



E \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** :  
Me François BELLANGER  
Avenue Léon Gaud 5  
1206 Genève

Madame T \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
12 \_\_\_\_\_

**Partie appelante**

**Partie intimée**

CAISSE DE CHÔMAGE \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
Rue des Chaudronniers 16  
Case postale 3287  
1211 GENEVE 3

**Partie intervenante**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du mardi 15 août 2006

Monsieur Christian MURBACH, président

Messieurs. Daniel CHAPELON et Jean-Luc PIGUET, juges employeurs

Messieurs Stéphane JAN et Marc LABHART, juges salariés

Madame Laurence AELLEN, greffière d'audience

**EN FAIT**

**A. a)** Par acte déposé au greffe de la juridiction des prud'hommes le 13 octobre 2005, E \_\_\_\_\_ (ci-après : E \_\_\_\_\_) appelle du jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 12 septembre 2005, notifié le même jour, la condamnant à payer à T \_\_\_\_\_ les sommes suivantes :

- Frs. 3'620.- brut à titre de salaire pour le mois de novembre 2004, avec intérêts moratoires, sous déduction de la somme de Frs. 2'251.15 net due à la Caisse de chômage \_\_\_\_\_;
- Frs. 3'620.- brut à titre de salaire pour le mois de novembre 2004, avec intérêts moratoires, sous déduction de la somme de Frs. 2'251.15 net due à la Caisse de chômage \_\_\_\_\_ (sic);
- Frs. 11'312.50 brut, avec intérêts moratoires, sous déduction de la somme de Frs. 9'373.10 net (soit Frs. 10'860.- brut à titre de salaire pour les mois de décembre 2004, janvier et février 2005 et Frs. 452.50 brut à titre de treizième salaire pour les mois de décembre 2004, janvier et février 2005).

Par ailleurs, E \_\_\_\_\_ a été condamnée à délivrer à T \_\_\_\_\_ ses fiches de salaire pour les mois de novembre 2004 à février 2005 ainsi qu'à payer à la Caisse de chômage \_\_\_\_\_ la somme de Frs. 8'544.25 net, avec intérêts moratoires, à titre de subrogation, à due concurrence, des indemnités journalières de chômage versées à T \_\_\_\_\_.

**b)** L'appelante conclut à l'annulation du jugement entrepris et au déboutement de T \_\_\_\_\_ et de la Caisse de chômage \_\_\_\_\_ de toutes leurs conclusions de première instance.

**c)** L'intimée conclut au rejet de l'appel et à la confirmation de la décision querellée.

**B.** Il résulte de la procédure les éléments pertinents suivants :

**a)** E\_\_\_\_\_ est une société anonyme, dont le siège se trouve à Vandoeuvre (GE), ayant notamment pour but une activité de commerce et de services dans le domaine de la restauration. A\_\_\_\_\_ en est l'administrateur.

La société exploite un café-restaurant, « Z\_\_\_\_\_ », sis \_\_\_\_\_ à Genève.

**b)** T\_\_\_\_\_ a été engagée par E\_\_\_\_\_ le 3 juin 2004 en qualité de serveuse, pour un salaire mensuel de Frs. 3'620.- brut. Le contrat de travail prévoyait, notamment, un délai de résiliation d'un mois, pour la fin d'un mois, dès l'achèvement de la période d'essai de trois mois.

Dès sa prise de travail, T\_\_\_\_\_, comme tout le personnel travaillant dans l'établissement « Z\_\_\_\_\_ » savait que le café-restaurant allait être vendu.

**c)** Lors de sa séance du 28 septembre 2004, le Conseil d'administration de E\_\_\_\_\_ - composé de l'actionnaire unique de la société, A\_\_\_\_\_ - a déclaré, sur requête de ce dernier, accepter à l'unanimité la vente de toutes ses actions à Mme B\_\_\_\_\_, au prix de Frs. 250'000.-. Ledit Conseil d'administration prenait, en outre, acte de la démission, avec effet au 29 septembre 2004, de A\_\_\_\_\_ en tant qu'administrateur et président de la société.

