

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/20781/2010-3

CAPH/81/2012

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 24 AVRIL 2012

Entre

A_____, domiciliée à Genève, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 24 août 2011 (TRPH/613/2011), comparant par M^e Christian BRUCHEZ, avocat, Rue Verdaine 12, Case postale 3647, 1211 Genève 3, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

d'une part,

Et

B_____ & CIE, ayant son siège à Genève, intimée, comparant par M^e Serge FASEL, avocat, FBT Avocats, Rue du 31 Décembre 47, Case postale 6120, 1211 Genève 6, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

Et

C_____ SA, ayant son siège _____, à Bâle, intimée, comparant par M^e Serge FASEL, avocat, FBT Avocats, Rue du 31 Décembre 47, Case postale 6120, 1211 Genève 6, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

Et

Caisse de chômage Y_____, Avenue Haldimand 21, case postale 1364, 1401 Yverdon-les-Bains, intervenante

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 25 avril 2012.

EN FAIT

A. B_____ & CIE est une société en nom collectif dont le siège est à Genève et dont le but social est notamment le commerce de détail à l'enseigne "B_____".

C_____ SA à Bâle est une entreprise dont le siège est à Bâle et qui a notamment pour but social l'exploitation de grands magasins à l'enseigne "B_____".

L'exploitation des enseignes "B_____ " est assurée depuis 2010 par C_____ SA à Bâle. B_____ & CIE est toutefois toujours inscrite au Registre du commerce de Genève.

B. B_____ & CIE a engagé A_____ en qualité de collaboratrice de vente temporaire pour la période du 18 novembre au 24 décembre 2005.

A_____ a ensuite été engagée, au même poste, pour une durée indéterminée à compter du 1^{er} mars 2006, à un taux d'activité de 80%. Elle a travaillé aux rayons lingerie et confection homme.

En dernier lieu, le salaire mensuel brut de A_____ était de 3'375 fr.

C. B_____ & CIE était signataire de la convention collective cadre du commerce de détail 2008 - 2010 (ci-après : CCT-Cadre). Le syndicat Y_____ avait également signé cette CCT, qui s'appliquait à tout le personnel de B_____ & CIE.

L'art. 17.2 de cette CCT-Cadre prévoyait : "*Il est interdit de discriminer ou de licencier un employé en raison de son activité exercée en qualité de représentant, de délégué syndical ou de membre des commissions du personnel des employés*".

Cette disposition avait pour but de faire figurer dans un document plus accessible aux travailleurs une disposition protégeant les délégués syndicaux. Pour la partie syndicale, cette disposition renforçait les droits des travailleurs délégués. La partie patronale n'avait pas soulevé d'exception particulière quant à son application, et considérait que cette disposition reprenait les dispositions légales existantes. La CCT-Cadre avait pris comme référence l'art. 12 al. 2 de la Loi fédérale sur la participation du 17 décembre 1993, lequel stipulait que l'employeur n'avait pas le droit d'empêcher les représentants des travailleurs d'exercer leur mandat. L'art. 17.2 CCT-Cadre s'inspirait également de la CCT de X_____. Lors des négociations pour l'adoption de la CCT-Cadre, la question des sanctions avait été abordée, mais n'avait jamais été tranchée (témoins D_____, E_____, F_____, G_____).

D. Il n'est pas contesté que A_____ était membre du syndicat Y_____. Elle a représenté le syndicat lors de séances de la Commission paritaire de la convention collective cadre du commerce de détail genevois, ainsi que dans des

réunions tripartites organisées par le Département de l'économie et de la santé. En revanche, elle n'a pas participé aux séances de la Commission paritaire au cours desquelles l'adoption de l'art. 17.2 de la CCT-Cadre a été discutée. Elle a, en décembre 2008, été élue présidente de la section genevoise du syndicat. L'appelante a admis, lors de sa comparution personnelle du 10 janvier 2011 ne pas avoir informé son employeur de cette élection. Cette absence d'information a été confirmée par témoins (témoins E_____, H_____, I_____).

E. Lors du Noël des familles du personnel de B_____ & CIE, le 10 décembre 2006, A_____ a porté un badge évoquant le conflit syndical sur les nocturnes, et elle a mené, début 2007, une action syndicale sur la surface de vente de B_____ & CIE, comportements qui avaient gêné certains de ses collègues lesquels se sont plaints auprès du directeur commercial. Un entretien a eu lieu le 25 février 2007 entre la direction et A_____, laquelle s'est engagée à ne plus recommencer. Elle a été avertie oralement qu'en cas de récurrence son contrat serait résilié (témoins H_____, J_____).

F. Par courrier du 27 septembre 2007, B_____ & CIE a adressé un avertissement à A_____. Elle lui reprochait d'avoir distribué aux employés, au sein du magasin, des tracts émanant du syndicat Y_____ et d'avoir ainsi perturbé certains de ses collègues. Faisant référence à l'entretien qui s'était déroulé le 25 février précédent, B_____ & CIE rappelait le respect de l'engagement syndical de A_____, tout en précisant que cette activité devait se manifester en dehors du magasin.

Le syndicat Y_____ a contesté cet avertissement par courrier du 4 octobre 2007, estimant qu'il portait atteinte aux droits syndicaux dans l'entreprise.

B_____ & CIE y a répondu en précisant que la remise des tracts par A_____ au sein du magasin allait au-delà de l'activité syndicale, et perturbait une partie du personnel, de sorte qu'il appartenait à la direction d'intervenir pour protéger l'intégrité et le bien-être de tous ses collaborateurs.

Le 7 novembre 2007, une réunion a eu lieu en présence des collaborateurs de B_____ & CIE qui s'étaient plaints de l'activité syndicale de A_____ sur son lieu de travail.

Suite à cette réunion, le syndicat Y_____ a maintenu, par courrier du 16 novembre 2007, son opposition à l'avertissement signifié à A_____, considérant que B_____ & CIE avait exagéré les plaintes des collaborateurs.

B_____ & CIE a maintenu, par courrier du 29 novembre 2007, son avertissement.

G. Deux entretiens d'évaluation ont eu lieu en 2008, les 14 janvier et 28 août, entre A_____ et K_____, son supérieur hiérarchique. Ces évaluations faisaient ressortir que l'employée entretenait des relations difficiles avec une majorité de ses collègues, qu'elle avait des difficultés de communication, qu'elle pouvait

avoir des comportements difficiles lors des soldes, qu'elle avait du mal à accepter les remarques de ses supérieurs, qu'elle était impulsive et que ses attitudes avaient une forte répercussion sur son humeur et son comportement avec ses collègues. Le contenu de ces deux entretiens a été contesté par A_____ auprès de son supérieur, notamment dans une lettre du 15 janvier 2008.

- H.** Si A_____ était très disponible pour les employés qui rencontraient des problèmes avec B_____ & CIE et auxquels elle accordait écoute et conseils, d'une manière générale son comportement posait problème dans les rayons où elle travaillait. Elle était perçue par ses collègues et ses supérieurs directs, avec lesquels elle avait des relations très conflictuelles, comme autoritaire et arrogante. L_____, supérieur direct de A_____ dès août 2008, a constaté dès son arrivée au rayon confection homme en août 2008 que l'ambiance s'était très dégradée du fait des critiques constantes de A_____, tant à son égard qu'à celui d'autres collègues. L'ambiance du rayon s'était apaisée après le départ de l'appelante. J_____, responsable du personnel, a dû gérer des tensions au sein du rayon car A_____ insultait ses collègues. K_____, gestionnaire de vente et supérieur hiérarchique de A_____, a dû gérer en novembre 2008 les problèmes rencontrés par deux collègues de A_____ qui disaient être rabaissées et dévalorisées par cette dernière, et dont l'une avait développé des problèmes de sommeil. L'entretien que K_____ avait eu avec A_____, destiné à régler ces tensions, avait été écourté après quelques minutes par cette dernière qui s'estimait injustement persécutée. A_____ contestait systématiquement les points soulevés lors des discussions avec K_____ et le contenu des entretiens d'évaluation, car elle n'acceptait pas les suggestions de progression. Un incident particulier avec une cliente avait nécessité une séance de recadrage le 5 novembre 2008 en présence de L_____ et du directeur du magasin, M_____. Cette séance avait produit, comme toujours, une série de courriers de A_____ et du syndicat. K_____ s'était retrouvé à bout de force en décembre 2008, car la gestion de A_____ lui prenait trop de temps et il n'arrivait plus à s'occuper des autres collaborateurs ni du domaine commercial. Il a finalement demandé son transfert dans un autre magasin "B_____"; il était, avant ce transfert, peu bien en raison de la gestion récurrente des conflits avec A_____, ce qu'il a confirmé le 9 février 2009 dans une lettre à son employeur (témoins H_____, J_____, M_____, L_____, N_____, O_____, K_____, P_____, Q_____, R_____).
- I.** A_____ a été incapable de travailler pour raison de maladie du 13 novembre 2008 au 26 décembre 2008, date à laquelle elle a repris le travail à 50%.
- J.** Dans un article de la Tribune de Genève du 24 décembre 2008 dénonçant des abus lors de l'ouverture nocturne des magasins, A_____, présentée comme "vendeuse dans une grande surface genevoise" était nommément citée et déclarait : *"Il est faux de croire que nous nous portons volontaires pour*

travailler certains soirs. La plupart des magasins imposent leurs plannings hebdomadaires. Ils diminuent arbitrairement le temps de travail certaines semaines, ce qui nous oblige à les rendre en travaillant les soirs. (...) Les magasins créent le besoin de se porter volontaires. (...) Ce procédé est généralisé et l'inspection du travail laisse faire. (...) Et pas question de s'en plaindre, sinon c'est la porte! (...) Les pressions durent toute l'année. Quand on est jeune, cette contrainte passe encore. Mais avec une famille à charge, c'est intolérable. Alors que l'on n'aille pas me parler maintenant d'ouvertures dominicales!"

- K.** Le 20 janvier 2009 le syndicat Y_____ a organisé une assemblée du personnel de B_____ & CIE, à l'issue de laquelle il a adressé, le 26 janvier 2009, un courrier à B_____ & CIE pour lister plusieurs problèmes constatés et proposer la constitution d'une commission du personnel.

Un échange de courriers s'en est suivi pour fixer une réunion qui devait se tenir le 16 février 2009. Le syndicat Y_____ proposait que la réunion ait lieu en présence de A_____, d'une employée du supermarché et de E_____ du syndicat Y_____. B_____ & CIE souhaitait uniquement la présence de I_____, du syndicat Y_____. La réunion a été annulée et remplacée par une rencontre en mars 2011 en vue de la "normalisation des rapports" entre B_____ & CIE et le syndicat Y_____.

A_____ a été présentée au sein du syndicat Y_____ pour siéger au sein de la commission du personnel que le syndicat souhaitait mettre en place au sein de B_____ & CIE. Toutefois, sa candidature n'avait pas été portée à la connaissance de B_____ & CIE (témoin I_____).

- L.** Par courrier du 18 février 2009, B_____ & CIE a remis à A_____ une lettre de licenciement pour le 30 avril 2009 et l'a libérée de son obligation de travailler.

La lettre mentionnait tout d'abord le motif suivant : "[...] *Ces derniers mois, votre comportement au travail a donné lieu à des situations qui ont fait l'objet de plusieurs entretiens sans que vous ne soyez jamais ouverte aux remarques que nous avons été amenés à formuler. Vous les avez systématiquement contestées sans aucune amélioration de votre attitude*".

Le courrier reprenait ensuite les termes des citations de A_____ dans l'article de la Tribune du 24 décembre 2008 pour conclure : "*Vous avez ainsi porté atteinte à la considération de B_____ de manière largement reconnaissable par des propos que nous contestons vigoureusement en ce qui nous concerne. Nous considérons que vous avez manqué de loyauté à notre égard et que notre lien de confiance est rompu. Eu égard à ces circonstances nous considérons qu'il est préférable de nous séparer*".

- M.** Par courrier de son syndicat du 24 février 2009, A_____ s'est opposée au licenciement, au motif que le congé avait été donné en raison de ses activités

syndicales, puisqu'elle était représentante des travailleurs au sein de la Commission paritaire professionnelle du commerce de détail. Elle estimait que le motif du licenciement était son intervention dans l'article de la Tribune de Genève du 24 décembre 2008 alors qu'elle s'exprimait dans ses fonctions de représentante des vendeuses. Son licenciement intervenait en outre alors que la constitution d'une commission du personnel avait été demandée à B_____ & CIE. Dès lors, ce licenciement violait l'article 17.2 de la Convention collective-cadre du commerce de détail.

B_____ & CIE n'est pas entrée en matière.

- N.** Par demande du 30 avril 2009, le syndicat Y_____ a saisi la Chambre des relations collectives de travail d'une demande en annulation du licenciement de A_____ et en réintégration de cette dernière. Agissant en son nom propre, le syndicat a notamment demandé par la voie de mesures provisionnelles que A_____ soit réengagée provisoirement à compter du 1^{er} mai 2009.

Par décision sur mesures provisionnelles du 26 mai 2009, la Chambre des relations collectives de travail a ordonné à B_____ & CIE de réintégrer A_____ jusqu'à droit jugé sur le fond. A_____ a été réintégrée au sein de l'effectif de B_____ & CIE le 28 mai 2009 et son salaire versé pour la période postérieure au 30 avril 2009, date de l'entrée en force du congé.

Par arrêt du 30 septembre 2009, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours interjeté par B_____ & CIE.

Par décision du 16 mars 2010, notifiée le 18 mars 2010, la Chambre des relations collectives de travail a déclaré irrecevable la demande interjetée le 30 avril 2009 par le syndicat Y_____. A_____ a dès lors cessé de faire partie de l'effectif de B_____ & CIE dès le 18 mars 2010, date à partir de laquelle son salaire n'a plus été payé. Elle s'est inscrite au chômage.

Par arrêt du 12 juillet 2010, le Tribunal fédéral a rejeté le recours en matière civile formé par le syndicat Y_____.

- O.** Par demande déposée le 10 septembre 2010 au greffe de la Juridiction des prud'hommes (reçue le 10), A_____ a conclu à ce que B_____ & CIE et C_____ SA soient condamnées, conjointement et solidairement, à lui verser au total 18'390 fr., à titre de salaires pour la période du 19 mars au 31 août 2010, plus intérêts à 5 %, sous réserve d'amplification.

A_____ alléguait que le congé qui lui avait été notifié était nul, car contraire à l'art. 17.2 CCT-Cadre.

Par mémoire-réponse du 10 novembre 2010, B_____ & CIE et C_____ SA ont conclu au déboutement de A_____ de toutes ses conclusions, avec suite de frais et dépens.

A l'audience du 10 janvier 2011, A_____ a persisté dans ses conclusions, les amplifiant de 18'798 fr. 40 correspondant aux salaires mensuels bruts de septembre 2010 à décembre 2010, ainsi qu'au solde du treizième salaire pour la période du 19 mars au 31 décembre 2010. Elle a indiqué être au bénéfice de prestations de l'assurance-chômage depuis le 19 mars 2010.

A l'audience du 10 janvier 2011, B_____ & CIE et C_____ SA ont conclu derechef au déboutement de A_____.

Le Tribunal a ordonné l'apport de la procédure C-06-06 de la Chambre des relations collectives de travail.

A l'audience des 7 mars et 11 avril 2011, A_____ a amplifié ses conclusions; elle a requis le versement supplémentaire de 6'750 fr. correspondant aux salaires dus pour les mois de janvier et février 2011 et de 3'375 fr. pour le mois de mars 2011.

B_____ & CIE et C_____ SA ont derechef conclu au déboutement de A_____.

- P.** Par courrier parvenu au Tribunal des Prud'hommes le 3 janvier 2011, la Caisse de chômage Y_____ (ci-après : Caisse Y_____) est intervenue à la procédure, pour se subroger dans les droits de A_____ à l'encontre de B_____ & CIE à concurrence de 27'094 fr. 80 brut, correspondant aux indemnités journalières de chômage versées à A_____ de mars à décembre 2010.

Par courriers des 1^{er} février et 6 juin 2011, la Caisse Y_____ a amplifié ses conclusions de 13'078 fr. 20 brut plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 31 janvier 2011, correspondant aux indemnités journalières de chômage versées à A_____ de janvier à mai 2011.

- Q.** Par jugement du 24 août 2011, expédié pour notification aux parties le 29 août 2011, le Tribunal des prud'hommes a, préalablement, déclaré irrecevable la demande formée le 23 juillet 2010 [recte : 10 septembre 2010] par A_____ à l'encontre de B_____ & CIE (chiffre 1 du dispositif), déclaré la demande recevable pour le surplus (ch. 2); cela fait, débouté tant A_____ (ch. 3) que la Caisse de chômage Y_____ (ch. 4) de leurs conclusions, et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).

En substance, le Tribunal a retenu que B_____ & CIE a été radiée du Registre du commerce avec effet au 31 décembre 2009, de sorte qu'elle ne pouvait pas être assignée le 10 septembre 2010. En outre, les juges ont estimé que le congé donné par C_____ SA le 18 février 2009 à l'encontre de A_____ n'était ni nul ni abusif, car motivé par le comportement de l'employée sur son lieu de travail et ses problèmes relationnels, lesquels avaient déjà fait l'objet d'avertissements, et non en raison de son appartenance à un syndicat.

- R.** Par acte déposé au greffe de la Cour le 29 septembre 2011, A_____ (ci-après : l'appelante) a formé appel contre le jugement précité.

A titre liminaire, l'appelante demande l'annulation du ch. 1 du jugement et à ce que la qualité pour défendre de B_____ & CIE soit reconnue. A cet effet, l'appelante produit l'extrait du registre du commerce daté du 29 septembre 2011 attestant que la société en nom collectif B_____ & CIE est toujours inscrite au registre du commerce genevois.

L'appelante conclut ensuite à l'annulation du ch. 3 du jugement et à ce que B_____ & CIE et C_____ SA soient condamnées à lui verser les salaires du 19 mars 2010 à août 2011, soit un total de 61'439 fr. 50, avec intérêts à 5% l'an, subsidiairement à ce que ces sociétés soient condamnées à lui verser 18'290 fr. 30, ainsi qu'au paiement supplémentaire de 13'375 fr. à titre de salaire pour les mois d'avril 2011 à août 2011, avec intérêt à 5% pour chacune des mensualités.

- S. Par mémoire-réponse du 25 novembre 2011, B_____ & CIE et C_____ SA ont conclu au rejet de l'appel. A la forme, elles s'en rapportent à justice s'agissant de la qualité pour défendre des B_____ & CIE. Au fond, elles estiment que le congé signifié le 18 février 2009 n'était pas abusif car nullement fondé sur l'activité syndicale de l'appelante, mais en raison du comportement de cette dernière avec ses collègues, avec ses supérieurs hiérarchiques et avec la clientèle.

Elles allèguent pour la première fois en appel que l'appelante a saisi le Tribunal des Prud'hommes d'une demande d'indemnités après l'échéance du délai de péremption de 180 jours depuis l'échéance du contrat, de sorte qu'elle a agi tardivement.

- T. La Caisse de chômage Y_____ a déclaré, par courrier du 31 octobre 2011, se "[rallier] à la partie appelante".

EN DROIT

1. Interjeté dans la forme et le délai prescrits par la loi (art. 311 al. 1 CPC), l'appel est recevable.

La valeur litigieuse s'élevant à plus de 10'000 fr., il s'agit d'un appel (art. 308 al. 1 let. a CPC). La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

2. A teneur de l'art. 317 al. 1 CPC, les moyens de preuve nouveaux ne sont recevables qu'à la condition d'être produits sans retard et s'ils ne pouvaient être produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (JEANDIN, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 6-8 ad art. 317; HOHL, Procédure civile, Tome II, 2^e éd., 2010, p. 437-438 n. 2411-2413; OBERHAMMER, ZPO Kurzkommentar, 2010, n. 3 ad art. 317).

En l'espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner si la nouvelle pièce produite par l'appelante remplit ces conditions, dès lors que le fait dont elle se prévaut - l'inscription de la société en nom collectif B_____ & CIE au Registre du commerce de Genève - est notoire (art. 151 CPC). Ce fait étant inscrit dans un registre public librement accessible, l'appelante n'avait pas à le documenter, et il pourra être pris en compte par la Cour.

3. La demande ne peut être modifiée que si les conditions fixées à l'art. 227 al. 1 CPC sont remplies et si la demande repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (art. 317 al. 2 CPC).

La prise de conclusions nouvelles en appel doit être admise restrictivement, car elle porte atteinte au principe du double degré de juridiction. La loi pose deux conditions cumulatives. Les conclusions nouvelles ne sont recevables que dans la mesure où elles reposent sur des faits ou moyens de preuve nouveaux, lesquels doivent bien évidemment être recevables en appel (JEANDIN, Code de procédure civile commenté, ad art. 317 n. 11, 12).

En l'espèce, l'appelante conclut au paiement de salaires postérieurs à mars 2011 - ses dernières conclusions devant le Tribunal - ce qui est prohibé par l'art. 317 al. 2 CPC, étant précisé que la partie adverse n'a pas consenti à cette modification, et que celle-ci ne repose pas sur des faits nouveaux à part l'écoulement du temps.

Les nouvelles conclusions de l'appelante seront dès lors déclarées irrecevables.

4. L'appelante fait grief aux premiers juges d'avoir dénié à tort à B_____ & CIE la qualité de partie au motif qu'elle aurait été radiée du registre du commerce de Genève avec effet au 31 décembre 2009.

Les intimées ont déclaré, dans leur mémoire de réponse à l'appel, s'en rapporter à justice sur cette question.

4.1 Comme l'allègue à juste titre l'appelante, il résulte de l'extrait du registre du commerce de Genève que cette société y est toujours inscrite. L'extrait du registre du commerce bâlois relatif à C_____ SA n'indique par ailleurs pas que cette dernière aurait repris les actifs et passifs de la société genevoise B_____ & CIE. Cette dernière, société en nom collectif, étant toujours active, elle a donc la capacité d'être partie à une procédure (art. 562 CO).

4.2 Le juge examine d'office la légitimation des parties au procès. La légitimation active ou passive est une condition de fond du droit exercé. Elle relève du droit matériel fédéral (ATF 123 III 60 consid. 3a). Il ne s'agit pas d'une condition d'ordre procédural dont dépend la recevabilité de l'action. L'absence de légitimation active ou passive se traduit par un déboutement au fond et non par l'irrecevabilité de l'action (ATF 114 II 345; 107 II 85 consid. 2; 100 II 169 consid. 3; 97 II 97 consid. 2).

La légitimation active et passive appartiennent au titulaire, respectivement à l'obligé, du droit litigieux. Ainsi, le créancier et le débiteur d'une créance ont,

respectivement, la légitimation active et passive dans le procès ayant pour objet cette créance (HOHL, Procédure civile, Tome 1, Berne 2001, n. 438 p. 98).

4.3 En l'espèce, il n'est pas contesté que l'appelante a conclu un contrat de travail avec B_____ & CIE le 1^{er} mars 2006. La lettre de licenciement adressée le 18 février 2009 à A_____ est rédigée à l'entête de "B_____ Genève, _____ & Cie, 1211 Genève, Direction du personnel." Les pièces produites par les parties n'établissent pas que C_____ SA aurait repris les obligations de B_____ & CIE depuis 2009.

Il en résulte que seule B_____ & CIE (ci-après : l'intimée), en sa qualité d'employeur de A_____, dispose de la légitimation passive, ce qui n'est pas le cas de C_____ SA.

4.4 C'est donc à tort que les premiers juges ont déclaré irrecevable la demande en tant qu'elle était dirigée contre B_____ & CIE, alors qu'ils auraient dû conclure au déboutement des conclusions prises à son encontre.

L'appel sera donc admis sur ce point et le jugement sera annulé en ce sens que l'appelante sera déboutée de ses conclusions prises à l'encontre de C_____ SA (cf. considérant 7 ci-après) dès lors que seule B_____ & CIE a la légitimation passive.

- 5.** L'intimée soulève devant la Cour la péremption de l'action en indemnité de l'appelante, au sens de l'art. 336b CO.

Elle allègue que le contrat de travail ayant été résilié pour le 30 avril 2009 et n'ayant pas été prolongé pour l'un des motifs énoncés à l'art. 336c CO, l'appelante aurait dû agir par voie d'action en justice dans un délai de 180 jours à compter, au plus tard au 30 avril 2009, date de la fin des rapports de travail entre les parties. Elle considère que la saisine, par le syndicat Y_____ en son nom propre, de la Chambre des relations collectives de travail ne peut être considérée comme une action en justice de l'appelante, la requête du syndicat ayant été jugée irrecevable. Il y a ainsi lieu de considérer que l'appelante n'a pas satisfait aux obligations imposées par l'art. 336b CO de sorte que son action est périmée.

5.1 S'agissant d'un délai de péremption, les conditions de l'art. 336b CO sont examinées d'office par le juge. Selon l'art. 336b al. 1 CO, 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. Par opposition, il faut entendre toute manifestation de volonté par laquelle une partie fait connaître son désaccord avec le congé qui lui a été notifié (arrêt du Tribunal fédéral 4C.39/2004 du 8 avril 2004, consid. 2.1; MANFRED REHBINDER/WOLFGANG PORTMANN, Commentaire bâlois, n. 3 ad art. 336b CO; AUBERT, Commentaire romand, n. 1 ad art. 336b CO).

En l'espèce, le syndicat Y_____, agissant pour le compte de l'appelante, a formé opposition le 24 février 2009 auprès de l'intimée contre le congé du

18 février 2009. L'appelante a donc valablement formé opposition contre le congé, ce qui n'est d'ailleurs pas remis en cause par les parties.

5.2 Lorsque les parties ne se sont pas entendues pour maintenir les rapports de travail - but de l'opposition prévue à l'art. 336b al. 1 CO -, le contrat prend normalement fin à l'échéance du délai de congé. Si elle entend obtenir une indemnité, la partie qui prétend avoir été victime d'une résiliation abusive doit alors faire valoir sa prétention par voie d'action en justice. Une poursuite ne suffit pas. Afin d'assurer la sécurité du droit, l'art. 336b al. 2 CO prévoit que l'action doit être ouverte dans les 180 jours à compter de la fin du contrat. L'inobservation des exigences posées à l'art. 336b al. 2 CO entraîne des conséquences rigoureuses, la loi prévoyant expressément la péremption du droit à l'indemnité dans un tel cas (ZOSS, La résiliation abusive du contrat de travail, étude des articles 336 à 336b CO, thèse, Lausanne 1997, p. 313ss).

En l'espèce, l'appelante a saisi le Tribunal des prud'hommes le 10 septembre 2010, soit bien après l'écoulement du délai de 180 jours après la fin des rapports de travail prévue le 30 avril 2009.

Il y aurait donc lieu de déterminer si la requête déposée en son propre nom par le syndicat Y_____ le 30 avril 2009 devant la Chambre des relations collectives de travail a étendu ses effets à l'appelante d'une part et était d'autre part une "action en justice" au sens de l'art. 336 al. 2 CO. Dans la négative, il y aurait encore lieu d'examiner si la computation du délai de 180 jours aurait pu valablement débiter le lendemain du 18 mars 2010, date à laquelle A_____ a cessé de recevoir son salaire après avoir été réintégrée au sein de l'effectif de l'intimée par décision sur mesures provisionnelles du 26 mai 2009 de la Chambre des relations collectives de travail.

Ces questions peuvent toutefois demeurer indécises, compte tenu des considérants qui suivent.

6. L'appelante fait grief aux premiers juges de ne pas avoir retenu le caractère abusif de son licenciement.

Elle allègue que le congé est nul en vertu de l'art. 17.2 de la CCT-Cadre (consid. 6.2 ci-après) et qu'il est abusif car elle siégeait depuis plusieurs années comme représentante des travailleurs au sein de la Commission paritaire du commerce de détail et revêtait ainsi la qualité de déléguée syndicale (art. 336 al. 1 let b et al. 2 let a CO), et qu'elle avait été désignée par le syndicat Y_____ pour siéger dans la commission du personnel de son employeur (art. 336 al. 2 let b CO; consid. 6.3 ci-après).

De son côté, l'intimée allègue que le congé a été donné en raison du comportement de l'appelante sur son lieu de travail (consid. 6.1) et non en raison de son appartenance au syndicat Y_____ ou en raison des activités syndicales exercées par cette dernière.

6.1 Par lettre de congé notifiée le 18 février 2009 à l'appelante, l'intimée a motivé le licenciement par le comportement de l'employée au travail, ayant fait l'objet de plusieurs entretiens sans qu'elle n'ait jamais été ouverte aux remarques qui lui avaient été formulées. Cette lettre de licenciement relevait que l'appelante avait systématiquement contesté les remarques de son employeur, sans aucune amélioration de son attitude. Dans un deuxième temps, la lettre reprenait les citations de l'appelante dans l'article de la Tribune du 24 décembre 2008 pour conclure que l'employée avait manqué de loyauté à l'égard de son employeur et que le lien de confiance était rompu.

6.1.1 Lorsque plusieurs motifs de congé entrent en jeu et que l'un d'eux est ou pourrait être illicite, il suffit que l'un des motifs du congé ne soit pas abusif et que ce motif revête un caractère causal, c'est-à-dire qu'en l'absence de ce motif le licenciement n'eût pas été prononcé, pour que le congé soit conforme au droit (ATF du 11.11.1993 consid. 1c in SJ 1995 p. 799; AUBERT in Commentaire romand I, ad art. 336 CO, n° 15).

6.1.2 En l'espèce, les enquêtes ont établi que l'appelante, depuis plusieurs années, posait problème dans les rayons où elle travaillait (confection homme et lingerie). Son attitude a été qualifiée d'arrogante et méprisante, voire insultante, par plusieurs collègues. Elle a également fait l'objet de plaintes de la part de la clientèle, ce qui paraît courant, mais n'a jamais accepté les remarques qui lui étaient faites par sa hiérarchie lorsque ces plaintes étaient justifiées. Son comportement a donné lieu à plusieurs réunions avec ses supérieurs hiérarchiques, la direction et le service du personnel. Lors de chacune de ces réunions, l'appelante a contesté les remarques qui lui étaient adressées, ainsi que les suggestions d'amélioration, montrant ainsi une incapacité à se remettre en question et à progresser. Chacune de ces réunions a donné lieu à des échanges de courriers, de la part de l'appelante et/ou du syndicat, par exemple lors de l'avertissement qui lui a été donné en septembre 2007. En 2008, soit après cet avertissement, l'appelante a abordé les entretiens d'évaluation avec le même état d'esprit contestataire. Elle a ainsi démontré son incapacité à accepter les remarques et à envisager une amélioration de son attitude au travail. Le comportement de l'appelante a affecté ses collègues et l'ambiance de travail, de manière accrue en 2008. Par son attitude systématiquement en opposition, elle a empêché son supérieur hiérarchique direct d'accomplir sa mission, conduisant ce dernier, en décembre 2008, à demander son transfert dans un autre magasin du groupe B_____, ce qui a pu être réalisé début février 2009.

L'appelante n'a montré aucune volonté d'améliorer son comportement ni aucun signe de progression après la réception de l'avertissement de septembre 2007. Dans ces conditions, le motif tiré de l'attitude de l'appelante sur son lieu de travail apparaît comme réel et causal dans le licenciement qui lui a été signifié le 18 février 2009.

Dès lors, peu importe que l'intimée ait également fait référence, dans le courrier de licenciement, à l'intervention de l'appelante dans l'article de la Tribune de Genève du 24 décembre 2008. Même s'il devait être considéré que l'appelante avait, dans l'interview du 24 décembre 2008, valablement exercé ses droits syndicaux - ce que la Cour se dispensera d'examiner au vu du résultat du présent considérant -, la référence à cet interview dans la lettre de congé ne revêtirait pas un caractère causal, au contraire de la référence au comportement problématique de l'appelante sur son lieu de travail.

L'appelante ne peut tirer aucun argument du fait que le congé est intervenu un peu plus d'un mois après l'interview alors que son comportement était connu depuis longtemps. L'appelante était en arrêt maladie depuis le 13 novembre 2008. Et c'est en décembre 2008 que son supérieur hiérarchique a demandé son transfert, demande qu'il a clairement mise sur le compte de l'attitude de l'appelante dans un courrier qu'il a adressé à l'intimée le 9 février 2009.

C'est donc à juste titre que les premiers juges ont estimé que le motif de licenciement invoqué par l'intimée, tiré du comportement de l'appelante sur son lieu de travail, était réel et causal. La Cour retiendra donc que l'intimée avait un juste motif pour résilier le contrat de travail.

6.2 L'appelante invoque l'art. 17.2 CCT-Cadre en alléguant que cette disposition protège de manière accrue l'employé qui exerce des activités syndicales, rendant nul un licenciement à son encontre. Il y a donc lieu d'examiner si, nonobstant le motif de licenciement réel et justifié admis par la Cour (cf. consid. 6.1.2 ci-dessus), l'art. 17.2 rendait nulle toute résiliation du contrat de travail de l'appelante en raison de ses mandats syndicaux.

6.2.1 Par convention collective, des employeurs ou associations d'employeurs, d'une part et des associations de travailleurs, d'autre part, établissent, en commun, des clauses sur la conclusion, l'objet et la fin des contrats individuels de travail entre employeurs et travailleurs intéressés (art. 356 al. 1 CO). Sauf disposition contraire de la convention, les clauses relatives à la conclusion, au contenu et à l'extinction des contrats individuels de travail ont, pour la durée de la convention, un effet direct et impératif envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient (art. 357 al. 1 CO).

En vertu de l'art. 357 al. 2 CO, les parties à un contrat de travail ne peuvent valablement convenir de clauses qui dérogent aux clauses impératives d'une convention collective de travail qui les concerne que dans la mesure où elles sont favorables au travailleur. Cette disposition permet de stipuler des accords plus favorables au travailleur, garantissant ainsi la liberté contractuelle dans le cadre des dispositions collectives de travail (WYLER, Droit du travail, Berne 2008, page 701).

A teneur de l'art. 358 CO, le droit impératif de la Confédération et des cantons l'emporte sur la convention collective de travail; toutefois, les dérogations

stipulées en faveur des travailleurs sont valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose expressément. Les dispositions absolument impératives du Code des obligations prennent dès lors un caractère semi-impératif; il est donc possible d'y déroger en faveur du travailleur si la loi ne s'y oppose pas expressément. A cet égard, il convient de souligner que l'art. 361 CO précise qu'il ne peut être dérogé aux dispositions qui y sont énumérées ni au détriment de l'employeur, ni au détriment du travailleur, ni même par CCT (WYLER, op. cit. p. 695).

Selon l'art. 362 al. 1 et 2 CO, il peut être dérogé, en faveur du travailleur, à l'art. 336 al. 2 CO par convention collective.

En l'espèce, en tant qu'il ne déroge pas à l'art. 336 al. 2 let a et b CO en défaveur de l'appelante, l'art. 17.2 CCT-Cadre ne viole pas le droit impératif de la Confédération. Cette disposition peut donc être invoquée par l'appelante.

6.2.2 L'art. 17.2 CCT-Cadre prévoit qu'il est interdit de discriminer ou de licencier un employé "*en raison*" de son activité exercée en qualité de représentant, de délégué syndical ou de membre des commissions du personnel des employés. Les enquêtes n'ont pas établi que cette disposition aurait eu pour vocation d'instaurer une protection accrue des travailleurs ayant des activités syndicales.

A l'instar de l'art. 336 al. 1 let b et al. 2 let a CO, l'art. 17.2 CCT-Cadre s'applique au travailleur dont le licenciement intervient en raison de ses activités syndicales.

6.3 **6.3.1** A teneur de l'art. 336 al. 2 let a CO, est abusif le congé donné par l'employeur en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance du travailleur à une organisation de travailleurs ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale. Il s'agit là d'une protection spéciale de la liberté syndicale. L'exercice doit cependant être conforme au droit, les activités illicites n'étant pas protégées. Le travailleur doit donc respecter les dispositions constitutionnelles et légales ainsi que les dispositions des CCT (WYLER, Droit du travail, Berne 2008, p. 548).

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

6.3.2 Est également abusif (art. 336 al. 2 let b CO) le congé donné par l'employeur pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une

commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation. Cette protection concerne également les représentants des travailleurs, membres de la représentation, élus conformément aux art. 5 à 7 de la Loi fédérale sur la participation. C'est à l'employeur qu'il incombe d'apporter la preuve d'un motif justifié de résiliation. Il s'agit d'un renversement du fardeau de la preuve, l'abus étant ici présumé. Lorsque le travailleur est membre d'une commission paritaire, peu importe que celle-ci n'ait jamais fonctionné. L'employeur doit non seulement établir le motif justifié, mais encore que ce motif est la cause du congé litigieux (WYLER, op. cit., p. 549; 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.

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 travailleurs 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 (CAPH/155/2007).

6.3.3 En l'espèce, il n'est pas contesté que l'appelante était membre du syndicat Y_____. Selon les procès-verbaux des réunions de la Commission paritaire professionnelle du commerce de détail produits à la procédure, l'appelante figure clairement dans les participants ou les excusés, sous la rubrique "Délégation syndicale". En outre, elle recevait à son adresse e-mail privée les courriels et convocations émanant du secrétariat de la Commission paritaire de la CCT-Cadre. L'appelante a également participé, avec la délégation du syndicat Y_____, à des réunions organisées par le Département de l'économie et de la santé auxquelles participaient des représentants du Trade Club, association réunissant les grandes enseignes de commerçants de Genève dont faisaient partie l'intimée. Il est donc établi que A_____ était déléguée syndicale auprès de la Commission paritaire de la CCT-Cadre (mais n'a pas participé aux discussions relatives à l'adoption de l'art. 17.2 CCT) et lors des rencontres avec le Département de l'économie et de la santé.

Il est toutefois également établi que l'intimée n'a pas été informée de la nomination de l'appelante en qualité de présidente de la section genevoise du syndicat Y_____ en mars 2008. L'intimée allègue également qu'elle n'avait pas connaissance de la qualité de déléguée syndicale de l'appelante, car elle n'a pas participé directement aux séances de la Commission paritaire, ni à celles organisées par le Département de l'économie et de la santé. L'intimée allègue encore qu'au moment du licenciement de l'appelante le 18 février 2009, la constitution d'une commission du personnel venait seulement d'être évoquée avec le syndicat Y_____ et qu'elle ignorait - ce que les enquêtes ont établi - si l'appelante avait été pressentie ou désignée par le syndicat pour siéger au sein de

cette commission. La question de savoir si l'intimée avait ou non connaissance de la qualité de déléguée syndicale de l'appelante, peut toutefois demeurer indécise. En effet, à teneur de l'art. 336 al. 2 let a CO, le congé dirigé contre un travailleur exerçant des activités syndicales n'est abusif que s'il a été donné *en raison* de son appartenance syndicale. De même, à teneur de l'art. 336 al. 2 let b CO, le congé dirigé contre un travailleur qui a été élu membre d'une commission d'entreprise pour y représenter les employés n'est abusif que si l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation.

6.4 En conclusion, la Cour a retenu dans un premier temps (cf. consid. 6.1.2) que l'intimée avait résilié le contrat de travail de l'appelante en raison de son comportement sur son lieu de travail, à l'égard tant de ses collègues que de ses supérieurs. Ce motif a été jugé réel et causal.

En conséquence, la Cour retiendra d'une part que l'appelante n'a pas été licenciée en raison de ses activités syndicales (art. 17.2 CCT-Cadre et art. 336 al. 1 et al. 2 let a CO) et d'autre part que, même si l'appelante avait été élue représentante des employés de l'intimée - ce qui n'a pas été établi - l'intimée a prouvé qu'elle avait un motif justifié de licenciement (art. 336 al. 1 let b CO).

En conséquence, les griefs de l'appelante sont infondés.

7. Au vu de ce qui précède, et par souci de simplification, la Cour annulera le jugement attaqué dans son entier et statuera à nouveau, en ce sens que la demande déposée le 10 septembre 2010 par A_____ contre B_____ & CIE et C_____ SA sera reçue; puis, A_____ sera déboutée de toutes ses conclusions, ce qui emporte également déboutement de la Caisse de chômage Y_____, intervenante, de ses conclusions.
8. L'appelante, qui succombe sur la totalité de ses griefs à l'exception de celui relatif à la légitimation passive de l'intimée, qui a été admis, supportera les frais de son appel, arrêtés à 600 fr., couverts par l'avance de frais déjà opérée (art. 106 CPC, art. 71 RTFMC).

Il n'est pas alloué de dépens (art. 17 al. 2 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 3 :**

À la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre le jugement TRPH/613/2011 rendu le 25 août 2011 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/20781/2010-3, à l'exception des conclusions en paiement de 13'375 fr. à titre de salaires pour les mois d'avril 2011 à août 2011.

Au fond :

Annule ce jugement.

Statuant à nouveau :

Déclare recevable la demande formée le 10 septembre 2010 par A_____ contre C_____ SA et B_____ & CIE.

Déboute A_____ de toutes ses conclusions.

Déboute la Caisse de chômage Y_____ de toutes ses conclusions.

Sur les frais:

Arrête les frais d'appel à 600 fr., les met à la charge de A_____ et dit qu'ils sont couverts par l'avance déjà effectuée.

Déboute les parties de toute autre conclusion.

Siégeant :

Madame Daniela CHIABUDINI, présidente, Monsieur Guido AMBUHL, juge employeur, Madame Monique LENOIR, juge salariée, Madame Véronique BULUNDWEY-LEVY.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à fr. 15'000.-.