



T\_\_\_\_\_

Onex

E\_\_\_\_\_

Petit-Lancy

**Partie appelante**

**Partie intimée**

Caisse de chômage A\_\_\_\_\_

Genève

**Partie intervenante**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 13 juin 2008

Mme Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente

Mme Suzanne BORGSTEDT VOGT et M. Tito VILA, juges employeurs

Mme Yasmine MENETREY et M. Ivo VAN DOORNIK, juges salariés

Mme Chantal MARGAND, greffière d'audience

**EN FAIT**

Par acte du 14 décembre 2007, T\_\_\_\_\_ appelle du jugement TRPH/858/2007, rendu le 29 novembre 2007 et communiqué par plis du lendemain, aux termes duquel le Tribunal des prud'hommes, groupe 3, rejette la demande en paiement de fr. 9'660.- brut à titre de salaire pour le délai de congé et de fr. 804.67 brut à titre d'indemnité pour vacances non prises qu'il a formée à l'encontre de E\_\_\_\_\_.

L'appelant reprend, devant la Cour, ses conclusions de première instance.

L'intimé conclut à la confirmation du jugement attaqué.

Les éléments suivants résultent du dossier:

- A. T\_\_\_\_\_ était employé de B\_\_\_\_\_ du 15 mai 2002 au 31 décembre 2006, en qualité d'aide-horticulteur, moyennant un salaire mensuel brut de fr. 3'220. -.

B\_\_\_\_\_ était au bénéfice d'une concession octroyée par la Ville de Genève, lui permettant d'entretenir les tombes du Cimetière C\_\_\_\_\_. A cette fin, il exploitait en raison individuelle un magasin de fleurs dans des locaux donnés à bail par la Ville de Genève et sis rte de C\_\_\_\_\_, à D\_\_\_\_\_, soit à l'entrée dudit cimetière; il produisait, pour l'essentiel, les plantes qui lui étaient nécessaires pour l'entretien des tombes et celles destinées à la vente sur un terrain bâti de serres, situé à proximité et donné à bail par sa mère.

Outre B\_\_\_\_\_, travaillaient dans l'entreprise individuelle son épouse, une vendeuse, un horticulteur qualifié, T\_\_\_\_\_ (aide-horticulteur) et, jusqu'en été 2006, un apprenti.

Selon les explications fournies, l'épouse de B\_\_\_\_\_ et la vendeuse travaillaient dans le magasin, alors que B\_\_\_\_\_, l'horticulteur qualifié et T\_\_\_\_\_ étaient chargés de la production de fleurs sur le terrain et dans les serres et de l'entretien des tombes.

Plus spécifiquement, T\_\_\_\_\_ travaillait tantôt sur le terrain ou dans les serres, tantôt au cimetière; il lui arrivait également d'aider à la confection de terrines ou de couronnes destinées à la vente. Il ne travaillait jamais dans le magasin.

- B. En février 2006, B\_\_\_\_\_ a informé ses employés qu'il allait prendre sa retraite à la fin de l'année 2006.

Dans le but de favoriser les futures recherches d'emploi de T\_\_\_\_\_, il a établi le 18 juin 2006 une attestation, à teneur de laquelle il a certifié que T\_\_\_\_\_ serait

libre de tout engagement dès le 31 décembre 2006, date à laquelle il transmettrait son affaire commerciale à son successeur.

- C. Par lettre recommandée du 28 octobre 2006, B\_\_\_\_\_ a résilié le contrat de T\_\_\_\_\_ avec effet au 31 décembre 2006, motivant sa décision par la cessation de son activité.

B\_\_\_\_\_ a, de la même manière, résilié le contrat de travail de l'horticulteur qualifié et de la vendeuse. Le contrat d'apprentissage de l'apprenti est quant à lui venu à expiration en été 2006.

- D. B\_\_\_\_\_ a cédé le fonds de commerce de son magasin de fleurs à E\_\_\_\_\_, avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2007, étant précisé que ce dernier a déjà auparavant été présent dans l'entreprise, à des fins d'information et de mise au courant, et qu'il a dû au préalable obtenir le transfert de la concession en sa faveur.

A teneur du contrat de vente ayant pris effet le 1<sup>er</sup> janvier 2007, E\_\_\_\_\_ faisait l'acquisition du "fonds de commerce du magasin de fleurs B\_\_\_\_\_", sis rte de C\_\_\_\_\_, à savoir du fonds de commerce proprement dit, du matériel d'exploitation porté à l'inventaire et de la clientèle; la validité du contrat était subordonnée au transfert du bail par la Ville de Genève en sa faveur.

E\_\_\_\_\_ a également poursuivi l'activité liée à l'entretien des tombes au Cimetière C\_\_\_\_\_, obtenant une concession de la Ville de Genève en sa faveur.