**d)** T\_\_\_\_\_ s'est retrouvée en incapacité totale de travail à partir du 30 septembre 2004 pour une durée de huit jours.

**e)** Par lettre datée du 29 septembre 2004, remise en main propre le lendemain, à 14h15, et signée par « B\_\_\_\_\_, administratrice », E\_\_\_\_\_ a licencié T\_\_\_\_\_, comme tous ses collègues employés de l'établissement « Z\_\_\_\_\_ », avec effet au 31 octobre 2004.

**f)** Par pli du 30 septembre 2004, T \_\_\_\_\_ s'est opposée à son licenciement, au motif qu'elle se trouvait en arrêt maladie. Dans cette lettre, elle priait le responsable de l'établissement « Z \_\_\_\_\_ », de trouver un arrangement et de la licencier pour la fin de sa période de maladie, qui était de huit jours « à compter d'aujourd'hui ».

**g)** Le 7 octobre 2004, T \_\_\_\_\_ a confirmé, par écrit, au service du personnel de E \_\_\_\_\_ son opposition à son licenciement et a réclamé des explications sur l'identité de la personne signataire de la lettre du 29 septembre 2004 précitée, qu'elle n'avait jamais vue sur l'organigramme de l'entreprise.

**h)** Par lettre signature et télécopie du 28 octobre 2004 adressées à E \_\_\_\_\_, T \_\_\_\_\_, par le biais du \_\_\_\_\_, s'est une nouvelle fois opposée à son licenciement, se prévalant de la nullité des licenciements collectifs lors d'un transfert d'entreprise. Par ailleurs, il était pris acte du fait que les employés de l'établissement avaient été libérés de leur travail à 11h00 jusqu'à nouvel ordre.

**i)** Le même jour, A \_\_\_\_\_ a répondu, par télécopie, à l'intimée que E \_\_\_\_\_ avait été vendue à B \_\_\_\_\_ le 29 septembre 2004, de sorte qu'il n'était plus à même de se prononcer sur le courrier adressé par \_\_\_\_\_, ayant démissionné du conseil d'administration de la société.

L'extrait du Registre du commerce produit dans le cadre de la procédure mentionne que cette démission a été portée au journal ce jour-là.

**j)** Par courrier du 2 novembre 2004 adressé au « Z \_\_\_\_\_ », à l'attention de Mme B \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ a confirmé que T \_\_\_\_\_ contestait son licenciement, dans la mesure où, à l'occasion de celui-ci, elle se trouvait en incapacité de travail pour des raisons médicales.

**k)** Le 18 novembre 2004, les époux B \_\_\_\_\_, sous la plume de leur conseil, ont informé \_\_\_\_\_ qu'ils avaient dénoncé, le 12 novembre 2004, le contrat portant sur l'acquisition du capital-actions de E\_\_\_\_\_ et qu'ils n'avaient jamais été administrateurs de la société et n'avaient pas l'intention de l'être.

**l)** Le 24 novembre 2004, T \_\_\_\_\_ a, par le biais de \_\_\_\_\_, informé E\_\_\_\_\_ que, Mme B\_\_\_\_\_ ayant renoncé à l'achat de la société et n'ayant jamais été l'administratrice de cette dernière, elle était toujours employée de l'entreprise et qu'elle était à disposition pour reprendre son travail.

**m)** Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 10 décembre 2004, T \_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_ en paiement d'un montant de Frs. 4'005.55, à titre de salaire pour le mois de novembre 2004, y compris les vacances y afférentes, avec intérêts moratoires, réclamant, en outre, ses fiches de salaire dès novembre 2004 ainsi que ses salaires pour les mois futurs et la moitié de son treizième salaire.

**n)** Par lettres reçues les 6 janvier et 4 mai 2005 au greffe de la juridiction des prud'hommes, la Caisse de chômage \_\_\_\_\_ s'est subrogée aux droits de T \_\_\_\_\_ pour un montant de Frs. 8'544.25 net avec intérêts moratoires, correspondant aux indemnités versées à l'intéressée durant les mois de novembre et décembre 2004, ainsi que de janvier et février 2005.

**o)** Par mémoire reçu au greffe de la juridiction des prud'hommes le 10 mars 2005, T \_\_\_\_\_ a augmenté ses prétentions, concluant, en sus de sa demande du 10 décembre 2004 précitée, au paiement de Frs. 12'469.10 avec intérêts moratoires, soit Frs. 10'860.- à titre de salaire pour la période de décembre 2004 à février 2005, Frs. 1'156.60 à titre de vacances et Frs. 452.50 à titre de treizième salaire.

**p)** Selon l'extrait du Registre de commerce produit dans le cadre de la procédure, A \_\_\_\_\_ a réintégré sa fonction d'administrateur de E\_\_\_\_\_ avec effet au 4 avril 2005.

q) Lors de l'audience du 4 mai 2005, E\_\_\_\_\_ a déclaré ne pas contester la nullité du congé signifié à l'intimée le 30 septembre 2004, mais a déclaré lui avoir notifié un licenciement oralement, à la fin de son arrêt maladie, pour le 30 novembre 2004. Elle a, en outre, indiqué avoir offert à l'intéressée de travailler, dès le mois de novembre 2004, pour E\_\_\_\_\_ dans les établissements possédés par la société à l'aéroport de Genève, proposition qui avait été refusée, les horaires fixés ne convenant pas à T\_\_\_\_\_. E\_\_\_\_\_ a précisé que d'autres horaires avaient été soumis à l'intéressée, mais que les parties n'avaient pas trouvé d'accord à ce sujet. Enfin, l'appelante a indiqué avoir versé la somme de Frs. 3'500.- à l'intimée, correspondant à la différence entre le salaire qu'elle aurait dû percevoir jusqu'à fin février 2005 et les indemnités versées par la Caisse de chômage \_\_\_\_\_.

r) T\_\_\_\_\_ a contesté avoir reçu son licenciement oralement, mais a confirmé avoir refusé la proposition d'embauche de E\_\_\_\_\_ en raison des horaires exigés. Elle a également admis avoir reçu la somme de Frs. 3'500.-, mais à titre d'avance sur salaire. Enfin, elle a indiqué avoir retrouvé un emploi le 3 mars 2005.

C. Pour fonder sa décision querellée, le Tribunal des prud'hommes a considéré que l'appelante, alors qu'elle en avait la charge, n'avait pas apporté le moindre commencement de preuve de la résiliation du contrat de travail à l'échéance du délai de protection de l'intimée ; le fait que E\_\_\_\_\_ avait proposé, au début du mois de janvier 2005, un emploi à T\_\_\_\_\_ à l'aéroport dès le 1<sup>er</sup> novembre 2004, offre refusée par cette dernière, n'était pas pertinent en l'espèce, dans la mesure où il n'avait été ni allégué ni prouvé que cette ou ces offres constituaient un congé-modification ou que le contrat de travail de l'intéressée avait été résilié à l'échéance du délai de congé suivant son refus. L'intimée ayant indiqué avoir retrouvé du travail dès le mois de mars 2005 et ne réclamant pas de salaire pour les mois postérieurs à février 2005, les premiers juges ont estimé que le contrat de travail ayant lié les parties avait tacitement pris fin le 28 février 2005.

D. A l'appui de son appel contre cette décision, E\_\_\_\_\_ fait valoir que, le 9 octobre 2004, soit dès le retour de l'intimée à son travail consécutivement à son arrêt maladie, C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, responsables, respectivement, des ressources humaines et du service juridique de l'appelante, agissant pour le compte de Mme B\_\_\_\_\_ et sur instructions de celle-ci, avaient notifié oralement son congé à l'intimée pour le 30 novembre 2004. Parallèlement à ce licenciement, et pour lui venir en aide, F\_\_\_\_\_, gérant de l'établissement " Z\_\_\_\_\_ ", avait eu plusieurs entretiens informels avec l'intimée à qui il avait proposé de la réengager dans une autre société - dont A\_\_\_\_\_ était administrateur - soit Y\_\_\_\_\_, qui exploitait des établissements de restauration à l'aéroport de Genève, au sein desquels T\_\_\_\_\_ aurait pu commencer à travailler dès le 1<sup>er</sup> novembre 2004. Toutefois, l'intéressée avait refusé catégoriquement cette offre, même pour une durée déterminée et dans l'attente d'un autre emploi, déclarant que les horaires de travail ne lui convenaient pas. Lors de cet entretien, une autre grille horaire lui avait été proposée, mais en vain. Durant ces entretiens, "il était évident" que l'intimée savait que son contrat de travail avec E\_\_\_\_\_ avait pris fin, ce qui était d'autant plus clair que l'exploitation de l'établissement "Z\_\_\_\_\_" cessait définitivement et notoirement le 15 octobre 2004, ce que T\_\_\_\_\_ n'ignorait pas non plus. Le 30 novembre 2004, comme l'intimée dépendait de Mme B\_\_\_\_\_, A\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_, pour lui éviter une situation inconfortable, compte tenu de la fin de son emploi, lui avaient proposé une nouvelle fois un travail à l'aéroport avec des horaires, une planification journalière et des congés l'arrangeant, ce que l'intéressée avait derechef refusé catégoriquement, que ce soit pour un emploi de durée indéterminée ou déterminée. Le 7 avril 2005, A\_\_\_\_\_, qui, depuis le 4 avril 2005, était redevenu propriétaire et administrateur unique de E\_\_\_\_\_, avait pris contact avec l'intimée pour lui proposer de résoudre à l'amiable le litige l'opposant à la société. Dans ce cadre-là, conscient du fait que le salaire du mois de novembre 2004 de T\_\_\_\_\_ lui était dû par Mme B\_\_\_\_\_, mais que cette dernière n'entendait vraisemblablement pas honorer cette dette, il lui avait alors octroyé le montant de Frs. 3'500.- à titre d'avance sur le salaire dû pendant le délai de préavis "qui s'étendait au mois de novembre 2004".

L'appelante fait grief au Tribunal des Prud'hommes d'avoir refusé d'entendre C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ ainsi que F\_\_\_\_\_ qui pouvaient confirmer la date de la résiliation des rapports de travail de l'intimée.

D. De son côté, T\_\_\_\_\_, a sollicité également l'audition de témoins pouvant confirmer qu'elle avait refusé de travailler pour Mme B\_\_\_\_, que son congé ne lui avait pas été donné oralement et qu'elle n'avait pu que refuser les modalités de travail proposées pour un emploi à l'aéroport.

E. La Cour de céans a procédé, les 8 mars et 10 mai 2006, à l'audition des témoins cités par les parties, témoins dont les déclarations seront reprises dans la mesure utile ci-dessous.

### **EN DROIT**

1. Interjeté dans les forme et délai prévus à l'art. 59 de loi sur la juridiction des prud'hommes (LJP), l'appel est recevable.

2. Lors de la comparution personnelle des parties devant la Cour de céans du 8 mars 2006, D\_\_\_\_\_ a affirmé que c'était C\_\_\_\_\_ qui, en sa présence, avait annoncé à l'intimée son licenciement par téléphone le 9 octobre 2004.

Il ne résulte toutefois pas du témoignage de C\_\_\_\_\_ (cf. PV du 10.05.2006, p. 2-3) que l'intimée a été licenciée oralement par ses soins le 9 octobre 2004. A cet égard, ce témoin a déclaré avoir indiqué à T\_\_\_\_\_ que c'était Mme B\_\_\_\_ qui devait la licencier puisque A\_\_\_\_\_ n'avait plus rien à avoir avec la société. Comme T\_\_\_\_\_ ne comprenait pas très bien ce qui se passait, elle l'avait dirigée vers le directeur juridique de E\_\_\_\_, D\_\_\_\_\_.

C\_\_\_\_\_ a également précisé qu'au sein de l'appelante, les licenciements sont notifiés par écrit.

Quant à F \_\_\_\_\_, il ne ressort pas non plus de son témoignage (cf. PV du 10.05.2006, p. 1-2) que, lorsqu'elle est revenue travailler après son arrêt maladie, l'intimée a été licenciée oralement. En effet, ce témoin a déclaré que le 9 octobre 2004 ou le lendemain, il avait appelé le bureau de la société à l'aéroport pour signaler le retour de T \_\_\_\_\_ et qu'il avait ensuite passé le combiné téléphonique à cette dernière pour qu'elle discute avec C \_\_\_\_\_ ou D \_\_\_\_\_, précisant n'avoir pas entendu ce qui s'était dit à cette occasion. Le lendemain de cette conversation, lors d'un autre entretien téléphonique qu'il avait eu avec C \_\_\_\_\_ ou D \_\_\_\_\_, il lui avait été indiqué que le congé de T \_\_\_\_\_ avait été confirmé à cette dernière lors de l'entretien téléphonique précité de la veille.

Dans ces conditions, force est de constater que c'est à juste titre que les premiers juges ont considéré que l'appelante n'avait pas établi, alors qu'elle supportait le fardeau de la preuve à cet égard, avoir licencié oralement T \_\_\_\_\_ le 9 octobre 2004.

Comme la vente de l'appelante à Mme B \_\_\_\_\_ n'est jamais venue à chef, il faut admettre qu'au mois d'octobre 2004, l'intimée était toujours employée de E \_\_\_\_\_. Au demeurant, cette vente aurait-elle eu lieu et Madame B \_\_\_\_\_ devenue temporairement propriétaire de la société, qu'on aboutirait à la même conclusion, dans la mesure où un transfert économique résultant de la vente d'une majorité des actions d'une société anonyme ne tombe pas sous le coup de l'art. 333 CO (Transfert des rapports de travail), les rapports de travail entre la société anonyme et ses employés n'étant pas affectés par le changement de mains de son capital actions.

**3.** Cette absence de licenciement de l'intimée n'a cependant pas pour effet l'octroi à cette dernière de ses prétentions en paiement de son salaire jusqu'à fin février 2005, soit la date à laquelle elle a retrouvé un travail qui lui convenait.

En effet, à teneur de l'art. 2 CC, chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi (al. 1), l'abus manifeste d'un droit n'étant pas protégé par la loi (al. 2).

En l'occurrence, il résulte clairement du courrier que l'intimée a adressé le 30 septembre 2004 au responsable de l'établissement "Z \_\_\_\_\_", pour protester contre son licenciement survenu le même jour alors qu'elle se trouvait en arrêt de travail, qu'elle laissait à l'appelante le choix de trouver un arrangement et la priait de la licencier pour la fin de sa période de maladie "qui était de huit jours à compter d'aujourd'hui".

Par ailleurs, l'intimée n'a pas voulu travailler avec Mme B \_\_\_\_\_, qui a été, durant un bref laps de temps, à tout le moins la gérante de l'établissement qu'elle voulait transformer en restaurant chinois, tout comme elle a refusé les diverses propositions d'emploi qui lui ont été faites de travailler dans deux établissements de l'aéroport propriétés de la société Y \_\_\_\_\_ dont A \_\_\_\_\_ était également l'administrateur.

A cet égard, il résulte du témoignage de C \_\_\_\_\_ (cf. PV du 10.05.2006, p. 2-3) que lorsqu'il s'est avéré que Mme B \_\_\_\_\_ ne rachèterait pas l'appelante, A \_\_\_\_\_ lui avait dit qu'il fallait proposer du travail à T \_\_\_\_\_, ce qu'elle avait fait en s'entretenant à trois reprises, dans son bureau, avec l'intéressée, à mi-octobre et fin novembre 2004. En ces occasions, C \_\_\_\_\_ a proposé deux postes différents à l'intimé, avec des horaires différents, le premier dans l'établissement "X \_\_\_\_\_", le second au "W \_\_\_\_\_", tous deux situés à l'aéroport, postes qui n'avaient pas convenu à l'intéressée, notamment parce qu'il fallait travailler le week-end et, pour ce qui était du second établissement, en raison du fait qu'il ouvrait très tôt le matin et qu'elle était entièrement tributaire des transports publics pour se déplacer. C \_\_\_\_\_ a toutefois indiqué à cet égard qu'elle aurait pu dispenser T \_\_\_\_\_ de travailler le week-end au "W \_\_\_\_\_", ayant la possibilité de la faire remplacer par des étudiants, ce que l'appelante n'a pas contesté.

