



E____
Dom. élu : Me Marlène PALLY
Route du Grand-Lancy 12
1212 Grand-Lancy

Hoirie A____
Dom. élu : Me Nathalie LANDRY
Rue des Eaux-Vives 23
Case postale 6384
1211 Genève 6

Partie appelante

Partie intimée et appelante incidente

T____
Dom. élu : Me Niki CASONATO
Quai Gustave Ador 2
1207 Genève

CAISSE CANTONALE GENEVOISE
DE CHOMAGE
Rue de Montbrillant 40
Case postale 2293
1211 Genève 2

SERVICE DES MESURES
CANTONALES SMC
Rue Alexandre-Gavard 28
Case postale 1476
1227 Carouge

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 28 septembre 2010

M. Guy STANISLAS, Président

MM. Eric MULLER et Jean-Charles RUCKSTUHL, juges employeurs

MM. Max DETRUCHE et Giampaolo BARONCINI, juges salariés

Mme Eleanor MCGREGOR, greffière d'audience

EN FAIT

A. Par jugement du 25 février 2009, le Tribunal des prud'hommes a condamné solidairement E___ et l'hoirie A___ à verser à T___ la somme brute de Fr. 40'503.45, plus intérêts, sous déduction des sommes de Fr.2'041.60 et Fr. 119.40 dues à la Caisse cantonale genevoise de chômage et au Service des mesures cantonales. Par le même jugement, le Tribunal des prud'hommes a condamné conjointement et solidairement E___ et l'hoirie A___ à verser à la Caisse cantonale genevoise de chômage, respectivement au Service des mesures cantonales, les sommes nettes de Fr. 2'041.60 et Fr. 119.40 aux deux institutions qui étaient intervenues dans la procédure.

A l'appui de sa décision, le Tribunal des prud'hommes a considéré que E___ et son ex-épouse, feu A___, étaient les deux employeurs de T___ qui avait travaillé en qualité de serveuse dans l'entreprise individuelle à l'enseigne « Le B___ ». Les premiers juges ont considéré que l'employée était légitimée à réclamer le paiement de son salaire jusqu'à l'échéance de son préavis (Fr. 18'800.-) dès lors qu'elle disposait d'un juste motif pour avoir mis fin à la relation de travail avec effet immédiat ; ils ont retenu que l'employée avait droit à un solde de vacances non prises et ont condamné de ce chef les employeurs à payer la somme de Fr. 2'103.45 ; enfin, ils ont mis l'employé au bénéfice de l'article 339b CO et ont condamné les employeurs à lui verser une indemnité de départ, à titre de longs rapports de services, correspondant à huit mois de salaire (Fr. 25'600.-).

B. A l'encontre de ce jugement notifié le 5 mars 2009, E___ interjette appel au greffe de la Cour d'appel des prud'hommes selon acte du 6 avril 2009. A l'appui de son appel, E___ conteste sa légitimation passive pour connaître des réclamations de T___ et relève que sa qualité de détenteur de la patente n'impliquait pas qu'il fût l'employeur de la travailleuse. Sur le fond, il conteste les prétentions invoquées par T___ indiquant notamment que l'employée prélevait directement son salaire dans la caisse de l'établissement.

- C. Par mémoire du 6 juillet 2009, T___ a conclu à la confirmation du jugement entrepris en ce qui concerne les condamnations prononcées à l'encontre de E___ retenant notamment la qualité d'employeur de ce dernier.
- D. Par mémoire de réponse du 3 juillet 2009, l'hoirie A___ a conclu à l'annulation du jugement en tant qu'il la condamnait à verser à T___ les montants retenus dans le dispositif. A l'appui de son appel incident, l'hoirie A___ retient un défaut de légitimation passive pour connaître des réclamations de l'ancienne employée qui ne peuvent être formulées qu'à l'endroit de E___.

Par acte du 9 novembre 2009, E___ s'est opposé à l'appel incident.

- E. Il ressort de la procédure les faits pertinents suivants :
- a) E___ et A___ ont contracté mariage à Chancy, Genève, le 17 août 1962. Leur union a été dissoute par jugement de divorce prononcé par le Tribunal de première instance de Genève le 14 février 1991.
- b) Depuis leur union, les époux E___ et A___ ont exploité en commun l'hôtel-restaurant à l'enseigne « Le B___ » sis à Chancy, Genève. A compter du 4 mars 1963, E___ était inscrit au Registre du commerce en qualité de titulaire de l'entreprise individuelle à l'enseigne « Le B___ ». Il était également titulaire de la patente liée à l'exploitation de cet établissement.
- c) Au début des années 1970, T___, sœur de A___, a été employée de l'établissement « Le B___ » étant affectée plus particulièrement au service. Elle vivait sur place et était nourrie et logée. Son dernier salaire s'est élevé à Fr. 3'400.- net par mois, logement et nourriture en sus.

- d) En décembre 1980, les époux E___ - A___ se sont séparés, E___ ayant quitté Genève pour s'installer dans le sud de la France. En dépit de cette séparation, A___ a continué à s'occuper de l'exploitation de l'établissement « Le B___ », son époux l'assistant pour les formalités administratives. En sa qualité de titulaire de l'entreprise individuelle, E___ a délivré à son épouse, le 22 janvier 1981, une procuration individuelle lui permettant d'engager l'entreprise. A compter de cette date, A___ a ainsi été inscrite au Registre du commerce avec signature individuelle. A partir de la séparation, E___ a indiqué ne pas avoir perçu de sommes liées au bénéfice de l'exploitation de l'établissement et avoir reçu uniquement une somme de Fr. 1'000.-, ramenée à Fr. 800.-, à titre de mise à disposition de la patente.
- e) Les époux E___ - A___ ont divorcé selon jugement du Tribunal de première instance du 14 février 1991. Par convention de divorce du 12 octobre 1990, ratifiée par le jugement précité, E___ a cédé à A___ la moitié des droits qu'il détenait dans l'établissement « Le B___ », soit la moitié du fond de commerce et la moitié de l'immeuble. E___ restait titulaire de la raison individuelle, A___ agissant toujours sur la base de la procuration individuelle qui lui avait été confiée en 1981.
- f) Depuis 1991, les états financiers liés et l'exploitation de l'établissement ont été établis au nom de A___, les comptes commerciaux étant reportés dans sa déclaration fiscale.
- C___ s'occupait de la comptabilité de l'établissement, dressait le bilan du restaurant et remettait ensuite l'ensemble de cette documentation à E___.
- g) Après 1991, en sa qualité de titulaire de la patente, E___ a continué à superviser l'établissement qui était effectivement géré par son ex-épouse. Il avait ainsi divers contact avec les employés, les conditions liées à leur engagement et aux cotisations sociales étant toutefois réglées directement par son ex-épouse.

L'exploitation de l'établissement était assurée par A___ qui faisait tourner le restaurant avec l'aide de sa sœur T___, qui intervenait, sur les cartons remis à la clientèle, comme co-animatrice de l'établissement.

E___ a indiqué venir au restaurant tous les huit jours afin de régler les factures de l'établissement.

h) A___ est décédée en octobre 2003 et sa succession s'est ouverte à Genève.

Les héritiers de feu A___ sont, outre sa mère, quatre frères et trois sœurs, dont T___. La moitié du fond de commerce et la moitié de l'immeuble, propriété de feu A___, font partie de la masse successorale. La liquidation de la succession n'est pas achevée, l'établissement ayant été mis en vente par E___. T___ n'a produit aucune créance dans la succession de sa sœur du chef de ses prétentions salariales liées à son activité dans l'établissement « Le B___ ».

i) Les comptes d'exploitation de l'établissement pour l'année 2004 ont été établis au nom de E___.

j) Par courrier du 6 février 2004, invoquant la mauvaise marche de l'établissement, E___ a prié T___ de se mettre au chômage technique. Par lettre de son syndicat du 9 février 2004, T___ a contesté la baisse de rentabilité invoquée. Elle a demandé la production de l'intégralité de ses fiches de salaire depuis le 1^{er} janvier 1999 afin de procéder au contrôle avec les salaires minima prévus par les dispositions de la convention collective de l'hôtellerie-restauration.

k) Par demande déposée au Greffe de la Juridiction des prud'hommes le 24 février 2004, T___ a assigné E___ en paiement de diverses sommes à titre de salaire, heures supplémentaires, vacances non prises en nature, 13^{ème} salaire. E___ s'est opposé à la demande en soulevant une exception de défaut de légitimation

passive et d'incompétence du Tribunal à raison de la matière au motif qu'il n'était pas l'employeur de T___.

- l) Par jugement du 30 mars 2005, le Tribunal des prud'hommes a partiellement fait droit à la réclamation de T___. Les premiers juges ont reconnu que E___, en sa qualité de responsable de l'établissement « Le B___ », revêtait la qualité d'employeur de T___ aux côtés de son ex-épouse. Appliquant la CCNT 1998, le Tribunal des prud'hommes a alloué à T___ diverses sommes réclamées au titre de créances salariales.
- m) Par arrêt du 11 mai 2006, la Cour d'appel des prud'hommes a partiellement réformé le jugement du Tribunal des prud'hommes ; les juges d'appel ont estimé que E___ était employeur de T___ mais considérant que la CCNT 1998 n'était pas applicable aux relations de services, ils ont réduit les prétentions allouées à l'employée.
- n) Le 8 juin 2005, l'hoirie A___ a requis du Tribunal de première instance une mesure provisionnelle tendant à faire interdiction à E___ d'aliéner ou de mettre en gérance le fond de commerce « Le B___ », requête qui fut acceptée par le Tribunal.
- o) Par lettre recommandée du 10 mai 2005, E___ a requis du Service des autorisations de commerce l'annulation de son autorisation d'exploiter l'établissement « Le B___ ».
- p) Par lettre du 20 mai 2005, T___ a requis de E___ la signification formelle de la résiliation de son contrat de travail. Cette requête a été réitérée le 6 juin 2005, T___ ayant demandé à E___ de la licencier, soulignant que l'établissement « Le B___ » serait fermé par les autorités administratives le 20 juin 2005, faute d'un nouvel exploitant.

- q) Par courrier du 9 juin 2005, E___ a émis une fin de non recevoir à la réclamation de T___ indiquant qu'il ne pouvait la licencier dans la mesure où il n'était pas son employeur.
- r) Par courrier du 8 août 2005, T___ a mis en demeure E___ de lui fournir du travail ou de la licencier, ainsi que de s'acquitter de son salaire impayé et des cotisations sociales.

Par courrier du 17 août 2005, T___ a résilié avec effet immédiat son contrat de travail, reprochant à E___ de ne pas lui avoir fourni de travail et de ne pas avoir versé son salaire depuis juin 2005.

- s) Par courrier du 31 août 2005, E___ a invité T___ à s'adresser à l'hoirie A___ afin que celle-ci procède à son licenciement.
- t) Le 9 juin 2006, E___ a sollicité du notaire en charge de la liquidation de la succession de A___ qu'il inscrive au passif de la succession une prétention de Fr. 232'584.- en sa faveur, somme correspondant à la moitié de la somme que T___ lui réclamait initialement.
- u) Par courrier du 27 juin 2006, T___ a réclamé à E___ le paiement d'une somme de Fr. 44'239.10 à titre de salaire pour les mois de juin à septembre 2005, d'indemnité à raison des longs rapports de travail et d'indemnité pour jours de vacances et jours fériés non pris en nature.
- F.** Par demande déposée au Greffe de la Juridiction des prud'hommes le 24 juillet 2006, T___ a assigné E___ en paiement de la somme de Fr. 43'653.50 avec intérêts, se composant de (i) Fr. 3'200.- à titre de salaire pour le mois de juin 2005, (ii) Fr. 9'600.- à titre de salaire pendant le préavis, (iii) Fr. 3'733.45 – à titre d'indemnité pour jours de vacances non pris, (iv) Fr. 1'520.05 à titre d'indemnité pour jours fériés non pris en nature, (v) Fr. 25'600.- à titre

d'indemnité en raison de longs rapports de travail. A l'appui de sa réclamation, elle a indiqué bénéficier d'une rémunération mensuelle de Fr. 3'400.- et avoir été contrainte de résilier les rapports de services avec effet immédiat dès lors qu'elle ne recevait plus de salaire au motif que E___ avait unilatéralement décidé de fermer l'établissement à l'enseigne « Le B___».

- G.** E___ s'est opposé à la demande considérant que l'employeur de T___ était A___ et, à son décès, son hoirie. Il a indiqué n'être intervenu dans la gestion de l'établissement que pour aider son ex-épouse dans les démarches administratives mais a précisé que cette dernière exploitait seule le restaurant à l'enseigne « Le B___».

E___ a déposé une demande d'appel en cause de l'hoirie A___ qui a été déclaré recevable par arrêt présidentiel du 13 novembre 2007, le président de la Cour d'appel ayant alors ordonné la jonction des causes.

- H.** Dans le cadre de l'instruction du litige, le Tribunal a procédé à l'audition de divers témoins.

Michel Auberson a indiqué que, après la mort de A___, sa sœur T___ avait continué à faire fonctionner l'établissement qui était géré par E___ . Ce dernier était présent et demandait notamment à voir les comptes et les chiffres réalisés dans le cadre de cette exploitation. Il s'occupait également de tout l'aspect administratif.

Brigitte Monet a confirmé que E___ s'occupait des aspects administratifs et était présent dans l'établissement.

D___ a déclaré que, postérieurement au décès de A___, E___ était le « patron » bien que n'étant pas souvent présent dans l'établissement.

F___, employé de C___, a indiqué que E___ s'occupait des questions administratives et lui donnait les instructions nécessaires.

- I.** Par jugement du 25 février 2009, le Tribunal des prud'hommes a relevé que la légitimation passive de E___ avait été tranchée par la Cour d'appel des prud'hommes dans son arrêt du 11 mai 2006 qui avait considéré que l'appelant intervenait comme employeur aux côtés de son ex-épouse. Les premiers juges ont également admis la légitimation passive de l'hoirie A___ considérant que le contrat de travail liant feu A___ à sa sœur T___ était directement passé aux membres de l'hoirie. Sur le fond, les premiers juges ont considéré que T___ était légitimée à dénoncer son contrat de travail avec effet immédiat le 17 août 2005, dès lors qu'elle ne recevait plus son salaire en dépit des mises en demeure notifiées à son employeur. C'est donc une somme de Fr. 12'800.- correspondant à quatre mois de salaire qui était due à l'employée. Les premiers juges ont retenu que son solde de vacances non pris s'élevait à 10.72 jours pour la période du 24 février 2004 jusqu'à la fin des rapports de services et ont condamné l'employeur à verser de ce chef une somme de Fr. 2'103.45. La réclamation concernant l'indemnité pour jours fériés a été rejetée faute d'avoir été prouvée par l'employée. Enfin, les premiers juges ont fait application de l'article 329b CO et, considérant que l'employée n'avait pas été mise au bénéfice du système de protection de prévoyance professionnelle de 1969 à 1985 et travaillait dans l'entreprise depuis plus de trente ans, ils lui ont alloué une indemnité correspondant à huit mois de salaire, soit la somme de Fr. 25'600.-. La Caisse cantonale genevoise de chômage et le Service des mesures cantonales, parties intervenantes dans la procédure, se sont vus allouer leurs conclusions, respectivement les sommes nettes de Fr. 21'041.60 avec intérêts à 5% dès le 26 juillet 2006 et Fr. 119.40 avec intérêts à 5% dès le 13 septembre 2006.
- J.** A l'audience devant la Cour d'appel, E___ a contesté sa qualité d'employeur de T___ qui gérait la caisse de l'établissement et prélevait son salaire par débit de la caisse, s'occupant seule de la gestion de l'établissement. Il a précisé que T___

avait prélevé son salaire jusqu'à la fermeture de l'établissement intervenu en juin 2005 à la demande des autorités administratives.

T___ a indiqué avoir reçu son salaire jusqu'au mois de mai 2005 qu'elle prélevait à la fin de chaque mois par débit de la caisse, mais ne pas s'être souvenu avoir prélevé le salaire du mois de juin avant la fermeture de l'établissement.

K. L'argumentation des parties sera reprise dans la mesure utile.

EN DROIT

1. Interjeté dans le délai et la forme prescrits par loi, l'appel de E___ est recevable (article 59 LJP). L'appel incident de l'hoirie A___ est également recevable (article 61 LJP).
2. A l'appui de son appel, E___ conteste sa qualité d'employeur de T___ pour son activité au service de l'établissement « Le B___ ». La Cour d'appel constate que cette question a été tranchée dans un litige antérieur opposant les mêmes parties pour des réclamations salariales de l'employée ayant le même fondement. Ainsi, par arrêt de la Cour d'appel des prud'hommes rendu le 11 mai 2006, dans la cause C/3975/2004 opposant T___ à E___, la Cour d'appel a retenu la qualité d'employeur de E___ sur la base d'une relation de travail, au sens des articles 319 et ss CO, née entre E___ et T___ . A l'appui de sa décision, la Cour d'appel a retenu que l'établissement « Le B___ » était exploité, à compter de l'année 1962, en commun par les époux E___ - A___, bien que E___ apparût comme seul titulaire de la patente liée à cet établissement. La Cour d'appel a en effet retenu que E___, s'il ne s'occupait pas effectivement de la clientèle, supervisait

les affaires du restaurant dans lequel il était toujours présent et s'occupait de toutes les tâches administratives inhérentes à l'exploitation de cet établissement. Les décisions rendues dans les procédures de recours et d'opposition en matière d'AVS avaient au demeurant retenu que les deux époux exploitaient en commun, en qualité d'indépendants, l'établissement à l'enseigne « Le B___ ». Dans l'arrêt précité, la Cour d'appel a également considéré que cette situation ne s'était pas modifiée en octobre 1991 avec le divorce des époux E___ - A___ et la liquidation du régime matrimonial, dès lors que E___ avait continué à s'occuper des toutes les questions administratives liées à cet établissement, situation qui avait perduré au décès de A___. Les comptes de l'établissement avaient alors été établis en son nom, ce qui tend à démontrer que les charges d'exploitation, et donc le salaire de l'employée, étaient acquittés par E___ qui revêtait ainsi une qualité d'employeur. La procédure a en outre démontré que ce dernier s'occupait non seulement des aspects administratifs de l'exploitation, mais également de tous les aspects financiers de l'établissement, se comportant « en patron » et ayant d'ailleurs instruit T___ de réduire ses horaires.

La question de la qualité d'employeur de E___ ayant été définitivement tranchée par la Cour d'appel des prud'hommes, l'argumentation de l'appelant sur ce point doit être rejetée.

3. Dans le cadre de son appel incident, l'hoirie A___ conteste également sa qualité d'employeur de T___ qui ne serait dévolue qu'à E___. Là également, les considérants de l'arrêt de la Cour d'appel des prud'hommes du 11 mai 2006 liés à la qualité d'employeur de T___ s'appliquent *mutatis mutandis* au cas de feu A___. Dans l'arrêt précité, la Cour d'appel a retenu que, jusqu'à leur séparation intervenue en 1991, les époux E___ - A___ avaient exploité l'établissement en commun. Après le divorce intervenu en 1991, l'établissement avait été géré effectivement par A___ qui s'occupait de toute la partie gestion et clientèle, son ex-époux s'occupant des questions administratives. Cette situation a perduré jusqu'au décès de A___ intervenu en octobre 2003.

Au décès de cette dernière, le contrat de travail est passé aux héritiers, en application de l'article 338a al. 1 CO, les dispositions relatives au transfert des rapports de travail étant applicables par analogie. Selon l'article 333 al. 1 CO régissant le transfert des rapports de travail, si l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, le rapport de travail passe à l'acquéreur avec tous les droits et obligations qui en découlent, à moins que le travailleur ne s'y oppose. En l'espèce, l'hoirie A___ n'a pas répudié la succession de feu A___, de sorte que le contrat de travail liant T___ à feu A___ est passé directement aux héritiers, soit les membres de l'hoirie.

De plus, l'hoirie n'a nullement prouvé à satisfaction avoir transféré à E___ sa part d'entreprise, ayant au contraire entrepris toutes les démarches judiciaires afin de faire inscrire son droit de propriété sur l'immeuble et le fond de commerce du restaurant « Le B___ » et de faire interdiction à E___ d'aliéner ou de mettre en gérance ledit fond de commerce. Le fait que E___ ait, au décès de son ex-épouse, assumé la surveillance de l'établissement, voire sa gestion, ne saurait faire naître une situation de transfert d'entreprise, de l'hoirie à E___, en application de l'article 333 CO. Aucun élément du dossier ne permet ainsi de retenir un transfert d'entreprise (ou part d'entreprise), après le décès de A___, de son hoirie en faveur de E___.

Enfin, aux dires mêmes de ses représentants, l'hoirie est intervenue dans la gestion de l'établissement puisqu'elle a instruit T___ de ne pas ouvrir le restaurant à la suite de la restitution de la patente concernant cet établissement.

La Cour d'appel ne peut donc retenir un transfert d'entreprise convenu, même tacitement, entre l'hoirie A___ et E___ concernant l'établissement « Le B___ » en l'absence de reprise d'actifs, vente, échange, donation ou transfert de patrimoine qui aurait d'ailleurs dévolu à E___ la propriété intégrale sur le fond

de commerce, situation qui est contestée par l'hoirie. L'appel incident de l'hoirie A___ concernant son absence de légitimation passive sera ainsi rejeté.

4. Il ressort des débats que T___ a perçu son salaire, pour l'avoir prélevé de la caisse, jusqu'au mois de mai 2005. Les débats n'ont pu établir si elle avait pu percevoir son salaire pour le mois de juin 2005 correspondant à la fermeture de l'établissement. N'ayant reçu de la part de ses employeurs aucune dénonciation relative aux rapports de travail, nonobstant la fermeture de l'établissement intervenu en juin 2005, T___ a dénoncé son contrat avec effet immédiat pour justes motifs le 17 août 2005, invoquant la fermeture de l'établissement et le non paiement de son salaire depuis le mois de mai.

Une résiliation avec effet immédiat du contrat de travail par le travailleur est justifiée lorsque l'employeur, malgré une mise en demeure, ne s'acquitte pas de son obligation de payer le salaire ou s'il est établi qu'il n'a pas la volonté d'honorer ses engagements contractuels, ceci sans raison valable (Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail, Code annoté, 2^{ème} éd., n°1.27 ad art. 337 CO).

T___ était ainsi légitimée à résilier son contrat de travail avec effet immédiat n'ayant pas perçu son salaire depuis le mois de mai 2005 et la fermeture du restaurant constituant une circonstance dont elle pouvait inférer que ses employeurs n'avaient pas l'intention de s'acquitter de leurs obligations de verser le salaire.

T___ a ainsi droit au versement de son salaire jusqu'à l'échéance de son délai de congé, qui, compte tenu de ses 36 années d'ancienneté, était de trois mois pour la fin d'un mois. C'est ainsi à juste titre que le Tribunal a retenu le versement d'un salaire à concurrence de Fr. 12'800.- correspondant à la réclamation formulée par l'employée qui était au demeurant légitimée à réclamer le paiement de son salaire jusqu'au 30 novembre 2005.

5. Les premiers juges ont alloué à T___ une somme de Fr. 2'103.45 au titre de 19.72 jours de vacances non prises. Ils ont indiqué que, pour la période du 24 février 2004 au 17 août 2005, l'employée avait pris deux semaines de vacances, soit 10 jours, sur un quota de 29.72 jours.

L'appelant conteste cette partie du dispositif au motif que T___, qui gérait elle-même ses jours de congé, avait pu prendre l'intégralité des vacances inhérentes à son activité. C'est oublier que la preuve des vacances prises par l'employé incombe à l'employeur (Aubert, Commentaire romand, Code des obligations I, n°7 art. 329a CO ; Favre/Munoz/Tobler, loc. cit., n° 4.11 ad art. 343 CO ; ATF 128 III 271 consid. 2.4 ; arrêt du Tribunal fédéral du 3 décembre 2009 dans la cause 4A_333/2009 consid. 3) étant au demeurant précisé que E___, qui s'occupait de la comptabilité de l'établissement, était à même de contrôler les vacances prises par T___.

6. L'appelant conteste enfin être débiteur envers T___ d'une indemnité à raison des longs rapports de travail que les premiers juges ont fixée à huit mois.
- a) Si les rapports de travail d'un travailleur âgé d'au moins 50 ans prennent fin après 20 ans de service ou plus, l'employeur verse au travailleur une indemnité à raison de ces longs rapports de travail (art. 339b al. 1 CO). Ainsi, si les deux conditions cumulatives précitées sont réalisées, l'employée est légitimée à recevoir une indemnité qui peut être librement fixée par les parties pour autant que la forme écrite soit respectée. Si le montant de l'indemnité n'est pas déterminé, le juge la fixe selon sa libre appréciation compte tenu de toutes les circonstances, mais ne pouvant dépasser 8 mois de salaire. L'article 339b CO régissant l'indemnité à raison des longs rapports de travail s'applique également dans le cadre du transfert des rapports de travail au sens de l'article 333 CO.

- b) Les débats ont montré que T___ avait commencé à travailler dans l'établissement « Le B___ » au tout début des années 1970, à une époque où l'établissement était géré conjointement par sa sœur et son beau-frère. Elle a travaillé de façon continue jusqu'en 2005, date à laquelle elle a dénoncé pour justes motifs la relation de travail, faute de recevoir son salaire. C'est en vain que l'appelant cherche à échapper à son obligation en alléguant son absence de qualité d'employeur de T___ pendant l'activité de cette dernière au sein de l'établissement. Il a été démontré qu'une qualité d'employeur devait être retenue pour E___ de telle sorte que ce dernier, solidairement avec l'autre co-employeur, est débiteur envers T___ d'une indemnité en raison des longs rapports de travail.

Nonobstant le principe de subsidiarité de l'indemnité de départ par rapport aux prestations des institutions de prévoyance, cette indemnité est due en l'espèce, dès lors que T___ n'a pas bénéficié de prestations de prévoyance qui ne sauraient ainsi venir en déduction de l'indemnité due (art. 339d al. 1 CO). Enfin, l'appelant ne peut invoquer une réduction ou une suppression de l'indemnité au sens de l'article 339c al. 3 CO, puisque la procédure a démontré que T___ disposait de justes motifs pour dénoncer la relation de travail compte tenu de l'absence de versement de son salaire, étant au demeurant rappelé que les justes motifs au sens de l'article 339c al. 3 CO ne répondent pas à la notion des justes motifs de l'article 337 CO mais constituent des motifs justifiés (Wylér, loc. cit., p. 589). Le non paiement de son salaire constitue assurément un motif justifié et ne peut donc faire naître une réduction ou une suppression de l'indemnité.

Cette partie du dispositif sera également confirmée, la quotité de l'indemnité étant conforme aux critères définis par la jurisprudence.

7. Le jugement du Tribunal des prud'hommes sera ainsi confirmé dans son intégralité.

PAR CES MOTIFS,

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

A la forme

Déclare recevable l'appel interjeté par E___ à l'encontre du jugement du Tribunal des prud'hommes du 25 février 2009 dans la cause C/18033/2006-2.

Déclare recevable l'appel incident formé par l'hoirie A___ à l'encontre dudit jugement.

Au fond

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

Le président