

CHAMBRE DES RECOURS

Arrêt du 14 février 2011

Présidence de M. COLOMBINI, président
Juges : M. Creux et Mme Charif Feller
Greffier : Mme Nantermod Bernard

Art. 333 CO; 452 al. 1 ter et 2 CPC-VD; 46 LJT

La Chambre des recours du Tribunal cantonal prend séance pour s'occuper du recours interjeté par **Z.**_____, à Echallens, défenderesse, contre le jugement rendu le 29 novembre 2010 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois dans la cause divisant la recourante d'avec **P.**_____, à Puidoux, demandeur.

Délibérant à huis clos, la cour voit :

En fait :

A. Par jugement directement motivé du 29 novembre 2010, le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a dit que la défenderesse Z._____ est la débitrice du demandeur P._____ et lui doit prompt et immédiat paiement de la somme de 14'622 fr. 75 brut à titre de paiement de 13^{ème} salaire pour les années 2008 et 2009, et des salaires de novembre et décembre 2009 et de janvier 2010, dont à déduire 5,05 % pour l'AVS, 1 % pour le chômage, 2,52 % pour la prime SUVA, 1,3 % pour la prime APG et 2 % pour la prime de solidarité UNIA + RESOR, ainsi que la cotisation LPP selon le certificat de la Caisse Supplétive (I), rejeté les conclusions reconventionnelles de la défenderesse (II), rejeté toute autre ou plus ample conclusion (III), dit que le présent jugement est rendu sans frais ni dépens (IV).

La Chambre des recours fait sien dans son entier l'état de fait du jugement, qui est le suivant :

"1. La défenderesse Z._____ est une société à responsabilité limitée inscrite au registre du commerce le 30 novembre 2010. L'entreprise Z._____ effectue tous travaux d'étanchéité, de ferblanterie et de résine. Elle est administrée par B.H._____, associé gérant au bénéfice de la signature individuelle. La société a son siège sis Chemin de [...], chez B.H._____. B.H._____ détient l'ensemble des parts sociales de la société, soit 20 parts de 1'000 francs.

2. L'entreprise R._____ était une raison individuelle inscrite au registre du commerce le 23 avril 1997. Cette entreprise effectuait des travaux d'étanchéité. A.H._____, père de B.H._____, en était le titulaire, au bénéfice de la signature individuelle. L'entreprise avait son siège Chemin de [...]. Le 3 juin 2010, le Président du Tribunal de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a prononcé la faillite sans poursuite préalable de A.H._____.

3. Le demandeur, P._____, a travaillé à partir du 8 août 2008 pour l'entreprise R._____ en qualité d'étancheur CFC. Le demandeur a été engagé par A.H._____ pour l'entreprise R._____ sur la base d'un contrat de durée indéterminée conclu le 18 juin 2008. Son salaire mensuel a été contractuellement convenu à 5'000 fr. brut (salaire classe A réassujetti), soit 4'549 fr. net. Le contrat prévoit un 13^{ème} salaire

correspondant à 1/12 (= 8,33%) du salaire annuel brut soumis AVS, versé sur le salaire de décembre. Le contrat renvoie au surplus au code des obligations et à la convention collective de travail romande du second œuvre.

4. Le demandeur a touché le salaire mensuel contractuellement convenu d'août 2008 à décembre 2008. Son 13ème salaire pour 2008 s'est élevé à 1'795 fr. 90 (= 21'559 fr. 60 x 8.33%). Le 13ème salaire du demandeur a été comptabilisé sur le salaire de janvier 2009. Toutefois, sur ce salaire, un montant de 1'795 fr. 90 lui a été retenu à titre d'heures manquantes en 2008. La fiche de salaire mentionne des «heures dues selon décompte heures 2008 par Fr. 2757.20 (cadeau de Fr. 961.30) ». Le demandeur n'a donc rien reçu à titre de 13ème salaire pour l'année 2008.

5. De janvier 2009 à mai 2009, le demandeur a reçu un salaire mensuel brut de 4'549 fr. A partir de juin 2009, il est entré dans sa deuxième année après l'obtention de son CFC. Son salaire mensuel brut a été augmenté à 4'749 fr. net. Il a reçu ce salaire jusqu'à fin octobre 2009. Selon les fiches de salaire produites par le demandeur, sur chaque salaire mensuel reçu durant l'année 2009 lui a été retenu: un montant fixe de 20 fr. pour l'entretien des vêtements, un montant fixe de 190 fr. pour des plaques et une assurance ainsi qu'un montant variable pour des factures de téléphone portable. La somme des retenues pour le téléphone portable s'élève pour l'année 2009 à 1'213 fr. 35.

6. Durant la période comprise entre le mois de février 2009 et le mois d'octobre 2009, le demandeur a suivi, ensemble avec B.H._____, des cours de formation de « chef de chantier - spécialiste toiture plate » au centre de formation [...], sis à [...], à raison de 28 jours au total. Les frais de cours se sont montés, selon la facture de [...], à 5'616 fr. au total. A cela se sont ajoutés 2'200 fr. à titre de frais d'examen. A.H._____ pour R._____ a payé l'intégralité de ces frais. Lors de l'audience de jugement qui s'est tenue le 30 septembre 2010, le demandeur a admis ne pas avoir réussi tous les examens.

7. Par décision du 3 avril 2009, le Président du Tribunal de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a accordé à A.H._____, titulaire de l'entreprise R._____, un sursis concordataire de six mois, soit jusqu'au 30 septembre 2009.

8. Le 26 septembre 2009, le demandeur s'est blessé au genou au cours d'un match amical de football. Selon un certificat médical du CHUV, le demandeur a été en incapacité de travail du 11 octobre 2009 au 11 novembre 2009. Par décision notifiée le 22 décembre 2009, la SUVA a informé le demandeur qu'il avait droit aux prestations d'assurance légales à partir du 29 septembre 2009, l'indemnité journalière se montant à 135 francs 60. La SUVA a versé les indemnités journalières précitées

pour la période comprise entre le 29 septembre 2009 et le 11 novembre 2009 à l'entreprise R._____. Avec le salaire d'octobre 2009, le demandeur a reçu de R._____ à titre d'indemnités journalières 1'225 fr. 80.

9. En date du 16 octobre 2009, A.H._____ a signifié au demandeur, par courrier recommandé, la résiliation de son contrat de travail pour la fin du mois de décembre 2009. Le courrier a la teneur suivante:

« Monsieur,

Comme vous le savez, notre société est actuellement en procédure de sursis concordataire, laquelle est parvenue à terme le 9 octobre dernier.

Par ordre de Monsieur le Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, nous nous voyons dans l'obligation de résilier votre contrat de travail pour la fin du mois de décembre 2009, dès lors que notre société est soumise aux mêmes règles qu'une liquidation.

Nous osons croire que nous pourrions vous soumettre très rapidement un nouveau contrat de travail si nous parvenons à fonder une nouvelle société grâce à des apports de fonds propres que nous cherchons très activement.

[Salutations] »

10. Par décision du 5 novembre 2009, le Président du Tribunal de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a révoqué le sursis concordataire qu'il avait accordé à A.H._____ pour l'entreprise R._____ le 3 avril 2009 (sursis de six mois).

11. Arrivé au terme de son incapacité de travail, le demandeur a contacté A.H._____ le 11 novembre 2009 pour l'informer qu'il se tenait à sa disposition pour travailler. Selon la version du demandeur, A.H._____ lui a dit de rester à la maison car il n'y avait pas de travail. La défenderesse n'a pas contesté cette version des faits lors de l'audience de jugement du 30 septembre 2010.

12. Sur le salaire de novembre 2009, le demandeur a reçu 17 indemnités journalières, correspondant à la période comprise entre le 25 octobre et le 11 novembre 2009. Cela équivaut selon la fiche de salaire du mois de novembre 2009 à 2'278 fr. 95. Le demandeur n'a pas été payé pour le reste du mois de novembre 2009, c'est-à-dire pour les jours compris entre le 12 et le 30 novembre 2009.

13. En date du 30 novembre 2010 [recte 2009], B.H. _____ a adressé au demandeur une offre d'engagement dans la société Z. _____. Le courrier est reproduit ci-dessous.

« Monsieur P. _____,

Nous avons le plaisir de vous faire parvenir, ci joint, votre contrat d'engagement au sein de Z. _____ dès le 1er Avril 2010.

Cependant, la date d'engagement peut être avancé [sic] en fonction du temps et du travail adjudgé.

Toutefois, nous vous conseillons de vous inscrire auprès de l'Office de placement de votre région, afin d'obtenir le chômage durant cette période de flottement.

[Salutations] »

Le papier à lettre utilisé par B.H. _____ pour Z. _____ est identique à s'y méprendre à celui utilisé par A.H. _____ pour l'entreprise R. _____. Les seules différences consistent en l'adjonction de [...] en petits caractères à côté du logo [...], le remplacement de l'inscription R. _____ par [...], la modification de l'adresse e-mail de [...] en [...] ainsi qu'une très légère modification de caractère des intitulés « tel, fax, etc ». Par contre la typographie, la mise en page, la police et la taille des caractères sont identiques à ceux utilisés sur le papier à lettres de l'entreprise R. _____. De même, l'adresse de la société Z. _____, son numéro de téléphone, son numéro de fax et son numéro d' « urgence [...] » sont les mêmes que ceux de l'entreprise R. _____. Finalement le logo [...], élément visuel sensé distinguer une entreprise d'une autre, n'a pas été modifié. Il figurait déjà tel quel sur le papier à lettres de R. _____ ; [...] étant l'abréviation de R. _____.

14. Le contrat proposé par B.H. _____ au demandeur est un contrat de durée déterminée qui prévoit trois engagements successifs pour les périodes comprises entre le 1er avril et le 23 décembre 2010, 2011 et 2012 respectivement. Pour le reste, les conditions contractuelles, y compris le salaire (4'749 fr. net), sont les mêmes que celles dont le demandeur bénéficiait. Le demandeur a refusé de signer le contrat proposé par B.H. _____. Il a en outre indiqué dans sa réponse que son salaire de novembre 2009 restait impayé.

15. Par courrier du 11 décembre 2009, A.H. _____ au nom de l'entreprise R. _____ a adressé au demandeur une lettre, avec le papier à lettres de la société Z. _____, lui enjoignant de restituer son téléphone portable et la clé du dépôt « au plus vite ». Le demandeur a rendu à A.H. _____ le téléphone et les clés.

