



Monsieur  
T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Wener GLOOR  
Place Claparède 5  
Case postale 292  
1211 Genève 12

E \_\_\_\_\_ SA  
**Dom. élu** : Me X. MO COSTABELLA  
Rue de Rive 6  
1204 Genève

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du mercredi 17 novembre 2004

Mme Martine HEYER, présidente

MM. Daniel CHAPELON. et Pierre PONCIONI, juges employeurs

MM. Olivier BAGNOUD et Marc LABHART, juges salariés

M. Olivier SIGG, greffier d'audience

**EN FAIT**

A. Par acte déposé le 27 février 2004 au greffe de la juridiction des Prud'hommes, T\_\_\_\_\_ appelle d'un jugement rendu le 4 juin 2003, expédié le 28 janvier 2004, qui le déboute de toutes les conclusions qu'il avait prises à l'encontre de son ancien employeur, la E\_\_SA (ci-après E\_\_SA), en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif et d'un complément de salaire.

B. Les faits suivants ressortent de la procédure :

a. E\_\_SA est inscrite au registre du commerce de Genève ; elle a pour but social le commerce, la distribution notamment de denrées alimentaires, ainsi que la participation à toute entreprise commerciale ou autre, et l'exploitation desdites participations. E\_\_SA exploite l'Hôtel X\_\_\_\_\_ (ci-après La X\_\_\_\_\_) sis \_\_\_\_\_ à \_\_\_\_\_/Genève.

T\_\_\_\_\_, né le 23 août 1940, titulaire d'un certificat de capacité au sens de la loi cantonale genevoise sur les auberges, délivré le 8 décembre 1986, a été engagé en date du 4 septembre 1996 par la société qui exploitait alors X\_\_\_\_\_, soit B\_\_\_\_\_SA. en qualité de concierge tournant, pour un salaire brut, selon le précité, de 3'940 fr. par mois ; il n'est pas contesté que la relation de travail a continué avec E\_\_SA lorsque celle-ci a repris l'exploitation de l'hôtel. Cet hôtel, classé cinq étoiles, comptait alors plus d'une centaine de chambres et cent-cinquante employés. Après avoir exercé l'activité de concierge tournant, T\_\_\_\_\_ a ensuite occupé le poste de réceptionniste de nuit. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1997 son salaire mensuel était de 4'000 fr. bruts par mois.

b. Au début octobre 2000 les employés de la X\_\_\_\_\_ furent avisés d'un projet de rénovation de l'établissement, qui allait nécessiter sa fermeture pour le temps des travaux. A cette même époque, une controverse a surgi entre les parties, relativement au paiement d'heures supplémentaires effectuées par l'employé. Etant admis par les deux parties que ce dernier

avait un crédit de 56,56 jours, ces dernières divergeaient sur la manière de calculer l'indemnité ; l'employeur fondait son calcul sur les jours à indemniser, parvenant ainsi à un chiffre de 13'197 fr. , et l'employé sur les heures, ce qui conduisait à une réclamation de 16'158 fr.25. Une correspondance fut échangée entre les parties sur cette question les 3 et 16 octobre 2000, qui paraît avoir réglé le différend.

Par courrier daté du 13 octobre 2000, l'employeur avisa le personnel qu'une séance d'information aurait lieu le 20 octobre 2000, concernant des travaux projetés, de rénovation de l'établissement. T\_\_\_\_\_ était présent lors de cette séance ; selon la représentante de E\_\_SA, C\_\_\_\_, le directeur D\_\_\_\_\_ a alors exposé aux employés qu'en raison des travaux il allait être procédé à un licenciement collectif, dans le respect des termes et délais légaux ; il avait précisé que, sur les 43 collaborateurs, 34 seraient licenciés, chacun devant passer dans son bureau à l'issue de la réunion pour savoir s'il était licencié ou non. T\_\_\_\_\_ affirme, contrairement à ce que soutient l'employeur, que lorsqu'il s'est rendu ce jour-là dans le bureau de D\_\_\_\_\_, ce dernier lui a dit que certains devaient partir, mais sans autre précision le concernant. Il avait toutefois eu l'impression, voire la certitude, qu'on ne voudrait pas le réengager.

Un document fut distribué aux employés présents relativement à la restauration de l'hôtel et à ses conséquences pour le personnel, annoncé comme une décision constituant la première étape d'une procédure de consultation des employés, et dès lors soumise au résultat de cette consultation ; T\_\_\_\_\_ a attesté par sa signature avoir reçu ce document. Il y est en substance exposé que les travaux entrepris sont indispensables et que leur ampleur ne permet pas le maintien, même partiel, de l'exploitation, en tout cas pendant une période de huit à douze mois, dès janvier 2001. Dans cette optique, 34 collaborateurs allaient être licenciés dans le respect des termes et délais légaux et tout serait mis en œuvre pour atténuer les conséquences de cette situation.

Le Syndicat F convoqua en date du 1<sup>er</sup> novembre 2000 une assemblée générale de tout le personnel de X\_\_\_\_\_, pour le 6 novembre 2000, destinée

à l'information sur l'état des lieux, les licenciements, la durée des travaux, l'instauration d'un service de placement paritaire et sur la négociation d'un plan social.

T\_\_\_\_\_ écrivit à son employeur en date du 8 novembre 2000 ; se référant aux réunions des 20 octobre à l'hôtel et 6 novembre au Syndicat F, il relevait avoir compris des discussions que le personnel licencié serait réengagé par l'hôtel à la réouverture et que l'employeur prendrait en charge la différence entre le salaire perçu par les employés au moment de leur licenciement et le nouveau salaire, ou les prestations de chômage qu'ils allaient percevoir pendant la durée des travaux. T\_\_\_\_\_ demandait par conséquent, d'ici fin novembre 2000, la confirmation de son réengagement, il ajoutait qu'il espérait que son travail de « night auditor » avait jusque là donné satisfaction.

- c. Par pli recommandé du 16 novembre 2000, remis par ailleurs le jour-même en mains propre à son destinataire, E\_\_\_SA licencia T\_\_\_\_\_ pour le 31 décembre 2000. Le courrier rappelait que l'hôtel allait fermer ses portes à la fin de l'année 2000 pour une complète rénovation, qui allait durer plus d'un an, que la consultation des employés et des syndicats n'avait pas permis d'aboutir à une solution autre qu'un licenciement collectif ; qu'enfin, pour faciliter la prise d'un nouvel emploi, E\_\_\_SA était disposée à libérer l'employé de manière anticipée. L'employé ne contesta pas ce congé, toutefois une contestation a surgi à propos du certificat de travail.

En effet, le 13 décembre 2000 l'hôtel délivra à T\_\_\_\_\_ un certificat de libre engagement, précisant qu'il avait travaillé comme réceptionniste-tournant. Le 22 décembre 2000 un certificat complémentaire fut établi, selon lequel l'employé avait effectué les tâches suivantes: assurer le bon déroulement des arrivées et le « check in » dans le système Fidelio ; tenir à jour les diverses listes : départs, restants, arrivées ; assurer le service des réservations individuelles imprévues ; accueil et informations à la clientèle d'hôtel et de restaurants ; contrôle des factures bars – restaurants – room service – petit déjeuner ; facturation dans le programme informatique ; opération de sauvegarde et clôture. Le certificat précise que l'employé a

travaillé sur le système Fidelio, utilisé pour le traitement de toutes les opérations relatives au département « front office ». T\_\_\_\_\_ adressa à l'hôtel, à réception de ce certificat, un courrier non daté par lequel il demandait la modification de ce document ; il soutenait avoir été comme concierge tournant, mais avoir, peu après son engagement, travaillé uniquement de nuit, essentiellement sur le système informatique Fidelio, soit comme « night auditor » - réceptionniste de nuit. Bien que réitérée les 4 et 11 janvier 2001, cette demande ne fut pas satisfaite, si ce n'est que l'employeur admit d'ajouter l'activité de réceptionniste de nuit. T\_\_\_\_\_ tenait surtout à ce que soit mentionné le titre de « night auditor ». Il indiquait ceci : « En effet, étant donné que mon service commençait à 23 heures et se terminait à 07 heures 30, mon travail de réceptionniste a été minime. Par contre, de la clôture des restaurants, soit de 23 h. ou 23 h.30 et jusqu'à 06 h. voir 06 h.30, j'ai accompli tous les travaux spécifiques du « night auditor », c'est-à-dire : contrôles des décomptes, des factures, enregistrements de celles-ci, recherches des erreurs, sauvegarde, réorganisation du système informatique, clôture, préparation des rapports à distribuer aux départements de l'hôtel et à la comptabilité, etc. ».

Des témoignages recueillis en procédure au sujet de l'activité de T\_\_\_\_\_ ressortent des éléments contradictoires :

Le témoin G\_\_\_\_\_, qui a travaillé avec le précité de septembre 1996 à juin 1999, a indiqué qu'il avait eu la responsabilité d'un « night auditor », en raison de ses connaissances informatiques ; il était responsable du service comprenant le bagagiste et le concierge. Le témoin H\_\_\_\_\_, qui a travaillé comme chef de réception de 1994 à 1999, donné des explications convergentes. Le témoin I\_\_\_\_\_, qui a travaillé en 1991 à 2001, en dernier lieu comme chef portier, à X\_\_\_\_\_, a aussi donné des explications convergentes ; il a indiqué que lorsqu'il était absent, T\_\_\_\_\_ était responsable du portier de nuit. Le témoin J\_\_\_\_\_ a travaillé comme portier d'étage entre 1998 et 2000 ; lorsqu'il travaillait de nuit, il recevait ses instructions de T\_\_\_\_\_. Le témoin K\_\_\_\_\_, qui a travaillé pendant six mois comme chasseur à l'hôtel, a dit que le précité était « son responsable ». Enfin, le témoin L\_\_\_\_\_, qui a travaillé à la Réserve de 1995 à 2000, a

également indiqué que T\_\_\_\_\_ avait une ou deux personnes sous ses ordres, notamment le chasseur.

Par ailleurs le témoin M\_\_\_\_\_, employée de E\_\_\_SA comme comptable, depuis 1999, a exposé qu'il n'y avait alors pas de poste de « night auditor » avant la fermeture de l'hôtel. T\_\_\_\_\_ travaillait sur le système informatique pour lancer la clôture de caisse en fin de journée ; il ne s'occupait pas à proprement parler de la comptabilité, mais classait les factures et les cartes de crédit. Ses décomptes étaient souvent signalés comme inexacts.

Le témoin M\_\_\_\_\_, également employé comme comptable à la Résidence Y\_\_\_\_\_, a précisé que, selon lui, la travail de « night auditor » consistait non pas seulement à clôturer partiellement le programme mais aussi à consolider les données, ce que ne faisait pas T\_\_\_\_\_. Un réceptionniste de nuit dans un établissement comportant une centaine de chambres, comme X\_\_\_\_\_, et un certain standing, ne pouvait pas se charger de cette tâche.

Enfin, toujours à ce propos, E\_\_\_SA a versé au dossier deux documents décrivant respectivement le cahier des charges pour la fonction de réceptionniste de nuit et pour celle de « night auditor ». Le témoin N\_\_\_\_\_, qui a travaillé en qualité de chef comptable à la Réserve de 1984 à 1999, a examiné le document décrivant le poste de « night auditor » et confirmé que toutes les tâches énumérées avaient bien été confiées à T\_\_\_\_\_ lorsqu'il était réceptionniste de nuit.

- d. Les discussions entre les partenaires sociaux se poursuivirent et une assemblée générale du personnel eut lieu le 28 novembre 2000 à l'hôtel, qui déboucha sur la signature d'un protocole d'accord. Ce document porte la date du 27 novembre 2000 et la signature de la représentante du Syndicat F, W\_\_\_\_\_, de V\_\_\_ pour le syndicat U\_\_\_\_\_, et du directeur de l'hôtel D\_\_\_\_\_. L'accord avait pour objectif la création d'un système tripartite, (syndicats et Office cantonal de l'emploi), destiné à éviter autant que possible que le personnel soit au chômage pendant les travaux. Le principe adopté consistait à garantir aux employés qui le désiraient leur réengagement aux mêmes conditions salariales, avec 13<sup>ème</sup> salaire, mais

avec modification du descriptif des postes, à l'issue des travaux. Ce nouveau descriptif leur parviendrait au plus tard le 30 juin 2001 et leur accord devait suivre au plus tard le 31 juillet 2001, pour commencer entre novembre et décembre 2001, sauf imprévus dus aux travaux. Pour encourager ce retour, l'hôtel garantissait le paiement du manque à gagner pendant la durée des travaux, pour autant, s'il est au chômage, que l'employé n'ait pas refusé un travail convenable au sens de la LACI. Une commission tripartite (syndicats et OCE) était censée trancher les éventuels litiges à ce sujet, toutefois la composition de cette commission fut modifiée par avenant du 19 janvier 2001, l'OCE en étant écarté, car non signataire de l'accord. Enfin, toujours selon le protocole daté du 27 novembre 2000, l'hôtel se réservait de ne pas reprendre les employés qui – par leur faute – n'auraient pas occupé un poste de travail durant au moins huit mois pendant la période des travaux ou qui – pas leurs agissements – seraient en rupture de confiance au sens de l'article 337 CO.

Entendus en audience, les signataires et les négociateurs de cet accord donnèrent les précisions suivantes : V\_\_\_\_\_, exposa que, pour elle, l'accord « suspendait les licenciements en cours », exposant toutefois que, pour percevoir le chômage, il était nécessaire que le personnel soit licencié. Elle ajouta qu'à sa connaissance la commission bipartite n'a jamais eu à connaître de cas litigieux. O\_\_\_\_\_ a donné des explications similaires ; il ajoute cependant que deux voies étaient ouvertes, soit la suppression définitive de postes, soit la possibilité de réintégrer l'hôtel après les travaux ; il a aussi précisé que la commission bipartite avait été constituée et avait fonctionné. W\_\_\_\_\_ donna elle aussi une interprétation du protocole d'accord selon laquelle le but principal était de pouvoir réengager les employés, et ainsi, de faciliter ce réengagement ; à propos de la rupture de confiance au sens de l'article 337 CO, elle a indiqué qu'il s'agissait d'éviter que l'employeur ne doive reprendre des personnes ayant adopté des comportements dénigrants, par exemple ; elle a fourni des précisions concernant la manière dont fut exécuté le protocole d'accord, en particulier au niveau de la commission bipartite, qui, de fait, consistait en des interventions de la part de l'hôtel, en liaison avec les syndicats, pour les employés qui ne trouvaient pas d'emploi. Les employés qui avaient trouvé

un emploi devaient l'avoir exercé durant huit mois pendant la durée des travaux. Toujours selon le témoin, lors des discussions, les travaux étaient envisagés pour une durée de dix-huit mois, mais il était prévisible que cette période se prolonge. De fait, l'hôtel a fermé ses portes fin décembre 2000 et il a réouvert en janvier 2003, selon ce qu'a indiqué C\_\_\_\_\_. Cette dernière, représentante de E\_\_SA, précisa que 29 ex-employés avaient reçu une offre de réengagement, 11 avaient accepté, 27 ont été engagés avec l'appui de E\_\_\_\_SA dans d'autres hôtels ; finalement avant la fin de l'année 2001 tous étaient placés.

S'agissant de T\_\_\_\_, selon le témoin V\_\_\_\_, il était, dès le début des négociations, assisté de son avocat ; il avait téléphoné au Syndicat F dès le mois de mai 2001 pour que ce syndicat obtienne la détermination de l'hôtel à propos de son réengagement.

- e. Par courrier recommandé du 27 juin 2001 adressé à T\_\_\_\_, E\_\_\_\_SA s'est référée au protocole d'accord du 27 novembre 2000 en lui demandant s'il désirait être réintégré dans la future équipe de X\_\_\_\_, d'indiquer quel poste de travail il avait occupé depuis le début des travaux et cas échéant de communiquer les décomptes et décisions de la caisse de chômage. Les principes entérinés le 27 novembre 2000 étaient au surplus rappelés, s'agissant de l'acceptation d'un autre travail convenable et d'une durée d'activité de huit mois pendant la durée des travaux. E\_\_\_\_SA offrait en conclusion à T\_\_\_\_, sous les réserves qui précèdent, un poste de réceptionniste de nuit, offre sur laquelle il était prié de se prononcer jusqu'au 31 juillet 2001.

Par courrier du 23 juillet 2001 T\_\_\_\_ a répondu être intéressé à son réengagement en qualité de « night auditor » et il annexait à sa lettre les décomptes de la caisse de chômage et une attestation de l'office cantonal de l'emploi, du 3 juillet 2001, selon laquelle il était demandeur d'emploi depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001 et n'avait fait l'objet d'aucune sanction selon l'article 30 LACI à ce jour. X\_\_\_\_ prit acte du souhait de T\_\_\_\_ d'être réengagé en date du 19 octobre 2001 ; elle soulignait que les travaux avaient pris du retard et que des informations sur son futur poste lui seraient données entre

janvier et mars 2002, l'engagement ne pouvant se faire avant mi-avril 2002, et toujours sous réserve de la réalisation des conditions figurant dans le protocole d'accord.

Par courrier du 22 février 2002 (daté par erreur du 22 février 2001) X\_\_\_\_\_ indiqua à T\_\_\_\_\_ qu'elle ne le réengagerait pas, car il ne remplissait pas les conditions déterminées dans l'accord du 27 novembre 2000 : il avait refusé des offres d'emploi pour des travaux convenables et il n'avait pas exercé une activité durant huit mois pendant la durée des travaux.

Le conseil de T\_\_\_\_\_ répondit à E\_\_SA le 6 mars 2002 en indiquant que le courrier du 22 février 2002 constituait en réalité un licenciement abusif, auquel l'employé faisait opposition. Le premier congé donné le 16 novembre 2000 avait été annulé par la signature ultérieure du protocole du 27 novembre 2000 ; les rapports de travail n'étaient donc pas rompus, mais suspendus ; T\_\_\_\_\_ soutenait fermement que – contrairement à ce que soutenait E\_\_SA – il remplissait les conditions posées par l'accord du 27 novembre 2000. Il bénéficiait de manière ininterrompue des prestations de l'assurance-chômage depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001 ; il avait constamment recherché un autre emploi pendant la fermeture de X\_\_\_\_\_ ; certains employeurs auraient été disposés à l'engager, mais ils y ont renoncé puisque sa disponibilité était passagère. L'Office cantonal de l'emploi avait au demeurant établi une nouvelle attestation, en date du 27 février 2002, dans les mêmes termes que celle du 3 juillet 2001.

- f. Plus précisément, il ressort de l'instruction de la cause que les démarches de T\_\_\_\_\_ pour retrouver un emploi ont été les suivantes :

E\_\_SA a proposé – avant la résiliation du contrat de travail, soit le 30 octobre 2000 – un rendez-vous avec l'Hôtel P\_\_\_\_\_ pour un poste de réceptionniste de nuit. L'entretien a eu lieu à la Réserve en présence de C\_\_\_\_\_. T\_\_\_\_\_ n'a pas pu librement négocier le salaire et a préféré attendre l'issue des événements pour reprendre contact, le cas échéant.

E\_\_\_SA a – de même – proposé une rendez-vous avec l'Hôtel Q\_\_\_\_\_ pour un poste de réceptionniste de nuit. Comme T\_\_\_\_\_ avait déjà travaillé dans cet établissement, et eu par le passé un problème avec le chef concierge, toujours en place, « il a apparu raisonnable à la cheffe du personnel de renoncer à l'engagement ».

E\_\_\_SA a proposé le 27 novembre 2000 une place de « night auditor » à R\_\_\_\_\_, mais la place était déjà repourvue.

Ensuite, l'employé a poursuivi ses recherches avec l'aide de l'office régional de placement.

Ainsi, en janvier 2001, il a postulé pour une place temporaire à l'Hôtel T\_\_\_\_\_ ; sa candidature n'a pas été retenue.

En janvier 2001 toujours, il a postulé au AA\_\_\_\_\_ Hôtel comme réceptionniste de nuit ou « night auditor » ; sa candidature, examinée par M. BB\_\_\_\_\_, n'a pas été retenue.

En Juillet 2001 il a postulé à l'Hôtel CC\_\_\_\_\_ comme réceptionniste de nuit ou « night auditor » ; sa candidature, également examinée par M. BB\_\_\_\_\_, n'a pas été retenue ; ce dernier a fait savoir à C\_\_\_\_\_ que T\_\_\_\_\_ avait indiqué être disponible pour une courte durée car la X\_\_\_\_\_ allait le réengager.

En août 2001, il a postulé pour une place de réceptionniste de nuit à l'Hôtel S\_\_\_\_\_, en précisant que c'était pour quatre mois ; sa candidature a été refusée pour ce motif.

En septembre 2001 il a postulé à nouveau sans succès à l'Hôtel CC\_\_\_\_\_. BB\_\_\_\_\_, entendu en audience, a expliqué que le candidat ne paraissait pas assez qualifié pour être « night auditor » et qu'il l'avait surpris en expliquant qu'il espérait retourner à la Réserve dans six mois ; réentendu en appel le témoin a précisé que - nonobstant le fait qu'à l'époque le système informatique en cours dans son établissement était encore IBM, et non pas

Fidelio, il n'en demeurait pas moins que le candidat devait posséder des connaissances comptables pour occuper le poste.

