



E____
Dom. élu : Me Denis WEBER
Rue Belle fontaine 2
Case postale 5924
1002 Lausanne

Partie appelante

Madame T____
Dom. élu : Me David METZGER
Collectif de défense
Bd. Saint-Georges 72
1205 Genève

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 21 mai 2009

M. Pierre-Yves DEMEULE, président

Mme Anne MICHELLOD et M. Alexandre DE GORSKI, juges employeurs

Mmes Evelyne FILIPOVIC et Pierrette FISHER, juges salariées

M. Paolo ASSALONI, greffier d'audience

EN FAIT

A. La société E___ ressources humaines SA (ci-après E___), dont le siège principal est à Lausanne, est active essentiellement dans le domaine des conseils et services en matière de recherche, sélection, promotion, formation, recrutement et mise à disposition de personnel à titre intérimaire ou permanent. La société possède à Genève notamment une succursale sise à la rue A___ (ci-après E___ A___), et une succursale à l'avenue B___ (ci-après E___ B___). La succursale de la rue A___ exploite également des bureaux à la rue C___ à Genève (cf. extrait du Registre du commerce).

B. Par contrat du 15 août 2007, T___ a été engagée par E___ soit pour elle la succursale du même nom sise à la rue de la A___, comme collaboratrice temporaire pour être déléguée auprès d'une entreprise utilisatrice.

D'après les termes de ce contrat, la mission devait être effectuée auprès d'une société E___ D___ (ci-après D___), dont l'adresse était à l'avenue B___ et la personne de contact F___. Le contrat devait débiter le 20 août 2007 pour une durée de trois mois et être ensuite prolongé pour une durée indéterminée, sauf résiliation par l'une des deux parties. Le salaire horaire convenu était de 36 fr. 92, plus une indemnité pour les vacances de 3 fr. 08. Un délai de congé de deux jours pendant les trois premiers mois était fixé par référence à l'article 19 de la Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE). Le contrat-cadre de travail faisant partie intégrante du contrat fixait un délai de congé de sept jours calendaires entre le quatrième et le sixième mois d'un emploi ininterrompu et d'un mois dès le septième mois, par renvoi à l'article 19 alinéa 4 LSE.

Le même jour E___ A___ et D___ signaient un contrat de location de services selon l'article 22 LSE, par lequel celle-là déléguait à celle-ci, représentée par F___, T___ en tant qu'employée temporaire.

C. Le 8 février 2008, F___ a signifié par oral à T___ la résiliation de son contrat de travail.

D. Par pli recommandé daté du 12 février 2008, E___ A___ a confirmé à T___ la fin de sa mission temporaire au sein de D___ au vendredi 8 février 2008. Son salaire serait payé pendant le délai de congé de sept jours, conformément au contrat du 15 août 2007.

Le salaire de T___ a été payé jusqu'au 15 février 2008.

- E. Par lettre du syndicat G___ du 29 février 2008, T___ a indiqué à E___ A___ que le délai de congé de sept jours fondé sur la LSE supposait un rapport tripartite. En effet, cette loi visait le placement de personnel par un bailleur de services en faveur d'un locataire de services. En l'occurrence, le bailleur de services et le locataire de services n'étaient pas deux personnes distinctes, mais deux succursales de la même société-mère. Le rapport triangulaire exigé par la LSE faisait donc défaut, et cette loi avait été appliquée abusivement, en lieu et place de l'article 335c du Code des obligations (ci-après CO). Le délai de congé légal applicable était par conséquent d'un mois pour la fin d'un mois, soit au 31 mars 2008, date jusqu'à laquelle son salaire devait être réglé.
- F. Par lettre du 6 mars 2008, E___ A___ a répondu à T___ qu'une entreprise bailleuse de services pouvait engager des collaborateurs temporaires au sein de ses succursales sans enfreindre l'interdiction de l'abus de droit. Par conséquent, le délai de résiliation de sept jours prévu à l'article 19 alinéa 4 LSE avait été appliqué valablement.
- G. Suite à une demande de prise de position du syndicat G___, le Secrétariat d'État à l'économie SECO a, par lettre du 21 avril 2008, émis l'avis que la location de services se caractérisait par un rapport triangulaire, la présence de trois personnes distinctes constituant une condition essentielle et indispensable. Deux succursales d'une même société-mère ne pouvaient ainsi conclure valablement un contrat de location de services. Dans le cas concret, cette règle avait pour conséquence que le délai de congé aurait dû être fixé en conformité des règles du CO sur le contrat de travail et non par application de la LSE.
- Par courriel du 25 avril 2008, le responsable du bureau emploi-entreprises du Département de la solidarité et de l'emploi du canton de Genève a confirmé au syndicat G___ qu'il partageait l'avis du Secrétariat d'État à l'économie SECO.
- H. Par lettre du syndicat G___ du 29 avril 2008, T___ a réitéré à E___ A___ les termes de sa lettre du 29 février 2008, en se fondant sur les deux prises de position précitées.
- I. Par courrier du 7 mai 2008, E___ a maintenu la position exprimée par lettre de sa succursale du 6 mars 2008. Selon elle, la LSE n'interdisait pas la location de services entre deux succursales du même groupe. La solution contraire serait inopportune, dans la mesure où elle obligerait une société bailleuse de services à faire appel à une autre société bailleuse de services pour louer les services de collaborateurs temporaires.