Enfin, C \_\_\_\_\_ a déclaré que l'appelante avait remis un montant de Frs. 3'500.- à T \_\_\_\_\_ parce que le chômage ne voulait verser à cette dernière d'indemnité au mois de novembre et qu'elle avait des échéances financières à respecter.

Au vu des éléments susmentionnés, il apparaît que l'intimée avait accepté, à tout le moins tacitement, de cesser ses relations de travail avec l'appelante à la fin de l'année 2004 et qu'elle a refusé même temporairement, et essentiellement pour des raisons de commodité personnelle, les emplois qui lui étaient proposés jusqu'à ce qu'elle trouve un travail dont les horaires lui convenaient.

Dans ces conditions, il apparaîtrait abusif que l'intimée se voie octroyer un salaire pour les mois de janvier et février 2005.

Le jugement entrepris sera, dès lors, réformé sur ces points et E \_\_\_\_\_ condamnée à verser à T \_\_\_\_\_ les salaires des mois de novembre et décembre 2004 (Frs. 7'240.- [Frs. 3'620.- x 2]), le treizième salaire *pro rata temporis* du mois de décembre (Frs. 151.-), soit au total Frs. 7'391.-, le tout avec intérêts moratoires à 5% l'an.

Comme l'intimée a déjà perçu de l'appelante Frs. 3'500.- net et de la Caisse de chômage \_\_\_\_\_ Frs. 4'164,60 net à titre d'indemnités de chômage pour les mois de novembre 2004 (Frs. 2'251,15) et décembre (Frs. 1'913,45) 2004, il convient de déduire ces deux montants de la somme finale due, en capital et intérêts, par l'appelante à son ex-employée, étant précisé que E \_\_\_\_\_ sera condamnée à payer à la Caisse de chômage \_\_\_\_\_ la somme de Frs. 4'164,60 net, avec intérêts.

Il découle également de ce qui précède que l'appelante sera condamnée à délivrer à T \_\_\_\_\_ ses fiches de salaire pour les seuls mois de novembre et décembre 2004.

4. Par souci de clarté, le jugement querellé sera entièrement annulé et son dispositif reformulé, étant précisé que c'est manifestement à la suite d'une erreur matérielle que le

dispositif du jugement entrepris comporte la condamnation de l'appelante à payer à son ex-employée deux fois le montant de "*Frs. 3'620.- brut à titre de salaire pour le mois de novembre 2004, avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> décembre 2004, sous déduction de la somme nette de Frs. 2'251,15 due à la Caisse de chômage \_\_\_\_\_*".

5. Le montant litigieux étant inférieur à Frs. 30'000.--, il n'y a pas lieu à perception d'un émolument d'appel (art. 60 al. 1 LJP).

### **PAR CES MOTIFS**

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

#### **A la forme:**

Déclare recevable l'appel interjeté par Y \_\_\_\_\_ contre le jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 12 septembre 2005, notifié le même jour, dans la cause C/27650/2004-2.

#### **Au fond:**

1. Condamne E \_\_\_\_\_ à payer à T \_\_\_\_\_ la somme de Frs. 7'391.- brut, avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> décembre 2004, sous déduction des sommes nettes de Frs. 3'500.- et de Frs. 4'164.60.

Invite, cas échéant, E \_\_\_\_\_ à opérer, sur le montant brut sus-mentionné, les déductions sociales, légales et usuelles.

2. Condamne E \_\_\_\_\_ à délivrer à Madame T \_\_\_\_\_ ses fiches de salaire pour les mois de novembre et décembre 2004.

3. Condamne E \_\_\_\_\_ à payer à la Caisse de chômage \_\_\_\_\_  
la somme de Frs. 4'164,60 net, avec intérêts à 5% l'an dès le 15 janvier 2005.
4. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président