Urteilskopf

136 III 552

81. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X. SA et Y. contre A. (recours en matière civile) 4A_348/2010 / 4A_358/2010 du 8 octobre 2010

Regeste (de):
Arbeitsvertrag; Kündigung anlässlich einer Betriebsübertragung (Art. 333 Abs. 1 OR).

Begriff der Betriebsübertragung im Sinne von Art. 333 Abs. 1 OR (E. 2).

Nur die im Zeitpunkt des Übergangs des Betriebes bestehenden Arbeitsverhältnisse gehen auf den Erwerber über. Eine betriebsübergangsbedingte Kündigung stellt nicht in jedem Fall eine Umgehung von Art. 333 Abs. 1 OR dar, namentlich nicht, wenn sie durch wirtschaftliche Gründe gerechtfertigt ist (E. 3).

Vorliegend stellt die Beschränkung der Zahl der vom Erwerber übernommenen Arbeitsverträge keine Verletzung von Art. 333 Abs. 1 OR dar, weil diese Beschränkung auf wirtschaftlichen Gründen beruhte (E. 4 und 5).

Regeste (fr):
Contrat de travail; licenciement à l'occasion d'un transfert d'entreprise (art. 333 al. 1 CO).

Notion de transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 al. 1 CO (consid. 2).

Seuls les rapports de travail existant au moment du transfert de l'entreprise passent à l'acquéreur. Un licenciement intervenant à l'occasion du transfert d'entreprise ne constitue pas nécessairement une fraude à la loi; en particulier, une résiliation du contrat de travail n'est pas contraire à l'art. 333 al. 1 CO si elle est justifiée par des raisons économiques (consid. 3).

Dans le cas particulier, la limitation du nombre de contrats de travail repris par l'acquéreur ne constitue pas une violation de l'art. 333 al. 1 CO dès lors qu'elle est fondée sur des motifs économiques (consid. 4 et 5).

Regesto (it):
Contratto di lavoro; licenziamento in occasione di un trasferimento d'azienda (art. 333 cpv. 1 CO).

Nozione di trasferimento dell'azienda nel senso dell'art. 333 cpv. 1 CO (consid. 2).

Solo i rapporti di lavoro esistenti al momento del trasferimento dell'azienda passano all'acquirente. Un licenziamento che avviene in occasione di un trasferimento d'azienda non costituisce necessariamente una frode alla legge; in particolare, una disdetta del contratto di lavoro non è contraria all'art. 333 cpv. 1 CO se è giustificata da ragioni economiche (consid. 3).

Nel caso particolare, la limitazione del numero dei contratti di lavoro ripresi dall'acquirente non costituisce una violazione dell'art. 333 cpv. 1 CO, dato che è fondata su motivi economici (consid. 4 e 5).

Sachverhalt ab Seite 552

BGE 136 III 552 S. 552

A. Sous l'appellation Ambulances Z., Y. exploitait une entreprise individuelle assurant un service d'ambulances. A. a travaillé comme ambulancière pour Ambulances Z. dès le 1er juin 1996. Au début 2008, Y. a contacté l'un des administrateurs de X. SA, laquelle exploite également une entreprise d'ambulances. Il

BGE 136 III 552 S. 553

souhaitait en effet cesser son activité, devenue déficitaire. Durant la deuxième quinzaine de juillet 2008, l'exploitant d'Ambulances Z. et X. SA ont longuement étudié la faisabilité d'une reprise. Lors d'une réunion du personnel d'Ambulances Z. tenue le 17 juillet 2008, Y. a fait état des difficultés financières qui l'incitaient à cesser ses activités. Par circulaire du 26 juillet 2008, il a informé chaque employé qu'il allait procéder à l'annonce officielle d'un licenciement collectif auprès des instances concernées; bien que des discussions en cours permissent d'envisager la possibilité d'une reprise de la majorité des employés par une entreprise tierce, les collaborateurs recevraient, au début de la semaine suivante, une lettre de licenciement pour le 30 septembre 2008. A l'instar des 25 autres employés d'Ambulances Z., A. a été licenciée pour le 30 septembre 2008 par courrier du 28 juillet 2008. Dans une seconde circulaire, datée du 7 août 2008, Y. a informé l'ensemble du personnel d'Ambulances Z. que l'entreprise cessait ses activités pour des motifs économiques. Il précisait qu'il ne se sentait plus la force de redresser l'entreprise et que, dans ce but, il avait cherché un repreneur. Il disposait à présent d'une proposition de X. SA, qui serait prête à reprendre une grande partie des activités d'Ambulances Z. ainsi que 20 des 26 employés. Par lettre du même jour et malgré les incertitudes planant encore sur ce transfert d'entreprise, Y. a informé 20 des 26 employés d'Ambulances Z. que le congé du 28 juillet 2008 était "nul et non avenu", ajoutant que leur contrat de travail serait transféré à la nouvelle entité. A. ne faisait pas partie des collaborateurs dont le congé était retiré. Par courrier du 19 août 2008, les HUG (Hôpitaux Universitaires de Genève) ont confirmé à X. SA leur accord pour le transfert à cette société, dès le 1er octobre 2008, de deux conventions qui les liaient jusqu'alors à Ambulances Z. Par lettres recommandées du 19 septembre 2008, A. a informé Y. et X. SA qu'elle s'opposait à son congé, qu'elle tenait pour abusif et donné en violation de l'art. 333 CO. Le 29 septembre 2008, Y. a conclu un accord avec X. SA, laquelle reprenait les activités d'Ambulances Z. à partir du 1er octobre 2008. Par courrier du 13 octobre 2008, X. SA a informé A. qu'elle contestait le transfert des rapports de travail. Dans une lettre du

BGE 136 III 552 S. 554

31 octobre 2008 reçue le 4 novembre 2008, X. SA a résilié le contrat de travail pour le 31 décembre 2008, pour le cas où le transfert devait être admis par jugement.

B. Comme trois autres employés d'Ambulances Z. dont le licenciement n'a pas été retiré par l'employeur, A. a ouvert action contre Y. et X. SA. Elle concluait au paiement d'un montant total de 99'816 fr. 84 plus intérêts, dont 21'809 fr. 75 à titre de salaire brut d'octobre 2008 à janvier 2009. Par jugement du 2 juillet 2009, le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève n'a admis qu'en partie les conclusions en paiement de A. contre Y. et X. SA. En particulier, il a jugé que le contrat de travail, valablement résilié pour le 30 septembre 2008, n'avait pas été transféré à X. SA, de sorte que A. n'avait pas droit aux salaires d'octobre 2008 à janvier 2009. Statuant le 5 mai 2010 sur appel des trois parties, la Cour d'appel des prud'hommes du canton de Genève a annulé le jugement de première instance, puis, notamment, condamné solidairement Y. et X. SA à payer à

A. la somme brute de 21'809 fr. 77, plus intérêts à 5 % dès le 4 janvier 2009, à charge pour les défendeurs de s'acquitter des prestations sociales; ce montant correspond aux salaires d'octobre 2008 au 4 janvier 2009. La cour cantonale a jugé qu'il y avait eu transfert d'entreprise et que le licenciement du 28 juillet 2008 avait été notifié pour éluder la protection découlant de l'art. 333 al. 1 CO, si bien qu'il était nul; en conséquence, le contrat de travail avait été transféré à X. SA et A. pouvait prétendre à son salaire du 1er octobre 2008 au 4 janvier 2009.

C. X. SA (la recourante) a interjeté un recours en matière civile, tendant à ce que A. soit déboutée de ses conclusions. Y. (le recourant) a également exercé un recours en matière civile et pris les mêmes conclusions que X. SA. Le Tribunal fédéral a entièrement admis le recours de X. SA et rejeté l'action en paiement de A. en tant qu'elle était dirigée contre cette société. Il a partiellement admis le recours de Y. Les prétentions salariales de A. au-delà du 30 septembre 2008 ont été rejetées; en revanche, Y. a été condamné à payer à A. une indemnité pour congé abusif, car le licenciement collectif du 28 juillet 2008 ne respectait pas la procédure de consultation prévue à l'art. 335f CO. (résumé)

Erwägungen

Extrait des considérants:

2. La cour cantonale a admis, sur la base de l'art. 333 CO, que les rapports de travail liant l'intimée au recourant avaient été transférés à la recourante, malgré le licenciement du 28 juillet 2008. Un tel transfert suppose un transfert de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci. Invoquant une violation de l'art. 333 CO, les recourants soutiennent tout d'abord qu'il n'y a pas eu transfert d'entreprise en l'espèce. Ils font valoir que seules certaines activités d'Ambulances Z. ont été reprises par X. SA, soit plus particulièrement les contrats relatifs à l'activité "144" et aux transports inter- et intrahospitaliers. Or, ces contrats ne correspondraient à aucune entité organisée qui aurait pu être transférée.

2.1 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. L'exploitation est considérée comme poursuivie en tout ou en partie par l'acquéreur lorsqu'elle conserve son identité, c'est-à-dire son organisation et son but (ATF 132 III 32 consid. 4.1 p. 37 et les arrêts cités). L'appréciation s'effectue sur la base de l'ensemble des faits et circonstances caractérisant l'opération. Est déterminant à cet égard le fait que l'acquéreur poursuive ou reprenne effectivement une activité économique identique ou similaire (ATF 129 III 335 consid. 2.1 p. 337 et les références).

2.2 Il ressort de l'état de fait cantonal que la recourante a repris l'essentiel des activités d'Ambulances Z., que les deux entreprises d'ambulances exerçaient les mêmes activités principales, soit le transport de malades et de blessés, que les deux conventions liant le recourant aux HUG ont été transférées à la recourante et que la plupart des employés d'Ambulances Z. ont continué leur travail chez la recourante. Ces éléments suffisent amplement à admettre, dans le cas présent, un transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 al. 1 CO. Le grief tiré d'une violation de cette disposition est mal fondé.

3. Le point central du litige porte sur la régularité du licenciement de l'intimée, pour une échéance correspondant à la veille du jour où l'entreprise a été transférée à la recourante.

3.1 Aux termes de 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 consid. 5.4.1 p. 343). Dans sa teneur actuelle, l'art. 333 al. 1 CO est entré en vigueur le 1er mai 1994; il est le résultat de l'harmonisation avec le droit européen voulue par le législateur fédéral (cf. ATF 132 III 32 consid. 4.1 p. 37 et consid. 4.2.2.1 p. 39; ATF 129 III 335 consid. 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 consid. 4.2.1 p. 38; ATF 127 V 183 consid. 4d p. 187; ATF 123 III 466 consid. 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 consid. 4.2.1 p. 38 et consid. 4.2.2.1 p. 38 ss). Seuls les rapports de travail existant au moment du transfert de l'entreprise passent à l'acquéreur. Ce dernier n'a pas à reprendre des contrats de travail n'existant plus au moment du transfert et le bénéfice de l'art. 333 CO ne peut être invoqué que par les travailleurs dont la relation de travail est en cours à la date du transfert, ce qui sera le cas également lorsque le contrat a déjà été résilié pour une date postérieure au transfert (ATF 134 III 102 consid. 3.1.1 p. 106). Le travailleur dont le contrat a été résilié pour un terme précédant le moment du transfert de l'entreprise ne verra donc pas ses rapports de travail transférés au reprenant et ne pourra se prévaloir de l'art. 333 CO. Lorsque le licenciement intervient à l'occasion du transfert de l'entreprise ("betriebsübergangsbedingte Kündigung"), il se pose toutefois la question de savoir si la résiliation du contrat de travail par l'employeur n'est pas irrégulière et, le cas échéant, avec quelles conséquences.

3.2 En doctrine, les avis sont partagés. Selon DUC/SUBILIA, l'art. 333 al. 1 CO n'empêche pas l'employeur de résilier le contrat de travail pour un terme précédant le transfert d'entreprise et en respectant les délais de congé, lorsque l'acquéreur ne veut pas reprendre les rapports de travail; ces auteurs reconnaissent toutefois que, selon les circonstances, un tel congé peut se révéler abusif au sens de l'art. 336 CO (Droit du travail - Eléments de droit suisse, 2010, n°13/14 ad art. 333 CO p. 473 s.). ADRIAN STAEHELIN part également du principe