En septembre 2001 toujours, il a postulé au Z\_\_\_\_\_ comme huissier et a essuyé un refus, non motivé.

Encore en septembre 2001 il a postulé à l'Hôtel Y\_\_\_\_\_, sur indication de l'OCE, et sur recommandation de X\_\_\_\_\_, comme « night auditor ». L'engagement n'a pas lieu car il a expliqué qu'il comptait retourner à la X\_\_\_\_\_ et s'y était engagé. M\_\_\_\_\_, entendu comme témoin, a dit en première instance que le candidat n'avait pas à proprement parler refusé le poste, mais qu'il ne lui avait pas paru être motivé et qu'il voulait retourner à X\_\_\_\_\_ ; il n'avait au demeurant pas les qualifications d'un « night auditor ». Réentendu en appel ce témoin a précisé que dans un établissement de standing le réceptionniste de nuit ne pouvait pas faire aussi le « night auditor »).

En octobre 2001 il a postulé comme « night auditor » à EE\_\_\_\_\_ ; les pourparlers ont échoué car on lui proposait un salaire inférieur au barème de la CCNT, soit 3'800 fr. alors qu'il en demandait 4'500 fr.

En novembre 2001 il a postulé à nouveau au PP\_\_\_\_\_ où BB\_\_\_\_\_ l'a refusé.

En février 2002 l'OCE lui a encore indiqué le PP\_\_\_\_\_ qui recherchait un « night auditor » ; un test d'aptitude lui a été proposé, mais il ne s'y est pas rendu car dans l'intervalle il avait été engagé à l'Hôtel FF\_\_\_\_\_, à dater du 3 mars 2002.

- g. T\_\_\_\_\_ saisit la juridiction des Prud'hommes d'une demande en paiement dirigée contre E\_\_\_SA . Il sied de rappeler qu'à ce moment-là les travaux de rénovation de X\_\_\_\_\_ n'étaient toujours pas terminés, puisque l'hôtel n'a réouvert qu'au début 2003 ; par ailleurs, comme déjà indiqué, T\_\_\_\_\_ venait de retrouver un emploi, en qualité de « night auditor » à dater du 3 mars 2002 auprès de l'Hôtel FF\_\_\_\_\_, pour un salaire mensuel

brut de 4'200 fr., y compris l'allocation d'initiation au travail, emploi qui a pris fin le 31 décembre 2002.

T\_\_\_\_\_ a soutenu que le salaire qu'il a perçu chez E\_\_\_\_\_ SA depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1997 était de 4'000 fr, brut alors qu'il aurait dû recevoir, en application du barème prévu par l'article 10 CCNT 98, 4'105 fr. dès le 1<sup>er</sup> janvier 1998, et, en application de l'accord salarial genevois du 15 janvier 1999, 4'205 fr. par mois, dès le 1<sup>er</sup> janvier 1999. T\_\_\_\_\_ a réclamé de ce chef une différence de 6'934 fr.15. Il a soutenu qu'il remplissait en effet une fonction de « night auditor » et il avait en outre du personnel sous ses ordres.

Il a en outre soutenu que le licenciement intervenu le 16 novembre 2000 n'était que purement formel, mais que la réelle et commune intention des parties était de suspendre la relation de travail, durant les travaux ; cet acte simulé était ainsi nul. Quant au refus ultérieur de réengagement, il constituait un licenciement abusif. En effet, l'appelant remplissait toutes les conditions posées par le protocole d'accord du 27 novembre 2000 et ce licenciement est intervenu afin d'une part de le sanctionner parce qu'il avait précédemment réclamé le paiement d'heures supplémentaires et d'autre part de l'empêcher de se prévaloir de l'accord précité.

A cet égard il souligne que les offres d'emploi qu'il a faites, ou auxquelles il a répondu n'ont pas eu de succès en règle générale parce qu'il comptait retrouver sa place à X\_\_\_\_\_ à la fin de travaux. Il l'avait indiqué par souci de transparence, et il n'était ainsi pas responsable de l'échec de ses démarches. D'ailleurs seul l'office cantonal de l'emploi aurait été habilité à constater et à sanctionner un tel comportement, ce qu'il n'a pas fait, constatant au contraire que l'article 30 LACI n'avait pas été violé. Au demeurant, son engagement auprès de FF\_\_\_\_\_ avait duré plus de huit mois, intégralement pendant la durée des travaux, de sorte que les conditions de l'accord du 27 novembre 2000 étaient réunies et que l'employeur était tenu de le réengager. Comme il ne la pas fait, il a violé son engagement contractuel et doit indemniser l'appelant du dommage subi, à savoir : le manque à gagner, représenté par la différence entre les indemnités

de chômage et le salaire garanti par E\_\_\_SA, entre le 1<sup>er</sup> janvier 2001 et le 31 décembre 2001, 13<sup>ème</sup> salaire compris (soit 19'149 fr.70) ; une indemnité pour licenciement abusif représentant six mois de salaire, soit 24'000 fr.

- h. E\_\_\_SA a conclu au déboutement intégral de sa partie adverse. Elle admet que le protocole du 27 novembre 2000 doit être qualifié de plan social et qu'elle est tenue de s'y conformer. Cet accord n'avait pas pour objectif, respectivement pour effet, de suspendre les rapports de travail, ni de rendre sans effet les résiliations intervenues, sauf à considérer que les employés concernés s'inscriraient fictivement au chômage, ce qui aurait constitué une violation de la législation y relative, dont E\_\_\_SA n'a jamais entendu se faire la complice. La référence faite, dans le texte du protocole, à l'article 337 relevait de l'analogie et ne signifiait pas que le relation de travail perdurait. In casu, le congé a valablement été notifié et a pris effet le 1<sup>er</sup> janvier 2001. Au demeurant ce n'est que quatorze mois plus tard que T\_\_\_\_\_, postérieurement au refus de E\_\_\_SA de le réengager, a soutenu que son congé était nul, et ce en contradiction avec des textes et une situation clairs. L'intimée observe dès lors que son courrier du 22 février 2002 ne constitue aucunement un congé ; le seul qui a été notifié, le 16 novembre 2000, était motivé par la fermeture de l'établissement, et n'avait ainsi aucun caractère abusif. Aucune indemnité n'est due. Il en va de même de l'indemnisation réclamée pour le manque à gagner, dès lors que T\_\_\_\_\_ avait fautivement causé son dommage ; il avait refusé des offres d'emploi transmises par E\_\_\_SA, ne s'était pas présenté à d'autres rendez-vous et avait même abusivement prétendu être d'ores et déjà réengagé à X\_\_\_\_\_. Enfin, s'agissant du cahier des charges de T\_\_\_\_\_, il était défini par le certificat de travail du 22 décembre 2000 et ne correspondait pas au poste de « night auditor » ; partant, le complément de salaire réclamé n'était pas dû.
- i. Après audition des parties et des témoins cités, les premiers juges ont rendu la décision querellée. Ils ont entièrement débouté T\_\_\_\_\_. En substance ils ont considéré qu'il n'avait pas démontré avoir exercé une fonction de « night auditor » ni avoir eu du personnel sous ses ordres, de sorte que le complément de salaire réclamé n'était pas justifié. Ils ont par ailleurs retenu

que la lettre du 16 novembre 2000 était bien un licenciement, reçu le 23 novembre 2000 au plus tard, valant pour le 31 décembre 2000, et qu'il avait bien été compris comme tel, l'employé s'étant inscrit au chômage. Le protocole du 27 novembre 2000, motivé par la fermeture provisoire de l'établissement, n'annule pas ce licenciement ; l'employé ne peut pas s'en prévaloir, car, parmi les offres d'emploi qu'il a faites ou auxquelles il a répondu, une au moins a échoué par sa faute, soit celle de l'Hôtel DD\_\_\_\_\_, de sorte que la condition de l'article 3 du protocole d'accord n'est pas remplie. Il avait en effet sciemment fait échouer ces démarches, en laissant entendre aux employeurs potentiels qu'il souhaitait travailler temporairement, pour réintégrer X\_\_\_\_\_.

En appel les parties ont à nouveau été entendues, et elles ont intégralement persisté dans leur argumentation et leurs conclusions de première instance ; ont aussi été réentendus les témoins W\_\_\_\_\_, G\_\_\_\_\_, M\_\_\_\_\_ et BB\_\_\_\_\_, qui ont précisé et confirmé leurs déclarations ; le témoin GG\_\_\_\_\_, nouveau, dont les dires ont déjà été relevés ci-dessus, a également été entendu.

## **EN DROIT**

1. L'appel respecte la forme et le délai prescrits par l'article 59 LJP. Il est ainsi formellement recevable.
2. La question principale soulevée par l'appelant et celle de la portée du protocole du 27 novembre 2000. De l'ensemble des témoignages recueillis, en particulier auprès des négociateurs et des signataires de ce document, il ressort tout d'abord que l'employeur n'avait pas d'autre solution, en raison des travaux projetés, que de licencier une grande partie de son personnel. Le licenciement leur permettait en effet de rechercher un nouvel emploi, respectivement de percevoir les prestations de l'assurance-chômage en cas d'échec dans ces démarches. C'est à tort que l'appelant soutient que le contrat des employés concernés par cette mesure aurait été suspendu et que, partant, la relation de travail aurait perduré, jusqu'à une reprise de l'activité,

momentanément interrompue par la réfection de l'établissement. Une telle interprétation – qui ne repose ni sur le texte du protocole litigieux, ni sur la réelle et commune intention des parties – est du reste insoutenable. Tout d'abord, ainsi que le relèvent les premiers juges, le fait pour une personne de rechercher un emploi, ou, faute d'en avoir trouvé un, de solliciter et d'obtenir les prestations de l'assurance-chômage est incompatible avec le maintien – parallèlement - d'une relation de travail ; d'autre part, si cette relation avait été maintenue, l'employeur aurait continué d'assumer les charges sociales des employés concernés, et de leur garantir inconditionnellement, une fois les travaux terminés, la poursuite de l'activité qu'ils exerçaient auparavant, ce qui n'a pas du tout été le cas.

Le contrat de travail de l'appelant a ainsi bien été résilié en date du 16 novembre 2000, pour le 31 décembre 2000, en raison des travaux qui allaient commencer, et non pas en date du 22 février 2002, lorsque l'hôtel lui a écrit pour lui faire savoir qu'il ne le réengagerait pas. Ce licenciement, du 16 novembre 2000, est intervenu dans des circonstances et pour des motifs que l'employeur avait indiqués sans équivoque ni dissimulation ; les conséquences en ont ensuite été analysées bilatéralement. Ce licenciement n'a jamais été contesté et il ne présente pas de caractère abusif. Partant, il ne se justifie pas de condamner l'intimée au paiement d'une quelconque indemnité.

3. La question se pose ensuite de savoir si l'appelant, une fois licencié, a rempli les conditions posées par l'accord du 27 novembre 2000 pour être réengagé à la réouverture de l'hôtel.

Lorsque l'employeur s'est vu contraint de licencier une grande partie de son personnel, il a admis, après négociation avec les syndicats d'employés, d'adopter diverses mesures destinées à favoriser le retour de celles des personnes licenciées qui souhaitaient revenir, à des postes dont le descriptif leur serait adressé ultérieurement, et pour autant que ces dernières aient occupé un emploi durant au moins huit mois pendant les travaux ou qu'elles n'aient pas agi de manière à rompre le lien « de confiance au sens de l'article 337 CO ». Des explications fournies au cours de l'instruction sur la

signification de cette clause, l'idée était de s'assurer de la stabilité et de la fiabilité des personnes dont le réengagement interviendrait ; ceci apparaît comme une exigence légitime et ne constitue pas, contrairement à ce que soutient l'appelant, l'indice d'un maintien de la relation de travail initiale. L'appelant a certes travaillé du 3 mars 2002 au 31 décembre 2002 à l'hôtel FF \_\_\_\_\_, soit plus de huit mois, cependant au moment où l'intimée a procédé au recrutement de son personnel, courant 2001, dans l'optique d'une reprise début 2002, l'appelant ne remplissait pas la condition examinée. Même si l'on devait retenir que, le planning de travaux ayant pris un an de retard, les démarches de recrutement auraient pu utilement intervenir à mi-2002 seulement, l'appelant ne remplissait toujours pas la condition des huit mois d'activité à ce moment-là. Ainsi l'intimée est fondée à se prévaloir de la non réalisation de cette condition. Il est au demeurant curieux que l'appelant fasse cas de la prétendue réalisation de cette condition, puisqu'il a assigné son ancien employeur devant les Prud'hommes en date du 3 mai 2002, soit deux mois seulement après avoir commencé à travailler à l'Hôtel FF \_\_\_\_\_.

L'appelant – qui ne prend du reste pas de conclusions en ce sens – ne saurait exiger d'être réengagé par l'intimée.

Toujours dans l'optique d'encourager le retour du personnel licencié, l'employeur avait admis, ainsi que l'indique l'article 3 du protocole du 27 novembre 2000, de verser aux personnes qu'il allait réengager une indemnité constituée de la différence entre le salaire qu'elles avaient perçu auprès d'un autre employeur pendant les travaux et le salaire qu'elles avaient au moment de leur licenciement. La même indemnité serait versée à ceux qui avaient chômé, pour autant qu'ils n'aient pas retrouvé d'emploi au plus tard le 32ème jour suivant l'échéance du délai de congé, et pour autant qu'elles n'aient pas refusé un travail convenable au sens de la LACI. A cet égard un organisme – initialement tripartite, puis finalement bipartite – avait été envisagé, destiné à examiner les litiges afférents à l'exécution de l'accord. De fait il semble que cet organisme n'a pas eu à trancher de litige, ce qui s'explique certainement en raison de l'inadéquation de sa structure, dès lors que l'OCE s'en était retiré.

Il n'en demeure pas moins qu'au delà des tâches contentieuses, les personnes qui devaient constituer cet organisme ont proposé des postes aux employées licenciés, dont l'appelant. Ce dernier a en effet eu des contacts avec plusieurs hôtels depuis son licenciement, auxquels il indiquait rechercher un emploi de réceptionniste de nuit et de « night auditor ». Les premiers entretiens ont eu lieu sur la suggestion et par l'intermédiaire de l'intimée ; l'appelant en a refusé un, à l'hôtel P\_\_\_\_\_, pour des questions de salaire et parce qu'il disait attendre l'issue des négociations avec l'intimée ; les entretiens suivants ont eu lieu, pour certains, par l'intermédiaire de l'OCE ; l'appelant n'a notamment pas été engagé à l'hôtel CC\_\_\_\_\_, au DD\_\_\_\_\_ et à S\_\_\_\_\_ car il exposait clairement à ses interlocuteurs – nonobstant les termes et conditions du protocole du 27 novembre 2000 - qu'il ne serait disponible que peu de temps, car il serait repris par son ancien employeur ou encore qu'il s'était engagé à revenir travailler auprès de ce dernier ; enfin l'appelant, toujours en faisant abstraction des termes du protocole précité, et en particulier des compensations salariales qu'il prévoyait pour ceux qui trouvaient un emploi moins bien rémunéré, a refusé un emploi à l'hôtel EE\_\_\_\_\_ au motif que le salaire était insuffisant. De tout ce qui précède il résulte que, généralement, l'appelant a adopté envers les employeurs potentiels un comportement le faisant apparaître comme peu motivé, et que par conséquent il a fait échouer la négociation. Cette conclusion prévaut même si parfois ce sont les employeurs potentiels qui ont refusé sa candidature parce qu'il ne possédait pas suffisamment de connaissances sur le plan comptable.

L'appelant ne saurait ainsi prétendre obtenir les indemnités prévues par l'article 3 du protocole d'accord du 27 novembre 2000. Il n'y a pas lieu d'entrer dans la controverse qu'il soulève dans ces écritures d'appel, selon laquelle les premiers juges n'étaient pas habilités à statuer en application des critères posés par la LACI. En effet, cette controverse est sans objet dès lors que les emplois pour lesquels l'appelant a postulé concernaient tous – à l'exception d'un seul, comme huissier – précisément des activités correspondant à ce qu'il recherchait, à savoir réceptionniste de nuit ou « night auditor ». Toutes ces offres concernaient donc bien un « travail

convenable » et il n'y a pas lieu de procéder à de plus amples analyses au regard de la LACI.

4. L'appelant réclame, en tout état de cause, le versement d'un complément de salaire pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au 28 février 2002, à hauteur de 6'934 fr.15, au motif que le salaire qu'il a effectivement perçu (4'000 fr. bruts) aurait dû être successivement de 4'105 fr. entre le 1<sup>er</sup> janvier 1997 et le 31 décembre 2000 (salaires minima selon art. 10 ch. V de la CCNT 1998), et de 4'205 fr. entre le 1<sup>er</sup> janvier 2001 et le 28 février 2002 (accord salarial genevois adopté en application de la CCNT, en vigueur dès le 1<sup>er</sup> juillet 2001). Selon ces textes, ces salaires doivent être versés aux cadres ayant régulièrement sous leurs ordres au moins un collaborateur (trois selon l'accord du 1<sup>er</sup> juillet 2001), ou qui sont titulaires d'un certificat de capacité résultant d'un examen professionnel en vertu de la loi fédérale sur la formation professionnelle ou un autre diplôme équivalent. A teneur du commentaire de la CCNT, dans tous les niveaux de fonction, c'est l'étendue effective des responsabilités et non pas la dénomination de l'activité qui est déterminante. Quant aux rapports de subordination, ils doivent résulter de l'organisation effective de la gestion de l'établissement et être réguliers, ce qui est le cas en particulier lorsque le collaborateur est soumis à l'autorité de son supérieur hiérarchique durant la majorité du temps de travail de celui-ci, mais pas lorsque le collaborateur, par exemple, n'est soumis à cette autorité que pendant les jours de congé ou les vacances du supérieur hiérarchique habituel.

L'appelant ne se prévaut pas de la possession d'un titre ; en effet le certificat de capacité qui lui a été délivré le 8 décembre 1986 en application de la loi cantonale sur les auberges (patente) ne représente pas un diplôme au sens des dispositions susmentionnées. Il se prévaut toutefois du fait qu'il aurait en réalité cumulé les fonctions de réceptionniste de nuit et de « night auditor », par quoi il faut déduire qu'il entrait dans la catégorie des cadres, au sens de la CCNT, en particulier parce qu'il avait en permanence du personnel sous ses ordres.

Il résulte des indications fournies par divers témoins, ainsi que du descriptif de poste, non contesté, versé au dossier par l'intimée, que le « night auditor », doit posséder de solides connaissances sur le plan comptable et informatique ; il se voit confier la responsabilité des caisses, soit le contrôle intégral des entrées et sorties, cas échéant la correction des erreurs, la réconciliation quotidienne de l'ensemble des données portées en caisse et l'établissement d'un rapport, quotidien également, à l'attention du service de la comptabilité. De telles responsabilités n'ont pas été exercées par l'appelant. Une indétermination subsiste du reste, à l'examen de l'ensemble des témoignages recueillis, à propos de la tâche exacte qui, de fait, était confiée à l'appelant sur le plan comptable ; il en découle que ce dernier n'a pas rapporté la preuve du fait qu'il aurait exercé une véritable tâche de « night auditor ». La représentante de l'intimée a du reste souligné qu'avant la rénovation de l'hôtel, un tel poste n'existait pas.

La conclusion qui précède subsiste même si – de fait – l'appelant a parfois procédé au pointage du listing informatique par rapport aux justificatifs, pointage qui n'est aucunement réservé au « night auditor » et qu'au demeurant l'appelant effectuait de manière insatisfaisante, puisque la comptabilité constatait des erreurs. Cette opération de pointage ne doit en effet pas être confondue avec le bouclage final qui est effectué quotidiennement par le service comptable.

Il convient encore d'examiner si l'appelant a assumé, en permanence, la responsabilité d'une, ou de plusieurs personnes. Le poste de réceptionniste de nuit, selon le descriptif versé au dossier, ne suppose en principe pas une telle responsabilité. Plusieurs témoins ont cependant exposé que, de fait, l'appelant était responsable d'autres employés, à savoir soit le bagagiste et le concierge (témoin G \_\_\_\_\_) ; soit le portier de nuit (témoin I \_\_\_\_\_) ; soit le portier d'étage lorsqu'il travaillait de nuit (témoin J \_\_\_\_\_) ; soit le chasseur (témoin L \_\_\_\_\_). La preuve d'une responsabilité hiérarchique durable, exercée envers une personne déterminée, n'est pas rapportée, nonobstant les témoignages qui précèdent, et qui ne mettent en évidence que des interventions variables et ponctuelles de l'appelant.

Dans ces conditions, la réclamation de l'appelant ne peut pas être admise. Ce dernier ne peut prétendre à un salaire correspondant à la catégorie III de l'avenant relatif aux salaires minima dans le canton de Genève, qui suppose, comme déjà relevé, une formation supérieure avec certificat de capacité ou une formation équivalente, ou avoir régulièrement un collaborateur sous ses ordres.

5. L'appelant, qui succombe intégralement, supportera les dépens de l'instance.

### **PAR CES MOTIFS**

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 2

A la forme :

Reçoit l'appel formé par T\_\_\_\_\_ contre le jugement rendu le 4 juin 2003 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause n° C/9146/2002 – 2.

Au fond :

- Confirme le jugement précité.
- Laisse à la charge de l'appelant l'émolument de 400 fr. avancé le 29 mars 2004.
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente