



Monsieur T_____

E_____ SA

Dom. élu : Me Alexia GABIOUD

Rue Verdaine 12

Case postale 3647

1211 Genève 3

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 3 octobre 2007

M. Daniel DEVAUD, président

MM. Daniel CHAPELON et Jean-Paul METRAL, juges employeurs

MM. Stéphane JAN et Marc LABHART, juges salariés

M. Claude BURNIER, greffier d'audience

EN FAIT

A. a) Par acte déposé au greffe de la Juridiction des Prud'hommes le 21 décembre 2006, T_____ appelle d'un jugement rendu suite à la délibération du 1^{er} décembre 2006 par le Tribunal des Prud'hommes et notifié aux parties le 4 décembre 2006 la déboutant de toutes ses conclusions.

a) T_____ conclut à l'annulation du jugement et à ce que E_____ SA soit condamnée au paiement de fr. 30'300.- avec intérêts de 5% dès le 13 juin 2006.

b) En réponse, E_____ SA conclut au déboutement de toutes ses conclusions et à la confirmation du jugement.

B. Sur la base du dossier et des pièces produites, la Cour d'appel retient les faits pertinents suivants :

a) T_____ a été engagé par L_____, à compter du 5 janvier 1987.

La société E_____ SA, dont le siège est sis à P_____, a pour but l'achat en gros, la fabrication, la vente et la distribution de produits laitiers et alimentaires, ainsi que les prestations de services en matière de logistique et de transport. Elle appartient, avec d'autres sociétés dont D_____ SA, au Groupe L_____. Cette dernière entreprise a été créée le 16 décembre 1996, par la reprise partielle des actifs et des passifs de la société L_____.

Lors de cette reprise, le rapport de travail existant avec T_____ a été transféré à la nouvelle société.

Durant l'année 2000, il a été nommé au poste de responsable arrivage, diverses tâches lui étant alors confiées.

Une formation de management et de conduite de cinq jours lui a été proposée le 11 septembre 2000 afin de résoudre certaines difficultés relationnelles existant entre le travailleur et certain de ses collègues.

b) Au début du mois de décembre 2005, T_____ a consulté un fichier informatique non protégé, libellé au nom du Directeur C_____. Il a communiqué la teneur de ce fichier à deux de ses collègues.

Ce document de trois pages, daté du 15 septembre 2005, contient, en première page, un tableau de la situation 2005/2006. La ligne « Effectif » de ce tableau mentionne pour 2005 70 collaborateurs et, pour 2006, 52 collaborateurs ce qui a conduit T_____ à considérer que E_____ SA envisageait une réduction des effectifs de 18 collaborateurs. Par ailleurs, sous la rubrique "Résultats", il est mentionné une perte prévisionnelle pour 2005 de fr. 1'757'000.- et un bénéfice prévisionnel pour 2006 de fr. 500'000.-. En page 3 de ce document sous la rubrique « S'adapter aux conditions du marché », il est indiqué « *accentuer le redimensionnement de l'activité (Hommes, outils, méthodes, assortiment, portefeuille clients)* ».

Par mémorandum du 9 décembre 2005, E_____ SA a rappelé à T_____ qu'il était soumis à un devoir de discrétion, d'autant plus important au vu de son statut de responsable, lequel avait violé par la transmission d'informations à ces collègues. A ce sujet, ce mémorandum expliquait ce qui suit :

"Vous avez pourtant divulgué sans discernement le contenu d'un document à certains collègues, information qui vous a personnellement inquiété. Placé hors contexte, ces données ont été mal interprétées, ce qui n'a pas manqué de déstabiliser les équipes E_____. Un tel agissement est considéré comme une faute grave et en cas de récurrence, nous serons obligés de prendre des mesures disciplinaires".

c) Par courrier du 15 février 2006, la résiliation du contrat de travail a été signifiée à T_____, avec effet au 31 mai suivant, motif pris de raisons économiques ayant mené à une réorganisation de l'entreprise et à la suppression du poste de l'employé. Il y était également demandé à celui-ci de prendre son solde de vacances durant le délai de congé.

Dans une réponse du 20 février 2006, le Syndicat UNIA, agissant pour son membre, a fait opposition au congé, demandé la réintégration de T_____ et qualifié le licenciement d'abusif puisque signifié en raison de la qualité de

délégué à la commission du personnel du collaborateur. Les parties ont ensuite maintenu leur position respective.

Les syndicats UNIA et SIT ont entrepris ultérieurement une action contre la société D_____, afin de protester contre le licenciement de trente collaborateurs.

Le dernier salaire reçu par le travailleur était de fr. 4'447.—, plus une indemnité fixe de fr. 200.-.

Le 23 mars 2006, un certificat de travail intermédiaire favorable a été établi en faveur de l'employé. Ce document précise que le congé a déjà été donné en raison d'une restructuration importante de la société ayant mené à la suppression du poste de T_____.

Le droit aux vacances du travailleur était, au moment de la fin de contrat de travail, d'un solde de treize jours pour l'année 2005 et de l'entier du droit pour l'année 2006, soit 25 jours annuels au *pro rata temporis*.

Dans un courrier du 16 mai 2006, l'employeur a confirmé que le délai de congé était prolongé en raison d'une incapacité de travailler de cinq jours de l'employé.

d) Par demande en paiement déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 13 juin 2006, T_____ a assigné E_____ SA en paiement d'une somme nette de fr. 30'300.-, plus intérêts à 5% l'an à compter du 13 juin 2006, au titre d'indemnité pour licenciement abusif et d'un montant brut de fr. 6'556.30, plus intérêts à 5% l'an à compter du 13 juin 2006, au titre d'indemnité de vacances.

Dans son écriture, il explique en substance que son licenciement serait abusif car prononcé en raison de ses qualités de délégué du personnel et de président de la commission ouvrière. Il n'avait par ailleurs pas pu bénéficier de ses vacances durant la libération de son obligation de travail puisqu'il avait dû consacrer son temps à la recherche d'un nouvel emploi.

Lors de l'audience de comparution personnelle, T_____ a donné diverses explications sur le déroulement du rapport de travail. Il a notamment indiqué

qu'au mois de novembre 2005, il avait trouvé un document au nom de C_____ qu'il avait ouvert. Comme ledit document mentionnait une diminution des effectifs de dix-huit collaborateurs et qu'il était président de la commission du personnel, il en avait parlé autour de lui à deux employés à qui il avait de surcroît indiqué comment consulter le texte en cause. La direction lui avait indiqué qu'il s'agissait d'un plan théorique. Un avertissement lui avait été signifié en raison de cet événement et il avait alors compris qu'il allait être licencié d'ici à la fin de l'année. Ses tâches lui avaient petit à petit été retirées pour être transmises à son supérieur. Au début de l'année, une négociation difficile était menée avec l'entreprise en vue de la conclusion d'une nouvelle convention collective. Une réunion avait été planifiée le 14 février, puis annulée par la Direction, mais maintenue par les seuls délégués syndicaux. Le lendemain il avait été licencié et mis à la porte séance tenante, sa demande d'accès aux fichiers privés de son ordinateur lui ayant auparavant été refusée.

e) En réponse, E_____ SA a conclu au déboutement de T_____ de l'entier de ses prétentions.

Elle y explique notamment que T_____ avait toujours exercé ses fonctions syndicales de manière loyale et à la satisfaction de tous. Le congé était donc sans rapport aucun avec de telles fonctions, mais fondé exclusivement sur une forte diminution du volume de travail, conséquence de la perte de plusieurs clients importants. Comme le demandeur avait été libéré 92.5 jours ouvrables et que son solde de vacances était de 25.5 jours, il avait disposé de plus de trois mois (67 jours ouvrables) pour chercher un nouvel emploi.

En annexe à son écriture, elle produit un document sur papier sans entête intitulé "Evolution du chiffre d'affaires de E_____ 2005-2006", papier non signé et non daté, mentionnant d'une part une diminution du chiffre d'affaires, au 30 juin 2006, de 18.1% par rapport à la situation une année auparavant et, d'autre part, une perte clients pour un chiffre d'affaires de fr. 9'754.657.-. Ce document mentionne également une diminution des "frais de personnel entre 2005 et 2006 de fr. 871'000.-.

Lors de l'audience de comparution personnelle, E_____ SA a expliqué que lorsque T_____ avait parlé du fichier informatique à plusieurs collaborateurs, il lui avait été répondu qu'il s'agissait d'un scénario parmi d'autres, son obligation de discrétion lui étant alors également rappelée. T_____ avait le statut de représentant du personnel désigné par les syndicats signataires. Certaines activités avaient été enlevées à T_____ pour être transmises à d'autres collaborateurs, cela en raison du projet de réduction du personnel. Lors du licenciement, T_____ avait été immédiatement libéré de son obligation de travailler parce qu'il avait voulu transférer des fichiers informatiques chez lui.

De manière générale selon E_____ SA, dix employés avaient été ou transférés à une autre entité du groupe ou licenciés entre 2005 et 2006. Comme aucun poste n'était disponible, aucune proposition de remplacement n'avait pu être faite à T_____.

o) Les premiers juges ont entendu deux témoins qui ont expliqué ce qui suit :

- M_____, secrétaire syndicale, a expliqué avoir participé aux négociations visant à la conclusion d'une nouvelle convention collective pour le Groupe Laiterie Réunies. Les discussions s'étaient avérées difficiles et certains accords conclus n'avaient pas été respectés. E_____ SA avait annulé une réunion paritaire laquelle avait néanmoins eu lieu, ce dont la direction avait eu connaissance pour avoir aperçu les délégués dans la cafétéria de l'entreprise. T_____ avait été licencié le lendemain, ce qui avait eu pour effet d'annihiler la représentation du personnel et d'affaiblir le processus de négociation. Cette résiliation faisait partie du processus de restructuration des L_____ en cours aujourd'hui encore.
- R_____, magasinier au service de E_____ SA depuis 1990, a expliqué s'occuper des rentrées marchandises et de l'ordonnancement, fonctions occupées auparavant par T_____. Seule une partie des tâches de ce dernier lui avaient été transmises, les autres étant réparties entre divers collaborateurs. Le début de l'année 2006 avait été une période difficile, le travail augmentant un peu actuellement. Six ou sept collaborateurs avaient été licenciés.

p) Sous le titre "Les L_____ boivent du petit lait", la Tribune de Genève du 22 mars 2007 a indiqué ce qui suit s'agissant de la situation financière de E_____ SA et du groupe des L_____ :

"Le groupe agroalimentaire L_____ Genève (L____) a connu un exercice «positif» en 2006. Le chiffre d'affaires consolidé a progressé de 3,3% à 326 millions de francs et le cash-flow a crû de 46% à 7 millions de francs.

«La croissance a été soutenue dans tous les secteurs d'activité», ont indiqué aujourd'hui les L____. Le pôle produits carnés a enregistré une progression de 4,3% à 100,5 millions. Les ventes de produits laitiers ont progressé de 2,9% à 96,4 millions et celles des produits de négoce (service frais) de 2,8% à 129,1 millions.

Développer l'export

«Notre stratégie consiste à la fois à renforcer nos positions dans les secteurs où nous excellons, comme les desserts et les fromages, et à rechercher des opportunités de développement notamment à l'export», a commenté B____, président du conseil d'administration. L'objectif de chacune des filiales est «de gagner des parts de marché». Le pôle produits laitiers est composé des sociétés N_____ (+ 5,2%) et V____. Il contribue à 29,5% du chiffre d'affaires total.

Le pôle produits carnés participe à hauteur de 30,8% aux ventes consolidées. Il est constitué des sociétés D_____ dans la charcuterie et _____ dans la viande fraîche. Selon les L____, «les synergies déployées au sein du pôle carné, avec la spécialisation, a permis une croissance importante des volumes et du chiffre d'affaires».

Expansion continue

Le pôle produits de négoce (service frais) est composé des sociétés E_____ et O____. Il contribue à 39,6% des ventes totales.

Le groupe relève que E_____ a consolidé son positionnement en Suisse romande. Par ailleurs, O_____ continue son essor «en couvrant le territoire suisse et en occupant des niches». Ainsi, après une prise de participation dans F_____ (VS) en 2005, la société a racheté M_____ à Spreitenbach (AG).

Enfin, le pôle logistique constitué autour de T_____ (T____), affiche une progression «exceptionnelle» de 21%. Cette croissance s'explique notamment par l'élargissement de la clientèle internationale. En 2006, le groupe a simplifié ses structures avec la mise en place d'une nouvelle direction générale. Au 31 décembre 2006, l'effectif s'établissait à 681 collaborateurs, 4% de plus qu'en 2005".

C. L'appelant conclut à l'annulation du jugement du Tribunal des prud'hommes et à la condamnation de l'intimée à lui verser fr. 30'300.- avec intérêts de 5% dès le 13 juin 2006, indemnité correspondant à six mois de salaire.

Il reproche aux premiers juges d'avoir retenu qu'il ne pouvait plus être considéré comme le représentant élu des travailleurs en raison du vide conventionnel existant depuis le 1^{er} janvier 2006. Pour l'appelant, cette opinion ne peut être suivie dans la mesure où il est établi qu'après l'échéance de la convention collective, la délégation syndicale à laquelle il appartenait a continué d'exercer ses fonctions, notamment dans le but de négocier une nouvelle convention collective. L'appelant relève encore qu'il ne saurait être contesté qu'au moment de son licenciement, il exerçait une activité syndicale.

L'appelant reproche en second lieu aux premiers juges d'avoir considéré que son poste avait été supprimé pour des motifs de restructuration économique. Selon l'appelant, le juge doit également vérifier la réalité du motif économique du congé lorsque ce motif est invoqué pour tenter de justifier le licenciement d'un délégué syndical. Toujours selon l'appelant, le témoignage de R_____ montre que ce dernier a repris l'essentiel des tâches qui lui étaient confiées précédemment.

L'appelant reproche encore au Tribunal des Prud'hommes d'avoir recherché un autre motif de licenciement que celui invoqué par l'intimée. Il soutient que les griefs retenus par les premiers juges ne sont pas la cause du licenciement dès lors qu'ils avaient fait l'objet d'un avertissement et qu'aucun fait similaire ne s'était produit entre l'avertissement et le licenciement.

- D.** L'intimée conclut au déboutement de l'appelant et à la confirmation du jugement dont elle approuve entièrement les conclusions. L'intimée confirme en particulier la coïncidence des dates entre la réunion syndicale et le licenciement, puisque l'appelant « *s'y attendait depuis plusieurs semaines en raison des autres licenciements économiques* ».
- F.** La Cour a procédé à l'audition des parties qui ont persisté dans leurs conclusions respectives et expliqué ce qui suit.
- a) T_____ ne conteste pas qu'au moment de son licenciement un processus de restructuration était en cours dans l'entreprise intimée. Il précise cependant que

pour lui il ne ressort pas de la procédure que la situation économique de E_____ SA justifiait les licenciements envisagés.

T_____ indique qu'en date du 6 février 2007, la Chambre des relations collectives de travail à Genève a rendu une décision contre une des sociétés du groupe auquel appartient E_____ SA qui montre que la volonté du groupe des L_____ était d'écarter les syndicats UNIA et SIT de la négociation des conditions de travail. La Chambre enjoint à cette société du groupe de négocier les conditions de travail avec ces deux syndicats.

T_____ explique qu'à sa connaissance avant son licenciement seuls des chauffeurs de la plate-forme « entrepôt » ont été transférés à une autre société du groupe. Cette autre société les a contacté pour leur dire qu'ils allaient être licenciés de E_____ SA et qu'ils pourraient être réengagés à des conditions comparables ou meilleures.

A la suite de son licenciement, T_____ est resté au chômage jusqu'au 1^{er} décembre 2006. Il a perçu des indemnités de chômage en France représentant 57% de son salaire suisse. Depuis le 1^{er} décembre 2006, il a retrouvé un travail en France pour un salaire mensuel inférieur d'environ € 1'000.-.

T_____ a finalement expliqué que lors de l'entretien de licenciement, H_____ et C_____ lui ont indiqué qu'il n'y avait pas d'autres motifs de licenciement que des raisons économiques. Aucun motif disciplinaire n'a été invoqué lors de cet entretien.

b) H_____ a expliqué pour E_____ SA que la pièce n° 1 jointe à la réponse de E_____ SA du 3 août 2006 justifie les licenciements envisagés. Selon lui, ce document a été établi par C_____ le 3 août 2006 en même temps que la réponse à la demande en paiement déposée par T_____ au Tribunal de Prud'hommes. Toujours selon H_____, c'est également C_____ qui a préparé le document joint en pièce 6 du chargé de T_____ au Tribunal de prud'hommes. Ce document présente des scénarii – parmi d'autres – en septembre 2005. H_____ ignore si l'évaluation de la situation économique que ce document contient a fait l'objet de discussions au niveau du conseil d'administration du groupe ou si cette

évaluation a fait l'objet d'un contrôle ultérieur. Il explique que lui-même n'avait pas accès à cette pièce qui était confidentielle.