En revanche, il n'a pas repris le terrain de culture et les serres, lesquels ont été vendus à un tiers; le terrain a été classé en zone de développement et il est destiné à la construction; en attendant, E\_\_\_\_\_ bénéficie d'une tolérance lui permettant d'y exploiter son propre potager. Les serres ne sont plus en activité.

Ainsi, E\_\_\_\_\_ ne produit plus les plantes lui-même, mais les achète auprès de grossistes. Il déclare avoir jeté la plus grande part du matériel de jardinage repris de B\_\_\_\_\_, n'en ayant pas l'utilité.

- E. E\_\_\_\_\_ a conclu un nouveau contrat de travail avec l'horticulteur qualifié et la vendeuse précédemment employés par B\_\_\_\_\_, à des conditions plus favorables que précédemment.

Son épouse s'occupe du magasin avec la vendeuse, lui-même et l'horticulteur qualifié se chargeant de l'entretien des tombes.

Il n'a en revanche pas pris à son service T\_\_\_\_\_.

Il explique sa décision par le fait que, ne produisant pas ses propres plantes, il n'a pas besoin d'autant de personnel que B\_\_\_\_; ayant lui-même une formation de maçon, il a ainsi préféré engager un horticulteur qualifié, plutôt que T\_\_\_\_, qui n'a pas de formation accomplie.

- F. Par courrier de A\_\_\_\_ du 23 janvier 2007 adressé à E\_\_\_\_, T\_\_\_\_ a fait valoir qu'en raison du transfert d'entreprise, il avait droit à trois mois de salaire pour le délai de congé, ainsi qu'à une indemnité de vacances non prises en nature.

Le 15 mars 2007, il a introduit la présente demande en paiement, réclamant la condamnation de E\_\_\_\_ à lui payer fr. 10'464.67 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 mars 2007, soit fr. 9'660.- brut à titre de salaire pour le délai de congé et fr. 804.67 brut à titre d'une indemnité de vacances non prises en nature.

La caisse de chômage A\_\_\_\_ est intervenue dans la procédure, se déclarant subrogée aux droits de T\_\_\_\_ à hauteur de fr. 3'625.25, correspondant aux indemnités de fr. 1'879.85 versées en janvier 2007 (18 jours), fr. 763.60 versées en février 2007 (7 jours) et fr. 981.80 versées en mars 2007 (9 jours). A l'appui de ses prétentions, elle a expliqué que T\_\_\_\_ s'était désinscrit le 12 février 2007 pour se réinscrire le 20 mars 2007.

Sur le sujet, T\_\_\_\_ a expliqué que de mi-février à mi-mars 2007, il avait travaillé comme nettoyeur chez un autre employeur, mais qu'il avait renoncé à cet emploi, celui-ci ne lui convenant pas. Le salaire réalisé dans le cadre de cet emploi ne résulte pas du dossier.

- G. Le jugement attaqué retient en substance que le contrat de travail de T\_\_\_\_ était soumis au Contrat-type de travail genevois réglant les conditions de travail des travailleurs de la floriculture du canton de Genève, s'appliquant aux travailleurs de la floriculture occupés à la production de plantes en pot et de fleurs coupées, à l'entretien et aux prestations de service aux productions florales, par une entreprise établie dans le canton de Genève qui consacre tout ou partie de son activité à ce type de culture. B\_\_\_\_ avait vendu à E\_\_\_\_ la majeure partie de son entreprise et celle-ci avait conservé son identité. Il s'agissait dès lors d'un transfert d'entreprise soumis à l'art. 333 CO. Toutefois, B\_\_\_\_ avait résilié le contrat de travail de T\_\_\_\_ dans le respect du délai conventionnel de congé (art. 27 CTT) pour le 31 décembre 2006 de sorte que, lorsque l'entreprise avait été reprise par E\_\_\_\_, soit le 1<sup>er</sup> janvier 2007, le contrat de travail de T\_\_\_\_ n'existait plus et n'avait donc pu passer dans la sphère juridique du défendeur. E\_\_\_\_ n'était ainsi jamais devenu l'employeur de T\_\_\_\_ et n'avait dès lors pas la légitimation passive, ce qui conduisait à rejeter la demande et, conséquemment, les conclusions prises par subrogation par la Caisse de chômage.

Les arguments des parties seront repris ci-après dans la mesure utile.

### EN DROIT

1. L'appel a été formé dans le délai et suivant la forme prescrite par la loi. Il est dès lors recevable.

La cognition de la Cour d'appel est complète.

2. L'appelant fonde ses prétentions sur l'art. 333 CO.

L'application de l'article 333 CO suppose que l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers. Contrairement à la solution prévalant sous l'ancien droit, en cas de transfert d'entreprise, les rapports de travail existant au moment du transfert passent automatiquement à l'acquéreur, même contre le gré de ce dernier (ATF 123 III 466, consid. 3b, et les réf. citées).

Selon l'art. 333 CO - disposition à laquelle renvoie loi fédérale sur les fusions, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2004, si l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent au jour du transfert, à moins que le travailleur ne s'y oppose (al. 1). L'ancien employeur et l'acquéreur répondent solidairement des créances du travailleur échues dès avant le transfert jusqu'au moment où les rapports de travail pourraient normalement prendre fin ou ont pris fin par suite de l'opposition du travailleur (al. 3). Ces règles résultent de la révision du code des obligations du 17 décembre 1993, entrée en vigueur le 1er mai 1994 (RO 1994 804). Pour qu'il y ait transfert au sens de l'art. 333 al. 1 CO, il suffit que l'exploitation soit effectivement poursuivie ou reprise par le nouveau chef d'entreprise, qu'il y ait ou non un lien de droit entre le premier exploitant et le second.

Contrairement à la solution prévalant sous l'ancien droit (ATF 114 II 349 consid. 3), en cas de transfert d'entreprise, les rapports de travail existant au moment du transfert passent automatiquement à l'acquéreur, même contre le gré de ce dernier. L'entreprise se définit comme un ensemble organisé de biens et de droits formant une unité économique. Le transfert de l'entreprise s'entend au sens large. Il peut s'agir d'une vente, d'un échange, d'une donation, d'un legs, d'un apport à une société, ou du transfert économique qui résulterait, par exemple, de la vente d'une majorité des actions d'une société anonyme. Le transfert peut également porter sur une partie déterminée de l'entreprise. En résumé, il y a transfert au sens de l'article 333 CO lorsque l'entreprise reste identique avant et après l'opération (ATF 123 III 466).

Pour qu'il y ait transfert au sens de l'article 333 al. 1<sup>er</sup> CO, il faut et il suffit ainsi que l'exploitation ou une partie de celle-ci soit effectivement poursuivie par le nouveau chef d'entreprise. L'exploitation est considérée comme poursuivie en tout ou partie par l'acquéreur lorsqu'elle conserve pour l'essentiel ("im wesentlichen") son identité, c'est-à-dire son organisation et son but. S'inspirant de la pratique européenne, le Tribunal fédéral a ainsi retenu que cette condition doit s'examiner au regard de circonstances objectives, la question déterminante étant de savoir si le nouvel exploitant a effectivement poursuivi ou repris une activité de même nature. Constituent des indices à cet égard le transfert des infrastructures et de l'outil de travail, la cession de droits d'utilisation étant à cet égard suffisants, ainsi que la reprise de la clientèle, le maintien de prestations identiques (TF in JAR 2002 p. 228) ou le fait de demeurer dans le même lieu (TF in JAR 2000 p. 179). Il n'est en revanche pas indispensable qu'il y ait reprise d'actifs, si d'autres éléments démontrent que l'identité de l'entreprise est conservée (TF in JAR 2000 p. 179).

Plus spécifiquement, la Cour d'appel de céans a admis qu'une entreprise conservait son identité en cas de transfert à un nouveau club de la partie d'un club de football concernant les joueurs professionnels, les joueurs amateurs et espoirs demeurant auprès de l'ancien club (CAPH in JAR 2002 p. 232), alors qu'elle l'a nié lorsque le repreneur, exploitant précédemment un restaurant italien, avait, après rénovation, transféré son activité et son propre personnel dans les locaux repris, dans lequel était précédemment exploitée une brasserie française (CAPH, in SAE 2003 p. 46) et, plus récemment, lorsque le nouveau locataire de serres dévolues à la production traditionnelle de champignons les transformait de manière à les prendre propres à la culture biologique de ceux-ci (CAPH/61, 62 et 63/2008).

En l'espèce, la reprise convenue par l'intimé et B\_\_\_\_\_ portait sur le fonds de commerce du magasin de fleurs situé à l'entrée du cimetière C\_\_\_\_\_ et de la clientèle. L'intimé a également obtenu une concession lui permettant d'entretenir les tombes dudit cimetière et a ainsi continué tant l'activité de vente de fleurs que d'entretien des tombes qui était celle de son prédécesseur.

Il s'agit donc bien, comme l'a retenu le Tribunal des prud'hommes, d'un transfert de l'entreprise de B\_\_\_\_\_ à l'intimé, au sens de l'art. 333 CO.

3. Le contrat de travail de l'appelante a toutefois été résilié pour le 31 décembre 2006, alors que la reprise n'a été effective que le 1<sup>er</sup> janvier 2007.

Le Tribunal fédéral, dans des arrêts récents (ATF 123 III 466 consid. 3a, arrêt 4A.58/2007), a rappelé que le bénéfice de l'art. 333 CO ne peut être invoqué que par les seuls travailleurs dont la relation de travail est en cours à la date du transfert, ou par ceux dont les rapports de travail ont déjà été résiliés pour une date postérieure au transfert. L'acquéreur de l'entreprise n'a en revanche pas à reprendre des contrats de travail n'existant plus au moment du transfert.

Si le Tribunal fédéral a abordé la question des conséquences de la résiliation d'un contrat de travail notifiée pour éluder la protection découlant de l'art. 333 al. 1 CO (ATF 123 III 466 consid. 3b, arrêt 4C.333/1998, consid. 1b/aa), il n'a en revanche pas tranché la question du caractère nul ou abusif du licenciement donné pour la veille du transfert de l'entreprise, soulignant uniquement que les travaux préparatoires indiquaient clairement que l'employeur ne peut faire table rase des contrats de travail en vue du transfert à la seule fin d'éluider la protection des salariés et de se soustraire à la règle impérative de l'article 333 alinéa 1 CO.

La doctrine est divisée sur le sujet : certains auteurs estiment que la résiliation donnée pour la veille du transfert d'entreprise est nulle (BRUNNER /BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3<sup>ème</sup> éd. no 2 ad art. 333 CO), alors que d'autres estiment qu'elle est nulle sauf si elle est justifiée par une restructuration (AUBERT, Commentaire romand, no 4 ad art. 333 CO; KARAGJOZI, Les transferts d'entreprises en droit du travail, in Le droit du travail en pratique, 2003 p. 85 ss), ou encore qu'elle n'est abusive que dans certains cas (DUC/SUBILIA, Commentaire du contrat individuel de travail, 1998 no. 8 ad art. 333 CO; STAEHELIN, Commentaire zurichois, no 12 ad art. 333 CO; WYLER, Droit du travail, 2002, p. 300 ss).

La Cour d'appel des prud'hommes, après avoir retenu dans certaines décisions que le congé donné pour éluder les conséquences de l'article 333 CO était frappé de nullité (CAPH du 26 juin 2000, cause C/23474/1999-2; CAPH du 15 août 2001, cause C/3993/2000-2), s'est ensuite ralliée à la doctrine dominante, en retenant qu'un congé donné dans le seul but d'éluider les prescriptions de l'art. 333 CO était abusif au sens de l'art. 336 al. 1 litt. c CO (CAPH/58/2004, CAPH/59/2004). Rien ne justifie de revenir aujourd'hui sur cette position.

En l'espèce, la structure de l'entreprise reprise a été fondamentalement modifiée, puisque l'intimé, au contraire de son prédécesseur, n'a ni terrain ni serres à disposition et qu'il ne produit plus lui-même les plantes nécessaires à son activité, mais se fournit exclusivement auprès de grossistes, au contraire de son prédécesseur, qui disposait de l'infrastructure nécessaire à la production de l'essentiel des plantes nécessaires à son activité. Cette restructuration imposait à l'évidence une réduction du personnel horticulteur, en raison de l'abandon de la production personnelle des plantes destinées tant à l'entretien des tombes qu'à la vente. L'appelant a admis avoir déployé son activité pour la plus grande part dans le terrain de culture et dans les serres, soit à la production, secteur qui n'a pas été poursuivi par l'intimé, et avoir su dès février 2006 que son licenciement était motivé par la volonté de son employeur, précédant exploitant, de prendre sa retraite. Ce dernier a d'ailleurs confirmé qu'il ne pouvait être question de remettre à l'intimé le terrain avec serres destiné à la culture, puisque celui-ci, déclassé, était dorénavant destiné à la construction.

Dans ces conditions, le congé donné par le précédent exploitant à l'appelant pour le 31 décembre 2006, soit pour la veille du transfert d'entreprise, était justifié par un motif de restructuration et n'a pas été donné aux seules fins de faire échec aux conditions posées par l'art. 333 CO. Sa validité doit dès lors être admise.

4. Il s'ensuit que les prétentions de l'appelant ont été rejetées à juste titre, celles de la caisse de chômage intervenante devant suivre le même sort.

Le jugement attaqué doit être confirmé, par substitution de motifs.

Compte tenu de la valeur litigieuse, la procédure reste gratuite.

### **PAR CES MOTIFS**

La Cour d'appel des Prud'hommes, Groupe 3

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

- Déclare recevable l'appel interjeté par T\_\_\_\_\_ contre le jugement TRPH/858/2007, rendu le 29 novembre 2007 par le Tribunal des Prud'hommes, groupe 3, dans la cause C/5288/2007.

#### **Au fond :**

- Confirme ce jugement.
- Dit que la procédure reste gratuite.
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente