



T _____
c/o Syndicat SIT
Rue des Chaudronniers 16
Case postale 3287
1211 Genève 3

E ___ SARL
Rue _____
Case postale _____
1211 Genève _

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du mercredi 22 décembre 2004

M. Guy STANISLAS, président

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

MM. Olivier BAGNOUD et Marc LABHART, juges salariés

M. Olivier SIGG greffier d'audience

EN FAIT

- A. E___SARL est une société à responsabilité limitée ayant son siège _____ à Genève, constituée le 19 février 2001, active dans le domaine de la boulangerie-pâtisserie. Lors de sa constitution, A_____ était associé-gérant de la société et détenait une part de 1'000 fr., B_____ détenant le solde du capital, soit une part de 19'000 fr. Intervenant également comme directeur de la société avec signature individuelle, C_____, père de B_____.
- B. C_____ exploitait un commerce de boulangerie-pâtisserie dans des locaux sis _____ à Genève dont il a cessé l'exploitation à la mi-mai 2001, les locaux ayant alors été repris par E___SARL.
- C. Par lettre du 1^{er} mai 2001, E___SARL a confirmé l'engagement de T_____ en qualité d'aide de laboratoire, dans les locaux sis _____, pour un salaire mensuel de 1'500 fr. correspondant à une activité à mi-temps, soit 21 heures de travail par semaine.
- Par courrier du 9 mai 2001, E___SARL a confirmé les modalités de cet engagement en indiquant que le contrat prenait effet le 1^{er} juillet 2001 et que le premier jour de travail serait le lundi 2 juillet 2001. L'horaire de travail était le lundi de 0h30 à 6h30, les mardis, mercredis et jeudis de 2h00 à 6h00 et le vendredi de 5h00 à 8h00, soit 21 heures de travail par semaine. Le courrier précisait que la boulangerie était fermée le samedi et le dimanche et qu'aucune heure supplémentaire ne serait payée sans l'accord préalable du gérant de E___SARL.
- D. Par courrier du 16 août 2001, E___SARL a informé la caisse cantonale genevoise de compensation qu'elle employait à son service, dès le 1^{er} juillet 2001, T_____ en qualité d'aide-boulangier, à temps partiel, pour un salaire de 1'500 fr. brut par mois.
- E. Par courrier du 24 août 2001, E___SARL a demandé à T_____ de lui remettre son permis de séjour et de travail dont il avait affirmé être titulaire. E___SARL a licencié T_____ le 4 septembre 2001, avec effet au 30 septembre 2001, dès lors qu'il n'avait pas remis son permis de séjour et de travail.
- F. E___SARL a payé le salaire de T_____ pour les mois de juillet et août 2001, soit une somme nette de 1'369.85 fr., selon décompte produit à la procédure.

G. Par lettre du 18 décembre 2001, le Syndicat interprofessionnel des travailleuses et des travailleurs (ci-après : « SIT ») a indiqué à E_____SARL que son affilié avait travaillé dans l'entreprise de boulangerie antérieurement à son engagement formel par E_____SARL. Il était indiqué que T_____ avait travaillé sous la responsabilité de B_____, dans les locaux de la boulangerie sise _____, depuis le 12 décembre 2000. Il était précisé que l'employé y travaillait 11 heures par jour, 7 jours par semaine, selon un horaire de travail de 0h30 à 11h30 et ceci pendant une période de 41 semaines, soit du 12 décembre 2000 au 20 septembre 2001, date de la fin des rapports de service.

T_____ indiquait avoir reçu de ce chef une somme nette de 8'319.85 fr. composée d'un montant de 2'000 fr. versé au mois de mars 2001, 2'550 fr. au mois d'avril 2001, 1'369.85 fr. au mois de juillet 2001 et 2'400 fr. au mois d'août 2001. A l'appui de sa contestation, T_____ a produit des documents intitulés « factures » consistant en des reçus signés par T_____ avec indication « salaire ». Un document, avec référence salaire mars 2001 précisait : « *salaire de 2000 fr. - acompte de 500 fr. = 1'500 fr.* »; un autre document, avec référence avril 2001, précisait : « *salaire base de 2'000 fr. + 5 dimanches à 550 fr., 2'550 fr. - acompte de 550 fr. = 2000 fr.* » Un document avec référence août 2001 indiquait : « *salaire base : 2'000 fr., bonus 2'000 fr., 2'400 fr. - 1'600 fr. = 800 fr.* »

Se basant sur un horaire de travail de 42 heures hebdomadaire selon la convention collective de travail de la boulangerie-pâtisserie prévoyant un salaire minimum mensuel de 3'116 fr. pour la première année de service, T_____ a réclamé à E_____SARL une somme de 29'704.50 fr. au titre de solde de salaire pour les heures travaillées et une somme de 30'942.20 fr. au titre d'heures supplémentaires. L'employé réclamait également une somme de 4'536.40 fr. à titre de vacances et 5'940 fr. à titre d'indemnité pour travail de nuit. C'est ainsi un montant total de 62'804.15 fr. qui était réclamé par l'employé.

H. Par assignation déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 28 mars 2002, T_____ a assigné E_____SARL en paiement de la somme de 62'804.15 fr. avec intérêts à 5 % dès le 20 septembre 2001, reprenant les conclusions formulées par le SIT le 18 septembre 2001.

I. E_____SARL s'est opposée à la demande et fait valoir qu'elle avait engagé T_____ à compter du 1^{er} juillet 2001 sur la base d'une lettre d'engagement dont l'employé avait compris la teneur.

Entendu à titre de témoin, C_____ a expliqué avoir occupé à son service T_____ à partir du 1^{er} janvier 2001 dans un commerce de boulangerie qu'il exploitait dans des locaux sis _____. Il a indiqué que son employé effectuait un horaire de

travail de 2h00 - 3h00 jusqu'à 9h30, faisait les sandwiches et un peu de nettoyage pour un salaire convenu de 2'200 fr. par mois. C_____ a indiqué qu'il avait dû remettre son commerce à la mi-avril 2001, date à laquelle T_____ avait cessé de travailler à son service.

- J. Par jugement du 28 janvier 2003, le Tribunal des prud'hommes a retenu que les conditions d'un transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO n'étaient pas réalisées et que E___SARL ne pouvait être tenue responsable d'engagements antérieurs contractés par C_____. Le Tribunal a estimé que la convention collective de travail à la boulangerie-pâtisserie-confiserie artisanale suisse du 13 novembre 1996 ne s'appliquait pas au litige, dès lors que E___SARL et T_____ n'étaient pas membres au moment des faits, de l'une ou l'autre des parties signataires à la convention, et qu'ils n'avaient pas déclaré vouloir s'y soumettre. Le Tribunal a ainsi retenu que T_____ avait été engagé pour une activité à temps partiel sur la base d'un salaire contractuel de 1'500 fr. brut par mois. Le Tribunal a dès lors condamné E___SARL à verser à T_____ la somme de 950 fr. brut à titre de salaire pour la période du 1^{er} au 19 septembre 2001 ainsi qu'une somme de 329.05 fr. à titre d'indemnité vacances pour les deux mois d'activité. Le Tribunal a rejeté les autres prétentions formulées par l'employé, considérant que l'accomplissement d'heures supplémentaires n'avait pas été prouvé et que l'indemnité pour travail de nuit ne pouvait compenser une activité régulière effectuée la nuit.
- K. A l'encontre de ce jugement, notifié le 12 août 2003, T_____ interjette appel par mémoire du 10 septembre 2003. L'appelant reprend les conclusions formulées devant la première instance, soit les prétentions en paiement d'une somme de 62'804.15 fr.
- L. Par mémoire du 5 décembre 2003, E___SARL a conclu à la confirmation du jugement entrepris. A l'appui de son argumentation, l'intimée a produit une page de contrat de remise de commerce conclu entre E___SARL et C_____ indiquant notamment que seuls les contrats de travail de D_____ et C_____ sont repris par l'acquéreur du fonds de commerce.
- M. A l'audience de la Cour d'appel du 2 février 2004, T_____ a confirmé avoir travaillé de façon ininterrompue pour C_____ du 12 décembre 2000 au 20 septembre 2001 et ne pas avoir compris que son employeur avait remis son commerce durant cette période dès lors qu'il avait continué à recevoir ses instructions de C_____ qui apparaissait comme le patron. Les témoins F_____ et G_____, tous deux restaurateurs, ont affirmé avoir été clients de l'entreprise de boulangerie de C_____ et indiqué avoir ignoré que ce dernier avait remis son

commerce qu'il continuait à gérer. Le gérant de E____SARL a confirmé avoir engagé T____ à compter du 1^{er} juillet 2001.

- N. Par ordonnance préparatoire du 2 février 2004, la Cour d'appel a notamment ordonné la convocation en qualité de témoins de C____ et D____. A l'audience du 29 mars 2004, C____ a confirmé avoir engagé T____ dans son commerce de boulangerie en décembre 2000, et ceci jusqu'au 19 ou 20 avril 2001, date à laquelle il avait décidé de remettre son exploitation qui marchait mal. Le témoin a indiqué que T____ avait alors travaillé ailleurs pendant plusieurs semaines puis avait réintégré son activité au 1^{er} juillet 2001 sous couvert d'un contrat de travail conclu avec la société E____SARL qui avait repris le fonds de commerce. Le témoin a précisé que la facture intitulée « *salaires juin 2001* » avait bien été établie par ses soins et correspondait à une activité de T____ qui avait travaillé avec lui dans une autre boulangerie.
- O. Par ordonnance préparatoire du 24 mars 2004, la Cour d'appel a souhaité être renseignée sur les circonstances de la remise du commerce de boulangerie. Elle a ainsi sollicité de E____SARL la production intégrale du contrat de remise du commerce et demandé la réaudition de C____ en qualité de témoin ainsi que la citation de B____, nouvel associé-gérant de la société.
- P. A l'audience de ce jour, B____, fils de C____, a confirmé être associé-gérant de E____SARL depuis juin 2001. Il a indiqué être le propriétaire de l'entreprise mais ne pas en être l'animateur, l'exploitation étant assurée par son père. Il a précisé que, en 2001, ce dernier lui avait remis son entreprise et qu'il avait signé les documents de transfert établis par A____. Il a également précisé que la souscription de sa part sociale avait été financée par son père et que, s'il avait « *racheté* » le fonds de commerce, il n'avait rien payé à son père.

Le témoin H____ a expliqué avoir, de 1983 à 2001, exploité sa propre entreprise de boulangerie qui a, par la suite, été reprise par une société représentée par A____. Il a précisé que, pendant la période de juin à août 2001, il avait dû partir en Italie pour raisons familiales et avait demandé à C____ de le remplacer pendant la période où il était absent.

EN DROIT

1. L'appel de T____ est recevable pour avoir été déposé dans le délai et la forme prescrits par la loi (art. 59 LJP).

2. a) Selon l'art. 333 al. 1 CO, 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. La loi ne définit pas le transfert d'entreprise ou d'une partie d'entreprise. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser cette notion en indiquant que, pour qu'il y ait transfert au sens de l'art. 333 CO, il suffit que l'exploitation soit effectivement poursuivie ou reprise par un nouveau chef d'entreprise (ATF 123 III 466; Wylér, Droit du travail, Berne, 2002, p. 305). L'exploitation est considérée comme poursuivie en tout ou partie par l'acquéreur lorsqu'elle conserve son identité, c'est-à-dire son organisation et son but. Peu importe qu'il y ait ou non un lien de droit entre le premier exploitant et le second. 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, à moins que le travailleur ne s'y oppose (art. 333 al. 1 CO). La notion de transfert couvre tout transfert d'entreprise, d'établissement ou de partie d'entreprise ou d'établissement à un autre chef d'entreprise, par contrat, acte, mesure administrative, décision judiciaire ou opération juridique, y compris les fusions et les divisions (Wylér, loc. cit. p. 306).
- b) Les opérations de remise du commerce de boulangerie sis _____ à Genève, obéissent à un transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO. Le commerce, initialement exploité par C_____, a été repris par la société E___SARL dont C_____ est resté l'animateur. Pour des raisons de convenances personnelles, il a demandé à son fils, B_____, d'agir à titre fiduciaire dans la souscription des parts sociales de la société et ce dernier a ainsi souscrit une part sociale de 19'000 fr. qui a été financée par son père. Les éléments constitutifs d'un transfert d'entreprise sont en l'espèce réalisés, C_____ continuant à exploiter l'entreprise sous couvert d'une nouvelle entité.
- c) Les débats ont en outre montré que T_____ avait continué à être engagé par C_____ après la cessation formelle de son exploitation intervenue à mi-avril 2001 dès lors que l'appelant a continué à travailler pour le compte de C_____ dans le commerce de H_____ qui s'était absenté pour raisons familiales et avait sollicité son remplacement par C_____. La Cour d'appel ne peut ainsi retenir que T_____ aurait cessé toute activité pour C_____ le 15 avril 2001, ce dernier ayant d'ailleurs reconnu que l'appelant avait travaillé à son service pendant l'été 2001.
3. Le transfert d'entreprise étant admis, la Cour d'appel retiendra que T_____ est fondé à réclamer à E___SARL le paiement de son salaire pour les mois de mai et juin 2001, soit pour la période postérieure à la cessation de l'activité de C_____ mais antérieurement à l'engagement formel de l'appelant auprès de la société E___SARL. Les éléments fournis à la procédure ne permettent pas d'établir que la rémunération de l'employé aurait été acquittée pendant cette période de telle

sorte que E_____SARL sera tenue de verser à T_____ le salaire inhérent à cette période. La pièce versée à la procédure avec l'intitulé « salaire juin » constitue une simple facture sans valeur probante dont la Cour d'appel ne peut inférer que le salaire avait été versé à T_____. C'est donc une somme brute de 3'000 fr. que se verra allouer T_____ à titre de salaire pour les mois de mai et juin 2001, en sus de la somme de 950 fr. allouée par le Tribunal à titre de salaire pour la période du 1^{er} au 19 septembre 2001.

Les prétentions complémentaires de T_____, à titre de salaire, ne pourront pas être accueillies. Le dossier d'instruction ne recèle aucun élément permettant de retenir que T_____ aurait exercé une activité supérieure à un poste à mi-temps. Au contraire, la quotité de sa rémunération pour son activité auprès de C_____ ainsi que la reprise aux mêmes conditions de son contrat de travail par E_____ SARL permettent à la Cour d'appel de retenir une activité à mi-temps, ce d'autant plus que l'appelant a reconnu n'avoir constaté aucun changement dans l'organisation de son activité.

4. T_____ réclame une indemnité au titre de vacances non prises. Il n'a pas été rapporté à la procédure la preuve que T_____ avait pu prendre ses vacances depuis son engagement par C_____ en décembre 2000 jusqu'à la cessation des rapports de service intervenue le 19 septembre 2001. L'employé se verra donc allouer une indemnité de vacances, fondée sur l'art. 329d al. 1 CO, calculée sur la période du 12 décembre 2000 au 19 septembre 2001, soit 1'124.55 fr. (9 mois x 1'500 fr. x 8.33).
5. T_____ réclame également la somme de 30'942.20 fr. à titre de compensation pour 1'435 heures supplémentaires effectuées pendant son temps d'activité.
 - a) A teneur de l'art. 321c al. 1 CO, si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit l'accord contractuel, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander. L'employeur est tenu de rétribuer les heures supplémentaires de travail qui ne sont pas compensées par un congé, en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire (art. 321c al. 3 CO). Il appartient au travailleur d'apporter la preuve de l'exécution et de l'ampleur des heures supplémentaires, du fait qu'elles ont été ordonnées et qu'elles étaient nécessaires à la bonne marche de l'entreprise. La rémunération des heures supplémentaires n'est pas due si le travailleur prend l'initiative d'effectuer de telles heures contrairement à la volonté de son employeur ou à son insu. La connaissance par l'employeur du fait que le travailleur effectue des heures supplémentaires est décisive (ATF 116 II 69 consid. 4b).

- b) En l'espèce, T_____ n'a pas prouvé la réalité des heures supplémentaires qu'il affirme avoir effectuées. A cela, s'ajoute le fait qu'il n'a pas démontré que ces heures de travail étaient nécessaires au sens de l'art. 321 c al. 3 CO. La Cour d'appel relèvera enfin que l'accord du 9 mai 2001 spécifiait que les heures supplémentaires effectuées sans le consentement et l'accord préalable de l'employeur ne seraient pas rétribuées.

La Cour d'appel ne peut donc prendre en considération ce poste de la réclamation de l'appelant et le jugement du Tribunal des prud'hommes sera sur ce point confirmé.

6. La réclamation en indemnité pour travail de nuit ne peut être prise en considération compte tenu du fait que l'employé exerçait son activité la nuit.

Dans ce cas, la loi fédérale sur le travail n'impose pas à l'employeur de verser un supplément pour le travail effectué régulièrement la nuit (CAPH du 14 avril 1997 dans la cause XII/910/96; Bigler, Commentaire de la loi sur le travail, Berne 1986, p. 79; Rehbinder, Arbeitsgesetz, Zurich 1987, n° 2 ad. art. 17 LT et n° 2 ad. art. 19 LT).

7. Selon l'art. 76 LJP, la procédure est gratuite pour les parties, sauf disposition contraire de la loi. Toutefois, le juge peut mettre les dépens et les frais de justice à charge de la partie qui plaide de manière téméraire. Lorsque la violation est grave, le juge peut en outre infliger une amende de 2'000 fr. au maximum.

La Cour d'appel entend stigmatiser l'attitude de E____SARL dans la procédure qui a cherché à tromper la juridiction prud'homale en essayant, par des manœuvres contraires à la loyauté de la procédure, d'occulter les éléments du transfert d'entreprise intervenu au sujet du magasin exploité par C____. La Cour d'appel a ainsi dû procéder au prononcé de deux ordonnances préparatoires pour tenter d'être éclaircie sur les circonstances de la remise du commerce précité et d'obtenir les documents contractuels dont la production lui a néanmoins été refusée. La Cour d'appel a été contrainte de solliciter l'intervention en qualité de partie de B____ qui a finalement reconnu les éléments d'un transfert d'entreprise concernant le magasin de son père.

Cette situation procède d'une témérité justifiant une sanction (CAPH du 23 mars 1995, cause III/1266/93; CAPH du 16 juillet 1996, cause IX/812/95; CAPH du 21 avril 1998, cause IX/278/96). Cette attitude entraîne la mise à l'amende car seule la sagacité de la Cour d'appel a permis de découvrir la situation que E____SARL cherchait à occulter par des procédés déloyaux. Une amende de 500 fr. sera ainsi infligée à l'intimée.

8. Vu l'issue du litige, il convient de condamner E____SARL à rembourser à T_____ la moitié de l'émolument d'appel acquitté par l'appelant soit la somme de 400 fr.

Pour la compréhension du présent arrêt, le jugement du Tribunal des prud'hommes sera annulé et le dispositif sera reformulé.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes groupe 2

A la forme :

- déclare recevable l'appel interjeté par T_____ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 28 janvier 2003 dans la cause C/6593/2002-2.

Au fond :

- annule ce jugement.

Et statuant à nouveau :

- condamne E____SARL à payer à T_____ la somme brute de 3'950 fr., avec intérêts moratoires à 5 % dès le 20 septembre 2001, à titre de salaire.
- condamne E____SARL à payer à T_____ la somme brute de 1'124.55 fr., avec intérêts à 5 %, dès le 20 septembre 2001, à titre d'indemnité de vacances.
- invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles.
- condamne E____SARL à une amende de 500 fr.
- condamne E____SARL à payer à T_____ la somme de 400 fr. correspondant à la moitié de l'émolument d'appel acquitté par l'appelant.
- déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président