16. Le 17 décembre 2009, A.H. _____ a envoyé au demandeur une reconnaissance de dette s'élevant à 21'873 fr. correspondant au remboursement des frais de cours [...], au

remboursement des 28 jours de cours non travaillés et au remboursement de frais relatifs à des outils et à des vêtements. Le demandeur n'a pas signé cette reconnaissance de dette.

17. Le 1er février 2010, le demandeur a mis l'entreprise en demeure R. _____ de lui verser les salaires de novembre et décembre 2009 et de janvier 2010. Il a indiqué qu'en cas de non paiement dans les dix jours, il entamerait une poursuite contre A.H. _____ .

18. A ce courrier, A.H. _____ a répondu en date du 3 février 2010. Le courrier a la teneur suivante:

"Monsieur P. _____,

Nous avons pris connaissance de votre courrier, et nous nous permettons de vous faire remarquer que votre certificat médical était valable jusqu'au 11 novembre 2009 et que nous ne vous avons pas vu dans notre entreprise par la suite.

De plus, nous aimerions fixer un rendez-vous avec vous et Messieurs A.H. _____ et B.H. _____ afin de discuter de votre reconnaissance de dette d'un montant de Frs 21'873.- ainsi que de celle concernant Monsieur B.H. _____ de Frs 4'200.- et du leasing de la BMW116i.

[Salutations]

19. Par courriers recommandés du 15 février 2010 adressés à A.H. _____ pour R. _____ et à B.H. _____ pour Z. _____, le demandeur a indiqué que le congé qui lui avait été adressé le 16 octobre 2009 était nul car il se trouvait à cette date en incapacité de travail. Il a en outre réitéré sa demande de paiement pour les salaires de novembre et décembre 2009, y compris le 13ème salaire, ainsi que le salaire de janvier 2010. Le demandeur a par ailleurs rappelé qu'il se trouvait depuis le 15 janvier 2010 à nouveau en incapacité de travail et qu'il informerait son employeur de son état de santé. Le demandeur a enjoint A.H. _____ de faire le nécessaire afin que les indemnités journalières lui soient versées directement sur son propre compte. Finalement, il a contesté devoir la somme de 21'873 fr. que lui réclame A.H. _____. Il se prévaut d'une part du fait que les cours lui ont été proposés par A.H. _____ lui-même et d'autre part qu'il n'avait nullement été stipulé que les cours seraient à sa charge.

20. Le 4 mars 2010, la SUVA a informé le demandeur que les indemnités journalières du 18 janvier 2010 au 28 février 2010 lui seraient versées directement sur son propre compte.

21. Agissant comme conseil de A.H. _____, Me Liechti, avocat à Lausanne, a adressé au demandeur en date du 9 mars 2010 un

courrier dans lequel il indique que le licenciement daté du 16 octobre 2009 a été ordonné par le Président du Tribunal d'arrondissement. Me Liechti a en outre informé le demandeur que suite au retrait du recours contre le refus d'homologation du sursis concordataire, la faillite de A.H. _____ pouvait intervenir à tout moment, si bien que le demandeur devait rester attentif aux publications de la FAO afin de faire valoir ses prétentions contre la masse en faillite. Me Liechti a rappelé pour le reste les divers montants dont A.H. _____ se disait créancier, à savoir 21'873 fr. pour les cours [...], 4'200 fr. pour la valeur résiduelle du véhicule BMW116i, 5'460 fr. 33 pour les heures manquantes, 126 fr. 20 pour le téléphone portable et 190 fr. pour l'assurance et les plaque du véhicule BMW.

22. Le 28 janvier 2010, A.H. _____, utilisant cette fois le papier à lettre de l'entreprise R. _____, a transmis au demandeur un certificat de salaire ainsi que l'attestation de l'employeur pour l'assurance-chômage et les fiches de salaire de l'année 2009.

23. N'obtenant pas le paiement des sommes réclamées, P. _____ a introduit en date du 13 avril 2010 auprès du tribunal de céans une requête contre R. _____ et Z. _____ solidairement en paiement du montant de 18'486 fr. 85 à titre :

1. de 13ème salaire 2008, soit 1'894.65	brut Fr
2. de 13ème salaire 2009 de janvier à octobre, soit 1'489.00	brut Fr.
3. de salaire de novembre et décembre 2009, y inclus 13ème salaire, soit	brut Fr.10'490.70
4. de salaire de janvier 2010, soit 2'946.00	brut Fr.
5. de dédommagement pour le certificat de travail final non fourni, soit Fr. 500.00	net
6. de remboursement des déductions indûment retenues sur les salaires 1'166.50	net Fr

Total

Fr. 18'486.85

=====

Concernant la prétention en salaire pour le mois de janvier 2010, le demandeur fait valoir le paiement de 11 jours (10 jours ouvrables + 1 jour férié), y compris les vacances (10.64%) et le 13ème salaire (8.33%). Les déductions indûment retenues sur le salaire (conclusion n° 6) correspondent à la somme des factures de téléphone portable pour les mois de janvier à octobre 2009.