que l'employeur est libre de résilier le contrat de travail avant le transfert d'entreprise (Zürcher Kommentar, 3e éd. 1996, n°12 ad art. 333 CO). Pour THOMAS GEISER, aucune norme n'interdit de licencier un travailleur en vue du transfert, de sorte que le contrat prenne fin avant le transfert d'entreprise, et une telle résiliation n'est pas abusive; en revanche, si le congé est donné pour un terme tombant avant le transfert et que le repreneur conclut un contrat avec le travailleur pour la même activité, il y a fraude à la loi et les rapports de travail selon le contrat initial se poursuivent indépendamment du nouveau contrat (Arbeitsrechtliche Fragen bei Sanierungen, in Sanierung der AG, 2e éd. 2003, p. 170). RÉMY WYLER considère qu'un licenciement "pour la veille du transfert" est valable pour autant qu'il corresponde à une réalité matérielle, en ce sens que le travailleur n'est pas immédiatement réembauché par le cessionnaire; cependant, si l'employeur résilie le contrat uniquement pour empêcher le transfert des rapports de travail, le congé est abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. c CO (Droit du travail, 2e éd. 2008, p. 417 et 419; cf. également RACHEL GENOUD, Transfert des rapports de travail lors de transmissions d'entreprises, L'Expert-comptable suisse 2004 p. 523). ENDRIT KARAGJOZI défend égale-

ment la thèse selon laquelle un licenciement pour cause de transfert est en principe valable, mais doit être tenu pour abusif; il admet néanmoins que le licenciement est inefficace lorsque le travailleur licencié est repris par le cessionnaire car, dans ce cas, la résiliation n'a pour but que la modification des conditions de travail et la perte des droits découlant de l'ancienneté (Les transferts d'entreprises en droit du travail, 2003, p. 106). D'autres auteurs sont d'avis que le licenciement notifié uniquement en raison du transfert est illicite ou nul, voire inefficace, car l'art. 333 al. 1 CO, de droit impératif, interdit implicitement une résiliation pour ce motif, laquelle constitue ainsi une fraude à la loi (WOLFGANG PORTMANN, in Basler Kommentar, Obligationenrecht, vol. I, 4e éd. 2007, n°10 ad art. 333 CO; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6e éd. 2006, n°10 ad art. 333 CO p. 558; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3e éd. 2004, n°5 ad art. 333 CO p. 209; GABRIEL AUBERT, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, n°5/6 ad art. 333 CO; le même, Licenciements collectifs et transferts d'entreprises, in Journée 1994 de droit du travail et de la sécurité sociale, p. 111). Ce dernier auteur précise que les licenciements opérés, avant ou après le transfert, en

vue de restructurer l'entreprise, ne sont pas contraires à l'art. 333 al. 1 CO dès lors qu'ils répondent à un motif autre que le seul transfert (Commentaire romand, op. cit., n°5 ad art. 333 CO). Dans le même ordre d'idées, ISABELLE WILDHABER soutient qu'un licenciement lié à un transfert d'entreprise, s'il est valable en soi, ne l'est pas en cas de fraude à la loi; il n'y a pas fraude à la loi lorsque la résiliation repose sur un concept d'entreprise, à savoir qu'elle est justifiée par des raisons économiques, techniques ou organisationnelles; en l'absence d'un tel concept ou d'un autre motif matériel, un licenciement lié au transfert ne sortit pas ses effets s'il a été notifié dans l'intention de contourner l'art. 333 al. 1 CO (Die Streitfrage um einen besonderen Kündigungsschutz bei Betriebsübergang, RSJ 104/2008 p. 185 ss).

3.3 Dans l'arrêt 4C.333/1998 du 7 janvier 1999, le Tribunal fédéral, se référant aux travaux préparatoires relatifs au nouvel art. 333 CO, a posé que l'employeur ne pouvait pas faire "table rase" des contrats de travail en vue du transfert, à la seule fin d'éluder la protection des salariés et de se soustraire à la règle impérative de l'art. 333 al. 1 CO (consid. 1b/bb; cf. également ATF 127 V 183 consid. 7 p. 194). Quelques années plus tard, il a répété qu'un licenciement viole l'art. 333 CO lorsqu'il est notifié en vue du transfert dans le but de priver le travailleur de la protection légale (arrêt 4P.299/2004 du 14 avril 2005 consid. 3.1). Le Tribunal fédéral n'a pas eu à se prononcer sur les conséquences d'un licenciement signifié pour éluder la protection découlant de l'art. 333 al. 1 CO (cf. ATF 134 III 102 consid. 3.1.1 p. 106). Pour mieux cerner la notion de licenciement contraire à l'art. 333 al. 1 CO, il convient de se référer au droit européen avec lequel la norme fédérale a été harmonisée dans le cadre de la procédure dite d'adaptation autonome, soit la Directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, JO L 061 du 5 mars 1977 p. 26 (cf. ATF 132 III 32 consid. 4.2.2.1 p. 39). Selon la Directive, un tiers ne peut pas reprendre une entreprise sans reprendre simultanément le personnel de celle-ci (ATF 132 III 32 consid. 4.2.2.1 p. 39). L'art. 4 par. 1 de la Directive précise que le transfert d'entreprise ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire, ce qui

ne fait pas obstacle à des licenciements intervenant pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation

impliquant des changements sur le plan de l'emploi. C'est dire qu'un licenciement lié au transfert ne constitue pas nécessairement une fraude à la loi. Celle-ci sera réalisée lorsque la résiliation a uniquement pour but d'empêcher le transfert des rapports de travail ou ses conséquences. Par exemple, le cédant ne peut pas résilier les contrats de tout ou partie de ses employés, afin que ceux-ci concluent ensuite de nouveaux contrats avec le cessionnaire et perdent ainsi les avantages découlant de la durée des contrats initiaux. De même, il n'est pas admissible que le cédant licencie une ou des personnes déterminées uniquement parce que le reprenant n'en veut pas. En revanche, la résiliation des contrats d'une partie du personnel n'est pas contraire à l'art. 333 al. 1 CO si elle est justifiée par des raisons économiques, par exemple une réorganisation de l'entreprise transférée.

4. Le motif pour lequel un congé est donné relève des constatations de fait (ATF 131 III 535 consid. 4.3 p. 540; ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 702). Selon l'arrêt attaqué, les recourants ont manoeuvré de manière à contourner les dispositions légales régissant le transfert d'entreprise. Le licenciement collectif du 28 juillet 2008 était fictif et l'intention réelle du recourant était de permettre à la recourante de choisir ses futurs employés. Les juges genevois qualifient le licenciement collectif de fraus legis, car il n'avait pour but que de contourner la loi en offrant au repreneur la possibilité de limiter le nombre de contrats repris.

4.1 Invoquant l'art. 9 Cst., la recourante se plaint d'une appréciation arbitraire des preuves sur ce point. Premièrement, ni les faits établis par la cour cantonale, ni aucune pièce du dossier ne permettraient de retenir que la recourante a pris part d'une quelconque manière à la décision de procéder à un licenciement collectif. Se référant à plusieurs passages d'un procès-verbal du 25 novembre 2008 ainsi qu'à la circulaire du 26 juillet 2008, la recourante s'en prend ensuite à la constatation implicite de la cour cantonale selon laquelle le recourant savait, lors de l'annonce des licenciements, que son entreprise serait transférée à la recourante. Le recourant critique également, sous l'angle de l'arbitraire, la constatation selon laquelle le licenciement collectif a été notifié pour éluder la protection découlant de l'art. 333 al. 1 CO. Il fait valoir que le

licenciement collectif a été annoncé aux employés avant que les deux sociétés d'ambulances ne se mettent d'accord sur le transfert d'entreprise, contrairement à ce que la cour cantonale a retenu.

4.2 Selon la jurisprudence, l'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution serait envisageable ou même préférable. Le Tribunal fédéral n'annule la décision attaquée que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté, ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Pour qu'une décision soit annulée au titre de l'arbitraire, il ne suffit pas qu'elle se fonde sur une motivation insoutenable; encore faut-il qu'elle apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 135 V 2 consid. 1.3 p. 4 s.; ATF 134 I 140 consid. 5.4 p. 148, ATF 134 I 263 consid. 3.1 p. 265 s.). S'agissant plus précisément de l'appréciation des preuves et de l'établissement des faits, il y a arbitraire lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 134 V 53 consid. 4.3 p. 62; ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9).

4.3 Le motif du licenciement collectif tel qu'établi par la cour cantonale était en réalité d'empêcher le transfert des rapports de travail d'un certain nombre d'employés, dont l'intimée, et de permettre ainsi à l'entreprise cessionnaire de limiter le nombre de contrats repris. A cet égard, il ressort de la circulaire du recourant du 26 juillet 2008, annonçant le licenciement collectif, que des discussions étaient alors en cours sur la possibilité d'une reprise de la majorité des employés par une entreprise tierce. Il est par ailleurs établi que la faisabilité du transfert a été étudiée lors de la deuxième quinzaine de juillet 2008 et que le transfert dépendait notamment de l'accord des HUG au transfert de deux conventions, lequel est intervenu le 19 août 2008. Sur le vu de cette

chronologie, il paraît difficile d'admettre que, lors de l'envoi des lettres de licenciement en date du 28 juillet 2008, le recourant était certain que son entreprise allait être reprise par la recourante, de sorte que le licenciement collectif revêtait un caractère purement fictif.
Cela étant, la question peut rester ouverte. En effet, même si le but premier était de mettre un terme aux contrats en raison d'une

cessation d'activités, il n'en demeure pas moins qu'au moment des licenciements, le recourant menait des négociations avec la recourante et qu'il savait que la cessionnaire potentielle n'entendait pas reprendre l'ensemble du personnel, mais seulement une majorité. En licenciant tout son personnel, il ne pouvait ignorer que cette mesure aurait pour conséquence, si le transfert d'entreprise avait finalement lieu, que les rapports de travail des employés dont le licenciement serait maintenu, ne seraient pas transférés à la recourante. Les licenciements avaient donc pour but, alternatif et accepté par le recourant, d'empêcher le transfert des rapports de travail de plusieurs collaborateurs et de limiter le nombre de contrats repris. Dans ce sens, la constatation de la cour cantonale selon laquelle le motif du licenciement collectif était de permettre à la recourante de ne reprendre qu'une partie des employés n'est pas entachée d'arbitraire.

5. Il reste à examiner si, en licenciant l'intimée pour ce motif, le recourant a violé l'art. 333 al. 1 CO. En d'autres termes, il s'agit de rechercher si le fait de vouloir limiter le nombre de contrats repris constitue, dans les circonstances de l'espèce, une fraude à la loi. En définitive, le cas est analogue à celui qui se présenterait si le recourant avait licencié, pour la veille du transfert d'entreprise, 6 collaborateurs sur 26.

5.1 Invoquant une violation de l'art. 333 al. 1 CO, les parties recourantes reprochent toutes deux à la cour cantonale de n'avoir pas admis que la résiliation du contrat de travail de l'intimée était fondée sur des motifs économiques.

5.2 Il n'est pas contesté que l'entreprise du recourant connaissait des difficultés financières depuis un certain temps. Il résulte de la circulaire du 7 août 2008 que la cause des déficits était structurelle et que l'entreprise ne pouvait encore tenir longtemps dans ces conditions. Dans le même document, le recourant explique qu'il n'a plus l'énergie ni la motivation indispensables pour redresser lui-même la situation et qu' à cette fin, il a cherché un repreneur. Dans ce contexte, il est manifeste qu'une réduction du personnel constituait une mesure propre à améliorer la situation sur le plan financier et que la reprise limitée à environ quatre cinquièmes des effectifs, telle que proposée par la recourante, était dictée par des motifs économiques. Par conséquent, les licenciements liés à ce transfert d'entreprise, dont celui de l'intimée, étaient fondés sur des raisons économiques. L'intention du recourant d'éviter le transfert des rapports de travail de

l'intimée à la recourante ne révèle, dans ces circonstances, aucune fraude à la loi, contrairement à ce que la cour cantonale a admis. Dès lors qu'il n'a pas été signifié en violation de l'art. 333 al. 1 CO, le licenciement de l'intimée ne saurait être nul. Le contrat de travail a pris fin le 30 septembre 2008 et l'intimée n'a de prétentions salariales au-delà de cette date ni envers le recourant, ni envers la recourante à laquelle les rapports de travail n'ont pas été transférés.