- J. Par demande adressée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 23 juin 2008, T___ a assigné E___ en paiement de 13'920 fr., ladite somme se décomposant comme suit :
- fr. 8'352.- brut à titre de salaire, vacances comprises, durant le délai de congé, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 29 février 2008 ;
 - fr. 5'568.- brut, à titre d'indemnité pour licenciement abusif, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 24 juin 2008.

T___ a également conclu à ce qu'il soit constaté que le contrat qui la lie à E___ est un contrat de travail et non un contrat de location de services, et qu'en conséquence la LSE était inapplicable à son cas.

A l'appui de sa conclusion en paiement de salaire, vacances comprises, pour la période du 15 février au 31 mars 2008, elle a persisté dans sa position telle qu'exprimée dans ses courriers adressés à E___ A___ sous la plume du syndicat G___. Elle a par ailleurs produit une pièce intitulée « annexe au décompte individuel pour l'assurance-chômage », dont il découle que la moyenne des heures hebdomadaires effectuées durant son activité pour E___ s'est élevée à 31.5 heures, soit 136.5 heures par mois, ce qui aboutit à un salaire mensuel brut moyen de 5'455 fr. 80, vacances comprises.

S'agissant de sa conclusion en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif, elle a indiqué que, par la résiliation des rapports de travail du 8 février 2008, E___ avait tenté d'empêcher la naissance de prétentions juridiques. En effet, le délai de congé prévu par l'article 19 alinéa 4 LSE était de sept jours entre le quatrième et le sixième mois d'un emploi ininterrompu. Dès le sixième mois d'activité, le délai de congé était d'un mois pour la fin d'un mois. Le licenciement avait été donné par E___ juste avant l'écoulement de six mois, dans le but d'empêcher la naissance de son droit au délai de congé prévu par le régime ordinaire de l'article 335c CO.

- K. Après l'échec de la tentative de conciliation du 21 juillet 2008, la cause a été renvoyée au Tribunal.
- L. Par écriture du 14 août 2008, E___ a conclu au déboutement de son ancienne employée. Dans cette écriture, elle a expliqué que point n'était besoin de se poser, en l'espèce, la question de savoir si le bailleur de services pouvait être simultanément le locataire de services. En effet, la société bailleur de services était E___, alors que la société locataire de services mentionnée par le contrat de travail était D___, soit E___ management et consulting SA. En d'autres termes, le contrat de location de services était conclu entre deux sociétés distinctes, soit E___ et D___. Le rapport triangulaire exigé par le contrat de loca-

tion de services avait donc été respecté, dès lors que le bailleur de services était E___, le locataire de services E___ management et consulting SA, et l'employée T___. A titre subsidiaire elle a soutenu qu'en tout état la location de services n'exigeait pas l'existence de trois personnes distinctes. Certains contrats avec soi-même étaient licites et aucun droit du travailleur n'était contourné lorsque le bailleur de services était lui-même loueur de ces services.

- M. A l'audience du 9 septembre 2008, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

T___ a confirmé qu'elle réclamait, en sus de l'indemnité pour licenciement abusif, son salaire, vacances comprises, pour la période du 16 février au 31 mars 2008. Son salaire horaire, vacances comprises, était de 40 fr. La moyenne de ses heures hebdomadaires de travail était de 32 heures.