24. Par l'intermédiaire de son conseil, Me Philippe Liechti, les deux défenderesses ont déposé en date du 4 juin 2010 des déterminations, ainsi que, en date du 7 juin 2010, un lot de neuf pièces. Me Liechti a indiqué que A.H. _____ avait été déclaré en faillite le jeudi 3 juin 2010 et a demandé l'annulation de l'audience de conciliation initialement fixée le 8 juillet 2010. Il a rappelé que le contrat de travail du demandeur avait été résilié sur ordre du Président en charge du dossier de sursis concordataire. Il a expliqué que le sursis concordataire ayant été refusé, A.H. _____ tomberait en faillite à la requête de n'importe quel créancier. Me [...] a fait valoir ensuite le fait que l'art. 333 CO ne s'applique pas dans le cadre d'un transfert d'entreprise qui intervient dans le cas d'une procédure de faillite et postérieurement au prononcé de faillite. Finalement, il a expliqué, citant Rémy Wyler, que dans les hypothèses de faillite et de concordat homologué par abandon d'actif, l'employeur est libre de choisir les employés qu'il souhaite reprendre et ceux-ci libres d'accepter, de sorte qu'un accord entre l'acquéreur et le travailleur est nécessaire au transfert de chaque rapport individuel de travail. Le demandeur s'étant opposé à la conclusion d'un nouveau contrat avec Z. _____, Me Liechti en a déduit qu'il n'y a eu aucun accord entre le demandeur et Z. _____ et partant aucune responsabilité solidaire entre A.H. _____ et la Z. _____. Me Liechti a conclu à l'absence de légitimation passive de la société Z. _____ dans la présente affaire.

25. Par courrier du 7 juin 2010, la Présidente du tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a informé les défenderesses de son refus d'annuler l'audience de conciliation prévue le 8 juillet 2010 aussi longtemps que le prononcé de faillite de A.H. _____ n'était pas définitif et exécutoire.

26. L'audience de conciliation s'est tenue comme prévu le 8 juillet 2010. La conciliation a été tentée, elle a échoué. Le demandeur s'est présenté personnellement assisté par [...] représentant le syndicat UNIA. Pour la société Z. _____, B.H. _____ s'est présenté assisté par Me Liechti. Bien que régulièrement assigné à comparaître, A.H. _____ pour l'entreprise R. _____ ne s'est pas présenté. Me Liechti a informé le tribunal que la faillite de A.H. _____ était définitive et que celui-ci avait déjà été convoqué par l'office des poursuites. Le demandeur a requis la disjonction de la cause dirigée contre A.H. _____, respectivement la masse en faillite de celui-ci, de celle dirigée contre Z. _____.

27. Statuant immédiatement sur le siège, le Président, faisant application de l'art. 75 CPC a disjoint la cause dirigée contre A.H. _____, respectivement la masse en faillite, de celle dirigée contre Z. _____. Il a en outre ordonné la poursuite du procès divisant le demandeur d'avec Z. _____. Le demandeur a confirmé ses conclusions. Dorénavant seule défenderesse dans la présente cause, la société Z. _____ par l'intermédiaire de Me Liechti a conclu à libération et, reconventionnellement, à ce que le demandeur soit reconnu son débiteur de la somme de 21'873 francs. Le demandeur a conclu au rejet de toutes ses conclusions. Par ailleurs, le demandeur a requis à l'audience de

jugement l'audition de deux témoins, [...] et [...], tous deux anciens employés de l'entreprise R._____. La partie défenderesse a requis l'audition à cette même audience de [...], mère de l'administrateur de la défenderesse et de [...] du centre de formation [...].

28. L'audience de jugement s'est tenue le 30 septembre 2010 en présence des mêmes parties et la conciliation a été de nouveau tentée. Elle a encore une fois échoué. Au cours de l'instruction, le tribunal a entendu les deux témoins suivants cités par le demandeur :

Le témoin [...]i qui a déclaré:

"J'ai travaillé 9 ans au service de M. A.H._____. Maintenant je travaille pour une autre société. M. A.H._____ a résilié mon contrat pour la fin de l'année 2009. A mon retour de vacances en août 2009, M. A.H._____ a dit qu'il fallait que j'aie me soigner. Je suis allé chez le médecin qui m'a pris un rendez-vous à l'hôpital d'Yverdon. J'ai été opéré le 19 août 2009. J'ai reçu mon congé, selon mes souvenirs, en octobre 2009. Le 11 août 2009, je me suis présenté à nouveau chez mon employeur pour travailler. Il m'a renvoyé à la maison. Je précise que Z._____ m'a proposé un contrat que j'ai signé."

Le témoin [...] qui a déclaré:

"J'ai travaillé 8 ans au service de M. A.H._____. J'ai arrêté l'année passée quand il n'y avait plus de travail. Je travaille maintenant pour « direct emploi ». En août 2009, à mon souvenir, M. A.H._____ m'a licencié. Sa société était en déconfiture. Il envisageait de me réengager au nom de la Sàrl. Mais comme je n'ai pas été payé, j'ai renoncé à signer le contrat. Il voulait que de décembre à avril, nous soyons au chômage. La Sàrl nous réengagerait en avril. J'ai saisi le tribunal de prud'hommes le 23 avril. J'ai obtenu gain de cause. Le procès était dirigé contre M. A.H._____ personnellement. A mon sens, Z._____ n'a pas repris les employés.