H_____ explique aussi que le comité de direction a pris la décision de licencier une dizaine de collaborateurs de E_____ SA. Il précise qu'aucun document versé à la présente procédure opposant E_____ SA à T_____ n'indique de quelle manière la réduction de la masse salariale figurant sur la pièce n° 1 versée par E_____ SA devait être opérée entre les licenciements, les départs naturels ou les transferts. Il n'y a pas davantage de document fixant quel collaborateur devait être licencié prioritairement. Selon lui, il n'existe pas de tels documents au sein de E_____ SA.

H_____ explique encore que E_____ SA occupait environ septante collaborateurs au moment de l'élaboration de la pièce n° 6 versée par T_____. Il indique aussi qu'une partie des collaborateurs d'alors ont été transférés à d'autres entités du groupe. Aujourd'hui, E_____ SA occupe une cinquantaine de collaborateurs. Il ignore combien de collaborateurs ont été transférés. Il ignore également si d'autres collaborateurs que T_____ ont été licenciés en même temps que celui-ci. H_____ pense qu'il avait été envisagé que la moitié de l'effort de réduction du personnel serait effectuée par les départs volontaires. Il ne sait pas combien de collaborateurs ont été licenciés dans le cadre de la restructuration. Selon son souvenir, il n'y pas eu de procédure mise en place concernant la répartition entre les départs naturels et les licenciements, étant précisé que H_____ est le responsables des ressources humaines des huit entités du groupe de sociétés. H_____ explique que les choses étaient parfaitement claires : sur la base du document versé en pièce n° 1 du chargé de E_____ SA il fallait réduire des frais de personnel. L'une des mesures consistait à supprimer un échelon hiérarchique. Il connaît cette mesure, il ne connaît pas les autres mesures envisagées.

H_____ explique encore que la plate-forme « entrepôt » dans laquelle travaillait T_____ employait une quarantaine de collaborateurs, dont un chef de plateforme, deux chefs d'équipe, des magasiniers et des préparateurs de commandes. Toujours selon lui, la direction a décidé de supprimer un échelon hiérarchique dans les entrepôts, le chef d'équipe. Cette décision lui a été

communiquée oralement. E_____ SA a commencé par transférer des chauffeurs de plate-forme à une autre entité du groupe. H_____ ignore combien de collaborateurs de la plate-forme « entrepôts », hormis T_____, ont été licenciés sans être réengagés par une autre entité du groupe. L'autre chef de groupe a été affecté à d'autres tâches au sein de E_____ SA. H_____ ignore si ce collaborateur a vu son salaire diminuer. Il ignore également depuis combien de temps cet autre collaborateur travaillait pour E_____ SA et s'il avait des charges de famille.

H_____ a encore expliqué qu'il n'avait jamais vu le document imprimé sur papier à entête E_____ intitulé « LISTE DES TACHES – Responsable arrivage – Titulaire du poste : T_____ » versée en pièce n° 3 du chargé de T_____ au Tribunal des prud'hommes. Après lecture de ce document, H_____ confirme qu'il s'agit bien de la description des tâches de T_____ au service de E_____. Il explique aussi que les tâches confiées à R_____ après le départ de T_____ différaient de celles accomplies par ce dernier sans qu'il puisse expliquer quelles tâches n'ont pas été reprises par R_____. Finalement, selon H_____, R_____ n'a pas repris les tâches que celui-ci a décrites lors de son audition du 19 septembre 2006.

H_____ a indiqué que E_____ SA n'avait pas transféré T_____ dans une autre société du groupe en raison de l'absence de poste disponible pour lui. E_____ SA a toutefois encouragé T_____ à faire des offres à la société N_____. Selon la procédure en vigueur au sein du groupe, c'est au collaborateur concerné de faire des offres dans les sociétés du groupe. Selon lui, à l'occasion de chaque licenciement, l'entreprise recherche les possibilités de reclassement au sein du groupe soit pas courrier soit par mail soit encore par contacts directs. Dans le cas de T_____, ces démarches ont été effectuées par contacts oraux auprès de T_____.

H_____ considère que les raisons économiques et de restructuration justifiant la suppression du poste de T_____ sont établies par la pièce n° 1 versées à la procédure par E_____ SA et par la pièce n° 6 du chargé de T_____ au Tribunal des prud'hommes.

H_____ a encore indiqué que le licenciement a été prononcé en raison de la situation économique de l'entreprise. Il ajoute que, comme relevé par les premiers juges, le licenciement a aussi été prononcé pour des motifs de discipline qui n'auraient pas été mentionnés dans la lettre de licenciement pour ne pas pénaliser l'appelant. Il a finalement confirmé que l'appelant travaillait au sein de l'entreprise depuis 1987 et qu'en dix-huit ans de collaboration il n'y avait eu aucun problème hormis ceux ayant fait l'objet de l'avertissement du 9 décembre 2005 et des difficultés relationnelles avec ses collègues de travail à la suite de sa promotion pour laquelle l'intimée a offert une formation de management de personnes et de conduite d'une équipe à l'appelant.

- G.** Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée dans la partie "en droit" ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. Déposé selon la forme et le délai prescrits par l'article 56 de la Loi sur la juridiction des Prud'hommes (LJP), l'appel est formellement recevable.

2. L'appelant réclame enfin fr. 30'300.- à titre d'indemnité pour licenciement abusif. Il invoque l'application de l'article 336 alinéa 1 lettres b CO.

2.1 Selon l'art. 336b, la partie qui entend demander l'indemnité fondée sur les articles 336 et 336a doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé (al. 1), si l'opposition est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir le rapport de travail, la partie qui a reçu le congé peut faire valoir sa prétention à une indemnité. Elle doit agir par voie d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption (al. 2).

2.2 En l'espèce, les conditions de forme exigées par l'art. 336b CO ont été respectées par l'appelant, puisque ce dernier a contesté son congé - signifié le 15 février 2006 avec effet au 31 mai 2006 et qu'il a déposé sa demande en justice dans le délai de 180 jours, soit le 13 juin 2006.

2.3 Selon le principe énoncé à l'art. 335 al.1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. Ce droit fondamental de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat (ATF 127 III 88) est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO).

L'art. 336 CO contient une énumération exemplaire, et non exhaustive, des situations de fait considérées comme des résiliations abusives. Le fardeau de la preuve du caractère abusif de la résiliation incombe à la partie dont le contrat a été résilié (art. 8 CC ; ATF 121 III 60, JT 1986 I 47, 49). L'énumération prévue dans la loi n'est pas exhaustive (cf. ATF 125 III 70 consid. 2a; 123 III 246 consid. 3b).

Elle concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit et en aménage les conséquences juridiques pour le contrat de travail. D'autres situations constitutives de congé abusif sont donc ainsi admises par la pratique (REHBINDER/PORTMANN, Commentaire bâlois, N 22 ss ad art. 336 CO). Elles doivent toutefois comporter une gravité comparable aux cas expressément mentionnés à l'art. 336 CO (arrêt 4C.174/2004 précité, consid. 2.1 et les arrêts cités).

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 (ATF 118 II 157 consid. 4b/bb p. 166 confirmé in ATF 125 III 70 consid. 2b). Lorsqu'une partie résilie de manière légitime un contrat, elle doit exercer son droit avec des égards. Elle ne peut en particulier jouer un double jeu, contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi (ATF 125 III 70 consid. 2b; 118 II 157 consid. 4b/cc p. 167).

Il faut souligner que l'interdiction de l'abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC réprime bien davantage que de simples chicanes; elle ne suppose en revanche pas que celui qui abuse de son droit ait l'intention de nuire ni que le procédé utilisé soit lui-même immoral (MAYER-MALY, Commentaire bâlois, éd. 1996, N 8 ad art. 2 CC). Il peut ainsi y avoir abus de droit en cas de disproportion évidente des intérêts en présence, en particulier lorsque la norme applicable a justement pour but de mettre en place une certaine balance des intérêts (Merz, Commentaire bernois, N 371 ss ad art. 2 CC). Tel est le cas de l'art. 336 CO, dès lors que la résiliation abusive du contrat de travail exprime une limitation légale à la liberté contractuelle de celui qui met fin au contrat, afin de protéger le cocontractant qui a, pour sa part, un intérêt au maintien de ce même contrat (VISCHER, Commentaire zurichois, N 2 ad art. 336 CO). L'idée sous-jacente est avant tout d'offrir une protection sociale au salarié licencié abusivement, dès lors que la protection du congé n'a pas de portée pratique pour l'employeur (Vischer, op. cit., N 4 ad art. 336 CO; REHBINDER, Commentaire bernois, N 3 ad art. 336 CO).

Hormis les cas de disproportion des intérêts, l'abus peut aussi résulter de l'exercice d'un droit contrairement à son but (BAUMANN, Commentaire zurichois, N 354 ad art. 2 CC; Merz, Commentaire bernois, N 316 ad art. 2 CC). Pour déterminer

quel est le but poursuivi par une disposition légale, il convient notamment de tenir compte des intérêts protégés. Chacun peut s'attendre à ce que les droits dont il doit supporter l'exercice n'aillent pas à l'encontre du but visé par la disposition légale qui les met en œuvre (MERZ, op. cit., N. 51 ad art. 2 CC; MEIER-HAYOZ, Commentaire bernois, N 192 ss ad art. 1 CC). Sous cet angle également, l'intérêt légitime du salarié au maintien du contrat doit donc être pris en compte lors de l'examen du caractère abusif du congé donné par l'employeur.

3. L'appelant fait valoir que le congé est abusif pour avoir été donné en violation de l'article 336 al. 2 lit. b CO.

3.1 Cette disposition protège le travailleur qui est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise (ZOSS, La résiliation abusive du contrat de travail, Lausanne, 1997, p. 238), de manière à ce qu'il puisse exercer son mandat de la manière la plus efficace possible (NORDMANN, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Helbing & Lichtenhahn, 1998, p. 130).

La période de protection s'étend de l'instant où le travailleur est élu en qualité de représentant des travailleurs et cesse lorsque ce mandat prend fin (NORDMANN, op. cit., p. 133). La durée du mandat se détermine quant à elle en fonction des conventions collectives de travail et des règlements d'entreprise pour les membres d'une commission d'entreprise et d'après le règlement de fondation ou les statuts pour les représentants des travailleurs au sein d'une institution liée à l'entreprise (ZOSS, op. cit., p. 239).

Un licenciement prononcé juste avant l'élection d'un travailleur comme représentant de ses collègues ou après la fin du mandat en raison de l'activité exercée antérieurement dans le cadre de la représentation des travailleur ne tombe pas sous le coup de l'art. 336 al. 2 let. b CO, mais devrait être considéré comme abusif, en application de l'art. 2 al. 2 CC.

3.2 Constitue une commission d'entreprise ou une institution liée à l'entreprise toute commission au sein de laquelle, seul ou à plusieurs, des travailleurs

accomplissent une activité de représentation de leur collègue dans l'entreprise et les institutions qui lui sont liées, par exemple : commission de négociation ou de travail, comité de sécurité, conseil de la fondation de prévoyance (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, ad n° 10 art. 336).

3.3 A teneur de l'art. 3 de la loi fédérale sur la participation, dans les entreprises occupant au moins cinquante travailleurs, ceux-ci peuvent élire parmi eux des représentants, regroupés en une ou plusieurs représentations. Aux termes de l'art. 12, l'employeur n'a pas le droit d'empêcher les représentants des travailleurs d'exercer leur mandat. Il ne doit pas défavoriser les représentants des travailleurs, pendant ou après leur mandat, en raison de l'exercice de cette activité. Cette protection est aussi étendue aux personnes se portant candidates à l'élection dans une représentation des travailleurs.

3.4 C'est à l'employeur qu'il incombe d'apporter la preuve d'un motif justifié de résiliation, l'art. 336 al. 2 let. b impliquant un renversement du fardeau de la preuve (JAR 1992 p. 234 ; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5^{ème} édition, Zurich 1993, n° 12, ad. art. 336 ; WILLER, Droit du travail, Berne 2002, p. 407). C'est au juge qu'il appartient d'apprécier, de cas en cas et au vu de l'ensemble des circonstances, si le licenciement était fondé sur un motif.

Pendant la durée du mandat du travailleur, l'effet causal de celui-ci sur le congé est donc présumé et il incombe dès lors à l'employeur qui désire se séparer d'un travailleur membre de la commission d'entreprise d'apporter la preuve de l'existence d'un motif justifié de résiliation ainsi que la preuve que ce congé ait été effectivement donné pour ce motif-là (JAR 1998 p. 199). Est un motif justifié de résiliation celui qui, pour un employeur raisonnable et pondéré, ne permet pas d'éviter l'ultime solution que représente le licenciement, sans pour autant qu'il suffise à justifier une résiliation immédiate (JAR 1992 P. 234 ; FAVRE / MUNOZ / TOBLER, Le contrat de travail, Code annoté, Lausanne 2001, n° 2 point 6 ad. art. 336).

3.5 La jurisprudence a admis que des motifs purement objectifs tels que des difficultés économiques dans l'entreprise peuvent justifier le licenciement d'un représentant des travailleurs (RSJ 91 (1995.116 ; JU-TRAV 1993 P. 38). Le juge ne peut cependant se borner à se référer aux difficultés générales de la branche économique considérée mais doit rechercher d'office si la situation concrète de l'entreprise justifiait, à tout le moins, de manière prépondérante, une telle mesure (JAR 1996 p. 198). Un motif économique peut ainsi suffire à motiver le congé mais l'employeur devra prouver que c'est bien ce motif qui a donné lieu à la résiliation (DUC/SUBILIA, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998 p. 414 ; JAR 1995 p. 154). Le but de l'art. 336 al. 2 let. b CO est d'éviter que l'appartenance à une commission d'entreprise puisse donner lieu à un licenciement et non d'offrir aux militants syndicaux une protection contre les congés plus étendue que celle garantie aux autres travailleurs (DUC/SUBILIA, op. cit., p. 414). Du même avis, Aubert soutient que lorsqu'un représentant élu des travailleurs est licencié pour un motif économique, le juge pourra vérifier la justification du congé. Pour s'assurer que le motif économique ne constitue pas simplement un prétexte, il se demandera si l'employeur a effectivement supprimé le poste (AUBERT, Commentaire romand, 2003, n. 13 ad art. 336 CO).

D'un avis différent, BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ soutiennent qu'un motif d'ordre économique ne peut en aucun cas constituer un motif justifié au sens de cette disposition car c'est justement dans ce cas que la représentation des travailleurs doit pouvoir jouer efficacement son rôle de défense des intérêts de l'ensemble des travailleurs victimes de restructuration. Selon ces auteurs, c'est à l'employeur qu'il appartient de trouver des solutions alternatives au licenciement d'un membre de la représentation des travailleurs (Commentaire du contrat de travail, op.cit.).

Dans une jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a précisé que l'art. 336 al. 2 lettre b CO n'interdit pas un licenciement pour des raisons économiques, dès lors que la résiliation n'a aucun lien avec l'activité de représentant élu des travailleurs. Il n'est pas nécessaire que l'employeur établisse clairement que la mauvaise marche des affaires le contraint à une restructuration. Poser une telle exigence l'empêcherait de prendre des mesures préventives face à la perspective d'une détérioration de ses affaires. L'opinion de certains auteurs,

(BRUNNER/BÜHLER/-WAEBER/BRUCHEZ, op. cit., n. 10 ad art. 336 CO), qui soulignent la nécessité d'assurer une protection efficace des travailleurs en cas de difficultés économiques et excluent qu'un motif économique puisse justifier le renvoi d'un représentant élu ne peut être suivie. Une protection excessive des représentants élus pourrait se révéler préjudiciable aux autres travailleurs car l'employeur pourrait, dans certaines situations, être contraint de renoncer aux mesures les plus efficaces, si celles-ci touchaient les représentants des travailleurs et devoir procéder à la suppression d'autres emplois, qui concerneraient peut-être davantage de personnes. Le renversement du fardeau de la preuve, obligeant l'employeur à prouver qu'il avait un juste motif de résiliation, ne peut le contraindre à procéder préalablement à des mesures de restructuration au détriment d'autres travailleurs (arrêt du Tribunal fédéral du 10 juillet 2007 - 4C.89/2007).

4. 4.1 En l'occurrence, l'appelant a été licencié le 15 février 2006, soit après la fin de la CCT. A cette date, l'appelant ne faisait plus partie, *stricto sensu*, de la commission paritaire professionnelle prévue par ladite convention collective et, par là, ne bénéficiait plus de la protection prévue à l'art. 336 al. 2 let. b CO.

Toutefois, l'appelant était toujours un représentant désigné par UNIA pour représenter les travailleurs de l'entreprise dans le cadre des négociations d'une nouvelle convention collective. A ce titre, il bénéficiait de la protection de l'art. 2 al. 2 CC et 12 de la loi fédérale sur la participation.

Il en découle qu'il appartenait à l'intimée d'apporter la preuve que le licenciement était fondé sur un motif justifié.

4.2 Selon l'intimée, le licenciement de l'appelant se fonde sur des « *raisons purement économiques* » ayant entraîné la suppression du poste de appelante. Toujours selon elle, ces raisons purement économiques seraient établies par sa pièce n° 1 versée à la procédure le 3 août 2006 avec sa réponse à la demande de T_____ et par la pièce n° 6 du chargé de T_____ au Tribunal des prud'hommes.

S'agissant de la pièce n° 1 de son chargé aux premiers juges, l'intimée a expliqué que ce document avait été établi par C_____ le 3 août 2006 dans le cadre de la réponse à la demande en paiement de l'appelant devant les juridictions des prud'hommes. Ce document intitulé « Evolution du chiffre d'affaires E_____ 2005-2006 » et établi sur papier sans entête, n'est ni daté ni signé. Il fait état d'une diminution du chiffre d'affaires annuel réel en 2005 et du chiffre d'affaires budgété en 2006 et des frais du personnel. Il ne donne aucune indication sur une réorganisation de l'entreprise et sur d'éventuelles mesures de réduction du personnel en 2006.

S'agissant de la pièce n° 6 du chargé de l'appelant devant les premiers juges, le représentant de l'intimée, responsable du personnel, a expliqué qu'il n'en avait pas connaissance, ce document étant destiné au conseil d'administration. Il a aussi indiqué que ce document présentait « *des scenarii parmi d'autres* ». Ce document de trois pages, daté du 15 septembre 2005, contient, en première page, un tableau de la situation 2005/2006. La ligne « Effectif » de ce tableau mentionne pour 2005 70 collaborateurs et, pour 2006, 52 collaborateurs ce qui a amené l'appelant à considérer que l'intimée envisageait une réduction des effectifs de 18 collaborateurs. En page 3 de ce document sous la rubrique « S'adapter aux conditions du marché », il est indiqué « *accentuer le redimensionnement de l'activité (Hommes, outils, méthodes, assortiment, portefeuille clients)* ».

S'agissant de la réorganisation de l'intimée, son représentant n'a pas été en mesure d'indiquer combien de collaborateurs ont été licenciés 2005/2006 dans le cadre de cette réorganisation et combien de collaborateurs avaient été transférés à d'autres entités du groupe. Selon son souvenir, il n'y pas eu de procédure mise en place concernant la répartition entre les départs naturels et les licenciements.

Le représentant de l'intimée a aussi expliqué à la Cour que les choses étaient parfaitement claires sur la base du document versé en pièce n° 1 le 3 août 2006 : il fallait réduire les frais de personnel, une des mesures était de supprimer l'échelon hiérarchique de l'appelant. Il a encore expliqué qu'il ne connaissait pas d'autres mesures.

Le représentant de l'intimée a en outre confirmé à la Cour que le document imprimé sur papier à entête de E_____ intitulé « LISTE DES TACHES – Responsable arrivage – Titulaire du poste : T_____ » versée en pièce n° 3 du chargé de T_____ au Tribunal des prud'hommes correspondait bien, à la description des tâches de T_____ au service de E_____.

Tout en se déclarant ne pas être en mesure d'indiquer en quoi les tâches confiées à R_____ après le départ de T_____ différaient de celles accomplies par ce dernier, le représentant de l'intimée a soutenu que les tâches confiées à celui-là n'étaient pas les mêmes que celles confiées à celui-ci.

R_____ a quant à lui indiqué devant les premiers juges qu'il accomplissait *grosso modo* les tâches qui figuraient sur le cahier des charges de l'appelant en précisant toutefois que c'était Q_____ qui s'occupait de la gestion des collaborateurs. Il a aussi indiqué que le poste de l'appelant n'avait pas été supprimé et que les tâches dont il s'occupait avaient été réparties entre divers collaborateurs.

Il découle de ce qui précède que l'intimée, qui avait le fardeau de la preuve, n'a pas établi de manière probante que le licenciement de l'appelant reposait sur des motifs purement économiques. La pièce n° 1, établie pour les besoins de la procédure, qui n'est au surplus ni signée, ni datée, ne saurait, comme l'a soutenu le représentant de l'intimée devant la Cour, fonder la restructuration dès lors qu'elle a été établie après le licenciement de l'appelant pour les besoins de la procédure prud'homale.

Il en va de même de la pièce 6 produite par l'appelant qui, aux dires mêmes de l'intimée, ne constituait qu'un des scénarii possible. Au surplus, l'intimée n'a fourni aucun élément sur la suite qui a été donnée par son conseil d'administration à ce scénario. Il ne ressort pas explicitement de ce document qu'une restructuration de l'entreprise est envisagée. Ce document évoque vaguement l'adaptation de l'entreprise aux conditions du marché en accentuant "*le redimensionnement de l'activité (Hommes, outils, méthode, assortiment, portefeuille client*" sans préciser si cette accentuation doit s'opérer par un redéploiement des différentes activités au sein des entités du groupe.

L'intimée n'a pas davantage produit de documents comptables audités duquel il ressortirait qu'elle se trouvait dans une situation financière justifiant une réduction de son personnel. Par ailleurs et enfin, les résultats 2006 du groupe auquel appartient l'intimée, tels qu'ils ont été communiqués au media par celui-ci, ne corroborent pas la situation décrite dans les pièces n°1 et 6 précitées.

De son côté, l'appelant a établi que son licenciement est intervenu le lendemain d'une réunion prévue entre la direction de l'intimée et les délégués syndicaux, dont l'appelant, à la suite de la dénonciation par l'intimée de la convention collective, étant précisé que cette réunion a été annulée au dernier moment par la direction de l'intimée et que les délégués syndicaux se sont alors réunis de leur côté.

Il a aussi établi, sans être contredit par l'intimée, que les dirigeants du groupe dont font partie l'intimée, et dont H_____ dirigeait le personnel, a cherché à la même période à évincer les représentants d'UNIA, auquel appartient l'appelant, et du SIT des négociations sur les conditions de travail dans l'entreprise, ce qui a été sanctionné par la Chambres des relations collectives de travail à Genève en date du 6 février 2007.

En ce qui concerne la suppression du poste de l'appelant, la Cour retiendra du témoignage de R_____, dont la ré-audition n'a pas été sollicitée en appel par l'intimée, qu'il avait pour l'essentiel repris les tâches précédemment confiées à l'appelant à l'exception de quelques tâches qui ont été reprises par d'autres collaborateurs.

S'agissant enfin de l'incident à l'origine du mémorandum du 9 décembre 2005, l'intimée n'a jamais indiqué, avant la procédure d'appel, qu'il avait joué un quelconque rôle dans sa décision de licencier l'appelant. Il ne saurait dès lors constituer un motif justifiant le licenciement.

Au vu de ce qui précède, la Cour retiendra que l'intimée n'a ni établi que le licenciement de l'appelant était motivé de manière prépondérante par des pures raisons économiques ni démontré que le poste de ce dernier avait été supprimé.

Dans ces circonstances, le congé notifié à l'appelant le 15 février 2006 doit être tenu pour abusif

- 5. 5.1** A teneur de l'art. 336a CO, la partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité (al. 1). L'indemnité est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances ; toutefois, ne peut dépasser le montant de six mois de salaire du travailleur (al. 2).

Le montant de l'indemnité de l'art. 336a al. 1 CO est fixé librement par le juge, compte tenu de toutes les circonstances, parmi lesquelles figurent notamment la situation sociale et économique des deux parties, la gravité de l'atteinte à la personnalité de la partie congédiée, l'intensité et la durée des relations de travail antérieures au congé, la manière dont celui-ci a été donné, ainsi que la faute concomitante du travailleur ; aucun de ces facteurs n'est décisif en lui-même (ATF 123 III 391 consid. 3b/bb; 121 III 64 consid. 3c; 120 II 243 consid. 3e p. 248; 119 II 157 consid. 2b p. 161). L'indemnité, qui ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur, a une double finalité, punitive et réparatrice et s'apparente à une peine conventionnelle (ATF 123 III 391 consid. 3c). Elle ne fait pas partie du salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS et les cotisations sociales ne sont pas dues (ATF 123 V 5).

5.2 Sauf circonstances particulières, l'indemnité est due dans tous les cas de licenciement abusif (ATF 121 III 64 consid. 3c p. 68; 120 II 243 consid. 3e p. 247; 116 II 300 consid. 5a), même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage (ATF 123 III 391), l'allocation étant la règle et le refus l'exception (ATF 121 III 64, c. 3c ; ATF 120 II 243 c. 3e). Les exceptions doivent être fondées sur les circonstances de chaque cas particulier; elles supposent l'absence de faute de l'employeur ou d'autres motifs qui ne sauraient être mis à sa charge (ATF 116 II 300 consid. 5a).

5.3 Qu'il s'agisse du principe ou de la quotité de cette indemnité, le juge possède, de par la loi (art. 4 CC), un large pouvoir d'appréciation, qui conduit le Tribunal fédéral à ne substituer sa propre appréciation à celle de l'instance inférieure

qu'avec une certaine retenue. Il n'interviendra que si la décision s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle ou encore lorsqu'elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; il sanctionnera en outre les décisions rendues en vertu d'un tel pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (ATF 121 III 64 consid. 3c; 119 II 157 consid. 2a in fine; 118 II 50 consid. 4 p. 55 s.; ATF 116 II 145 consid. 6a p. 149).

5.4 En l'occurrence, l'appelant travaillait au sein de l'entreprise intimée depuis plus de dix-neuf ans au moment où est intervenue la résiliation du contrat de travail. Il a été plus de six mois au chômage après son licenciement. Il est âgé de 44 ans.

Compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce, en particulier des difficultés de réinsertion professionnelle rencontrées par l'appelant, de son âge et de la durée des rapports de service, la Cour fixe à fr. 15'000.- le montant dû par l'intimée à l'appelant à titre d'indemnité pour congé abusif.

Le jugement sera modifié en ce sens.

6. La valeur litigieuse de la présente cause étant supérieure à 30'000 fr., il se justifie de condamner l'intimée qui succombe à rembourser à l'appelant l'émolument d'appel dont il s'est acquitté, soit 440 fr.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 2,

A la forme

Reçoit l'appel déposé par contre le jugement du Tribunal des Prud'hommes du 1^{er} décembre 2006 et notifié aux parties le 4 décembre 2006 en la cause n° C/14602/2006-2.

Au fond

Annule ledit jugement.

Et statuant à nouveau

Condamne E_____ SA à payer à T_____ le montant net de fr. 15'000.-, avec intérêts à 5% l'an dès le 13 juin 2006

Condamne E_____ SA à rembourser à T_____ 440 fr. correspondant à l'émolument d'appel

Déboute les parties de toute autre conclusion.

La greffière de juridiction

Le président