sanierungen, in Sanierung der AG [éd. Vito Roberto], 2003, p. 119 ss, 141; KARAGJOZI, op. cit., p. 65). La situation n'est pas différente en droit communautaire (voir les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes [CJCE] cités par KARAGJOZI, op. cit., p. 65, notes de pied 211 et 212). Il suit de là que le bénéficiaire de l'art. 333 CO ne peut être invoqué que par les seuls travailleurs dont la relation de travail est en cours à la date du transfert, mais qu'il peut l'être même si les rapports de travail ont déjà été résiliés pour une date postérieure à ce transfert (cf. ATF 132 III 32 ss; 123 III 466 ss). L'acquéreur de l'entreprise n'a ainsi pas à reprendre des contrats de travail n'existant plus au moment du transfert (DUC/SUBILIA, ibid.).

2.3.1 En l'espèce, il ressort du dossier et des enquêtes que, dès le début de l'année 2008, E1_____ a nécessairement envisagé l'hypothèse d'un licenciement collectif, puisqu'il a parlé de cessation d'activités ou de fusion avec l'un des administrateurs d'E2_____ SA, et que, courant juillet 2008, la décision de liquider sa société est devenue irréversible. Ainsi, il n'a jamais réellement entamé la procédure d'information et de consultation des salariés prévue par l'art. 335f CO, ce qui permet de douter sérieusement de son intention de faire produire au licenciement collectif annoncé les effets qui lui sont attachés. L'aspect purement fictif de ce licenciement collectif est corroboré par la violation totale des obligations de l'employeur, tant vis-à-vis des employés que de l'Office cantonal de l'emploi. Il ne ressort en effet nullement de la circulaire du 26 juillet 2008 qu'E1_____ aurait songé offrir à ses employés l'opportunité de s'exprimer sur ses choix, ni que tel aurait été

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/6034/2009 - 5

E. 9

* COUR D'APPEL *

le cas lors de la réunion du 17 juillet 2008, dont aucun compte rendu ne figure à la procédure. De plus, les contacts que l'employeur a eus avec l'Office cantonal de l'emploi en août, alors que tout était déjà joué, relève du pur alibi. E1_____ n'a donc pas valablement informé son personnel et ne lui a pas permis de faire valoir ses propositions, alors qu'un de ses membres avait émis de intentions à ce sujet. Le procédé insolite adopté par l'employeur est ainsi en double violation des dispositions régissant les licenciements collectifs.

3.1 Du transfert d'entreprise.

En l'espèce, il est clairement établi qu'E1_____ a remis l'essentiel de son entreprise à E2_____ SA en août 2008, après des négociations qui ont eu lieu dès juillet 2008 en tout cas, avec effet au 1er octobre 2008, et que le transfert de la plupart des contrats de travail a été accepté par le repreneur, afin que leurs titulaires accomplissent des tâches identiques à celles qui étaient les leurs auparavant. L'identité a ainsi été conservée et l'on se trouve manifestement en présence d'un transfert d'entreprise.

Cela ressort également des extraits du Registre du commerce, où l'on constate que les deux entreprises exercent les mêmes activités principales, soit le transport de malades et de blessés. Par ailleurs, la presque totalité des employés de l'une – soit vingt-et-un sur vingt-six employés - a été reprise par l'autre. Vient encore renforcer ce constat le fait que E2_____ SA a repris les conventions pour les transports inter-hospitaliers et ambulanciers qui liaient E1_____ aux HUG.

Le transfert d'entreprise est en conséquence incontestable et c'est à ce titre que E2_____ SA a repris les contrats de vingt-et-un employés sur vingt-six. Le Tribunal a toutefois considéré que les dispositions sur le transfert d'entreprise ne s'appliquaient pas aux cinq employés dont le contrat n'avait pas été repris, en raison du licenciement dont ils avaient été l'objet, ayant mis fin à leur contrat pour le 30 septembre 2008, soit la veille dudit transfert. Cette décision ne relevait pas du licenciement collectif, selon la motivation exposée ci-après.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/6034/2009 - 5

E. 10

* COUR D'APPEL *

La Cour ne partage pas cette opinion. Elle considère en effet que les deux sociétés d'ambulanciers ne pouvaient ignorer se trouver en présence d'un transfert d'entreprise et qu'ils ont manœuvré de manière à contourner les dispositions légales régissant ce cas de figure. Preuve en est les termes mêmes employés. Ainsi, par sa circulaire du 26 juillet 2008 faisant suite à la réunion du personnel du 17 du même mois, E1_____ a informé chaque employé qu'il allait procéder à l'annonce officielle d'un licenciement collectif auprès des instances concernées. Or, il n'en a rien fait, si l'on excepte une intervention de son avocat auprès de l'Office cantonal de l'emploi alors que tout était dit les 6 et 7 août 2008. De même, E1_____ a contourné les obligations que lui imposait l'art. 335f CO en n'ouvrant pas la procédure de consultation du personnel, ce qui est un indice fort de sa connaissance du fait que E2_____ SA allait reprendre les contrats qu'il venait d'annuler et qu'il pouvait faire l'économie de cette procédure. La proximité des dates constitue également un indice corroborant ce point de vue, puisque les contrats, dont la résiliation a été portée à la connaissance de la plupart des employés le 29 juillet 2008, étaient déjà annoncés repris le 7 août suivant. Il n'y avait donc aucune obligation de dénoncer dans ces circonstances lesdits contrats, sauf si l'intention réelle était de permettre à E2_____ SA de choisir ses futurs employés. Dans ces circonstances, le licenciement collectif, fictif, constitue une *fraus legis* et n'avait pour but que de contourner la loi en permettant au repreneur de limiter le nombre de contrats repris. Notifiés par le cédant pour éluder la protection découlant de l'art. 333 al. 1 CO, les licenciements doivent être considérés comme nuls, quel que soit l'aspect innovant de cette formulation juridique. Statuer en sens contraire reviendrait à vider la loi de sa finalité protectrice.

En conséquence, le repreneur se trouvait également en charge des contrats des 5 employés dont il ne voulait pas. Il était d'ailleurs parfaitement conscient de cette éventualité, puisqu'il les a licenciés en octobre 2008. Le congé valant au regard du contrat repris pour deux mois "net", la fin des rapports de travail est survenue le 4 janvier 2009 ; E2_____ SA et E1_____ doivent donc, en application de la solidarité entre cédant et repreneur, à T_____ les salaires d'octobre à décembre 2008, soit 21'750 fr. (3x 7'250 fr. :

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/6034/2009 - 5

E. 11

* COUR D'APPEL *

salaire de base 5'550 fr., inconvénients 500 fr., prime de conduite 100 fr., prime d'ancienneté 700 fr. et prime de responsabilité 400 fr.) et pour les quatre premiers jours de 2009 (7'250 : 21.75 x 4 = 1'333 fr. 35), soit au total 23'083 fr. 35.

4. 4.1 Selon l'art. 321c al. 3 CO, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective. Le salaire normal doit comprendre tous les éléments composant la rémunération obligatoirement due par l'employeur, y compris le 13ème salaire (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op. cit., N 10 ad art. 321c CO) et les diverses indemnités prévues contractuellement en relation avec le travail (STREIFF/VON

KAENEL, op. cit., N 12 ad art. 321c CO).

4.2 En l'espèce, le salaire expressément convenu était dû chaque mois. Les différentes primes perçues constituent clairement une partie du salaire convenu, du fait de leur allocation régulière, même si certains postes ont varié dans le temps. En conséquence, les inconvénients de service (à raison de 500 fr. par mois d'octobre 2003 à septembre 2006, puis 200 fr. par mois d'octobre 2006 à juin 2008 et à nouveau 500 fr. par mois de juillet à octobre 2008), la prime de conduite (100 fr. par mois dès septembre 2004), la prime de responsabilité (d'octobre 2003 à septembre 2006, à hauteur de 300 fr. par mois, puis n'est plus versée d'octobre 2006 à mai 2008 inclus. Elle s'inscrit ensuite à 200 fr. pour le mois de juin 2008, puis à 400 fr. pour les mois de juillet à septembre suivant) et la prime d'ancienneté font partie du salaire de l'appelant et doivent être prises en compte pour le paiement des heures supplémentaires. Le décompte de celles-ci et les montants déjà versés n'étant pas contestés, les montants que T_____ aurait dû percevoir sont les suivants :

Pour 2004, avec un salaire de référence 6'700 fr. (base : 5'200.-, inconvénients de service : 300.-, prime de responsabilité : 200.-, prime d'ancienneté . 900.-, prime de conduite : 100.-)

-

E. 12

* COUR D'APPEL *

/ 42 x 36.85 x 50%) - 191.5 heures à 36 fr. 85 au taux de 122 %, soit 8'609 fr. 26 - 40.5 heures à 36 fr. 85 au taux de 126 %, soit 1'880 fr. 45 et un total dû de 10'710 fr. 81 sur lequel ont été versés 8'522 fr. 95, de sorte que T_____ conserve une créance de 2'187 fr. 86.

Pour 2005, avec un salaire de référence 6'800 fr. (base : 5'200.-, inconvénients de service : 300.-, prime de responsabilité : 200.-, prime d'ancienneté . 1'000.-, prime de conduite : 100.-)

- 46.5 heures à 37 fr. 39 au taux de 50%, soit 869 fr. 31 - 237.5 heures à 37 fr. 39 au taux de 122 %, soit 10'833 fr. 75 - 50.5 heures à 37 fr. 39 au taux de 126 % soit 2'379 fr. 12 et un total dû de 14'082 fr. 18 sur lequel ont été versés 11'021 fr. 10, de sorte que T_____ conserve une créance de 3'061 fr. 08.

Pour 2006, avec un salaire de référence 6'950 fr. (base : 5'250.-, inconvénients de service : 300.-, prime de responsabilité : 200.-, prime d'ancienneté . 1'100.-, prime de conduite : 100.-)

- 36 heures à 38 fr. 21 au taux de 50%, soit 687 fr. 78 - 707.75 heures à 38 fr. 21 au taux de 125 %, soit 33'803 fr. 90 - 194.5 heures à 38 fr. 21 au taux de 150 % soit 11'147 fr. 76 et un total dû de 45'639 fr. 44 sur lequel ont été versés 34'352 fr. 95, de sorte que T_____ conserve une créance de 11'286 fr. 49.

Pour 2007, avec un salaire de référence 7'100 fr. (base : 5'300.-, inconvénients de service : 300.-, prime de responsabilité : 200.-, prime d'ancienneté . 1'200.-, prime de conduite : 100.-)

- 60 heures à 39 fr. 04 au taux de 50%, soit 2'342 fr. 40 - 595 heures à 39 fr. 04 au taux de 125 %, soit 23'228 fr. 80 - 109 heures à 39 fr. 04 au taux de 150 % soit 4'255 fr. 36 et un total dû de 29'826 fr. 56 sur lequel ont été versés 27'217 fr. 70, de sorte que T_____ conserve une créance de 2'608 fr. 86.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/6034/2009 - 5

E. 13

* COUR D'APPEL *

Pour 2008, avec un salaire de référence 7'550 fr. (base : 5'350.-, inconvénients de service : 500.-, prime de responsabilité 400.-, prime d'ancienneté . 1'200.-, prime de conduite : 100.-) - 97.5 heures à 41 fr. 51 au taux de 100%, soit 4'047 fr. 22 - 14.40 heures à 41 fr. 51 au taux de 125 %, soit 747 fr. 18 et un total dû de 4'794 fr. 40 sur lequel ont été versés 3'565 fr. 05, de sorte que T_____ conserve une créance de 1'229 fr. 35.

Ainsi, il sera alloué à l'employé le montant de 20'373 fr. 64 brut à titre de solde d'heures de travail supplémentaires, montant que seul le défendeur sera condamné à payer.

7. Selon l'art. 339 al. 1 CO, à la fin du contrat, toutes les créances qui en découlent deviennent exigibles. Parmi celle-ci figurent en tout cas les créances en paiement d'heures supplémentaires (cf. BRUNNER/BÜHLER/ WAEBER/BRUCHEZ, op. cit., N 1 ad art. 339 CO; STAEHELIN, op. cit. N. 3 ad art. 339 CO). Ces créances portent intérêt dès la fin des rapports de travail, sans qu'il soit nécessaire d'interpeller le débiteur. En conséquence, les créances reconnues de l'employé porteront intérêts dès le 1er janvier 2009.

8. L'art. 76 al. 1 LJP consacre la gratuité de la procédure lorsque, comme en l'espèce, le montant litigieux n'excède pas 30'000 fr. Il n'y a pas de raison de déroger à ce principe en l'espèce.

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