Mes créances portaient notamment sur les trois derniers mois de salaire. L'entreprise comptait en tout 6 employés.

Je précise que les derniers mois, il nous est arrivé fréquemment de rentrer à la maison car il n'y avait pas de travail."

Le tribunal a encore entendu le témoin suivant, [...] [...], cité par la partie défenderesse, qui a déclaré:

"Je n'ai jamais travaillé ni pour M. B.H._____ ni pour Z._____. Je travaille pour l'association [...], qui organise des cours dans la branche de l'enveloppe des édifices. Cela va de l'apprentissage à la formation supérieure. J'ai donné des cours tant à M. A.H._____ qu'à M. P._____. A une certaine époque, probablement à fin 2008, M. A.H._____ m'a téléphoné pour que je parle de la

formation supérieure pour les étancheurs. M. B.H. _____ et M. P. _____ étaient présents. Il s'est agi plus d'une présentation des cours. Ensuite une inscription officielle aux cours a été remplie par M. P. _____. Sur la formule remplie par M. P. _____, il est indiqué comme adresse de facturation l'employeur.

Je précise que je ne m'occupe pas de la facturation. En ce qui concerne M. P. _____, toutes les factures ont été envoyées à l'employeur. M. P. _____ n'a pas réussi tous les cours. Je précise que les entreprises ou les personnes en formation peuvent le cas échéant bénéficier de subventions de leurs associations respectives."

Ce témoin a ensuite produit une copie de l'inscription aux cours du demandeur. La partie défenderesse a renoncé à l'audition de [...]. Le demandeur a produit un avis de droit du Prof. [...]."

En droit, les premiers juges ont considéré qu'il y a eu transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 al. 1 CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220), le cas échéant par actes concluants, entre l'entreprise R. _____ et la société Z. _____, que les rapports de travail entre R. _____ et l'intimé sont passés automatiquement à l'appelante et que, le prononcé de faillite ayant eu lieu après le transfert, l'art. 333 al. 3 CO s'applique. Partant, ils ont estimé que la défenderesse avait donné son congé au demandeur durant l'incapacité de travail de celui-ci, que la résiliation était en conséquence nulle et inopérante et que la défenderesse avait refusé les services offerts par le demandeur ensuite de la résiliation des rapports de travail qu'elle lui avait signifiée. Dès lors, ils ont reconnu la défenderesse débitrice du demandeur d'un montant brut de 14'622 fr. 75 à titre de paiement d'un treizième salaire pour les années 2008 et 2009 et des salaires de novembre et décembre 2009 puis janvier 2010.

B. Par acte motivé du 10 janvier 2011, Z. _____ a recouru contre ce jugement, concluant, avec dépens, à sa réforme en ce sens qu'elle n'a pas la légitimité passive dans la cause l'opposant à P. _____ de sorte qu'elle n'est pas la débitrice de celui-ci.

C. L'état de fait figurant sous let. A est complété sur la base des pièces au dossier comme suit :

- A.H._____ a recouru à la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal le 16 novembre 2009 contre le prononcé du 5 novembre précédent révoquant le sursis concordataire. Par décision du 24 novembre 2009, le président de la Cour des poursuites et faillites a accordé l'effet suspensif à ce recours, qui a été retiré le 4 mars 2010 (cf. prononcé du Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois du 3 juin 2010).

En droit :

1. Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 du CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008; RS 272), les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision aux parties (art. 405 al. 1 CPC). En l'occurrence, le jugement attaqué a été communiqué aux parties avant cette date, de sorte que ce sont les règles du CPC-VD (Code de procédure civile vaudois du 14 décembre 1966) qui sont applicables devant la Chambre des recours du canton de Vaud (art. 81a al. 2 ROTC [règlement organique du Tribunal cantonal du 13 novembre 2007; RSV 173.31.1] et art. 166 al. 2 CDPJ [Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010; RSV 211.02]).

L'art. 46 LJT (Loi du 17 mai 1999 sur la juridiction du travail; RSV 173.61) ouvre la voie du recours en nullité et en réforme contre les jugements rendus par un tribunal de prud'hommes, selon les art. 444, 445 et 451 CPC-VD.

Le recours, uniquement en réforme, interjeté en temps utile, est ainsi recevable.

2. a) Saisie d'un recours en réforme contre un jugement principal rendu par un tribunal de prud'hommes, la Chambre des recours revoit librement la cause en fait et en droit (art. 452 al. 2 CPC-VD, applicable par renvoi de l'art. 46 al. 2 LTJ). Les parties ne peuvent toutefois articuler des faits nouveaux, sous réserve de ceux qui résultent du dossier et qui auraient dû être retenus ou de ceux pouvant résulter d'une instruction complémentaire selon l'art. 456a CPC-VD (art. 452 al. 1 ter CPC-VD).

Ainsi, le Tribunal cantonal revoit la cause en fait et en droit sur la base du dossier, sans réadministration des preuves déjà administrées en première instance (JT 2003 III 3). Il développe donc son raisonnement juridique après avoir vérifié la conformité de l'état de fait du jugement aux preuves figurant au dossier et l'avoir, cas échéant, corrigé ou complété au moyen de celles-ci (ibidem).

b) L'état de fait du jugement est conforme aux pièces du dossier et autres preuves administrées. Il a été complété sur la base du dossier (supra, let. C).

3. a) La recourante soutient que l'art. 333 al. 1 CO n'est pas applicable aux parties, contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges.

1. 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. Il s'agit en particulier de maintenir, pour le travailleur, les droits liés à l'ancienneté (ATF 129 III 335 c. 5.4.1). A cet égard, peu importe qu'il y ait eu ou non un lien de droit entre le premier exploitant et le second (ATF 123 III 466). L'art. 333 CO ne fait pas dépendre le transfert des rapports de travail de la reprise des actifs et passifs, mais bien de la poursuite effective de l'entreprise,

l'identité de cette entreprise étant ainsi préservée (ATF 129 III 335 c. 2.1 et les références).

Dans sa teneur actuelle, l'art. 333 al. 1 CO est entré en vigueur le 1^{er} mai 1994; il est le résultat de l'harmonisation avec le droit européen voulue par le législateur fédéral (ATF 132 III 32 c. 4.1 p. 37 et c. 4.2.2.1 p. 39; ATF 129 III 335 c. 6. p. 350). 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 132 III 32 c. 4.2.1 p. 38; ATF 123 III 466 c. 3b p. 468). Une véritable obligation de reprise incombe à l'acquéreur et il n'est pas possible d'écarter cette conséquence en concluant une convention dérogatoire entre l'employeur qui transfère l'entreprise et celui qui la reprend (ATF 132 III 32 c. 4.2.1 p. 38 et c. 4.2.2.1 p. 38 ss). Pour qu'il y ait transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 al. 1 CO, il suffit que l'exploitation ou une partie de celle-ci soit effectivement poursuivie par le nouveau chef d'entreprise (ATF 136 III 552 c. 2.1).

Par entreprise, il faut entendre une unité organisée pour la production de biens et de services d'une manière durable et qui participe de manière indépendante à la vie économique. L'art. 333 CO s'applique également au transfert d'une partie de l'entreprise, dont l'indépendance fait défaut. On ne peut toutefois parler d'un transfert d'entreprise que si l'unité conserve son identité quant à son but, son organisation et ses caractéristiques essentielles. L'identité est conservée lorsqu'il y a transfert de l'infrastructure, des moyens de production et la clientèle, en vue de poursuivre une activité économique analogue (ATF 129 III 335, c. 2.1). Le transfert de l'entreprise s'entend donc au sens large, mais doit revêtir une forme juridique. Il peut s'agir d'une vente, échange, d'une donation, d'un legs ou d'un apport à une société (Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail annoté, 2^e éd., Lausanne 2010, ch. 1.3 ad art. 333 CO).

2. En l'espèce, pour la recourante, aucun transfert des rapports de travail n'au pu avoir lieu, à défaut d'une convention écrite à ce sujet.

Il est vrai qu'il n'est pas établi que A.H._____ a entendu céder son entreprise à l'appelante. Les premiers juges ont constaté que la nouvelle société Z._____ a été créée à un moment où l'avenir de l'ancienne entreprise R._____ - raison individuelle appartenant à A.H._____, soit au père de B.H._____ - était plus que compromis. B.H._____ détient l'ensemble des parts sociales, est l'administrateur et l'associé gérant au bénéfice de la signature individuelle de la nouvelle société Z._____ qui effectue, comme auparavant l'entreprise du père de A.H._____, principalement des travaux d'étanchéité, les activités opérées par les deux entreprises étant donc très semblables, voire identiques, tout comme le but des deux sociétés. A.H._____ et B.H._____ ont proposé aux témoins [...] et [...] ainsi qu'à l'intimé un engagement dans la nouvelle société. Sur les six employés que comptait l'entreprise individuelle R._____, quatre au total, en comptant le fils B.H._____, auraient été en définitive engagés par la nouvelle société. L'ancienne et la nouvelle société ont leur siège à la même adresse; elles ont le même numéro de téléphone, de fax et d'urgence; le papier à lettres de la nouvelle société est une adaptation de celui de l'entreprise individuelle R._____; le logo des deux entreprises est identique. Du reste, dans son courrier du 11 décembre 2009 adressé au demandeur, lui enjoignant de restituer son téléphone portable et la clé du dépôt, A.H._____ a utilisé le papier à lettres de la nouvelle société Z._____. L'ensemble de ces éléments permet dès lors d'admettre, à l'instar des premiers juges, l'existence d'un transfert d'entreprise, à tout le moins par actes concluants (Favre/Munoz/Tobler, op. cit., ch. 1.7 ad art. 333 CO). Du reste, la position adoptée par la défenderesse en procédure tend à confirmer cette approche puisque, une fois prononcée la disjonction avec la cause divisant le demandeur d'avec son ancien employeur, la défenderesse a formulé par dictée au procès-verbal de l'audience du 8 juillet 2010 une conclusion reconventionnelle à l'encontre du demandeur qui reprend au franc près la somme précédemment réclamée par

A.H._____ au titre, notamment, des cours Polybat qu'il avait payés à P._____ en cours d'emploi. C'est donc bien que la défenderesse se considérait comme le nouvel employeur de ce dernier, même si elle a apparemment renoncé à cette prétention dans le cadre du présent recours; la question de la forme juridique exacte adoptée par les parties - il pourrait s'agir d'un apport à une société - peut dès lors demeurer indécise.

Le défaut éventuel d'un accord, oral ou écrit, entre A.H._____ et la recourante est dès lors sans portée.

3. Le jugement attaqué retient qu'on ne sait pas exactement quel jour le transfert a eu lieu, mais qu'il est en tous les cas intervenu avant le 3 juin 2010, date du prononcé de la faillite.

Selon la jurisprudence, 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, y compris si les rapports de travail ont déjà été résiliés pour une date postérieure à ce transfert. L'acquéreur de l'entreprise n'a en revanche pas à reprendre des contrats de travail n'existant plus au moment du transfert (ATF 134 III 102 c. 3.1.1).

En l'espèce, la résiliation donnée le 16 octobre 2009 par A.H._____, durant la période d'incapacité de travail du demandeur, était nulle et inopérante. Il n'y a pas eu de report à un terme ultérieur, l'employeur devant renouveler le congé donné lorsque la période de protection a pris fin en respectant les règles légales (ATF 128 III 212 c. 3a et b). Un tel renouvellement du congé n'est pas intervenu, que ce soit de la part de A.H._____ ou de la recourante. Il en découle que le contrat de travail avec A.H._____ perdurait en tout état de cause au moment du transfert, quelle que soit la date précise de ce dernier. On peut d'ailleurs retenir que ce transfert est selon toute vraisemblance intervenu avant même la fin de l'année 2009, la recourante ayant été inscrite au registre du commerce le 30 novembre 2009 et ayant immédiatement repris les

activités de A.H._____, en utilisant les mêmes locaux, le même numéro de téléphone et de fax.

Ce premier argument de la recourante doit être rejeté.

b) La recourante tire en outre argument de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 (LFus : RS 221.301), qui prévoit notamment que les sociétés et entreprises individuelles inscrites au registre du commerce peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine avec actifs et passifs à un autre sujet de droit privé (art. 69 al. 1) et que le contrat de transfert revêt la forme écrite (art. 70 al. 2). Dès lors, selon elle, qu'un tel contrat n'est pas passé, il n'y aurait eu ni transfert de patrimoine, ni transfert des rapports de travail.

Peu importe cependant, pour l'application de l'art. 333 CO que les prescriptions de la LFus n'aient le échéant pas été respectées : il suffit, comme vu ci-dessus, qu'il y ait reprise et poursuite d'une exploitation, la situation de fait étant déterminante et l'existence d'un rapport de droit entre le repreneur et son prédécesseur ne devant pas être établie (Portmann, Basler Kommentar, 4^{ème} éd., n. 7 ad art. 333 CO).

Ce moyen de la recourante doit en conséquence être rejeté.

c) La recourante soutient encore que A.H._____ n'aurait pas été habilité à lui transférer son entreprise puisqu'il avait obtenu un sursis concordataire par abandon d'actif : il lui aurait en effet été interdit de procéder à des aliénations durant le sursis.

1. Le transfert d'une entreprise lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité analogue est traité dans la Directive 2001/23/CE du Conseil de l'Union européenne, du 12 mars 2001 (ci-après : la Directive). Celle-ci est prise en considération par le Tribunal fédéral en ce qui concerne l'application de l'art. 333 CO, puisqu'elle "*est le résultat de l'évolution du droit européen avec lequel une harmonisation a*

été souhaitée en cette matière par le législateur fédéral " (ATF 132 III 32 c. 4.1, JT 2006 I 257; Wyler, op. cit., p. 397). Selon l'art. 3 § 1 de la Directive, les droits et obligations qui résultent d'un contrat de travail existant à la date du transfert de l'entreprise passent automatiquement, sans acte particulier, à l'acquéreur ou cessionnaire de l'entreprise (Wyler, op. cit., p. 387). Tel n'est en revanche pas le cas selon l'art. 5 § 1 et 2 de la Directive lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue (ibid.). Selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, rendue en application de la Directive 77/187/CEE codifiée par la Directive, les règles sur le transfert des rapports de travail trouvent application lorsque la procédure en cause comporte un contrôle du juge plus restreint qu'en cas de faillite et lorsqu'elle tend en premier lieu à la sauvegarde de la masse et, le cas échéant, à la poursuite de l'activité de l'entreprise au moyen du sursis collectif de paiement, en vue de trouver un règlement permettant d'assurer l'activité de l'entreprise à l'avenir (Wyler, op. cit., p. 388, 391 et 401). Le critère déterminant à prendre en considération est ainsi celui de l'objectif poursuivi par la procédure en cause, selon qu'elle tend à la liquidation ou à la poursuite de l'activité de l'entreprise et son redressement.

En l'espèce le sursis concordataire de six mois que s'est vu accorder A.H._____ le 3 avril 2009 a été révoqué le 5 novembre 2009. L'intéressé ayant recouru à la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal le 16 novembre 2009, le président de cette autorité a accordé l'effet suspensif par décision du 24 novembre 2009. Enfin le recours a été retiré le 4 mars 2010. Il n'y a donc pas eu d'homologation au sens de l'art. 306 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (ci-après LP : RS 281.1) et il y a lieu de considérer que le transfert est intervenu pendant une période de sursis concordataire. A supposer d'ailleurs que le transfert soit intervenu après la révocation, on se trouverait en dehors d'une procédure de faillite. Les effets d'une révocation du sursis ne sont en effet pas ceux d'une faillite, puisqu'il est nécessaire qu'un créancier requière celle-ci dans les 20 jours suivant la publication, pour que la faillite soit déclarée (art. 309 LP).

La question de l'application de l'art. 333 CO lorsque le transfert de l'entreprise s'opère dans le cadre d'une procédure de concordat par abandon d'actifs a été laissée indécise par le Tribunal fédéral (ATF 134 III 102 c. 3.1.1). Selon Wyler (Droit du travail, 2^{ème} éd. p. 404), suivi par Carruzzo (Le contrat individuel de travail, p. 441), l'art. 333 CO s'applique à tout transfert d'entreprise qui intervient après l'octroi du sursis concordataire et avant l'homologation; en effet un transfert qui intervient avant l'homologation ne s'inscrit pas dans une procédure analogue à celle de celle de la faillite. De surcroît, toute interprétation contraire permettrait au débiteur de retarder artificiellement les échéances, par le seul effet du sursis concordataire, pour finalement y renoncer ou requérir une faillite, tout en transférant entre-temps certains actifs. Une telle exception ne doit pas être admise, dans la mesure où elle permettrait de vider la protection de l'art. 333 CO de sa substance. Il en résulte que, par opposition aux effets de la faillite, le droit de disposition du débiteur en cas de sursis concordataire est seulement réduit et non supprimé (Geiser, "Betriebsuebernahme der X AG durch die Y AG; Gutachten zur Frage der Anwendbarkeit von Artikel 333 Obligationenrecht", St-Gall 2001, publié in JAR 2005 p. 480), auquel se réfère Portmann (in Berner Kommentar, n. 12 ad art. 333, p. 1941). S'il est vrai que certains actes sont interdits sauf autorisation du juge du concordat (cf. art. 298 al. 2 LP), il n'en reste pas moins que les actes juridiques du débiteur sont en principe régis selon le droit civil. Ainsi, le droit de l'exécution forcée ne contenant pas de norme réglant la question en lieu et place de la règle de droit civil prévue par l'art. 333 al. 3 CO, il s'ensuit que le règlement du sursis concordataire ne contient aucune disposition qui permettrait d'exclure la responsabilité solidaire du tiers acquéreur d'une entreprise.

En l'espèce donc, lorsque, le 30 novembre 2009, B.H._____, fils de A.H._____, a adressé à l'intimé une offre d'engagement dans la société recourante dès le 1^{er} avril, la date d'engagement pouvant être avancée en fonction du temps et du travail adjugé, rien ne s'opposait à un transfert des rapports de travail. Il est vrai qu'en vertu de l'art. 298 al. 2 LP, l'effet du sursis concordataire était d'interdire à A.H._____, sauf

autorisation du juge du concordat, d'aliéner l'actif immobilisé de son entreprise pendant la durée du sursis sous peine de nullité. D'une part, cependant, cette nullité ne valait qu'à l'égard des créanciers (art. 204 al. 1 LP par renvoi de l'art. 298 al. 2 LP; Vollman, Basler Kommentar, n. 14 ad art. 298 LP), sans que cela fasse obstacle à l'application de l'art. 333 CO. D'autre part, on ignore s'il y a eu effectivement aliénation de l'actif immobilisé et on sait seulement que l'exploitation de l'entreprise de A.H. _____ a été continuée par la recourante. Il faut donc admettre qu'en reprenant cette exploitation, la recourante s'est vu transférer les rapports de travail liant encore A.H. _____ et l'intimé.

Enfin, dans la mesure où l'entreprise a été cédée à la recourante, soit au propre fils de A.H. _____, avant la faillite prononcée le 3 juin 2010, la recourante ne saurait se prévaloir après coup (venire contra factum proprium), afin d'échapper à l'application de l'art. 333 CO (cf. Wyler, op. cit., p. 404 in fine et 405), de manœuvres dilatoires de la part de A.H. _____.

Partant, les premiers juges ont fait en l'occurrence une application correcte de l'art. 333 CO, ce qui conduit au rejet du recours.

Les autres points du jugement, en particulier les sommes allouées à l'intimé du chef de ses prétentions de salaire, n'ayant par ailleurs pas été remises en cause par la recourante, il n'y a pas lieu de les réexaminer ici.

4. En définitive, le recours doit être rejeté.

La valeur litigieuse ne dépassant pas 30'000 fr., le présent arrêt est rendu sans frais (art. 343 al. 2 et 3 CO; art. 235 du tarif des frais judiciaires en matière civile du 4 décembre 1984 [TFJC; RSV 270.11.5]).

Il n'est pas alloué de dépens, la partie adverse n'ayant été invitée à se déterminer.

Par ces motifs,
la Chambre des recours du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
p r o n o n c e :

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** L'arrêt est rendu sans frais ni dépens.
- IV.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 14 février 2011

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit
aux intéressés.

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Philippe Liechti (pour Z. _____),
- Syndicat UNIA Section de Lausanne (pour P. _____).

La Chambre des recours considère que la valeur litigieuse est de 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois.

Le greffier :