E___ a confirmé que l'entreprise du même nom, sise rue A___, était une succursale de la société anonyme sise à Lausanne. Elle a indiqué ignorer si l'entreprise du même nom, sise à l'avenue B___, était également une succursale de la société principale à Lausanne. Elle a par ailleurs expliqué que D___, sise à l'avenue B___, appartenait à une autre société du groupe E___, soit E___ management et consulting SA, sise à Lausanne. Elle a, en outre, mentionné l'amalgame qui régnait à l'avenue B___ entre les différentes sociétés et succursales du groupe E___ . Elle a ensuite confirmé que D___ n'existait pas en Suisse et ne figurait pas au Registre du commerce. Il s'agissait d'un département de la société E___ management et consulting SA. Elle a finalement confirmé que F___ était administrateur d'E___ B___.

Lors de cette audience, E___ a produit des autorisations de pratiquer le placement privé et la location de services délivrées à E___ A___.

- N. Par jugement du 10 octobre 2008, expédié le lendemain, le Tribunal a condamné E___ à payer à T___ la somme brute de 7'964 fr. 20 plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 29 février 2008, déclarant irrecevable la demande de T___ qui tendait à la constatation de l'inapplication de la LSE. Les premiers juges ont considéré, en substance, qu'il existait une certaine confusion entre les succursales du groupe E___, et que le locataire de services n'était pas E___ management et consulting SA mais E___, soit pour elle sa succursale de l'avenue B___ . Il en résultait que le contrat de location de services avait été signé par deux succursales de la même société, qu'en conséquence le bailleur et le locataire de services étaient la même personne morale, soit E___, et que donc le rapport triangulaire faisait défaut. Ainsi, c'étaient les règles ordinaires du Code des obligations qui étaient applicables ; or, selon l'article 335c alinéa 1 CO, le délai de congé était d'un mois pour la fin d'un

mois, c'est-à-dire au 31 mars 2008, et le salaire, vacances comprises, était dû jusqu'à cette date.

- O. Par acte du 12 janvier 2009, E___ forme recours contre cette décision. Elle explique qu'elle dispose de sept succursales inscrites au Registre du commerce de Genève, dont six s'occupent de la location de services et de placement, et une (E___ B___) s'occupe uniquement de la gestion de carrières et l'« outplacement ».

E___ explique qu'E___ A___ et E___ B___ sont deux succursales totalement indépendantes, dont seule l'une d'elle (E___ A___) dispose de l'autorisation de location de services ; or rien n'empêche deux succursales d'une même société qui n'exercent pas la même activité de conclure un contrat de location de services.

Subsidiairement, au cas où l'on retiendrait la thèse soutenue par le Tribunal, il ne convient pas d'allouer une indemnité pour les vacances, car T___ aurait pu prendre lesdites vacances pendant le délai de congé.

E___ conclut à ce qu'elle soit libérée de toute condamnation en paiement à T___.

- P. T___ soutient qu'en réalité elle a été engagée par E___ qui, agissant par l'intermédiaire de deux de ses succursales, a tenté de détourner l'institution de la location de services, afin de mettre son employée dans une situation plus défavorable que si leurs rapports contractuels étaient régis par le Code des obligations. Pour le surplus, le Tribunal a correctement calculé l'indemnité due pour les vacances.

T___ conclut au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement de première instance.

- Q. Lors de l'audience de comparution personnelle devant la Cour de céans, F___, qui représentait E___, a expliqué que D___, dont il est le directeur, n'était pas inscrite au Registre du commerce, et qu'il s'agissait d'un département intégré à E___, ajoutant que l'on pouvait dire qu'E___ B___ et E___ se confondaient.

T___, quant à elle, a déclaré qu'après avoir quitté D___, elle avait immédiatement cherché du travail, mais qu'elle n'en avait trouvé, à titre temporaire, qu'au mois de mai.

Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi (art. 59 de la Loi sur la juridiction des prud'hommes), l'appel est recevable.
2. Le contrat de travail temporaire est un contrat *sui generis* proche du contrat de mandat au sens des articles 394 et suivants CO, par lequel une agence de travail intérimaire, bailleuse de services, s'engage, moyennant rémunération, à mettre à disposition de l'entreprise utilisatrice, locataire de services, un travailleur pendant une certaine durée, ou pour une certaine mission, et à abandonner à celle-ci l'essentiel de ses pouvoirs de direction à l'égard du travailleur (cf. JAR 2008 p. 370 et ss., ainsi que la doctrine et la jurisprudence citées). Pour chaque forme de location de services, trois sujets de droit participent aux opérations : bailleur de services, travailleur et entreprise tierce. Des contrats sont conclus entre bailleurs de services et entreprises tierces, mais aucun ne l'est entre travailleur et entreprise tierce. Le travailleur n'exécute pas la prestation due dans l'entreprise de son employeur, mais le fait au-dehors dans une entreprise tierce (Message du Conseil fédéral paru dans FF 1985 vol. III, p. 533).

Il convient de relever que si le travailleur n'est lié au locataire de services par aucun contrat, même si c'est entre eux que se noue la véritable relation de travail (Tercier, Les contrats spéciaux, 2009, p. 480 ch. 3279), la location de services suppose l'existence d'un contrat liant le bailleur de services à l'entreprise locataire, ce qui implique que le bailleur et le locataire de services ne peuvent être identiques, car sinon on se trouverait en présence d'un contrat avec soi-même (ATF 132 III 32 notamment p. 43).

Enfin, il est intéressant de relever que Thévenoz, Le travail intérimaire, 1987, p. 356, souligne qu'au nombre des abus rendus possibles par le travail intérimaire, on mentionne fréquemment la création par une ou plusieurs entreprises de leur propre agence de travail intérimaire destinée à créer un paravent entre elle et une main d'œuvre bon C___ et peu protégée.

3. Cela dit, il convient de rappeler que la succursale d'un établissement principal, bien que jouissant d'une certaine autonomie, est dépourvue d'existence juridique et n'a pas la capacité d'ester en justice, ni celle d'être poursuivie (ATF 120 III 11 notamment p. 13).

4. Dans le cas d'espèce, il ressort des inscriptions au Registre du commerce de Lausanne qu'E___ a plusieurs succursales à Genève, dont l'une à A___ et l'autre à l'avenue B___ ; d'un autre côté, selon les déclarations de F___ devant la Chambre d'appel, E___ B___, sous le nom de D___ n'est qu'un département d'E___.

Il convient alors d'envisager deux éventualités :

- 4.1 Le contrat de location de services a été conclu entre deux succursales de la même société (E___ A___ et E___ B___).
- 4.2 Le contrat de location de services a été conclu entre une succursale de E___ (E___ A___) et un département d'E___, donc entre la maison-mère et sa succursale.
- 4.3 Dans les deux cas, il apparaît que l'on se trouve en présence d'un contrat avec soi-même, ce qui est confirmé par le fait qu'à l'audience devant la Chambre d'appel la personne représentant E___ était la même que le répondant d'E___ B___ (Monsieur F___). Cela a pour conséquence qu'il n'existe pas de rapport entre trois sujets de droit, puisque le bailleur de services et le locataire de services sont identiques (cf. ATF 132 III 32). Il en résulte que la LSE ne s'applique pas et qu'il convient de se référer aux dispositions du Code des obligations sur le contrat de travail, comme l'a fait le Tribunal en première instance.
5. En principe, l'interdiction de remplacer les vacances par des prestations en argent vaut également après la résiliation des rapports de travail. Elle peut cependant être limitée dans des cas d'espèce pour tenir compte des circonstances concrètes. La doctrine et la jurisprudence admettent ainsi que des prestations en argent peuvent remplacer les vacances, lorsque celles-ci ne peuvent être prises avant la fin des rapports de travail, ou lorsqu'on ne peut pas attendre qu'elles le soient. A cet égard, le fait que le travailleur, durant cette période, doit avoir la possibilité de chercher un autre emploi joue un rôle (art. 329 al. 3 CO). Ce droit du travailleur prime sur les vacances et limite dans cette mesure l'interdiction d'indemniser celles-ci (ATF 128 III 271 = JT 2003 1 p. 606 notamment p. 615, 616).

En l'espèce, il n'est pas contesté que T___ a recherché immédiatement du travail, et qu'elle n'en a retrouvé qu'au mois de mai 2008. Cela dit, elle avait droit à deux semaines et deux jours et demi de vacances, et l'on peut difficilement concevoir comment elle aurait pu prendre ces jours entre le 16 février et le 31 mars 2008, soit pendant 31 jours ouvrables, pendant lesquels elle devait chercher un nouveau travail. En conséquence, c'est à juste titre que le Tribunal lui a accordé une indemnité pour les vacances.

6. Le jugement sera donc entièrement confirmé. Il ne sera pas perçu de frais, vu le montant litigieux.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

1. reçoit l'appel formé par E___ contre le jugement du Tribunal du 10 décembre 2008 dans la cause n° C/14275/2008-5 ;

Au fond :

2. rejette ledit appel et confirme le jugement ;
3. déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président