



RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

**POUVOIR JUDICIAIRE**

Juridiction des prud'hommes  
Cause n° C/3725/2006 - 1

\* COUR D'APPEL\*

(CAPH/82/2007)

T\_\_

**Dom. élu** : Me Ivo BUETTI  
Boulevard Helvétique 30  
1207 Genève

E\_\_

**Dom. élu** : Me Olivier CAVADINI  
Rue Bellot 6  
1206 Genève

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du 22 mai 2007

M. Daniel DEVAUD, président

Mme Jocelyne TAUXE et M. Olivier VAUCHER, juges employeurs

MM. Pascal FOUVY et Pierre-André THORIMBERT, juges salariés

Mme Helga GARCIA, greffière d'audience

**EN FAIT**

A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 19 septembre 2006, T\_\_\_ appelle d'un jugement rendu suite à la délibération du 17 août 2006 par le Tribunal des Prud'hommes et notifié aux parties le 18 août 2006 la déboutant de toutes ses conclusions.

B. Sur la base du dossier et des pièces produites, la Cour d'appel retient les faits pertinents suivants :

a) E\_\_\_ est une société anonyme dont le siège est situé à Bienne et dont le but social est la commercialisation de bracelets de montre en tout genre, de bijoux et d'articles apparentés.

T\_\_\_, née le 19 mars 1952, a travaillé pour E\_\_\_ comme vendeuse de bracelets et changeuse de pile depuis septembre 1989, d'abord en qualité d'employée temporaire puis, dès le 1<sup>er</sup> décembre 2001, comme employée à temps partiel. Son lieu de travail était B\_\_\_ à Genève.

b) Le salaire fixe mensuel de la travailleuse s'élevait, en dernier lieu, à fr. 3'280.- brut pour un taux d'occupation de 70%, soit vingt-huit heures par semaines.

Le treizième salaire devait être versé à 50% en juin et à 50% en novembre. En cas de départ dans le courant de l'année civile, celui-ci était payé *prorata temporis*.

Le délai de congé prévu par le contrat de travail était de trois mois à partir de la dixième année de service et le droit aux vacances était de trente jours après cinquante ans révolus.

Pour le surplus, le contrat prévoyait qu'en cas de litige les tribunaux de Bienne seraient compétents.

c) En 2004, T\_\_\_ a réalisé un revenu annuel brut fr. 42'070.-, soit fr. 36'275.- net.

d) Par courrier du 15 décembre 2004, E\_\_\_ a informé T\_\_\_ du fait que la société avait réalisé, grâce à l'effort de chacun, un chiffre d'affaires plus élevé que celui de l'année précédente et ce, malgré un environnement économique difficile. Cette amélioration du chiffre d'affaires avait permis de créer d'avantage de postes de travail et avait amené les organisations syndicales et patronales à décider une augmentation conventionnelle de salaire de 1%.

En conséquence, dès le mois de janvier 2005, son salaire mensuel était porté à fr. 3'150.- brut.

e) Par lettre recommandée du 14 mars 2005, E\_\_\_, se référant à un entretien du 10 mars 2005, indiquait à T\_\_\_ revenir au système de rémunération en vigueur jusqu'en novembre 2001, pour des questions administratives et d'organisation.

Il était en outre précisé que son contrat de travail du 11 octobre 2001 était résilié avec effet au 31 mai 2005. Dans le même temps, il lui était soumis pour acceptation un nouveau contrat au 1<sup>er</sup> juin 2005 que T\_\_\_ était invitée à signer et à en retourner un exemplaire. Pour le surplus, il était mentionné qu'il serait tenu compte de son souhait d'avoir six semaines de vacances.

Le nouveau contrat de travail prévoyait une date d'entrée de service au 1<sup>er</sup> juin 2005, un salaire de fr. 26.80 brut par heure, dans lequel était compris fr. 1.88 à titre de part du treizième salaire, ainsi que fr. 2.40 à titre d'indemnité pour les vacances et les jours fériés. Il était par ailleurs stipulé que le degré d'activité de la travailleuse serait d'environ 70%, le plan de travail étant établi en accord avec A\_\_\_. Pour le surplus, ce nouveau contrat se référait à la convention collective de travail applicable pour tous les points non réglés expressément par le contrat.

f) Par lettre du 4 mai 2005, T\_\_\_, sous la plume de PROTEKTA Protection juridique, a fait remarquer à son employeur que les conditions de travail proposées dans le nouveau contrat de travail étaient nettement inférieures à celles dont elle bénéficiait jusqu'alors. Selon un calcul comparatif, elle parvenait à la conclusion que son salaire subissait ainsi une perte d'environ 20%.

Elle indiquait par ailleurs accepter être à nouveau rémunérée à l'heure mais refusait de voir son salaire réduit dans une telle proportion. Enfin, elle exprimait son inquiétude quant au degré d'activité « d'environ 70% » qui ressemblait à du travail sur appel.

g) Par missive du 11 mai 2004, E\_\_\_ répondait avoir respecté les conditions de la convention collective de travail à laquelle elle était soumise, et justifiait la modification des conditions de travail de son employée par un « soucis de respect envers les autres collaborateurs de [leur] stand à Genève ». C'était selon elle ce même soucis qui l'avait décidée à assouplir les horaires de travail de T\_\_\_. Il lui était au surplus demandé de pouvoir changer son horaire de travail à court terme en cas d'absence imprévue d'une collègue. Il était également précisé qu'il serait tenu compte de sa date d'engagement initiale au 29 mai 1991.

h) T\_\_\_ a été incapable de travailler à compter du 17 mai 2005.

i) Par pli du 23 mai 2005, T\_\_\_ a fait opposition au congé qui lui avait été notifié par lettre du 14 mars 2005, le qualifiant de congé-modification abusif. Dans ce même courrier, T\_\_\_ expliquait qu'au vu de la durée des rapports contractuels et de son incapacité de travail, le délai de congé était suspendu en raison de son incapacité de travail.

j) T\_\_\_ a été victime d'un accident de vélo le 24 mai 2005 et d'un accident de scooter le 28 mai 2005. Elle a en conséquence été incapable de travailler pour cause d'accident à compter du 28 mai 2005.

k) Par courrier du 26 septembre 2005, E\_\_\_ a informé son employée qu'au vu de l'accident du 28 mai 2005, son droit à l'intégralité de son salaire s'éteindrait au 28 octobre 2005, et qu'à partir de cette date, et pour autant que l'incapacité perdure, elle percevrait 80% de son salaire pendant la période prévue par le contrat d'assurance accident.

l) Par lettre du 28 octobre 2005, T\_\_\_ a fait savoir à son employeur que son médecin traitant allait prochainement l'autoriser à reprendre le travail, mais que

dans la mesure où elle avait été libérée de son obligation de travailler jusqu'à l'échéance du délai de congé, elle ne se présenterait pas à son poste.

A compter du 7 novembre 2005, T\_\_\_ était à nouveau pleinement capable de travailler.

m) Par pli du 8 novembre 2005, E\_\_\_ a confirmé que T\_\_\_ était libérée de son obligation de travail. Elle a précisé que les rapports de travail prendraient fin le 31 décembre 2005 et que son employée était tenue de prendre son solde de vacances pendant la durée de son délai de congé.

n) Par lettre du 11 novembre 2005, T\_\_\_ a contesté que la libération de son obligation de travailler soit subordonnée à la condition de prendre son solde de vacances durant le délai de congé.

Puis, par courrier du 16 novembre 2005, elle a précisé à son employeur qu'au vu de la brièveté du délai de congé restant à courir, de la nécessité de trouver un nouvel emploi et des impératifs de sa vie familiale, il ne pouvait pas lui être imposé de prendre son solde de vacances durant son délai de congé, de sorte que celui-ci devait être indemnisé en espèces.

o) Par lettre du 18 novembre 2005, E\_\_\_ a accepté de remplacer la prise de vacances par une indemnité en espèces. Celle-ci serait toutefois réduite à un montant correspondant à treize jours de vacances en raison de la longue absence de son employée pour cause d'incapacité de travail.

p) Par la suite, T\_\_\_ faisait encore valoir trois jours de vacances supplémentaires non pris dans le courant de l'année 2004.

Parallèlement, par lettre du 8 novembre 2005, T\_\_\_ a sollicité de son employeur un certificat de travail intermédiaire complet.

q) Un projet de certificat de travail lui a été soumis par E\_\_\_ le 24 novembre 2005. Celui-ci indiquait la date de son entrée en service le 29 mai 1991, le poste qu'elle occupait et les tâches qu'elle effectuait. Il était par ailleurs

notamment relevé que T\_\_\_ était une personne sérieuse qui s'était toujours efforcée de satisfaire la clientèle, qu'elle avait accompli son travail avec sérieux, et que ses rapports avec ses supérieurs et ses collègues avaient toujours été corrects.

r) Par lettre du 1<sup>er</sup> décembre 2005, T\_\_\_ a fait parvenir à son employeur un nouveau projet de certificat de travail intermédiaire.

Quelques jours plus tard, E\_\_\_ a retourné le projet de son employée légèrement modifié.

Un échange de correspondance concernant le certificat de travail intermédiaire s'en est suivi.

s) Par télécopie du 7 décembre 2005, E\_\_\_ a fait parvenir à la demande de son employée l'attestation pour l'assurance chômage. Sous la rubrique « motifs de la résiliation » de ladite attestation, l'employeur avait indiqué « modification des conditions – adaptation aux conditions d'autres collaborateurs sur le même lieu de travail. Modification refusée ce qui a entraîné la résiliation du contrat ».

t) Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 8 février 2006, T\_\_\_ a assigné E\_\_\_ en paiement de fr. 23'680.- net, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> janvier 2006, fr. 19'680.- net à titre d'indemnité pour licenciement abusif et fr. 4'000.- net à titre d'indemnité pour tort moral.

En substance, T\_\_\_ se plaignait du caractère abusif du congé qui lui avait été notifié, dans la mesure où celui-ci avait été accompagné d'une proposition de conclure un nouveau contrat à des conditions de travail moins favorables devant entrer en vigueur avant l'échéance du délai de congé. Selon elle, le congé devait également être qualifié d'abusif, dans la mesure où les nouvelles conditions de travail proposées violaient la convention collective de travail, le montant retenu à titre de treizième salaire ne prenant pas en compte le salaire des vacances, le pourcentage de l'indemnité de vacances étant incorrect, et les participations de

l'employeur aux frais (médicaux, pharmaceutiques et pour enfant à charge) étant purement et simplement supprimées.

Au surplus, le caractère abusif du congé devait être retenu au motif que E\_\_\_ ne s'était pas prévalu du fait que la modification contractuelle avait été rendue indispensable par la marche de l'entreprise ou par le marché, mais l'avait justifiée en vue de l'adaptation des conditions de travail à celles d'autres collaborateurs de la société.

T\_\_\_ soulignait encore qu'en mars 2005, quatre collaborateurs sur cinq étaient payés au mois, de sorte qu'elle voyait mal la nécessité d'adapter ses conditions de travail à celles d'autres collaborateurs dont la situation n'était pas comparable à la sienne.

T\_\_\_ réclamait, compte tenu de son âge, de son ancienneté au service de E\_\_\_, et des difficultés de réinsertion professionnelle qu'elle rencontrait, une indemnité équivalente à six mois de salaire.

S'agissant de l'indemnité pour tort moral, T\_\_\_ la justifiait par l'attitude de E\_\_\_ après son licenciement, et en particulier après qu'elle ait contesté les nouvelles conditions de travail et fait opposition au congé. Les termes utilisés par celle-ci dans son projet de certificat intermédiaire de travail étaient inacceptables, ceux-ci ayant été utilisés dans un but de représailles et pour rendre plus difficile la recherche d'un nouvel emploi. La minimisation de ses activités, ainsi que l'appréciation dépréciative de ses prestations étaient de nature à la blesser profondément. Par ailleurs, le retard pris dans l'établissement et la remise de l'attestation pour l'assurance chômage visait également un but de représailles. Elle a par conséquent évalué la réparation du tort moral ainsi subi à fr. 4'000.-.

Par la suite, T\_\_\_ a encore fait tenir au Tribunal des prud'hommes un certificat médical du Docteur C\_\_\_ qui atteste que T\_\_\_ présentait un état dépressif réactionnel suite à un conflit de travail ayant nécessité un arrêt de travail dès le 17 mai 2005.

Lors de la comparution personnelle des parties, T\_\_\_ a expliqué aux premiers juges que son incapacité de travail avait duré jusqu'au 6 novembre 2005 et qu'elle avait été à nouveau capable de travailler dès le lendemain.

Elle a par ailleurs souligné s'être sentie blessée par la proposition de modification de son contrat de travail, dans la mesure où il s'agissait de la deuxième modification de son système de rémunération et que les nouvelles conditions salariales proposées revenaient à une diminution de salaire de 20%. Elle a aussi indiqué que l'explication qui lui avait été donnée pour motiver cette réduction était qu'il fallait réajuster son statut en fonction de ses collègues, la mensualisation de sa rémunération intervenue antérieurement ayant résulté d'une erreur.

Elle relevait en outre que dans le projet de contrat qui lui avait été soumis, son droit aux vacances et aux jours fériés était de fr. 2.40 par heure, ce qui ne correspondait pas à la convention collective de travail.

Elle a également expliqué s'être sentie blessée par le projet de certificat de travail qui lui avait été remis, ainsi que par la production de certaines pièces par son employeur relatives aux pertes de montres et aux différences de caisse qui lui avaient été imputées. Elle a précisé à l'égard de l'un de ces événements que ce jour là, il y avait eu beaucoup de travail, qu'elle avait souhaité aider un collègue, de sorte qu'elle avait fait une erreur. Elle a relevé que celle-ci avait toutefois été réparée quelques jours après. Elle a souligné par ailleurs que le même jour où les employés avaient reçu une lettre les informant d'une perte de fr. 5'800.- en raison de la perte d'une montre, elle avait reçu une prime pour ses bons et loyaux services.

Elle a pour le surplus déploré que le versement de la prime d'ancienneté à laquelle elle avait droit soit intervenu une année en retard.

u) En réponse, E\_\_\_ a conclu au déboutement de T\_\_\_.

E\_\_\_ a relevé que le nouveau salaire proposé à son employée était nettement supérieur aux salaire minimaux prévus par la convention collective de travail

applicable. Selon elle, pour un taux d'occupation de 70%, T\_\_\_ devait percevoir un salaire mensuel brut évoluant de fr. 3'050.- à fr. 3'150.-, alors que selon les directives de la convention patronale, le salaire minimum d'un travailleur non qualifié était de fr. 2'646.- brut pour le même taux d'activité.

Elle contestait en outre que les relations contractuelles puissent être qualifiées de travail sur appel, les horaires de travail ayant toujours été établis à l'avance et d'entente avec les employés.

Quant à la participation de l'employeur aux différents frais, elle a relevé que le contrat prévoyait expressément que la convention collective de travail était applicable pour tous les points non réglés.

Elle a au surplus admis qu'au vu de l'erreur qui avait été commise dans le calcul du délai de congé, et de l'incapacité de travail de son employée, les relations contractuelles n'avaient pris fin qu'au 31 décembre 2005 et que celle-ci avait été intégralement payée jusqu'à cette date.

Pour E\_\_\_, il ne saurait être question d'un congé-représailles dans la mesure où la travailleuse n'avait pas été licenciée en raison de son refus des nouvelles conditions de travail puisqu'elle avait fait une proposition de nouveau contrat simultanément à la résiliation de l'ancien contrat. Elle a également souligné que sa volonté de revenir à un salaire horaire était liée au fait que, pour des raisons inhérentes au besoin de flexibilité de la société, il avait été souhaité que tous les employés travaillant à moins de 100% soient rémunérés à l'heure.

E\_\_\_ a aussi fait valoir que la jurisprudence n'avait pas expressément tranché la question de savoir s'il était permis au juge de contrôler la justification économique d'une résiliation, certains auteurs tendant plutôt à la qualifier même de problématique, de sorte que les juridiction des prud'hommes ne devraient pas se pencher sur cette question. Si toutefois celle-ci devait se sentir autorisée à procéder à un tel examen, E\_\_\_ considérerait que T\_\_\_ n'avait pas apporté la preuve de l'absence de justifications économiques de la modification des conditions de travail, et partant, du caractère abusif de son licenciement.

Concernant les prétention en indemnisation du tort moral subi, E\_\_\_ a relevé que dans la mesure où le licenciement de T\_\_\_ ne saurait être qualifié d'abusif, une indemnité pour tort moral était en conséquence sans objet. Par ailleurs, selon E\_\_\_, T\_\_\_ celle-ci n'a en rien allégué que son tort moral ait résulté d'une cause indépendante du licenciement. En outre, les motifs allégués ne sont manifestement pas suffisants à causer un tel préjudice.

Quant au projet de certificat de travail intermédiaire, E\_\_\_ a indiqué qu'à plusieurs reprises, elle avait dû faire des reproches à son employée quant à l'exécution de ses tâches, notamment des pertes de montres sur le stand et des différences de caisse importantes, mais que finalement elle avait adhéré au projet qui lui avait été soumis par celle-ci.

Lors de la comparution personnelle des parties, E\_\_\_ a expliqué aux premiers juges avoir constaté qu'il y avait une partie du personnel qui était payée à l'heure et qui dépassait les quarante heures conventionnelles travaillées par semaine. Pour E\_\_\_, il n'était ainsi pas juste que T\_\_\_ travaille à 70% et soit payée à l'heure alors que d'autres de ces collègues étaient payés au mois, de sorte qu'elle avait décidé de mensualiser son salaire, ainsi que celui des collègues qui étaient dans la même situation qu'elle.

Par la suite, dans la mesure où il était difficile pour elle de contrôler les vingt-huit heures qu'elle devait effectuer dans la semaine, il lui avait été proposé de revenir au statut du salaire horaire, comme les autres employés qui ne travaillaient pas à 100%, ceci étant tout à fait habituel dans les grands magasins.

La raison de la modification du salaire de T\_\_\_ était donc l'adaptation de son salaire par rapport à celui de ses collègues, également payés à l'heure, cela en vue d'essayer d'éliminer une possibilité de conflit social, ne voulant pas que des problèmes de salaires surgissent entre les employés.

E\_\_\_ a en outre souligné que le nouveau salaire qui lui était proposé était de 10 à 15% supérieur à ce que prévoyait la convention collective de travail, et à la moyenne des salaires pratiqués chez B\_\_\_ à Genève

Elle a précisé que son horaire aurait été flexible en fonction d'un planning établi quelques semaines auparavant et que les autres employés rémunérés à l'heure ont six ou sept ans d'ancienneté.

E\_\_\_ a également indiqué que lors de la mensualisation du salaire de T\_\_\_, d'autres collègues étaient restées à un salaire horaire en raison du fait que le taux d'occupation de ces personnes étaient nettement inférieure au taux d'occupation de T\_\_\_.

Concernant la prime qui avait été versée malgré les reproches faits, l'employeur a expliqué qu'il était normal, après dix ans de service, de faire un geste et ce, indépendamment de ce qu'il s'était passé. A cet égard, E\_\_\_ a précisé que bien que les contrats prévoyaient une participation des employés aux frais occasionnés par les dégâts dont ils sont responsables, il ne leur avait rien été demandé, hormis quelques centaines de francs.

- C. L'appelante conclut à l'annulation du jugement du Tribunal des Prud'hommes et à la condamnation de l'intimée à verser fr. 19'680.- à titre d'indemnité pour congé abusif et fr. 4'000.- à titre d'indemnité pour tort moral, plus les intérêts moratoires à 5% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2006.

Selon l'appelante, le congé-modification du 14 mars 2005 est abusif parce qu'il lui a été notifié pour lui imposer une détérioration de ses conditions de travail avant l'échéance du contrat de congé, étant précisé que l'entrée en vigueur des nouvelles conditions de travail était prévue pour le 1<sup>er</sup> juin 2005, alors que le délai de congé ne pouvait venir à échéance qu'au 30 juin 2005.

Toujours selon l'appelante, le congé modification est abusif car les modifications contractuelles proposées violent sur divers points la convention collective de travail :

- pour les salariés payés à l'heure, le 13<sup>ème</sup> mois de salaire se définit sur la base du salaire horaire moyen calculé sur les dix premiers mois de l'année civile, y compris le salaire afférent aux vacances, 8.33% du salaire horaire,

alors que le salaire prévu dans le nouveau contrat ne correspond pas à un mois de salaire mais ne tient en plus pas compte du salaire des vacances, soit 7% du salaire horaire ;

- les travailleurs âgés de 50 ans révolus ont droit à six semaines de vacances par année ce qui a pour conséquence que la prise en compte de ce droit pour le calcul de l'indemnité vacances dans le salaire horaire correspond à 13,043% et non 8.95% comme prévu dans le nouveau contrat ;
- le travailleur a droit à une participation patronale aux frais médicaux et pharmaceutiques ainsi qu'au frais d'hospitalisation de fr. 100.- par mois et fr. 30.- par enfant à charge, participation qui est supprimée dans le nouveau contrat proposé ;
- la CCT n'autorise pas le travail sur appel.

L'appelante estime encore, par surabondance de moyens, que le congé du 14 mars 2005 est abusif parce que l'intimée ne voulait pas la cessation des rapports de travail mais n'a recouru à la résiliation que pour imposer une modification du contrat de travail à son détriment sans justification réelle. Sur ce point, l'appelante rappelle que l'intimée ne s'est jamais prévalu du fait que la modification contractuelle en question était rendue indispensable par la marche de l'entreprise ou le marché. Au contraire, cette modification est intervenue deux mois seulement après que son revenu ait été augmenté en raison des très bons résultats réalisés par l'entreprise.

Par ailleurs, pour l'appelante, l'intimée n'a pas démontré que le congé aurait été motivé par des motifs administratifs et d'organisation qui rendaient indispensables d'adapter ses conditions de travail à celles des autres collaborateurs de l'entreprise dès lors que quatre collaborateurs sur cinq occupés auprès de B\_\_\_ étaient mensualisés.

En outre, selon l'appelante, c'est l'intimée qui lui avait proposé de passer à une rémunération mensuelle par souci de justice avec les autres collaborateurs quelques années auparavant.

**D.** L'intimée conclut au déboutement de l'appelant et à la confirmation du jugement.

Elle conteste avoir voulu imposer à l'appelante une modification contractuelle avant l'échéance du contrat de travail le 30 juin 2005. Dès qu'elle a réalisé son inadvertance dans la date du congé, elle n'a jamais discuté son obligation de payer le salaire en prenant en considération un délai de congé de trois mois, soit jusqu'au 31 décembre 2005 compte tenu de la maladie de l'appelante.

L'intimée conteste également que le projet de contrat soumis à l'appelante le 14 mars 2005 viole la CCT. Selon elle, le salaire proposé à l'appelante était supérieur à celui résultant de la CCT, soit un salaire annuel, y compris le 13<sup>ème</sup> salaire, de fr. 39'010.- contre fr. 32'032.- pour la CCT. S'agissant de la participation aux frais médicaux, l'intimée soutient qu'elle était maintenue dans la mesure où le contrat prévoyait que la CCT était applicable aux points non réglés contractuellement.

L'intimée conteste aussi que le nouveau contrat proposé à l'appelante visait à introduire le travail sur appel. Selon elle, le nouveau contrat était un contrat à horaire régulier à temps partiel.

**E.** La Cour a procédé à l'audition des parties qui ont persistés dans leurs conclusions respectives.

a) T\_\_\_ a indiqué que le salaire horaire prévu par la CCT pour les personnes ayant plus de trois ans d'ancienneté était de fr. 21.15 avant prise en compte du renchérissement et de fr. 21.45 (13<sup>ème</sup> salaire et vacances non compris) et non fr. 20.30 comme le soutient E\_\_\_ dans son écriture du 20 octobre 2006.

S'agissant de l'entretien qui s'est tenu fin février début mars 2005 avec D\_\_\_, T\_\_\_ a expliqué que ce dernier lui avait indiqué qu'il avait fait une erreur en la mensualisant et qu'il avait décidé de remettre les pendules à l'heure. Elle ne se rappelait pas si, lors de l'entretien, D\_\_\_ avait évoqué la question du salaire ; en revanche, elle se souvenait qu'en sortant de celui-ci elle ne savait pas, et n'avait pas compris, que son salaire allait baisser.

C'est lorsqu'elle a reçu la lettre du 14 mars 2005 et qu'elle est allée voir PROTEKTA que les calculs ont fait apparaître une diminution de salaire. Selon T\_\_\_, elle ne s'attendait pas, à l'issue de l'entretien, à voir son contrat résilié par courrier et à se voir proposer un nouveau contrat avec une baisse de salaire, ces points n'ayant pas été évoqués par D\_\_\_ lors dudit entretien.

Elle a encore rappelé à la Cour qu'elle avait réclamé, à répétitions reprises, que soit produit les contrats des autres employées à temps partiel invoqués par E\_\_\_ pour justifier la baisse de salaire, en vain.

b) D\_\_\_ a expliqué pour E\_\_\_ qu'il visitait régulièrement ses différents collaborateurs sur les stands qu'elle exploite dans des grandes surfaces, notamment. Lors d'une de ces visites, il aurait indiqué à T\_\_\_ que ses conditions salariales allaient être modifiées pour être adaptées à celles de ses collègues.

Lorsqu'il a repris l'entreprise, il a proposé à T\_\_\_ et à une collègue travaillant à 112% de les mensualiser. Par la suite, il s'est rendu compte qu'il était difficile de mensualiser le 70% de T\_\_\_ . Il est donc revenu en arrière et lui a proposé le même traitement qu'à ses collègues.

Selon lui la difficulté résultait de la planification à l'avance des vacances et des maladies des collègues. Toujours selon lui, la teneur de cet entretien, qui s'est tenu au restaurant de B\_\_\_, a été repris dans la lettre du 14 mars 2005. Il admet ne pas avoir indiqué alors à T\_\_\_ qu'il en découlerait une baisse de salaire et confirme que celle-ci n'a pu se rendre compte de cette diminution qu'à la lecture de l'annexe au courrier du 14 mars 2005. Il reconnaît également que cette réduction de salaire ne découle ni de la lettre du 14 mars 2005 ni de la teneur du contrat. Selon lui, si T\_\_\_ voulait connaître quelle était la baisse effective de son salaire, elle devait le lui demander, ce qu'elle n'a pas fait.

D\_\_\_ a encore indiqué que le temps de travail était désormais fixé à environ 70% mais pouvait varier selon les mois.

D\_\_\_ ne s'explique pas que le projet de contrat joint à la lettre du 14 mars 2005 soit daté du 9 mai 2005 et qu'il a été établi le 15 octobre 2004,

Enfin, selon D\_\_\_, la volonté de ramener le salaire de T\_\_\_ à un niveau comparable à celui de ses collègues trouve aussi son origine dans le fait qu'elle n'était pas aussi performante que ses autres collègues..

- F. Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée dans la partie "en droit" ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige.

### **EN DROIT**

1. **1.1** Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la Juridiction des prud'hommes ; ci-après LJP), l'appel est recevable.

**1.2** Les parties ont été liées par un contrat de travail au sens des articles 319 et suivants du Code des Obligations (ci-après CO). La Juridiction des prud'hommes est par conséquent compétente à raison de la matière pour connaître du présent litige (art. 1 al. 1 LJP). Elle l'est également à raison du lieu, dès lors que tant le siège de l'appelante que le lieu habituel de travail de l'intimé se trouvent dans le canton de Genève (art. 24 et 34 al. 1 de la loi fédérale sur les fors en matière civile).

**1.3** Le jugement ayant été rendu en premier ressort, la Cour d'appel dispose d'une cognition complète.

2. L'appelante réclame un montant de fr. 19'680.- net à titre d'indemnité pour licenciement abusif résultant d'un congé-modification.

**2.1** Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336ss CO). L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère

des cas dans lesquels la résiliation est abusive. Cette liste n'est pas exhaustive et un abus du droit de mettre un terme au contrat de travail peut également se rencontrer dans d'autres situations, qui apparaissent comparables, par leur gravité, aux cas expressément envisagés à l'art. 336 CO (ATF 132 III 115 consid. 2.1 p. 116/117; 131 III 535 consid. 4.1 et 4.2 p. 537/538).

Le fardeau de la preuve du caractère abusif de la résiliation incombe à la partie dont le contrat a été résilié (art. 8 CC ; ATF 121 III 60, JT 1986 I 47, 49). A défaut de présomption légale quant au caractère abusif de la résiliation en cas de motivation manquante fautive ou incomplète, il faut s'en tenir, également dans des hypothèses de ce genre, au fardeau de l'allégation et de la preuve (ATF 121 III 60, JT 1996 I 47).

La partie qui supporte le fardeau de la preuve ne dispose d'un droit à l'administration de celle-ci que si elle porte sur des faits juridiquement pertinents (ATF 121 III 60, JT 1996 47 (50) et les références jurisprudentielles citées).

La preuve du motif d'un congé prétendument abusif ayant pour objet des éléments subjectifs - à savoir, le réel motif de l'employeur - est difficile à rapporter, de sorte que le juge peut présumer en fait, l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur (ATF du 30.06.1992, in SJ 1993 p.361). Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a cependant pour effet d'en renverser le fardeau (ATF 115 II 487 c. b in fine et les références citées). Elle constitue, en définitive, une forme de « preuve par indices ». De son côté, l'employeur ne peut plus rester inactif et n'a d'autre issue que d'apporter les preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF du 30.06.1992 précité, in SJ 1993 p.360 et les références citées). Il convient de se montrer restrictif dans les critères permettant d'admettre la preuve par indices, la vraisemblance des faits permettant de retenir le caractère abusif du licenciement devant être très grande, voire confinée à la certitude (WYLER, Droit du travail, 2002, p. 397).

**2.2** Le caractère abusif d'une résiliation peut découler non seulement de ses motifs, mais également de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son

droit. Même lorsqu'elle résilie un contrat de manière légitime, la partie doit exercer son droit avec des égards. En particulier, elle ne peut se livrer à un double jeu, contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi. Ainsi, une violation grossière du contrat, par exemple une atteinte grave au droit de la personnalité (cf. art. 328 CO) dans le contexte d'une résiliation, peut faire apparaître le congé comme abusif (ATF 132 III 115 consid. 2.2 p. 117; 131 III 535 consid. 4.2 p. 538/539; 125 III 70 consid. 2b p. 73).

**2.3** Lorsque la résiliation par une partie est fonction du refus par l'autre partie d'accepter une modification des conditions de travail, on est en présence d'un congé-modification («Änderungskündigung»). Le congé-modification au sens étroit se caractérise par le fait qu'une partie résilie le contrat, mais accompagne sa déclaration de l'offre de poursuivre les rapports de travail à des conditions modifiées. En revanche, dans le congé-modification au sens large, les deux actes juridiques ne sont pas immédiatement couplés; une partie reçoit son congé parce qu'elle n'a pas accepté une modification des obligations contractuelles (ATF 123 III 246 consid. 3 p. 248/249). En principe, le congé-modification n'est pas abusif, mais il peut l'être dans certaines circonstances. Ainsi, il y a abus lorsque le travailleur est licencié parce qu'il n'a pas accepté des modifications du contrat qui devaient entrer en vigueur immédiatement, soit avant l'expiration du délai de congé (ATF 123 III 246 consid. 3b p. 250 et consid. 4a p. 251).

**2.4** La résiliation est également abusive lorsqu'elle sert de moyen de pression pour imposer au travailleur une modification défavorable du contrat, sans qu'il existe des motifs économiques liés à l'exploitation de l'entreprise ou aux conditions du marché (ATF 125 III 70 consid. 2a p. 72; 123 III 246 consid. 3b p. 250/251 et les références). L'admission d'un motif économique ne suppose pas que la survie de l'entreprise dépende de la modification des conditions de travail; il suffit qu'il existe des motifs économiques liés à l'exploitation de l'entreprise ou aux conditions du marché.

Un congé-modification sera en outre qualifié de congé-représailles, abusif conformément à l'art. 336 al. 1 let. d CO, lorsqu'il est signifié au salarié parce que celui-ci refuse de conclure un nouveau contrat qui viole la loi, une convention collective ou un contrat-type applicables (arrêt 4C.7/1999 du 13 juin 2000, consid.

3, reproduit in SJ 2001 I p. 49; Gabriel Aubert, Commentaire romand, n. 10 ad art. 336 CO).

3. **3.1** Les premiers juges ont renoncé à examiner si la résiliation du 14 mars 2005 était abusive, considérant que la proposition de contrat faite à l'appelante à la même date n'était jamais entrée en vigueur en raison du fait que l'intimée avait invoqué, durant la procédure, une erreur dans le calcul du délai de congé applicable à l'appelante.

**3.2** En l'espèce, le congé du 14 mars 2005, qui se réfère explicitement au contrat de travail du 20 novembre 2001 et à un entretien entre le représentant de l'intimée et l'appelante le 10 mars 2005, établit explicitement un lien entre les nouvelles conditions de rémunération et la résiliation du contrat de travail, le motif invoqué à l'appui de la modification contractuelle étant « *des questions administratives et d'organisation* ».

Le représentant de l'intimée a admis devant la Cour qu'il n'avait pas évoqué de diminution de salaire lors de l'entretien du 10 mars 2005. Il a aussi admis que cette diminution ne ressortait pas explicitement du courrier du 14 mars 2005 et de son annexe mais qu'il fallait procéder à un calcul détaillé pour y parvenir.

Il est établi que les modifications du contrat contenues dans la lettre du 14 mars 2005 et son annexe devaient entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2005, soit avant l'expiration du délai de congé du 30 juin 2005.

La résiliation du 14 mars 2005 est un congé-modification au sens étroit, l'intimée ayant résilié le contrat avant l'expiration du délai de congé en accompagnant sa déclaration de l'offre de poursuivre les rapports de travail à des conditions modifiées.

Il ressort du dossier que l'intimée a rencontré l'appelante le 10 mars 2005 pour lui faire part de son intention de revenir à une rémunération horaire de son travail. Selon les déclarations de l'appelante, qui n'ont pas été contredites par l'intimée, cette dernière n'a pas évoqué, lors de cet entretien, la résiliation du contrat de

travail et la conclusion d'un nouveau contrat. Elle n'a pas non plus été évoqué une baisse de la rémunération découlant de ce changement de pratique.

Est sans pertinence pour l'issue de la présente cause le fait qu'en cours de procédure devant les prud'hommes seulement l'intimée ait allégué que son intention n'était pas que les modifications du contrat contenues dans le projet joint à la lettre du 14 mars 2005 prennent effet avant l'échéance du délai de congé.

Il découle des éléments qui précèdent que la résiliation du 14 mars 2005 pour le 31 mai 2005, soit avant l'échéance du contrat, pouvait raisonnablement être comprise par l'appelante comme une pression exercée sur elle pour lui faire accepter une modification défavorable de son contrat de travail dans la mesure où les modifications proposées entraînaient une baisse de l'ordre de 20% de sa rémunération et une grande incertitude sur le taux d'activité hebdomadaire.

Cet élément ne suffit toutefois pas pour que ce licenciement puisse être qualifié de résiliation abusive au sens de la jurisprudence précitée. Il faut encore examiner si la modification contractuelle défavorable au travailleur ne repose pas sur des motifs économiques liés à l'exploitation de l'entreprise ou aux conditions du marché.

L'intimée soutient que la modification contractuelle était justifiée par des questions administratives et d'organisation, soit l'adaptation des conditions de travail à celles de ses autres collègues également payées à l'heure. Pourtant, c'est par le même souci d'égalité de traitement que l'intimée avait justifié quelques années auparavant la mensualisation de l'appelante.

L'intimée n'a cependant apporté, ni proposé d'apporter, aucun élément de preuve tendant à démontrer le bien fondé de ce motif; en particulier, elle n'a pas démontré qu'au sein de son entreprise les autres collaborateurs à temps partiels ayant un taux d'activité comparable à celui de l'appelante étaient rémunérés sur une base horaire et avec des conditions de travail similaires à celles contenues dans le contrat de travail joint à la résiliation du 14 mars 2005. Ce dernier point est au demeurant contesté par l'appelante.

L'intimée n'a pas non plus démontré en quoi ce retour à une rémunération horaire, qu'elle avait elle-même par égalité de traitement supprimée quelques années auparavant pour l'appelante, s'imposait désormais à nouveau dans son entreprise.

Dans ces circonstances, le congé-modification notifié à l'appelante le 14 mars 2005 doit être tenu pour abusif.

Le jugement entrepris sera, dès lors, réformé sur ce point.

- 4. 4.1** A teneur de l'art. 336a CO, la partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité (al. 1). L'indemnité est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances ; toutefois, ne peut dépasser le montant de six mois de salaire du travailleur (al. 2).

Le montant de l'indemnité de l'art. 336a al. 1 CO est fixé librement par le juge, compte tenu de toutes les circonstances, parmi lesquelles figurent notamment la situation sociale et économique des deux parties, la gravité de l'atteinte à la personnalité de la partie congédiée, l'intensité et la durée des relations de travail antérieures au congé, la manière dont celui-ci a été donné, ainsi que la faute concomitante du travailleur ; aucun de ces facteurs n'est décisif en lui-même (ATF 123 III 391 consid. 3b/bb; 121 III 64 consid. 3c; 120 II 243 consid. 3e p. 248; 119 II 157 consid. 2b p. 161). L'indemnité, qui ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur, a une double finalité, punitive et réparatrice et s'apparente à une peine conventionnelle (ATF 123 III 391 consid. 3c). Elle ne fait pas partie du salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS et les cotisations sociales ne sont pas dues (ATF 123 V 5).

**4.2** Sauf circonstances particulières, l'indemnité est due dans tous les cas de licenciement abusif (ATF 121 III 64 consid. 3c p. 68; 120 II 243 consid. 3e p. 247; 116 II 300 consid. 5a), même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage (ATF 123 III 391), l'allocation étant la règle et le refus l'exception (ATF 121 III 64, c. 3c ; ATF 120 II 243 c. 3e). Les exceptions doivent être fondées sur les circonstances de chaque cas particulier; elles supposent l'absence de faute de l'employeur ou d'autres motifs qui ne sauraient être mis à sa charge (ATF 116 II 300 consid. 5a).

**4.3** Qu'il s'agisse du principe ou de la quotité de cette indemnité, le juge possède, de par la loi (art. 4 CC), un large pouvoir d'appréciation, qui conduit le Tribunal fédéral à ne substituer sa propre appréciation à celle de l'instance inférieure qu'avec une certaine retenue. Il n'interviendra que si la décision s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle ou encore lorsqu'elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; il sanctionnera en outre les décisions rendues en vertu d'un tel pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (ATF 121 III 64 consid. 3c; 119 II 157 consid. 2a in fine; 118 II 50 consid. 4 p. 55 s.; ATF 116 II 145 consid. 6a p. 149).

**4.4** En l'occurrence, l'appelante travaillait au sein de l'entreprise intimée depuis plus de quinze ans au moment où est intervenue la résiliation du contrat de travail, étant précisé qu'elle était alors âgée de 54 ans.

Compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce, en particulier des difficultés de réinsertion professionnelle rencontrées par l'appelante, de son âge et de la durée des rapports de service, la Cour fixe à l'équivalent de quatre mois de son dernier salaire, soit fr. 13'120.-, le montant dû par l'intimée à l'appelante à titre d'indemnité pour congé abusif.

Le jugement sera également modifié en ce sens.

**5.** L'appelante réclame encore 4'000 fr. à titre de réparation du tort moral.

**5.1** Les conditions de la réparation du tort moral en matière de contrat de travail sont les suivantes : la violation du contrat constitutive d'une atteinte illicite à la personnalité (art. 328 CO), un tort moral, une faute et un lien de causalité naturelle et adéquate entre la violation du contrat et le tort moral, l'absence d'autres formes de réparation (Gauch/Schluep/Tercier, Partie générale du droit des obligations, n. 1565 et ss).

L'octroi d'une indemnité sur la base de l'art. 49 CO ne sera justifié que si la victime a subi un tort considérable qui doit se caractériser par des souffrances qui dépassent par leur intensité celles qu'une personne doit être en mesure de supporter seule, sans recourir au juge, selon les conceptions actuelles en vigueur (FF 1982 II 703 ; Deschenaux/Steinauer, Personne physique et tutelle, n. 624 ; Tercier, Le nouveau droit de la personnalité, n. 2049).

En outre, selon la jurisprudence, les indemnités prévues à l'art. 336a al. 2 CO ont une double finalité, punitive et réparatrice. Du fait de leur finalité réparatrice, lesdites indemnités ne laissent guère de place à l'application cumulative de l'art. 49 CO, car elles embrassent toutes les atteintes à la personnalité du travailleur qui découlent de la résiliation abusive ou injustifiée du contrat. Demeure réservée l'hypothèse dans laquelle une telle atteinte serait à ce point grave qu'un montant correspondant à six mois de salaire du travailleur ne suffirait pas à la réparer. Sous cette réserve, l'application de l'art. 49 CO, parallèlement à l'art. 336a al. 2 CO, ne saurait entrer en ligne de compte que dans des circonstances exceptionnelles.

**5.2** En l'occurrence, la Cour a considéré qu'une indemnité correspondant à quatre mois de salaires était justifiée en application de l'art. 336a al. 2 CO. Cette indemnité répare intégralement les atteintes qui découlent de la résiliation injustifiée. L'appelant n'a pas établi la présence de circonstances exceptionnelles qui justifierait en plus l'application de l'art. 49 CO.

Dans ces circonstances, il n'y pas lieu d'accorder une indemnité pour tort moral à l'appelante.

### **PAR CES MOTIFS**

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

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

Reçoit l'appel déposé par T\_\_\_ contre le jugement du Tribunal des Prud'hommes rendu suite à la délibération du 17 août 2006 et notifié aux parties le 18 août 2006 en la cause

n° C/3725/2006-1.

**Au fond :**

Annule ledit jugement.

**Et statuant à nouveau :**

Condamne E\_\_\_ à payer à T\_\_\_ le montant brut de ~~fr. 13'280.-~~ fr. 13'120.- \* avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> janvier 2006;

Déboute les parties de toute autre conclusion.

La greffière de juridiction

Le président

**\*Rectification d'une erreur matérielle au sens de l'art. 160. al. 2 LPC - 25.06.2007 - Daniel Devaud**