



E1

Dom. élu:

Me Yvan JEANNERET
Grand-Rue 25
Case postale 3200
1211 GENEVE 3

T__

Dom. élu:

Me Yves NIDEGGER
Rue Marignac 9
1206 GENEVE

Et

E2

Dom. élu:

Me Yvan JEANNERET
Grand-Rue 25
Case postale 3200
1211 GENEVE 3

Partie appelantes

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 16 décembre 2010

Mme Sylvie DROIN, présidente

M. Michel CHEVILLAT et Mme Sophie NICOLE, juges employeurs

MM. Francis KOHLER et Serge MURISIER, juges salariés

M. Gaétan DROZ, greffier d'audience

EN FAIT

A. E1___ est une société anonyme, dont le siège à Z___, et qui a pour but la gestion de centres de remise en forme médicalisés ainsi que les prestations de service s'y rapportant, et la fourniture de prestations de service accessoires.

E2___ est une société anonyme dont le siège est à Y___, qui a pour but la conception, la création et l'exploitation de centres de remise en forme et toutes prestations de service s'y rapportant. En 2007, elle a installé une succursale à X___, dont le directeur est A___.

Le Dr B___ est administrateur président des deux sociétés.

B. T___ est au bénéfice d'un diplôme de médecin obtenu à la faculté de médecine de W___ (V___). Elle a exercé comme médecin ophtalmologue en V___ et en U___, puis à l'hôpital ophtalmique de X___ . Elle s'est ultérieurement spécialisée en mésothérapie thérapeutique et esthétique.

C. Par contrat du 23 mars 2007, E1___ a engagé T___ en qualité de "médecin, en charge du centre C___ à X___", à compter du 1^{er} juin 2007, pour un taux d'occupation de "50% environ". Selon l'art. 4, la rémunération de l'employée était "fixée comme suit: CHF 4'000.- par mois, variable: un montant variable sera introduit en fonction des résultats de la société".

Le paiement du salaire a été effectué par E2___. Celle-ci soutient avoir repris les droits et obligations dérivant du contrat précité.

D. De juillet 2007 à avril 2008, T___ a reçu la part fixe de son salaire. Dès mai 2008, elle perçu des commissions sur les produits, variant selon les mois entre CHF 2,35 et CHF 32.-.

Selon B___, il était prévu d'intéresser T___ aux bénéfices, mais le centre de X___ n'en avait jamais généré, ce que l'employée a contesté.

E. Les affaires de E1___ à X___ n'ont pas bien marché, présentant un déficit de l'ordre de CHF 100'000.- à fin 2008. L'activité exercée par T___, soit la mésothérapie et les injections de botox, a généré un chiffre d'affaires de CHF 38'425.-.

Selon des employés, l'activité du centre n'était pas mauvaise (témoin D___, procès-verbal du 15 octobre 2009); il y avait suffisamment de clients et de nouvelles machines coûteuses ont été acquises (témoin F___, procès-verbal du 16 novembre 2010).

Un consultant a été mandaté en janvier 2009. Il a constaté qu'il y avait de grosses charges et que le marketing était défaillant, alors que les prestations offertes étaient de qualité, de sorte que, la situation étant catastrophique, il fallait soit fermer le centre de X___ soit en changer le système de fonctionnement. Dans ce cadre, il a proposé de mettre un terme au contrat de travail de T___ (témoin G___, procès-verbal du 15 octobre 2009).

B___ affirme avoir acheté de nouvelles machines au moyen de ses propres deniers.

- F. Le mercredi 28 janvier 2009, l'employeur a convoqué l'une après l'autre ses collaboratrices.

La mauvaise situation financière de l'entreprise a été évoquée (témoin F___, procès-verbal du 16 novembre 2010).

L'employeur affirme qu'il a annoncé à T___ son licenciement et qu'il lui a soumis un document ainsi libellé: "Contrat de travail entre d'une part E2___[...] et d'autre part T___ [...]. Résiliation du contrat de travail et nouvelle proposition. Au vu de la situation actuelle et sur la base de la discussion ayant eu lieu aujourd'hui, l'Employeur transmettra à l'Employée une nouvelle proposition de contrat dans le courant des prochains jours. L'Employeur informe également l'Employée qu'il résilie l'actuel contrat de travail pour la plus prochaine échéance contractuelle".

Selon l'employeur, T___ n'a pas voulu signer ce document. Le consultant présent lors de l'entretien a confirmé que l'employée avait refusé de signer sa lettre de licenciement, et qu'aucune proposition ne lui avait été soumise, diverses possibilités d'une suite de collaboration souhaitée par B___ étant évoquées (témoin G___, procès-verbal du 15 octobre 2009).

T___ soutient que le document ne lui a pas été présenté. Elle affirme qu'il lui a été proposé oralement un nouveau salaire de CHF 1'600.-, dont elle a demandé confirmation par écrit. L'employeur conteste avoir articulé ce chiffre ce jour-là.

Au sortir de l'entretien, T___ paraissait contrariée et a évoqué non pas un licenciement mais une réduction de moitié de son salaire, et un droit à un pourcentage sur le chiffre d'affaires, ce qu'elle n'acceptait pas, raison pour laquelle elle souhaitait prendre conseil auprès d'un avocat (témoin F___, procès-verbal du 16 novembre 2010).

- G. T___ affirme avoir consulté Me H___ le jeudi 29 janvier 2009, après avoir informé son mari que l'employeur lui proposait de modifier son salaire en un fixe de CHF 1'600.- plus un intéressement (déclaration I___, procès-verbal du 8 février 2010).

Cette consultation a eu lieu à la permanence de l'Ordre des avocats à S___, vraisemblablement un jeudi de fin janvier ou début février 2009, pour une problématique de modification de contrat, soit, aux souvenirs du témoin, touchant tant aux modifications de son contrat de travail qu'à sa résiliation, donc un congé-modification (témoin H___, ibidem).

- H. Le 30 janvier 2009, E2___ a remis à T___, qui l'a contresignée, une lettre ainsi libellée: "Suite à notre discussion du 28 courant et au vu de la situation actuelle, nous vous confirmons par la présente que nous résilions votre contrat de travail pour la plus proche échéance contractuelle, soit à fin mars 2009. Nous ne manquerons pas de vous transmettre une nouvelle proposition de contrat ces prochains jours pour la suite de notre collaboration".

T___ affirme que l'employeur lui a expliqué à cette occasion que si elle n'était pas d'accord avec la proposition de CHF 1'600.- par mois, elle serait licenciée.

- I. Le 2 février 2009, le directeur du E1___ a préparé un projet de contrat de travail, daté du jour même, entre E2___ et T___, avec effet au 1^{er} février 2008 [recte 2009], moyennant un salaire fixe de CHF 1'600.- par mois, et a envoyé ce document par email à X___. B___ a modifié le texte de ce document, notamment en ce qui concerne le début du contrat, fixé au 1^{er} mars 2009; il ne l'a pas daté.

Le mercredi 4 février 2009, il l'a soumis à T___, à titre de base de discussion d'une éventuelle future collaboration. Cette dernière en a pris possession. Elle a demandé pour quelle raison le document ne comportait pas de signature. L'employeur affirme avoir répété qu'il s'agissait d'une proposition soumise à discussion; T___ soutient qu'il lui a été répondu que tant qu'elle ne disait pas ce qu'elle voulait faire, le contrat ne serait pas signé.

Ultérieurement, les parties n'ont plus abordé la question.

- J. Par courrier de son conseil du 19 février 2009 adressé à E2___, T___ a déclaré faire opposition à la résiliation de son contrat, qu'elle considérait comme abusive, au motif qu'il lui avait été imposé une modification unilatérale de ses conditions de travail (salaire mensuel fixe baissé de CHF 4'000.- à CHF 1'600.-), qu'elle avait refusée, ce qui lui avait valu de se faire licencier le 30 janvier 2009.

K. Par demande du 16 juin 2009, T___ a assigné E1___ C___ Z___ SA et E2___, pris conjointement et solidairement, en paiement de CHF 25'980.- avec intérêts moratoires à 5% dès le 30 mars 2009, à titre d'indemnité pour congé abusif.

L. Par jugement du 19 mai 2010, le Tribunal des prud'hommes a condamné E1___ C___ Z___ SA à verser à T___ le montant net de CHF 10'000.- plus intérêts moratoires à 5% dès le 1^{er} avril 2009, débouté T___ des fins de sa demande en tant qu'elle était dirigée contre E2___, et débouté les parties de toute autre conclusion.

En substance, les premiers juges ont retenu que E2___ n'avait pas légitimation passive, que le licenciement de la demanderesse était abusif vu son caractère de congé-modification, et que celle-ci, qui avait retrouvé un emploi le 1^{er} octobre 2009, avait droit à un indemnité de CHF 10'000.-.

M. Par acte du 25 juin 2010, E2___ et E1___ ont formé appel contre le jugement précité. Elles ont conclu au déboutement de T___ de toutes ses conclusions.

Par acte du 30 juillet 2010, T___ a conclu à la confirmation du jugement entrepris.

N. A l'audience de la Cour d'appel, les appelantes ont ajouté que le centre de X___ avait fermé pour raison économique en juin 2010.

EN DROIT

1. Déposé dans la forme et les délais légaux (art. 59 LJP), l'appel est recevable. La valeur litigieuse étant supérieure à CHF 1'000.-, la cause peut être portée devant la Cour d'appel (art. 56 al. 1 LJP).
2. E1___ conclut à son absence de légitimation passive, au motif que E2___ a repris les droits et obligations dérivant du contrat de travail passé avec l'intimée.

T___ s'en est rapportée sur ce point.

Il est établi que le contrat de travail du 23 mars 2007 liait E1___ et l'intimée, que le salaire a été dès le début des relations de travail versé par E2___, sans réaction de l'employée, et que c'est cette dernière société qui a procédé à la résiliation du contrat, à nouveau sans provoquer de protestation à ce sujet de la part de l'intimée. Celle-ci a fait valoir son opposition au licenciement auprès de E2___, manifestant qu'elle tenait cette société pour son employeur.

Dès lors, et contrairement à ce que les premiers juges ont considéré, il y a lieu de retenir que les droits et obligations dérivant du contrat de travail du 23 mars 2007 ont passé de E1___ à E2___, laquelle est seule à avoir légitimation passive en l'espèce.

Il en résulte que l'intimée sera déboutée de ses conclusions prises à l'encontre de E1___.

3. E2___ fait valoir qu'il n'y a pas eu résiliation abusive sous forme de congé-modification en l'espèce, puisqu'elle a signifié la fin des rapports de travail à l'intimée avant de lui proposer une éventuelle suite de collaboration moyennant des conditions différentes, et non l'inverse.
 - a) Selon le principe posé à l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336ss CO). L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère des cas dans lesquels la résiliation est abusive. Cette liste n'est pas exhaustive et un abus du droit de mettre un terme au contrat de travail peut également se rencontrer dans d'autres situations, qui apparaissent comparables, par leur gravité, aux cas expressément envisagés à l'art. 336 CO (ATF 132 III 115 consid. 2.1 p. 116/117; 131 III 535 consid. 4.1 et 4.2 p. 537/538).

L'abus de la résiliation peut découler non seulement des motifs du congé, mais également de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit. Un comportement violent manifestement le contrat, par exemple une atteinte grave au droit de la personnalité dans le contexte d'une résiliation, peut faire apparaître cette dernière comme abusive (ATF 131 III 534 consid. 4.2).

La preuve du caractère abusif du congé incombe à la partie à laquelle celui-ci est signifié (art. 8 CC ; ATF 123 III 246). Cependant, la preuve ayant souvent pour objet des éléments subjectifs, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme fictif le motif avancé par l'employeur, et le motif abusif plus plausible. Cette présomption de fait n'a cependant pas pour effet de renverser le fardeau de la preuve. La partie demanderesse doit alléguer et offrir un commencement de preuve d'un motif abusif de congé. De son côté, l'employeur ne saurait alors demeurer inactif; il doit apporter les preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (SJ 1993, p. 360 ; ATF 115 II 484, consid. 2b ; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5^{ème} éd., n. 16 *ad* art. 336 CO ; SJ 1993, p. 360).

Lorsqu'une résiliation est liée à une offre de poursuivre les rapports de travail à des conditions modifiées, entrant en vigueur après l'écoulement du délai de congé, l'on est confronté à une « résiliation sous réserve de modification » (*Änderungskündigung*). On est en présence d'un congé-modification au sens étroit lorsqu'une partie résilie le contrat de travail, mais accompagne cette déclaration de l'offre de conclure un nouveau contrat à des conditions modifiées. Le congé-modification ne tend pas en première ligne à la cessation des rapports de travail, mais à leur maintien moyennant des droits et des devoirs modifiés (cf. Vischer, *Der Arbeitsvertrag*, in *Schweizerisches Privatrecht*, vol. VII/1, III, p. 163). L'on parlera d'un congé-modification au sens large lorsque les deux actes juridiques ne sont pas immédiatement couplés et qu'une partie reçoit son congé parce qu'elle n'a pas accepté une modification consensuelle des rapports de travail.

Il n'y pas lieu de qualifier d'abusif par principe le congé-modification, car l'adaptation d'un contrat de travail aux besoins économiques modifiés de l'entreprise doit être possible et admissible. Le congé-modification peut s'avérer abusif lorsque la partie qui prononce la résiliation ne veut pas la cessation des rapports de travail et ne recourt à la résiliation que pour imposer une modification du contrat en sa faveur, partant, au détriment de son cocontractant. L'abus réside dans le fait que le congé est prononcé sans justification matérielle, pour un motif qui n'est pas digne d'être protégé, dès lors que ni la marche de l'entreprise, ni encore la situation du marché, n'appellent une modification des conditions de travail. Le congé donné pour imposer des conditions de travail dépourvues de toute justification économique pour l'entreprise s'avère au moins aussi abusif que le licenciement aux seules fins d'empêcher la naissance de prétentions qui dépendent de la durée des rapports de travail (ATF [123 III 246](#) = JdT 1998 I, p. 300).

Le congé-modification (au sens étroit) est également abusif lorsque l'employeur propose des modifications qui doivent entrer en vigueur immédiatement et licencie l'employé qui n'a pas accepté. Par exemple, il congédie un salarié qui s'oppose à une réduction immédiate de son salaire. La pratique rattache ce licenciement à l'article 336 al. 1 let. d CO, avec l'idée qu'en refusant une modification du contrat avant son échéance, l'employé fait valoir de bonne foi une prétention découlant de son contrat de travail et que ce refus est à l'origine de son licenciement. Selon le Tribunal fédéral, un tel procédé constitue toujours un congé abusif, car l'employeur doit fournir les mêmes prestations jusqu'à l'expiration du délai de congé (SJ [2007 I 61](#) et les références citées).

- b) En l'espèce, la thèse de l'appelante est confortée par les pièces produites. Il résulte clairement du courrier du 28 janvier 2009, malgré un entête malheureux, que la volonté de l'employeur était de mettre un terme au contrat de travail à l'échéance de mars 2009, tout en annonçant la proposition d'un nouveau contrat de travail les jours prochains. Cela est corroboré par la lettre du 30 janvier 2009, qui se réfère à l'entretien du 28 janvier précédent pour confirmer la décision de résiliation, et la prochaine transmission d'une proposition de contrat. La déclaration du témoin G___ va dans le même sens.

Les pièces précitées ne font état d'aucune proposition concrète et chiffrée; c'est seulement le 4 février 2009 que celle-ci a été mise par écrit, dans un document qui ne pouvait être qu'une ébauche de contrat.

Au demeurant, si l'intimée n'avait le 28 janvier 2009 ni vu la lettre datée de ce jour, ni compris à cette date-là qu'elle allait être licenciée, comme elle le soutient, on peinerait à comprendre qu'elle n'ait pas réagi au contenu clair du courrier du 30 janvier 2009.

Par ailleurs, la déclaration du témoin H___ est trop imprécise pour qu'il en soit tiré un élément pertinent. Outre le fait que le témoin ne se rappelait pas la date à laquelle il avait été consulté (qui pourrait aussi bien être le jeudi 29 janvier que le jeudi 5 février 2009), il lui semblait qu'il avait été évoqué une modification de conditions contractuelles voire une résiliation, ou un congé-modification. Ainsi, soit cette entrevue a eu lieu le lendemain du 28 janvier 2009, et alors l'intimée avait à cette date bien compris qu'elle faisait l'objet d'un licenciement, contrairement à ce qu'elle affirme, soit celle-ci a eu lieu après la remise de la lettre du 30 janvier 2009. Dans un cas comme dans l'autre, il ne peut être déduit de la déclaration du témoin qu'une modification de contrat aurait été soumise à l'intimée, sous peine de résiliation en cas de refus.

Quant à la déclaration du témoin F___, elle n'est pas non plus probante, dans la mesure où il en résulte que l'intimée aurait évoqué une réduction de salaire de moitié, mais pas de résiliation.

Enfin, l'appelante a démontré par pièces que la situation du centre était financièrement précaire et que le chiffre d'affaires généré par l'intimée était faible, de sorte que le motif du licenciement correspond à la réalité.

La procédure a ainsi permis d'établir que le licenciement a été notifié sans lien avec une modification du contrat de travail existant. Il n'y a donc pas eu de congé-modification. Le licenciement, qui reposait sur des motifs correspondant à la réalité, n'est pas abusif.

Dès lors, l'intimée ne saurait prétendre à une indemnité.

Le jugement attaqué sera donc annulé, et l'intimée déboutée de ses conclusions.

4. La procédure étant gratuite (art. 76 LJP), il n'est pas alloué de dépens.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des Prud'hommes, groupe 5

A la forme:

Déclare recevable l'appel formé par E1___ CENTRE C___ Z___ SA et E2___ contre le jugement rendu le 19 mai 2010 par le Tribunal des Prud'hommes.

Au fond:

Annule ce jugement.

Et statuant à nouveau:

Déboute T___ de ses conclusions.

Déboute les parties de toute autre ou contraire conclusion.

Le greffier de juridiction

La présidente