



T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu**: Syndicat SIT  
Madame Corinne BEGUELIN  
Rue des Chaudronnies 16  
Case postale 3287  
1211 Genève 3

E \_\_\_\_\_ SA  
**Dom. élu**: Me Robert ASSAEL  
Rue de Hesse 8-10  
Case postale 5715  
1211 Genève 11

**Partie appelante et intimée**

**Partie intimée et appelante**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 31 octobre 2007

Mme Martine HEYER, présidente

Mme Jocelyne TAUXE et M. Michel EMERY, juges employeurs

MM. Yves DUPRE et Pierre André THORIMBERT, juges salariés

M. Thierry GAGLIARDI, greffier d'audience

**EN FAIT**

A.. Par actes postés successivement les 28 et 29 décembre 2006, T\_\_\_\_\_ et la société E\_\_\_SA appellent tous deux d'un jugement rendu le 27 novembre 2006, expédié aux parties le 28 et reçu respectivement le 29 et le 30 novembre 2006 par ces dernières, jugement dont le dispositif est le suivant :

*Condamne E\_\_\_SA à payer à T\_\_\_\_\_ la somme brute de 27'549 fr. (vingt-sept mille cinq cent quarante-neuf francs), plus intérêts moratoire au taux de 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> avril 2004.  
Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles.  
Déboute les parties de toutes autres conclusions.*

T\_\_\_\_\_ réclamait à E\_\_\_SA la somme de 80'000 fr. bruts au titre de complément de salaire pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2004 au 31 août 2005 Les premiers juges ; 6'666 fr. 70 au titre de complément de 13<sup>ème</sup> salaire pour la même période et 20'364 fr. 42 au titre d'indemnité pour vacances non prises en nature. Les premiers juges ont en substance retenu que les parties avaient été liées par un contrat de travail ; les rapports de travail avaient été repris de la société E1\_\_\_\_\_SA par la société E\_\_\_SA; dès lors que cette dernière avait voulu réduire le salaire de l'employé de 13'000 fr. bruts par mois à 9'000 fr. bruts, il y avait lieu d'appliquer les règles afférentes au congé-modification et de considérer que cette réduction ne prenait effet qu'à partir de l'échéance pour laquelle le congé pouvait être donné, c'est-à-dire en l'espèce le 31 mars 2004. L'employé avait ainsi droit à 12'000 fr. au titre de complément de salaire et à 1'000 fr. de complément de 13<sup>ème</sup> salaire. L'indemnité pour vacances non prises a été fixée à 14'549 fr., représentant un solde de 35,16 jours de vacances, calcul effectué sur la base des relevés établis par la pointeuse de l'entreprise.

T\_\_\_\_\_ persiste en appel dans l'intégralité de ses prétentions à propos du complément de salaire et de 13<sup>ème</sup> salaire qu'il réclame; il ne conteste par l'état de fait établi par le Tribunal ; il soutient toutefois que le congé-modification ne lui a pas été valablement notifié ; partant, il ne peut déployer aucun effet et le salaire de 13'000 fr. bruts par mois reste applicable pour toute la durée de la relation de

travail. L'appelant admet par ailleurs le calcul opéré par le Tribunal concernant l'indemnité pour vacances non prises.

E\_\_\_SA ne formule pas de critiques particulières concernant l'état de fait dressé par les premiers juges ; elle conteste en appel – comme elle l'avait fait en première instance - la totalité des prétentions de son ancien employé concernant le complément de salaire et de 13<sup>ème</sup> salaire ; pour elle T\_\_\_\_\_ a signé en pleine connaissance de cause le nouveau contrat de travail réduisant son salaire et avait renoncé au bénéfice du délai que lui offraient les règles sur le congé-modification ; l'audition d'une de ses employées, C\_\_\_\_\_, serait de nature à démontrer que T\_\_\_\_\_ avait parfaitement compris la proposition qui lui était adressée et sa portée. En ce qui concerne l'indemnité pour vacances non prises, E\_\_\_SA soutient que les relevés de la pointeuse ne sont pas fiables et qu'il faut se fonder sur les demandes de congés que l'employé avait formulées et qui avaient été visées par l'employeur ; sur ces bases il s'avérerait que seuls 18 jours de vacances lui restaient dus pour 2004, représentant une somme de 7'448 fr., que E\_\_\_SA offre de verser ; pour 2005 l'employé aurait bénéficié de trois jours de vacances supplémentaires, qu'il fallait déduire du décompte.

B. Les faits suivants résultent de la procédure :

- a. E1\_\_\_\_\_SA, société anonyme ayant son siège à Genève, \_\_ \_\_\_\_, ayant pour but social l'exploitation d'un atelier de sertissage, guillochage, gravures et sculptures, commerce et fabrication de bijoux, d'objets d'art, pierres précieuses et articles de luxe, a engagé T\_\_\_\_\_ le 14 décembre 2000 comme responsable du secteur, à dater du 1<sup>er</sup> janvier 2001, pour un salaire mensuel brut de 13'000 fr., versé 13 fois l'an et prime de fin d'année d'un montant identique. L'horaire de travail était de 8,5 heures par jour, soit 42,5 heures par semaine.

Par un deuxième contrat de travail conclu le 20 janvier 2003 avec E1\_\_\_\_\_SA, T\_\_\_\_\_ a été promu chef d'atelier, étant précisé qu'il avait commencé à exercer

cette fonction le 6 janvier 2003 déjà. Son salaire est resté inchangé et il était indiqué qu'en cas de départ de l'entreprise, notamment, le 13<sup>ème</sup> salaire était dû *pro rata temporis*. Concernant l'horaire de travail, l'art. IV du contrat prévoyait ce qui suit :

1. *Le cadre travaille durant les heures ordinaires d'ouverture de l'entreprise. Dans la mesure où la bonne marche des affaires de la société le requiert, le cadre exécute son travail pendant les heures supplémentaires en dehors des heures ordinaires d'ouverture de l'entreprise. Le minimum d'heures supplémentaires demandé au cadre par mois se monte à 10p heures.*
2. *Etant donné la position de chef d'atelier du cadre, les heures supplémentaires sont considérées incluses dans les heures de travail du cadre et ne donnent droit à aucune compensation (art. 321 al. 3 CO).*

b. A\_\_\_\_\_, représentante de E\_\_\_\_SA, a indiqué en audience devant les premiers juges, qu'en octobre 2003 une séance d'information avait eu lieu à l'Hôtel Ramada, à laquelle était convoqué le personnel de E1\_\_\_\_SA et de E\_\_\_\_SA. et que B\_\_\_\_ avait annoncé qu'il allait racheter E1\_\_\_\_SA au 1<sup>er</sup> janvier 2004. Diverses recherches ont alors été faites afin de pouvoir intégrer le personnel de E1\_\_\_\_SA. La politique salariale adoptée par cette dernière était beaucoup trop élevée et il avait fallu réduire les salaires. Avant les fêtes de fin d'année, E\_\_\_\_ SA avait informé chaque collaborateur individuellement et verbalement, du fait que les salaires allaient diminuer. A\_\_\_\_\_ a elle-même indiqué à T\_\_\_\_\_ que son salaire allait diminuer de 4'000 fr. par mois.

c. Le 16 janvier 2004 T\_\_\_\_\_ a signé un troisième contrat de travail – annulant et remplaçant le dernier – conclu cette fois-ci avec la société E\_\_\_\_SA, sise également \_\_\_\_\_ et ayant pour but l'offre de prestations de service, principalement dans le domaine de l'horlogerie ; il était alors engagé comme responsable de l'atelier de sertissage mécanique, pour un salaire de 9'000 fr. bruts par mois, versé 13 fois l'an, et un horaire de 40 heures par semaine, comprenant des périodes fixes, entre 8 h. 30 et 11 h. 30 ainsi qu'entre 14 h. et 17 h. 30, les heures supplémentaires n'étant par ailleurs pas rémunérées en raison du poste occupé par l'intéressé. L'employé avait droit à cinq semaines de vacances et de jours de congé pour des événements particuliers. Le délai de résiliation était d'un

mois au cours de la première année de service, de deux mois de la deuxième à la huitième année et de trois mois à partir de la neuvième année. Les années passées au service de E1\_\_\_\_SA étaient prises en considération. L'art. 2 du contrat était ainsi libellé :

