



T _____
Dom. élu : Me Serge ROUVINET
Rue du Marché 3
Case postale 3649
1211 Genève 3

E _____ LTD
Dom. élu : Me Gilda MODOIANU
Chemin Franck-Thomas 52
1233 Coligny

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 29 août 2005

M. Guy STANISLAS, président

Mme Marie-Thérèse GIGER et M. Alain SARACCHI, juges employeurs

MM. Richard JEANMONOD et Yves CORBAT, juges salariés

Mme Dalia PACHECO, greffière d'audience

EN FAIT

A. E_____Ltd (ci-après : «E_____») est la succursale genevoise de E_____Ltd, société ayant son siège à Londres et active dans les marchés financiers.

B. Le 1^{er} juillet 1988, T_____ a été engagé par la succursale genevoise en qualité de brooker. A partir de l'année 1997, T_____ a accumulé un solde de vacances et de jours fériés qu'il a indiqué ne pas avoir pu prendre, compte tenu de contingences professionnelles liées à la réalisation d'objectifs assignés par la société à son personnel.

Selon les décomptes produits à la procédure, T_____ bénéficiait ainsi, à la fin de l'année 1998, d'un solde de vacances et jours fériés de 83.5 jours, à la fin de l'année 1999, d'un solde de 110.5 jours et à la fin de l'année 2000, d'un solde de 136.5 jours.

C. Par note adressée aux employés de la succursale le 2 août 2001, le service du personnel a rappelé la pratique de la succursale de voir les soldes de vacances accumulées amortis le 31 mars de l'année suivante. Constatant que certains employés avaient accumulé un solde de vacances « hors de proportion », l'auteur de la note les invitait à prendre contact avec le service du personnel pour régler leur situation.

A réception de cette notice, T_____ n'a pas pris contact avec le service du personnel. Il a indiqué que, compte tenu des jours de vacances dont il bénéficiait à cette date, il lui semblait impensable de pouvoir s'absenter plusieurs mois de son travail pour compenser son solde de vacances, ce d'autant plus que les objectifs assignés par la société étaient toujours aussi pressants.

D. Par notice adressée au personnel le 4 décembre 2001, le service du personnel se référerait à sa note du 2 août 2001 et rappelait que les soldes de vacances devaient être amortis au 31 mars 2002, les employés disposant ainsi encore de 4 mois pour mettre à jour leur situation.

T _____ n'a pas pris contact avec le service du personnel à réception de cette notice considérant que cette recommandation ne pouvait s'appliquer à son cas au regard du solde important de vacances et de jours de congé dont il bénéficiait à la fin de l'année 2002.

E. A la fin de l'année 2001, le solde de vacances et jours fériés au bénéfice de T _____ s'élevait à 166 jours.

F. Le 14 juin 2002, mettant en pratique les recommandations énoncées dans les mémorandums des 2 août et 4 septembre 2001, le service du personnel a annulé le solde de vacances et jours fériés cumulés non pris par l'employé. Selon le décompte établi le 30 mai 2002, le solde de vacances et de jours fériés de T _____ présentait ainsi un excédant de 30.5 jours correspondant aux vacances et jours fériés de l'année 2002, le solde des années antérieures ayant été annulé. Ce décompte de vacances fut signé par l'employé le 14 juin 2002. Un nouveau décompte de vacances établi au 31 juillet 2002 faisait état d'un solde de vacances et de jours fériés non pris de 30.5 jours, décompte également signé par l'employé le même jour.

G. Par note du 10 septembre 2002 adressée au personnel, le service des ressources humaines a rappelé que les vacances cumulées pour l'année 2002 devaient être prises le 31 mars 2003 au plus tard et a indiqué que les employés étaient autorisés à transférer un maximum de 10 jours de vacances de l'année 2002 au premier trimestre 2003.

H. Les vacances 2002 de T_____ ont fait l'objet de plusieurs décomptes non signés par l'employé. Un décompte du 16 janvier 2003 faisait état d'un solde de 32.5 jours de vacances et jours fériés à cette date, dont 25 jours pour l'année 2002. Un décompte du 23 janvier 2003 faisait état de 43.5 jours dont 30.5 jours pour l'année 2002. Enfin, un décompte du 22 août 2003 faisait état d'un solde de 13 jours de vacances et jours de congé, le solde de l'année 2002 ayant été annulé.

I. A la fin novembre 2002, E_____ informa son personnel de son intention de procéder à un licenciement collectif concernant la quasi-totalité des employés de la succursale. Dans le cadre de la procédure de licenciement collectif, l'employeur a déclaré vouloir verser aux employés touchés par cette mesure une indemnité de licenciement d'un mois de salaire par année de service, limitée à douze mois.

Lors d'une réunion tenue au début décembre 2002, le service du personnel remit à T_____ un notice intitulée « calcul du licenciement » consignant une indemnité de 12 mois de salaire compte tenu des années de service de l'employé. La notice indiquait également que « *in addition, any outstanding holidays will be paid* » (« *au surplus, les vacances restantes seront payées* »).

J. Le 22 janvier 2003, T_____ s'est vu notifier son licenciement pour le 30 avril 2003. Il a été libéré de l'obligation de travailler à compter du 31 janvier 2003. La lettre de licenciement précisait que « *any outstanding holidays entitlement will be deemed having been absorbed during the notice period, since you are not required to come to the office to work during this time* » (« *Tout solde de vacances sera réputé avoir été absorbé par la période de congé dès lors que vous n'êtes pas requis de venir travailler durant cette période* »).

A cette occasion, T_____ s'est vu remettre le document « calcul individuel de licenciement » discuté au début décembre 2002 et actualisé compte tenu du délai de préavis dont bénéficiait l'employé.

K. Les modalités de fin des rapports de service furent réglées dans une convention (*settlement agreement*) signée entre les parties le 10 février 2003. L'accord précise que, en raison de la fermeture de la succursale, le contrat de travail de T_____ pendra fin le 30 avril 2003 compte tenu d'une période de préavis de 3 mois. Il est précisé que l'employé percevra son salaire mensuel brut de 27'187 fr. jusqu'au 30 avril 2003 ainsi qu'une indemnité de 326'238 fr. payable dans les 10 jours suivant la signature de l'accord. Il est en outre indiqué que, à moins qu'un arrangement ne soit prévu avec le responsable de la succursale, l'employé est tenu de prendre ses vacances restantes pendant la période du délai de congé et que toute vacance non prise à la fin de ladite période sera payée à la cessation des rapports contractuels. Il est également précisé que les droits de l'employé à bénéficier des avantages, tels que les arrangements pour les vacances, prennent fin le 30 avril 2003 et que la société ne procédera à aucun paiement supplémentaire en relation avec lesdits avantages après cette date. Enfin, la convention stipule que les arrangements convenus valent solde de tout compte et que l'employé ne peut faire valoir de réclamation complémentaire à l'encontre de la société.

L'indemnité de licenciement de 326'238 fr. a été versée à T_____ avec son dernier salaire du 30 avril 2003.

L. Par communication de son conseil du 11 juillet 2003, T_____ a réclamé à son employeur un solde de vacances sans chiffrer ce dernier. Il était précisé que les indemnités versées à T_____ n'englobaient pas le solde important de vacances dont il bénéficiait. Cette réclamation fut contestée par courrier du conseil de l'employeur du 25 août 2003 qui rappelait que le solde des vacances non prises était périmé et que l'employeur avait dès lors annulé les jours accumulés et non pris jusqu'en 2001 respectivement jusqu'en 2002. Il est en outre précisé que le solde de vacances pour l'année 2003, soit 13 jours, avait été absorbé par le délai de préavis durant lequel l'employé était dispensé de travailler. Enfin, il était précisé que, par la signature de la convention, T_____ avait reconnu recevoir ces montants pour solde de tout compte et s'abstenir de toute réclamation à l'encontre de son employeur.

M. Par demande déposée le 24 novembre 2003 au greffe de la juridiction des prud'hommes, T_____ a assigné E_____ au paiement de la somme de 203'170 fr., avec intérêts à 5 %, dès le 30 avril 2003 à titre d'indemnité pour vacances et jours fériés non pris.

E_____ s'est opposée à la demande, rappelant l'argumentation développée dans son courrier de réponse à la prétention de l'employé.

N. Dans le cadre de l'instruction de la cause, T_____ a indiqué n'avoir pas pu prendre ses vacances et ses jours fériés compte tenu des contraintes imposées par son employeur au regard des objectifs assignés qui rendaient difficile la prise effective de vacances et de jours de congé. L'employeur a pour sa part rappelé que le poste occupé par T_____ offrait une grande autonomie et lui permettait de gérer seul son temps de travail, l'employé étant libre d'aménager son temps de vacances.

Le Tribunal des prud'hommes a entendu un témoin, brooker chez E_____, qui déclara avoir eu la possibilité de prendre en nature l'intégralité de ses vacances. Il a précisé qu'il y avait certes une certaine pression de la maison mère pour atteindre les objectifs budgétés mais que cette pression n'empêchait pas les employés de prendre leurs vacances tout en reconnaissant que certains employés ne pouvaient pas prendre de vacances car il leur fallait développer leurs affaires. Le témoin a également précisé que, durant ses vacances, un groupe institutionnel prenait les ordres pendant son absence.

O. Par jugement du 25 novembre 2004, le Tribunal des prud'hommes a débouté T_____ de sa demande. En substance, le Tribunal a retenu que T_____ ne pouvait prétendre au paiement de vacances arriérées dès lors qu'il n'avait pas contesté les décomptes de vacances remis à jour qui lui avaient été adressés après les recommandations de la société des 2 août et 4 décembre 2001. De même, l'employé n'avait pas contesté le décompte de fin des rapports de service qui lui avait été notifié le 10 février 2003 et payé le 30 avril 2003. Enfin, le Tribunal a retenu que l'absence de

vacances effectives relevait d'une convenance personnelle de l'employé et que l'employeur, s'il avait effectivement rappelé la réalisation des objectifs assignés, n'avait pas exercé de pressions pour que les vacances ne fussent pas prises.

P. A l'encontre de ce jugement notifié le 26 novembre 2004, T_____ interjette appel par acte déposé au greffe le 21 décembre 2004. L'appelant soutient ne pas avoir pu prendre ses vacances à compter de l'année 1997 en raison des objectifs de performance assignés par la société qui étaient incompatibles avec la prise de vacances. Il indique ne pas avoir répondu aux mémos du service du personnel d'août et de décembre 2001 dès lors qu'il ne se sentait pas concerné par cette directive puisqu'il ne pouvait raisonnablement, dans un délai aussi court, absorber son solde de vacances qui s'élevait à plusieurs mois. Il a indiqué n'avoir jamais renoncé à son solde de vacances et a rappelé que les documents qui lui avaient été soumis lors de la cessation des rapports de travail précisaient que le solde de vacances restant dus à la fin des rapports de service serait payé aux employés. Il relève enfin avoir cru de bonne foi que son solde de vacances arriérées et cumulées depuis 1998 lui serait payé par l'employeur même si cette question n'était pas expressément réglée dans la convention de fin des rapports de service.

Par mémoire de réponse du 23 février 2005, l'intimée s'est opposée à l'appel. A l'appui de son argumentation, l'intimée précise que l'appelant bénéficiait d'une grande autonomie dans sa liberté d'organiser son travail lui permettant de gérer ainsi son temps de travail et de repos. L'intimée relève que T_____ n'a pas réagi aux mémos du service du personnel d'août et de décembre 2001 qui précisaient pourtant que des soldes de vacances accumulées étaient devenus « hors de proportion » et allaient prochainement être annulés. L'intimée relève également que T_____ n'a pas réagi aux nouveaux décomptes de vacances remis par son employeur faisant état de l'annulation des vacances cumulées à fin 2001. Enfin, l'intimée se réfère aux documents échangés à la fin des rapports de service pour confirmer que le solde éventuel de vacances dont bénéficiait T_____ devait être pris pendant sa

période de délai de congé pour laquelle il était libéré de travailler au sein de l'entreprise.

Q. A l'audience de ce jour, T_____ a confirmé que le licenciement avait été annoncé oralement aux employés au début décembre 2002 et que, à cette occasion, un document intitulé « individual calculation » leur avait été remis, consignait la quotité de l'indemnité au bénéfice de chaque intéressé. Il a indiqué que la question des vacances avait été discutée à cette occasion, affirmation qui a été contestée par le représentant de E_____. T_____ a en outre précisé qu'il avait été surpris de ne pas recevoir son décompte de vacances avec son indemnité de licenciement mais se fiait aux affirmations données à ce sujet pour attendre de recevoir ce paiement. T_____ a également reconnu avoir signé un nouveau décompte de vacances établi le 30 mai 2002 prenant en considération l'annulation du solde de vacances accumulées mais a précisé ne pas avoir été d'accord avec son contenu. Il a enfin indiqué qu'il aurait été d'accord de renoncer à son solde de vacances accumulées pour autant que les rapports de service perdurent mais qu'il n'entendait pas y renoncer dès lors qu'il avait fait l'objet d'un licenciement.

EN DROIT

1. Interjeté dans le délai et la forme prescrits par la loi, l'appel de T_____ est recevable (art. 59 LJP).

2. a) Les vacances sont définies comme le droit du travailleur à une période d'interruption du temps de travail, prolongée, continue et rémunérée, ne nécessitant pas de travail compensatoire, dont la durée et les dates sont déterminées à l'avance, durant laquelle le travailleur doit pouvoir effectivement se remettre de la fatigue accumulée en cours d'année et pendant laquelle il dispose d'un libre choix de son emploi du temps dans la limite et le respect de son devoir de fidélité (Cerottini, Le

droit aux vacances, Iral, Lausanne 2001, p. 80 ; Wylser, Droit du travail, Berne 2002, p. 250).

En règle générale, les vacances sont accordées pendant l'année de service correspondante et doivent comprendre au moins deux semaines consécutives. Les dates sont fixées par l'employeur en tenant compte des désirs du travailleur, dans la mesure compatible avec les intérêts de l'entreprise et du ménage (art. 329c CO). Dans la fixation des dates de vacances, l'employeur tiendra compte de la situation familiale du travailleur et de ses impératifs en faisant correspondre les dates de vacances avec celles du conjoint et, s'il a des enfants en âge de scolarité, avec les dates des vacances scolaires. D'autres facteurs peuvent être pris en considération tels l'âge, l'ancienneté, les goûts et l'intérêt personnel du travailleur, le développement de sa personnalité (Wylser, loc. cit. p. 254).

b) L'ancien art. 329c CO prévoyait que les vacances étaient accordées « pendant l'année de service correspondante, mais au plus tard au cours de l'année suivante ». L'employeur devait faire en sorte que le travailleur bénéficie de son droit aux vacances au plus tard dans le courant de l'exercice-vacances suivant celui qui donnait droit à cette prétention. Se fondant sur cette disposition, le Tribunal fédéral s'était prononcé en faveur de la perte définitive du droit aux vacances lorsque le travailleur n'en faisait pas usage jusqu'au terme de l'année suivante (ATF 107 II 430 = SJ 1982 p. 241 ; ATF 101 II 283). Cette jurisprudence a fait l'objet de critiques de la part de la doctrine (Cerottini, loc. cit. p. 369 et les références citées). Cette situation a été modifiée par l'entrée en vigueur du nouvel art. 329c CO précisant que « en règle générale, les vacances sont accordées pendant l'année de service correspondante ». Le législateur a souhaité mettre fin à la querelle née de l'application de l'ancienne disposition en établissant clairement dans la loi que les vacances ne se périmaient pas d'une période de référence à une autre. Cette décision est d'ailleurs conforme au principe selon lequel il appartient à l'employeur d'octroyer du temps de vacances et de veiller à ce que chaque travailleur prenne effectivement son droit intégral aux vacances dans la période de référence correspondante. Or, le travailleur n'a pas à pâtir du fait que

l'employeur n'observerait pas cette obligation légale. Par conséquent, pour le cas où les vacances n'ont pas été accordées en temps voulu, le droit aux vacances se cumule d'une période de référence à l'autre. La seule limite dans le temps est celle de l'art. 128 CO, soit un délai de prescription de 5 ans (Cerottini, loc. cit. p. 340).

c) Le message du Conseil fédéral a toutefois réservé la perte du droit aux vacances avant ce terme quinquennal dans l'hypothèse où le retard invoqué par le travailleur à faire valoir le droit en question relève d'un abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC (Message du Conseil fédéral du 27 septembre 1982, Feuille Fédérale 1982 III 177ss, 214). La doctrine suisse suit cette opinion en précisant que l'abus de droit sera retenu lorsque le travailleur ne prend pas ses vacances pour opérer sciemment un cumul subséquent, et ce malgré la mise en demeure de l'employeur (Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, n° 1, ad. art. 329c CO ; Brunner / Bühler / Waeber, Commentaire du contrat de travail, 3^{ème} édition, n° 6 ad. art. 329c CO ; Engel, Contrats de droit suisse, 2^{ème} édition, p. 344 ; Rehbinder, Commentaire bernois, n° 7 ad. art. 329c).

d) En général, est nulle toute stipulation de l'employeur précisant que le droit aux vacances qui n'a pas été utilisé dans un certain délai est définitivement perdu (Brühwiler, loc. cit. n° 1 ad. art. 329c CO ; Cerottini, loc. cit., p. 341). Cette clause ne déploie en principe aucun effet dès lors que les dispositions sur la prescription sont de nature impérative. En outre, l'employeur a le devoir de veiller à ce que le travailleur prenne ses vacances en nature pendant l'exercice-vacances. Dès lors, si un solde de vacances subsiste à l'issue de cette période, l'employeur en est le premier responsable en sa qualité de gestionnaire de l'entreprise. Pour que cette responsabilité passe au travailleur, la doctrine relève que l'employeur doit avoir expressément demandé à son employé de prendre ses vacances dans l'exercice-vacances et que, une fois le terme de cette période dépassé, il doit procéder à une sommation spécifique enjoignant clairement l'employé de prendre son solde de vacances dans un délai qui ne saurait être inférieur à 3 mois et l'avertir que, en cas de refus ou d'absence de décision de sa part, les dernières semaines du délai accordé seront considérées comme choisies et les

vacances prises à ce moment (Cerottini, loc. cit., p. 341). Un tel procédé avec mise en demeure est considéré comme licite par la doctrine dès lors que le travailleur a violé dans cette hypothèse le droit de l'employeur à donner des instructions (Cerottini, loc. cit., p. 341).

3. Il s'agit d'examiner, sur la base des principes précités, si l'employeur pouvait procéder à l'annulation des vacances cumulées au 31 décembre 2001, respectivement au 31 décembre 2002.

a) Conseiller financier auprès de E_____, T_____ bénéficiait d'une grande autonomie dans la manière d'organiser son travail lui permettant de gérer lui-même son temps de travail et de repos. T_____ était attaché au Département institutionnel de E_____ qui comportait une quinzaine de collaborateurs et travaillait en *team* avec ses collègues. Agé de 54 ans à l'époque des faits, divorcé et bénéficiant d'enfants majeurs, T_____ n'avait pas de contraintes familiales pour déterminer la date de ses vacances. La Cour d'appel ne peut pas sous-estimer la réalisation des objectifs assignés par l'entreprise aux conseillers financiers mais ne peut retenir que ces objectifs rendaient impossible la prise de vacances par le personnel opérationnel. La Cour d'appel relève à ce sujet que la situation du cumul des vacances n'a concerné que T_____ et un deuxième collègue, les autres brokers de E_____, pourtant soumis aux mêmes impératifs de rentabilité, ayant pu bénéficier de leurs vacances. La Cour d'appel retiendra ainsi que, en dépit des objectifs assignés par l'entreprise, la prise de vacances s'avérait compatible avec ces objectifs. De plus, la procédure a montré que les ordres pour les clients des brokers pouvaient être transmis en leur absence par leurs collègues ou leurs assistants, les commissions leur étant alors intégralement versées de telle sorte qu'ils ne subissaient aucune perte de ce fait.

b) La situation du cumul des vacances a amené l'entreprise à réagir à cette situation en mettant en demeure les collaborateurs concernés, par memorandum du 2 août 2001, de prendre leur solde de vacances accumulées et devenues hors de

proportion à la fin mars 2002, ceci sous peine d'annulation. Il n'est pas contesté que T_____ n'a pas réagi à cette communication et qu'il n'a pas contacté les responsables du personnel comme la notice le suggérait à ceux qui avaient accumulé un solde de vacances disproportionné. Cette situation a été réitérée le 4 décembre 2001 et n'a pas suscité davantage de réaction ou manifestation de T_____. En cours d'instruction, ce dernier a indiqué qu'il ne se sentait pas concerné par cette notice dès lors qu'il lui était impossible d'amortir son solde de vacances important dans le délai imparti par son employeur. Il oublie que la mise en demeure de son employeur, faisant état d'un cumul disproportionné, s'appliquait spécifiquement à son cas et qu'il était invité à prendre contact avec le service du personnel pour régler cette situation. En renonçant à prendre contact avec le service du personnel, en dépit de l'injonction contenue dans les notices d'août et de décembre 2001, T_____ n'a pas respecté les instructions et les directives de son employeur et a contrevenu à l'art. 321a al. 1 CO. Il appartenait à l'employé de donner suite à l'injonction de son employeur ou à tout le moins de solliciter une prolongation du terme fixé pour la prise des vacances en nature.

c) Au surplus, l'annulation du cumul de vacances a fait l'objet de décomptes qui ont été approuvés par l'appelant. Ainsi, les décomptes des 30 mai et 31 juillet 2002, mentionnant l'annulation du cumul des vacances, ont-ils été contresignés par T_____ les 14 juin 2002 et 31 juillet 2002. Il ressort de cette situation que T_____ a acquiescé à la pratique de E_____ en matière de jours de vacances cumulés et a accepté l'annulation de ses vacances cumulées au 31 décembre 2001 en ne contestant pas les décomptes établis qui lui ont été remis.

A l'audience de ce jour, T_____ a reconnu avoir signé ces documents sans être d'accord avec leur contenu en déclarant qu'il ne souhaitait pas que la question des vacances le pénalise au sein de l'entreprise. La Cour d'appel comprend mal cette justification d'autant plus qu'à l'époque concernée (été 2002), la procédure de licenciement collectif n'avait pas encore été annoncée aux employés. La Cour

d'appel ne comprend dès lors pas que T _____ n'ait pas réagi à l'annulation du cumul des vacances qui avait pourtant fait l'objet de mise en demeure de l'employeur.

d) La Cour d'appel retiendra que, dans le cas d'espèce, la stipulation de E _____ concernant l'annulation du cumul des vacances au 31 décembre 2001 est valable et déploie ses effets. En effet, dans le cas soumis à la Cour, l'employeur, en sa qualité de gestionnaire de l'entreprise, n'est pas responsable du solde de vacances qui subsiste à l'issue de la période d'exercice-vacances. Cette responsabilité est en effet passée à l'employé. Tout d'abord, l'employeur a procédé à une sommation spécifique enjoignant l'employé de prendre son solde de vacances dans un certain délai, voire de prendre contact avec le service du personnel pour régler cette question. En s'abstenant de déférer à l'injonction du service du personnel, T _____ a violé des instructions et directives données par sa hiérarchie. De plus, l'employeur a clairement informé l'employé de son exigence de devoir régulariser cette situation au plus tard le 31 mars 2002, situation qui a été agréée par l'employé. Enfin, il découle des nouveaux décomptes de vacances que T _____ a expressément accepté l'annulation du cumul de vacances préalablement notifié par son employeur. Pour toutes ces raisons, la Cour d'appel considère que l'accord lié à l'annulation du cumul de vacances au 31 décembre 2001 est en l'espèce valable.

4. Aux yeux de la Cour d'appel, la situation se présente toutefois de façon différente pour la question de l'annulation des vacances cumulées au 31 décembre 2002.

a) Les décomptes de vacances produits à la procédure indiquent que le solde des vacances au bénéfice de T _____ se montait, après l'annulation des cumuls au 31 décembre 2001, à 32.5 jours au 16 janvier 2003. Au 23 janvier 2003, soit le jour de la résiliation des rapports de service, le solde des vacances s'élevait à 43.5 jours, prenant également en compte les jours de vacances pour l'année 2003. Enfin, au 22 août 2003, soit plusieurs mois après la fin des rapports de service, le solde des

vacances de T _____ s'élevait à 13 jours compte tenu de l'annulation du cumul de vacances au 31 décembre 2002.

b) E _____ soutient que le solde des vacances de l'année 2002, soit 25 jours, a fait l'objet d'une annulation dès lors que ces vacances n'ont pas été prises à la fin du premier trimestre de l'année 2003 en dépit de la notice du 10 septembre 2002 enjoignant les employés de prendre leur solde de vacances 2002 au 31 mars 2003 au plus tard. L'employeur applique pour ce cumul de vacances de l'année 2002 les mêmes critères que ceux ayant présidé à l'annulation du cumul des vacances de l'exercice 2001. La Cour d'appel ne peut toutefois suivre l'intimée sur ce point. Selon les principes rappelés ci-dessus, la validité d'une telle stipulation doit rester exceptionnelle et est admise, selon le cas particulier, lorsque l'employé, en dépit de la sommation notifiée, refuse sans motif de prendre ses vacances dans le délai imparti. Il ressort en l'espèce du dossier que, à la fin de l'année 2002, une procédure de licenciement collectif a été ouverte à l'encontre des employés de l'intimée. Dans le courant décembre 2002, ces derniers furent informés oralement que leur contrat de travail allait être dénoncé suivant des échéances individualisées pour chaque intéressé. S'agissant de T _____, son employeur a dénoncé son contrat de travail le 22 janvier 2003 pour le 30 avril 2003. Compte tenu de ces circonstances, la Cour d'appel considère que E _____ ne pouvait demander à ses employés de prendre leur solde de vacances 2002 au plus tard à la fin du premier trimestre 2003 puisque, à la fin de l'année 2002, elle les informait déjà que leur contrat de travail serait prochainement résilié. La Cour d'appel retient que E _____ ne peut, d'un côté, inviter ses employés à éponger leur solde de vacances dans un délai et, d'un autre côté, rendre inopérant ce délai en procédant à la résiliation d'un rapport de service. Ainsi, la stipulation de E _____ du 10 septembre 2002 enjoignant ses employés d'amortir leur solde de vacances 2002 au 31 mars 2003 sous peine d'annulation du solde de vacances n'est-elle pas opposable aux employés dès lors que les relations de service ont été dénoncées avant la date fixée pour l'amortissement des vacances 2002. Dans ces conditions, la Cour d'appel considère que la stipulation de E _____ concernant l'annulation du solde des vacances de l'année 2002 n'est pas opposable à T _____ et que,

contrairement à la situation de l'exercice 2001, on ne peut considérer que la responsabilité du solde des vacances serait passée au travailleur.

c) Selon les décomptes produits à la procédure, T_____ pouvait ainsi invoquer au 23 janvier 2003, date de la résiliation des rapports de service, un solde de vacances de 43.5 jours.

5. Invoquant l'application de l'art. 2 al. 4 de la convention du 10 février 2003 précisant que « *à moins qu'un autre engagement ne soit prévu avec le directeur de la section, l'employé accepte de prendre toutes ses vacances restantes pendant la période du délai de congé* », l'intimée soutient que tout solde éventuel de vacances aurait dû être pris pendant le délai de congé. Il convient ainsi d'examiner si l'intimée pouvait exiger de T_____ qu'il prenne l'intégralité de son solde de vacances pendant la durée du préavis, soit 43.5 jours pendant la période du 1^{er} février au 30 avril 2003.

a) En cas de résiliation ordinaire du contrat de travail par l'employeur, les vacances devraient être prises lors du délai de congé ; l'employeur ne peut contraindre le salarié à les reporter après l'échéance du contrat (art. 329d al. 2 CO). Ce principe n'est cependant pas absolu. En effet, une fois le contrat dénoncé, le travailleur doit rechercher un autre emploi et l'employeur doit lui accorder le temps nécessaire pour cette recherche. Cette dernière étant incompatible avec la prise effective de vacances, il faudra examiner dans chaque cas, au vu de l'ensemble des circonstances telles la durée du délai de congé, la difficulté à trouver un autre travail et le solde de jours de vacances à prendre, si l'employeur pouvait exiger que les vacances fussent prises pendant le délai de congé ou s'il devait les payer en espèces à la fin des rapports de travail (SJ 1993 P. 354 ; Brunner / Bühler / Waeber, loc. cit. n° 4 ad. art. 329d CO ; Aubert, Le droit aux vacances, quelques problèmes pratiques in Journée 1990 du droit du travail et de la sécurité sociale, p. 129 – 130 ; Streiff / von Kaenel , Arbeitsvertrag, n° 11 ad. art. 329c). Une partie de la doctrine (Cerottini, loc. cit. p. 299 – 300)

considère que l'employeur ne peut imposer au travailleur la prise de vacances en nature lorsque la durée du délai de congé est inférieure à 3 mois et que le travailleur n'a pas encore trouvé de nouvel emploi. Lorsque le délai de congé ou la libération d'obligation de travailler est d'une durée au moins égale à trois mois, l'employeur peut imposer au travailleur la prise de vacances dans cette période, en le libérant de l'obligation de travailler. Peu importe alors que le travailleur ait ou non trouvé un emploi. La casuistique n'est pas uniforme sur cette question. Les juges bâlois ont estimé que, sur un délai de congé de 3 mois, une période de 45 jours ouvrables était suffisante pour des recherches d'emploi d'une travailleuse de 59 ans et ont donc arrêté à 15 jours la partie du solde de vacances pouvant être prise en nature, l'autre partie devant être indemnisée (BJM 1993 p. 295). Les juges zurichois ont estimé qu'un travailleur pouvait prendre 18 jours de vacances sur 65 jours ouvrables en dépit de la nécessité de rechercher un travail (JAR 1995 p. 148). Les mêmes juges ont considéré qu'on ne pouvait pas attendre d'un travailleur qu'il prenne 24 jours de vacances sur deux mois de délai de congé, les mois de novembre et décembre étant en outre peu propices à la prise de vacances (JAR 1998 p 161). Les juges jurassiens ont estimé inadmissible qu'on attende d'un travailleur licencié et à la recherche d'un nouvel emploi qu'il prenne ses 5 semaines de vacances pendant ses deux mois de préavis de licenciement (JAR 1996, p. 147).

b) Agé de 54 ans à l'époque des faits, T_____ n'a pas retrouvé un emploi à la fin des rapports de service intervenue le 30 avril 2003. Sur la base de la casuistique rappelée ci-dessus, la Cour d'appel considère qu'on ne pouvait, dans cette situation, exiger de T_____ qu'il prenne l'intégralité de son solde de vacances, soit 43.5 jours, pendant son délai de préavis fixé à 3 mois. La Cour considère, compte tenu des circonstances du cas d'espèce, que 13.5 jours pouvaient être pris en nature, le reste (30 jours) devant être compensé en espèces. Le dernier salaire mensuel de T_____ s'élevant à 27'187.-, son indemnité vacances pour 30 jours de vacances s'élève ainsi à 40'780.50 fr.

7. Pour faire échec à la réclamation de T_____, l'intimée invoque la convention du 10 février 2003 aux termes de laquelle, contre paiement de l'indemnité contractuellement convenue, T_____ reconnaissait ne pas avoir de prétentions à faire valoir à l'encontre de son employeur. La Cour d'appel considère que la conclusion de cet accord ne fait pas échec à la réclamation de T_____. La convention prévoit en effet expressément (art. 2 al. 4) que le solde de vacances non pris pendant la durée du préavis fera l'objet d'un paiement en espèces à la cessation des rapports de service. La convention prévoit également que, contre bonne exécution des obligations de l'employeur, T_____ reconnaît ne pas avoir de prétentions à faire valoir à l'encontre de l'intimée. Il en découle que, par la signature de la convention litigieuse, T_____ n'a pas renoncé au paiement éventuel du solde de ses vacances puisque cette question était expressément prévue dans le document contractuel de telle sorte qu'une éventuelle application de l'art. 341 CO ne se pose pas au cas d'espèce.

8. Le jugement du Tribunal des prud'hommes sera ainsi réformé. Vu l'issue de l'appel, l'intimée sera condamnée à rembourser à l'appelant la moitié de l'émolument d'appel (art. 78 al. 1 LJP). Celui-ci ayant été fixé à 4'000 fr., la restitution partielle portera sur 2'000 fr.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 4

A la forme :

- déclare recevable l'appel interjeté par T _____ à l'encontre du jugement du Tribunal des prud'hommes du 25 novembre 2004 dans la cause C/25405/2003-4.

Au fond :

- annule ce jugement.

Cela fait et statuant à nouveau :

- condamne E _____ Ltd à payer à T _____ la somme de 40'780.50 fr. avec intérêts à 5 % dès le 30 avril 2003.
- invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles.
- déboute les parties de toute autre conclusion.
- condamne E _____ Ltd à rembourser à T _____ la somme de 2'000.- fr. à titre de remboursement partiel de l'émolument d'appel.

La greffière de juridiction

Le président