*Début du contrat d'engagement : le 1<sup>er</sup> janvier 2004.*

*L'employé accepte de démarrer le nouveau contrat qui lui est proposé pour le 1<sup>er</sup> janvier 2004 et renonce à se conformer au délai de préavis usuel, selon le congé modification.*

A cet égard il convient de préciser que E1\_\_\_\_SA avait écrit le 16 janvier 2004 à T\_\_\_\_ un courrier ayant la teneur suivante :

*En référence aux restructurations prévues au sein de l'entreprise dans le cadre du rapprochement avec la société E\_\_\_\_SA, nous sommes dans l'obligation de vous informer que nous résilions le contrat de travail vous liant à notre société pour le 31 mars 2004, conformément au délai de deux mois stipulé dans votre contrat de travail.*

*Nous vous joignons le nouveau contrat de travail qui annule et remplace le contrat précédemment conclu avec E1\_\_\_\_SA.*

*Nous vous laissons le soin de bien vouloir le consulter et s'il a trouvé votre approbation le nous le retourner dûment signé avant le 31 mars 2004.*

*Sans nouvelles de votre part, nous considérerons que ce nouveau contrat de travail n'aura pas trouvé votre approbation et que vous renoncez par conséquent à travailler avec nous. La résiliation de votre contrat sera donc effective pour le 31 mars 2004.*

*Bien entendu nous restons à votre disposition pour tout complément d'information.*

A\_\_\_\_ a indiqué en audience devant les premiers juges que « *chaque employé ... avait le choix entre signer tout de suite le nouveau contrat, renonçant au délai de préavis usuel, et d'obtenir le maintien des conditions salariales durant le délai de congé prévu. Dans ce cas l'employé recevait une lettre de congé-modification, comprenant une nouvelle proposition de contrat, prenant effet immédiatement après le délai de congé, pour autant que l'employé l'accepte* ».

T\_\_\_\_ a pour sa part indiqué en audience qu'il contestait formellement cette déclaration. On ne lui avait jamais proposé de conserver son salaire durant le délai de congé ; pour lui, s'il ne signait pas il perdait son poste ; si on lui avait proposé « *de garder deux mois de délai de congé* » il l'aurait fait. Devant la Cour d'appel T\_\_\_\_ a réitéré avoir été très choqué en recevant ce nouveau contrat, qui réduisait son salaire à 9'000 fr. par mois; il avait pris le document chez lui pour en parler avec son épouse. Il a quatre enfants et la proposition de son employeur lui

posait problème. T\_\_\_\_\_ a toutefois apposé sa signature sur le contrat, et il a indiqué à ce sujet qu'il n'avait pas eu le choix, sauf à quitter l'entreprise.

- d. Par courrier LSI et prioritaire daté du 30 juin 2005, E\_\_\_\_\_SA, se référant à un entretien verbal du même jour, a résilié le contrat de travail de T\_\_\_\_\_ avec effet au 31 août 2005. La société annonçait qu'un nouveau contrat de travail serait adressé à l'employé, remplaçant l'actuel et qu'en cas d'accord il devait le retourner d'ici au 15 août 2005, à défaut de quoi les rapports de travail prendraient fin. En audience, T\_\_\_\_\_ a indiqué que B\_\_\_\_\_ lui avait verbalement proposé, en juin 2005, un salaire mensuel de 4'000 fr. bruts, versé 12 fois l'an, en tant que responsable du contrôle final des produits et non plus comme chef d'atelier. En août 2005 il lui avait offert la possibilité de parvenir au salaire de 9'000 fr. qu'il percevait initialement, pour autant qu'il parvienne à produire un certain nombre de baguettes. T\_\_\_\_\_ avait réfléchi durant le délai de congé échéant le 31 août 2005 et avait finalement décidé de refuser ces propositions.

Il a travaillé pour E\_\_\_\_\_SA jusqu'au 31 août 2005 ; il a dit ignorer les raisons pour lesquelles la société avait voulu modifier encore une fois son contrat, tout en précisant qu'aucun reproche ne lui avait été adressé concernant son travail.

Le 12 septembre 2005 E\_\_\_\_\_SA a établi un certificat de travail en faveur de l'employé.

- e. Par lettre du SIT du 18 avril 2006 T\_\_\_\_\_ a réclamé à E\_\_\_\_\_SA la somme de 13'000 fr. bruts, soit le versement d'un complément de salaire et treizième salaire pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 31 mars 2004. N'ayant pas obtenu satisfaction, il a saisi la juridiction des Prud'hommes en date du 4 mai 2006 de la demande à l'origine de la présente procédure.
- f. Après une instruction écrite et audition des parties, les premiers juges ont rendu la décision présentement entreprise.

g. S'agissant des prétentions de T\_\_\_\_\_ en paiement d'une indemnité pour vacances non prises en nature, les parties ont admis que le solde au 31 décembre 2003 était de 33 jours. Le précité a indiqué réclamer 42,66 jours. Il avait pris 9 jours de vacances en octobre 2004, bien qu'il n'ait mentionné que 4 jours sur son décompte; entre décembre 2004 et janvier 2005 il avait pris 14 jours, ainsi qu'entre janvier et juin 2005.

La représentante de E\_\_\_\_SA a expliqué que l'entreprise fermait une ou deux semaines chaque année pour les fêtes de fin d'année; ces jours n'étaient pas offertes, mais déduits du décompte de vacances des employés.

T\_\_\_\_\_ a précisé qu'il lui était arrivé de solliciter des jours de vacances mais de ne pas les avoir pris, car il y avait beaucoup de travail; tel avait été le cas pour les 19 et 20 février 2004. Par ailleurs il avait demandé congé pour le 16 juillet 2004 mais avait été malade ce jour-là et l'avait signalé téléphoniquement sans toutefois faire rectifier ultérieurement sa fiche de salaire. La représentante de E\_\_\_\_SA à l'audience a admis que les fiches de salaire comportaient des erreurs s'agissant des vacances, car deux personnes distinctes étaient chargées de gérer le salaire d'une part et les vacances de l'autre. Elle a toutefois ajouté qu'habituellement les modifications survenant dans le planning des vacances des employés étaient mentionnées sur le décompte. Cela étant, elle a aussi indiqué préférer se fonder sur les demandes de vacances formulées par l'employé; la "badgeuse" n'était pas totalement fiable car elle faisait l'objet de plusieurs manipulations manuelles quotidiennement. Ainsi, par exemple, 5 jours de vacances effectivement pris par l'employé, en août 2005, n'avaient pas été enregistrés. T\_\_\_\_\_ a expliqué à ce propos qu'il avait effectivement demandé des vacances pour la période du 17 au 19 août 2005, mais qu'il ne les avait pas prises, ayant trop de travail.

Finalement, l'employeur n'a admis devoir payer que 18 jours pour l'année 2004 et il a affirmé avoir soldé le compte y relatif par le paiement de 3'103 fr. 50 pour 2005, ce qui représentait même un jours de plus que ce qui restait dû;

### **EN DROIT**

1. Déposés selon la forme et dans le délai prescrit par l'art. 59 de la Loi genevoise sur la juridiction des prud'hommes (ci-après LJP), les deux appels sont recevables.
2. Les premiers juges ont correctement posé les principes applicables dans l'hypothèse où l'employeur notifie un congé sous réserve de modification du contrat (congé-modification) et ils ont en substance retenu ce qui suit :

Selon les règles applicables en cas de transfert d'entreprise, la société appelante (ci-après l'employeur) a repris les rapports de travail ayant existé entre l'appelant (ci-après l'employé) et l'entreprise transférée, en application du principe posé par l'art. 333 al. 1 CO.

Une résiliation notifiée sous la réserve d'une modification du contrat n'est pas abusive en tant que telle mais qu'elle peut l'être selon les circonstances; c'est en particulier le cas lorsque la partie qui entend résilier ne veut pas que la relation de travail cesse mais recourt à la résiliation uniquement pour imposer une modification du contrat en sa faveur, et partant au détriment du cocontractant. L'abus réside alors dans le fait que le congé est prononcé sans justification matérielle et sans motif digne de protection, dès lors que ni la marche de l'entreprise ni la situation du marché n'appellent une modification des conditions de travail. Le congé donné pour imposer des conditions de travail dépourvues de toute justification économique pour l'entreprise s'avère au moins aussi abusif que le licenciement aux seules fins d'empêcher la naissance de prétentions résultant du

contrat de travail au sens de l'art. 336 al. 2 lit. c CO. (ATF 123 III 246 = JdT 1998 I 300).

Dans le cadre d'un transfert d'entreprise l'acquéreur peut recourir au congé-modification, c'est-à-dire résilier les contrats tout en proposant le conclusion de nouveaux contrats, sur la base de nouvelles conditions qui entreront en vigueur à l'issue du délai de congé légal ou contractuel, déterminé en tenant compte des années passées chez l'ancien employeur (ATF 114 II 349 ; CARRUZZO/SANDOZ/JACCARD/MONTICELLE, Le contrat de travail – des pourparlers aux conséquences de la résiliation, chapitre IX.C8.2.2. et les références citées)

3. L'employé soutient qu'en l'espèce ces principes ne s'appliquent pas, car le congé-modification a été accepté par lui *sous la contrainte*; il est ainsi nul et partant, sa renonciation au salaire mensuel de 13'000 fr. qu'il percevait jusque-là l'est également et ne déploie aucun effet, ce non seulement pour la durée du délai de congé mais également jusqu'à la fin du contrat, intervenue selon résiliation notifiée le 30 juin 2005 pour le 31 août 2005. Cette argumentation ne sera pas suivie :

a) L'employé a signé un troisième contrat de travail (le premier avec l'employeur présentement concerné) daté du 16 janvier 2006 – annulant et remplaçant le précédent - qui prévoyait un salaire mensuel de 9'000 fr. bruts, versé 13 fois l'an.

Il dit avoir été très choqué en recevant ce nouveau contrat, qui réduisait son salaire à 9'000 fr. par mois; il avait pris le document chez lui pour en parler avec son épouse. Il a quatre enfants et la proposition de son employeur lui posait problème. Il avait toutefois apposé sa signature sur le contrat, et il a indiqué à ce sujet qu'il n'avait pas eu le choix, sauf à quitter l'entreprise. Ces circonstances, pour regrettables qu'elles soient, ne peuvent toutefois pas être assimilées à une situation de contrainte, qui entacherait la validité de l'accord. En effet, tout d'abord, le congé-modification implique toujours, pour les deux partenaires, une situation difficile, qui ne peut être assumée que moyennant des renonciations.

D'autre part, en l'occurrence, l'employé avait été informé, en même temps que ses collègues, des problèmes financiers évoqués par son futur employeur, au cours d'une réunion qui s'est tenue en octobre 2003 et ensuite, personnellement, par la représentante de ce dernier, de sorte qu'il n'a pas pu être surpris en recevant la proposition comportant le nouveau contrat. L'employé admet cela, et il situe d'entretien en question en janvier 2004, selon ce qu'il a indiqué en audience de comparution personnelle en première instance. Il est à cet égard inutile d'entendre le témoin C\_\_\_\_\_, comme le requiert l'employeur, cette dernière n'ayant pas participé à ces entretiens et n'étant de toute manière pas en mesure d'apporter des précisions quant à la manière dont l'employé a pu appréhender la situation, en vue de se déterminer. Enfin, ce dernier a admis avoir pris la proposition chez lui pour en discuter avec son épouse, avant l'y apposer sa signature. Ces éléments permettent de retenir qu'il n'a pas signé en connaissance de cause et les circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ne remplissent nullement les conditions de la crainte fondée (art. 29 CO). Partant, l'engagement pris par l'employé lorsque ce dernier a apposé sa signature sur le contrat daté du 16 janvier 2004 est valable.

- b) L'art. 2 de ce contrat prévoyait que *l'employé acceptait de démarrer le nouveau contrat qui lui était proposé pour le 1<sup>er</sup> janvier 2004 et renonçait à se conformer au délai de préavis usuel, selon le congé-modification*. Cette clause particulière n'a certainement pas pu être comprise par l'employé comme une renonciation immédiate au salaire de 13'000 fr. par mois qu'il percevait jusque-là. Elle est en effet en contradiction avec le courrier que l'employeur avait joint à la proposition de contrat, daté du 16 janvier 2004. Ce courrier souligne que le nouveau contrat doit être signé avant le 31 mars 2004 et que, sans nouvelles de l'employé (dans ce délai ?) l'employeur considérera que la proposition est refusée *et que la résiliation du contrat sera effective pour le 31 mars 2004*. Dans ces conditions, la bonne foi, qui doit présider aux pourparlers précontractuels ainsi qu'au comportement des partenaires au moment de la signature d'un contrat, impose de retenir que le nouveau contrat – et partant le nouveau salaire – ne prenait effet qu'à dater du 1<sup>er</sup>

avril 2004 et que l'employé l'a compris ainsi en donnant son consentement au nouveau contrat. Les explications données à ce sujet en audience par la représentante de l'employeur - selon lesquelles « *chaque employé ... avait le choix entre signer tout de suite le nouveau contrat, renonçant au délai de préavis usuel, et d'obtenir le maintien des conditions salariales durant le délai de congé prévu. Dans ce cas l'employé recevait une lettre de congé-modification, comprenant une nouvelle proposition de contrat, prenant effet immédiatement après le délai de congé, pour autant que l'employé l'accepte* » - manquent pour le moins de clarté et ne sauraient être suivies dans la mesure où elles pourraient signifier une renonciation sans contrepartie au salaire convenu.

Les considérations qui précèdent sont au demeurant conformes aux principes ci-dessus rappelés, régissant le congé-modification. C'est donc à juste titre que les premiers juges n'ont alloué à l'employé un complément de salaire et de treizième salaire que pour une période échéant le 1<sup>er</sup> avril 2004, en allouant à ce titre la somme de 13'000 fr. pour les mois de janvier à mars 2004. La Cour confirmera cette décision.

4. En ce qui concerne l'indemnité pour vacances non prises, l'employeur persiste à soutenir que les relevés de la pointeuse qu'elle met à disposition de son personnel ne sont pas fiables et qu'il faudrait se fonder sur les demandes de congés que l'employé avait formulées et qui avaient été visées par l'employeur.

Sur ce point également la Cour s'appel suivra l'opinion, fondée, des premiers juges, tout en rappelant que l'employeur n'a apporté en appel aucun élément d'appréciation nouveau, qui permettrait de prendre en considération, pour le calcul à opérer, exclusivement les demandes de congé. Le relevé de ces demandes ne s'avère en effet pas fiables, ainsi qu'il ressort de l'instruction. L'employeur a mis en place une pointeuse, système qui est censé permettre de vérifier les heures de présence de son personnel; comme il a, par ailleurs, la charge de démontrer le nombre de jours de vacances prises par son personnel (ATF n.p. du 15 septembre

1999, n° 4C.230/1999 consid. 4 et AUBERT, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, n° 133), il doit assumer les éventuelles lacunes du système mis en place à ces fins.

5. Au vu de ce qui précède, le jugement sera intégralement confirmé. Les deux appels seront rejetés. L'appel de T\_\_\_\_\_, d'une valeur litigieuse de fr. 78'833.10 a donné lieu à la perception d'un émolument de mise au rôle de fr. 880.- (art. 60 al. 1 LJP et 42 du Règlement fixant le tarif des greffes en matière civile), qui doit être laissé à la charge de l'appelant (art. 78 al. 1 LJP). L'appel de E\_\_\_SA portait en revanche sur une valeur litigieuse de fr. 20'101.- et n'a pas donné lieu, à juste titre, à la perception d'un émolument (art. 60 al. 1 et 76 al. 1 LJP).

### **PAR CES MOTIFS**

La Cour d'appel des prud'hommes, Groupe 1,

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

Reçoit les appels formés successivement les 28 et 29 décembre 2006 par T\_\_\_\_\_ et par E\_\_\_SA contre le jugement rendu le 27 novembre 2006 dans la cause n° C/11252/2006 - 1.

#### **Au fond :**

Les rejette.

Confirme intégralement le jugement précité.

Dit que l'émolument d'appel de fr. 880.- (huit cent quatre-vingts francs) versé par T\_\_\_\_\_ est acquis à l'Etat de Genève.

Déboute les parties toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente