



(CAPH/71/2006)

E  
Dom. élu: Me Fidèle JOYE  
Rue Général Dufour 15  
Case postale 5058  
1211 Genève 11

Monsieur T  
Dom. élu: Me Yves NIDEGGER  
Rue Marignac 9  
1206 Genève

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 13 avril 2006

Mme Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente

MM. Daniel FORT et Jean-Marc HILDBRAND, juges employeurs

Mme Claire DE BATTISTA TRELLES et M. Michel DEDERDING, juges salariés

M. Martin SPYRAKOS, greffier d'audience

**EN FAIT**

A. Par jugement du 23 septembre 2005, notifié par plis du même jour, le Tribunal des prud'hommes a condamné E \_\_\_\_\_ (ci après E \_\_\_\_\_) à payer à T \_\_\_\_\_ (ci-après T \_\_\_\_\_) les sommes suivantes:

fr. 95'418.- brut plus intérêts à 5% l'an dès le 30 mai 2002 à titre de solde de salaire pour la période d'avril 2001 à juin 2003

fr. 66'666.- brut plus intérêts à 5% l'an dès le 30 septembre 2003 à titre de salaire pour la période d'avril à juin 2003

fr. 14'651.40 brut plus intérêts à 5% l'an dès le 30 novembre 2003 à titre d'indemnités pour vacances non prises.

fr. 1'800.- net avec intérêts à 5% l'an dès le 30 novembre 2003 à titre de remboursement de frais.

Il a en outre condamné E \_\_\_\_\_ à restituer à T \_\_\_\_\_ 60'000 actions Z \_\_\_\_\_.

Le Tribunal a également déclaré irrecevables les conclusions reconventionnelles de E \_\_\_\_\_ en paiement de fr. 169'311.98 net, donné acte à T \_\_\_\_\_ de son engagement à restituer à E \_\_\_\_\_ le matériel de bureau resté en sa possession, soit les appareils Natel, Palm et l'ordinateur portable ainsi que les programmes informatiques correspondant à ce matériel, l'y condamnant en tant que de besoin, enfin a condamné T \_\_\_\_\_ à remettre à E \_\_\_\_\_ une copie de sa carte AVS ;

E \_\_\_\_\_ appelle de ce jugement, dont elle sollicite l'annulation. Niant l'existence de tout contrat de travail, elle conclut à l'irrecevabilité de la demande principale, subsidiairement à son rejet et ne reprend pas devant la Cour ses conclusions reconventionnelles.

Dans son écriture de réponse à l'appel, T \_\_\_\_\_ a conclu à la confirmation du jugement attaqué. A l'audience devant la Cour d'appel, il a déclaré amplifier sa demande à fr. 119'619,90. E \_\_\_\_\_ conclut à l'irrecevabilité de cette nouvelle conclusion.

Les éléments suivants résultent du dossier:

A. E\_\_\_\_\_ est une société anonyme de droit suisse inscrite le 19 janvier 1998 au registre du commerce du canton de Genève et qui a pour but la valorisation technologique dans le domaine biomédical et autres technologies de pointe, par la fourniture de services, la fabrication, l'acquisition et la distribution de tous produits, procédés ou biens matériels ou immatériels dans ces domaines.

A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ sont inscrits au registre du commerce en qualité d'administrateurs de la société. Il est admis qu'ils sont tous deux actionnaires et qu'un projet tendant à l'acquisition d'actions de la société par T\_\_\_\_\_ n'a pas abouti.

B. Le 24 novembre 1998, E\_\_\_\_\_ a engagé T\_\_\_\_\_ en qualité de directeur commercial ("Business development director").

Les termes et conditions de cet engagement sont contenus dans une lettre du 24 novembre 1998 de E\_\_\_\_\_ à T\_\_\_\_\_, contresignée par celui-ci pour accord. Le salaire annuel de base convenu est de fr. 90'000.-, auquel s'ajoute un bonus de 25% calculé sur les profits de toutes les affaires amenées par l'employé, mais au minimum de 10% pour la première année. Le droit de vacances annuel est de 5 semaines, soit de 25 jours travaillés par an. Il est en outre fait état d'un "système de distribution des bénéfices" auquel T\_\_\_\_\_ doit participer au travers de bons de participation.

Selon E\_\_\_\_\_, T\_\_\_\_\_ a commencé à travailler pour elle le 1<sup>er</sup> février 1999 seulement, après l'obtention de son permis de travail.

Les parties admettent n'avoir alors établi aucun contrat de travail écrit. En 2001, C\_\_\_\_\_, alors directrice administrative de E\_\_\_\_\_, a toutefois remis à T\_\_\_\_\_ une version papier, signée par ses soins, d'un contrat de travail trouvé dans les documents informatiques de E\_\_\_\_\_ et portant dans ceux-ci la date du 28 avril 1999. T\_\_\_\_\_ avait en effet besoin d'un tel document dans le cadre d'une recherche de logement.

Le 23 janvier 2001, E\_\_\_\_\_ a porté le salaire de T\_\_\_\_\_ à fr. 160'000.- par an à compter du 1<sup>er</sup> décembre 2000, sa fonction étant dorénavant celle de "Directeur commercial et des investissements". Elle s'est par ailleurs engagée à mettre sur pied un système d'intéressement aux bénéfices - fonds W\_\_\_, X\_\_\_ et V\_\_\_, dont T\_\_\_\_\_ devait bénéficier en plus du bonus de 25% prévu par son contrat de travail.

C. Le 19 avril 2001, E\_\_\_\_\_ a confirmé à T\_\_\_\_\_ que, conformément à de récentes discussions, son salaire serait dorénavant payé à hauteur de fr. 8'900.- par mois uniquement, montant correspondant au revenu maximum admis pour le calcul des indemnités de chômage. Le courrier de E\_\_\_\_\_ précise que le solde du salaire, de fr. 3'534.- mensuellement, serait réglé dès que l'employeur serait en mesure de le faire, le paiement du salaire total devant être "restauré" dès septembre 2001 ("to be restored to former level by the end of August 2001")

Après fin août 2001, le salaire de T\_\_\_\_\_ a toutefois continué à être versé à hauteur de fr. 8'900.- brut seulement. T\_\_\_\_\_ n'a pas protesté contre cet état de fait.

D. Dans le courant de l'année 2001, E\_\_\_\_\_ a décidé de promouvoir les investissements recherchés par la société au moyen de fonds de placement off shore. Des discussions à ce sujet ont eu lieu entre A\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_ et T\_\_\_\_\_, auxquelles a également participé D\_\_\_\_\_ en qualité de conseiller. Ce dernier a précisé que son mandat consistait à conseiller "l'équipe dirigeante" de E\_\_\_\_\_ pour l'aider à définir sa stratégie et ses objectifs, mais non sur l'organisation des rapports au sein de la société. Il ignorait ainsi de quelle manière les personnes susmentionnées étaient rémunérées. Au cours de discussions où les décisions se prenaient consensuellement, est émergée l'idée d'un fonds d'investissement comprenant une structure de conseils rémunérée par pourcentage, la rémunération revenant à A\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_ et T\_\_\_\_\_ selon une certaine clé de répartition. Dans le cadre de ces discussions, ces trois personnes avaient "un dialogue d'associés ou de partenaires". Lors de celles-ci, la possibilité pour T\_\_\_\_\_ de participer au capital-actions de E\_\_\_\_\_ a également été évoquée, et D\_\_\_\_\_ a attiré l'attention de ses interlocuteurs sur les difficultés risquant de survenir, en raison des différences entre les apports financiers des uns et des autres, que ce soit dans E\_\_\_\_\_ ou dans le fonds d'investissement envisagé (tém. D\_\_\_\_\_).

Ces discussions ont débouché sur la création de la société E\_\_\_\_\_ LL\_\_\_\_\_, à Guernesey, détenue à parts égales par A\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_ et T\_\_\_\_\_, les trois précités agissant chacun par le biais d'une société holding distincte créée spécifiquement à cette fin. La décision de créer un fonds de capital-risques à Guernesey avait été prise conjointement par les trois personnes susmentionnées. (tém. C\_\_\_\_\_).

Les frais en relation avec ces structures ont été pris en charge par E \_\_\_\_\_ et T \_\_\_\_\_ n'y a pas participé sous réserve du montant de fr. 1'800.- réclamé dans la présente procédure.

- E. Les recherches d'investissement n'ont toutefois pas donné les résultats escomptés et, en janvier 2002, les investisseurs nécessaires à la levée du fonds n'avaient pas encore été trouvés.

E \_\_\_\_\_ a alors, en 2002, procédé à d'importantes mesures d'assainissement, décidées par A \_\_\_\_\_ et B \_\_\_\_, consistant en particulier en un changement de locaux et en une diminution de charges qualifiée de drastique par le réviseur aux comptes. En particulier, B \_\_\_\_ a signé une déclaration de post-position pour l'intégralité de ses créances figurant au bilan et a accepté une remise conditionnelle de dette à hauteur de fr. 170'000.-; A \_\_\_\_\_, pour sa part, a garanti les dettes figurant au bilan à hauteur de fr. 257'111.84 (tém. F \_\_\_\_\_).

T \_\_\_\_\_, qui était au courant de la situation financière de la société et qui avait participé à certaines réunions avec le réviseur, n'a en revanche pas été associé aux décisions d'assainissement précitées (tém. F \_\_\_\_\_).

A fin février 2002, dans le cadre des mesures d'assainissement précitées, E \_\_\_\_\_ a licencié une partie de son personnel.

En particulier, le 27 février 2002, E \_\_\_\_\_ a, invoquant des raisons économiques, résilié les rapports de travail la liant à T \_\_\_\_\_ pour l'échéance du 30 avril 2002, échéance ensuite reportée au 31 mai 2002.

E \_\_\_\_\_ a admis (réponse du 11 mars 2004, chiffre 43 p. 10) que la résiliation du 27 février 2002 avait ensuite été "annulée".

T \_\_\_\_\_ n'a ainsi pas quitté E \_\_\_\_\_ au 31 mai 2002, mais a continué à travailler pour celle-ci, effectuant selon son dire les mêmes tâches que précédemment. Il a également continué régulièrement à percevoir le salaire de fr. 8'900.- brut par mois, à teneur de fiches de salaire qui lui ont régulièrement été remises.

F. En juin 2003 s'est tenue une séance réunissant A \_\_\_\_\_, B \_\_\_ et T \_\_\_\_\_ et à laquelle assistait également C \_\_\_\_\_.

Selon E \_\_\_\_\_, T \_\_\_\_\_ avait alors renoncé à ses salaires futurs, à l'instar de B \_\_\_. C'est le lieu de préciser que celui-ci percevait précédemment un salaire annuel de fr. 120'000.-, alors que tel n'était pas le cas de A \_\_\_\_\_ (tém. C \_\_\_\_\_).

Selon C \_\_\_\_\_, au vu des difficultés financières rencontrées par E \_\_\_\_\_, B \_\_\_ et T \_\_\_\_\_ avaient accepté de renoncer à leurs salaires, étant précisé que "le fonds d'investissement devait démarrer en septembre et "qu'il fallait tenir d'ici-là". Ces deux personnes avaient accepté de "suspendre leur salaire pendant quelque temps pour gagner davantage après" et "étaient conscientes de prendre le risque" de perdre leur salaire, si "le fonds ne démarrait pas". T \_\_\_\_\_ n'avait ensuite plus réclamé le paiement de son salaire, puisqu'il "avait été suspendu" (tém. C \_\_\_\_\_).

G. E \_\_\_\_\_ ne tenait pas de relevés exacts des jours de vacances pris par T \_\_\_\_\_. A teneur d'un relevé dont la procédure n'a pas permis de déterminer par qui il a été établi, à fin 2002, il restait à T \_\_\_\_\_ 25,3 jours de vacances à prendre (pce 10 T \_\_\_\_\_).

En 2003, T \_\_\_\_\_ a admis avoir pris trois semaines de vacances en été, une semaine et 4 jours en hiver, soit 24 jours au total. E \_\_\_\_\_ n'a pas justifié d'autres périodes de vacances qui auraient été prises.

Pour justifier avoir encore travaillé en juillet et septembre 2003, T \_\_\_\_\_ a produit divers mails à la procédure (pce 11 T \_\_\_\_\_).

H. Par courrier du 30 septembre 2003, E \_\_\_\_\_ a derechef déclaré mettre un terme aux rapports de travail de T \_\_\_\_\_ pour l'échéance du 30 novembre 2003.

A teneur de ce courrier, T \_\_\_\_\_ a été immédiatement libéré de son obligation de travailler et il lui est rappelé son obligation de non-concurrence.

Le 24 octobre 2003, T \_\_\_\_\_ a réclamé à E \_\_\_\_\_ le paiement de son salaire jusqu'au terme du délai de congé, le remboursement de ses frais ainsi que le paiement d'une indemnité pour vacances non prises. Il a pour le surplus contesté être lié par une quelconque clause de non-concurrence et a rappelé à E \_\_\_\_\_ ses obligations en relation avec le bonus contractuel.

- I. La présente demande en paiement a été déposée le 13 janvier 2004 au greffe de la Juridiction des prud'hommes.

A teneur de ses dernières conclusions de première instance, T \_\_\_\_\_ a réclamé à E \_\_\_\_\_ les sommes suivantes, avec intérêts à 5% l'an dès la cessation des rapports de travail:

fr. 95'418.- à titre de salaire pour la période d'avril 2001 à juin 2003 (soit la différence entre le salaire contractuellement prévu et les sommes réellement versées durant cette période).

fr. 66'666.- à titre de salaire pour la période de juillet à novembre 2003, sur la base de la rémunération annuelle convenue de fr. 160'000.-.

fr. 14'718.- à titre d'indemnité pour vacances non prises.

fr. 1'800.- à titre de remboursement de frais.

E \_\_\_\_\_ a admis devoir à T \_\_\_\_\_ fr.1'800.- à titre de remboursement de frais, et s'est engagée à verser ce montant moyennant restitution de divers objets, question qui a été résolue en cours de procédure de première instance. Elle a par ailleurs reconnu être en possession des 66'667 titres Z \_\_\_\_\_ appartenant à l'intéressé. Tout en admettant dans son écriture de réponse avoir été liée avec T \_\_\_\_\_ par un contrat de travail au sens des art. 319 et ss CO, régulièrement dénoncé pour le 30 novembre 2003 et visé dans son écriture les dispositions régissant le contrat de travail, en particulier les art. 322 et 341 CO (cf. mémoire de réponse p. 21 no 103, p. 22/23 nos 110 et ss), elle a ultérieurement soutenu que les rapports entre celui-ci et ses deux administrateurs relevaient d'un contrat de société simple (à partir de 2001, selon ce qu'elle a indiqué devant la Cour) et a, partant, nié la compétence de la Juridiction des prud'hommes pour connaître de la demande.

E \_\_\_\_\_ a ainsi en substance fait valoir que A \_\_\_\_\_, B \_\_\_\_\_ et T \_\_\_\_\_ avaient décidé de créer ensemble un fonds de capital-risques, et que leurs rapports avaient ainsi changé de nature, évoluant vers un rapport d'"associés à part entière". Ces trois personnes intervenaient dans le cadre de ce projet en

qualité d'associés détenant, à parts égales et chacun par le biais d'une société off shore distincte, l'entité E \_\_\_\_\_ LL \_\_\_\_\_ à Guernesey qui devait gérer les activités du fonds capital-risques. T \_\_\_\_\_ utilisait d'ailleurs une carte de visite précisant sa qualité de "partner", à l'instar de A \_\_\_\_\_ et de B \_\_\_\_ (pce 14 E \_\_\_\_\_). Devant la Cour, E \_\_\_\_\_ fait ainsi valoir que T \_\_\_\_\_ avait, en ce qui la concerne, une position non seulement "de gérant de fait" mais encore "d'actionnaire de fait". En tout état, il avait valablement accepté de percevoir tout d'abord un salaire réduit, puis plus de salaire du tout et n'avait plus exercé aucune activité pour son compte à partir de juillet 2003. L'apparence d'un contrat de travail avait été maintenue fictivement et la lettre de licenciement du 30 septembre 2003 avait pour seul but de permettre à T \_\_\_\_\_ de faire valoir son droit aux indemnités de chômage.

S'agissant de la position de "dirigeant" ou "d'associé" de T \_\_\_\_\_, les témoignages suivants ont été recueillis dans le cadre de la procédure: C \_\_\_\_\_ a déclaré avoir été engagée "par les trois associés" A \_\_\_\_\_, B \_\_\_\_ et T \_\_\_\_\_, auxquels elle rapportait indifféremment, même si son cahier des charges prévoyait qu'elle rapporterait à A \_\_\_\_\_. Elle savait que seuls les premiers nommés étaient actionnaires, mais que T \_\_\_\_\_ était au bénéfice de participations dans deux autres sociétés, lesquelles étaient réservées en principe aux actionnaires (tém. C \_\_\_\_\_). Pour le réviseur de la société, "les patrons" de la société étaient A \_\_\_\_\_ et B \_\_\_\_\_. T \_\_\_\_\_ n'avait ni investi d'argent dans la société, ni pris part aux décisions d'assainissement (tém. F \_\_\_\_\_). Le réceptionniste de E \_\_\_\_\_ le considérait comme un employé et n'a pas constaté de différence dans l'activité de T \_\_\_\_\_ entre décembre 2000 et juin 2003 (tém. G \_\_\_\_\_). A une cliente, il est apparu comme "faisant partie d'une équipe" (tém.. H \_\_\_\_\_) et à l'animateur de Z \_\_\_\_\_, autre société cliente, comme un employé (tém. I \_\_\_\_\_).

- J. Le jugement entrepris qualifie le rapport entre les parties de contrat de travail, retient que le prétendu statut d'associé de T \_\_\_\_\_ n'est pas établi et tient pour invraisemblable la thèse de la simulation soutenue par E \_\_\_\_\_. La renonciation à son salaire par T \_\_\_\_\_ n'était pas davantage établie à teneur du dossier: l'employeur avait lui-même reconnu le droit de celui-ci, s'agissant du solde de salaire pour la période du d'avril 2001 à juin 2003 et la déposition du témoin C \_\_\_\_\_ était insuffisante pour retenir qu'il avait renoncé à tout salaire pour la période postérieure à juin 2003. Il devait dès lors être alloué à T \_\_\_\_\_ le montant réclamé à ce titre, soit fr. 95'418.- pour la période d'avril

2001 à juin 2003 et fr. 66'666.- pour la période de juin 2003 à novembre 2003. Conformément au décompte versé par T\_\_\_\_\_ à la procédure, il devait lui être versé fr. 14'651,40 pour 23,9 jours de vacances non prises et que l'employé ne pouvait être contraint à prendre pendant le délai de préavis de deux mois. Il devait en outre être donné acte aux parties de leurs engagements réciproques, à savoir que E\_\_\_\_\_ devait rembourser fr. 1'800.- à T\_\_\_\_\_ moyennant restitution par celui-ci de divers matériels appartenant à la société. Enfin, les prétentions reconventionnelles de E\_\_\_\_\_ étaient sans fondement et devaient être rejetées.

Les arguments des parties en appel seront reprises ci-après dans la mesure utile.

### **EN DROIT**

1. Interjeté dans le délai et suivant la forme prescrite, l'appel est recevable.

Est toutefois irrecevable, faute d'avoir été soumise aux premiers juges, l'amplification de la demande présentée par T\_\_\_\_\_ en appel seulement.

La Cour d'appel dispose d'une cognition complète.

2. E\_\_\_\_\_ soutient devant la Cour que le rapport entre les parties a "évolué" pour ne plus constituer un rapport de travail, lequel aurait toutefois été fictivement poursuivi puis résilié, à la seule fin de permettre à T\_\_\_\_\_ de percevoir des prestations de chômage.

Pour déterminer si les rapports entre les parties présentent ou non les caractéristiques d'un contrat de travail, le juge doit prendre en considération en premier lieu le contenu du contrat (ATF 99 II 313). Il ne s'arrêtera pas aux termes utilisés par les parties mais recherchera leur réelle et commune intention et, s'il n'y arrive pas, procédera à une interprétation objective du contrat selon le principe de la confiance (art. 18 CO, SJ 1990 p. 185, 188). Il examinera ensuite le comportement de chacune d'elles dans le cadre de l'exécution du contrat (AUBERT, La compétence des Tribunaux genevois des prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente, in SJ 1982, pp. 202 et 203).

L'existence d'un contrat de travail présuppose que le travailleur s'engage à mettre tout ou partie de sa force de travail au service de l'employeur, moyennant paiement d'un salaire et ce dans un rapport de subordination. Les parties conviennent ainsi d'un rapport durable, d'une durée indéterminée ou déterminée, qui ne s'éteint pas par l'échange unique d'une prestation et d'une contre-prestation et qui prévoit en principe quel temps hebdomadaire ou mensuel le travailleur doit mettre à disposition de son employeur (ATF 112 II 41; SJ 1990 p. 185 ; 1982 p. 202).

En l'espèce, les rapports entre les parties sont régis par la lettre d'engagement du 24 novembre 1998. A teneur du texte clair de celle-ci, T\_\_\_\_\_ est engagé en qualité de "Business Development Director" par E\_\_\_\_\_, moyennant un salaire de fr. 90'000.- par an. Sont également prévues 5 semaines de vacances annuelles, ainsi que d'autres prestations caractéristiques d'un contrat de travail (bonus contractuel, paiement des charges sociales, allocation de déménagement). Pendant la durée des rapports contractuels, E\_\_\_\_\_ a régulièrement versé un salaire soumis à charges sociales à T\_\_\_\_\_ et à deux reprises, a expressément déclaré mettre fin "aux relations contractuelles de travail" en respectant "le délai de préavis légal", que ce soit en avril 2001 ou en septembre 2003. Outre son salaire, T\_\_\_\_\_ n'a pas bénéficié d'autres avantages, si ce n'est la remise des actions de Z\_\_\_\_\_ concernées par la présente procédure et dont la Cour ignore à quel titre elles lui ont été remises. La procédure n'a pour le surplus pas permis d'établir que T\_\_\_\_\_ aurait joui, dans l'organisation de son travail (par exemple dans l'organisation de ses horaires et de ses vacances), d'une autonomie incompatible avec l'existence d'un contrat de travail, ou qu'il aurait exercé son activité sans recevoir de directives de la part de A\_\_\_\_\_ et/ou de B\_\_\_\_\_. Dans le cadre de la présente procédure, E\_\_\_\_\_ a enfin expressément admis devant les premiers juges être liée à T\_\_\_\_\_ par un contrat de travail et avoir "annulé" la résiliation de ce contrat notifiée au printemps 2002, ce dont la Cour infère que les parties ont alors convenu de faire perdurer la relation de travail aux conditions existant précédemment.

A cela s'ajoute qu'à teneur des déclarations du témoin F\_\_\_\_\_, T\_\_\_\_\_ n'avait pas la qualité d'actionnaire de E\_\_\_\_\_ et que, s'il était tenu informé de la situation financière de la société, il ne participait pas aux décisions relatives au sort de la société; il n'a ainsi en particulier pas participé aux décisions d'assainissement prises en 2002, qui ont été le seul fait de A\_\_\_\_\_ et de B\_\_\_\_\_. Il ne saurait ainsi être retenu que T\_\_\_\_\_ ait été associé à A\_\_\_\_\_ et à B\_\_\_\_\_ dans une société simple ayant pour objet la gestion de E\_\_\_\_\_. A cet égard, le fait qu'au yeux de C\_\_\_\_\_, il soit apparu comme un dirigeant de la société (ce qui n'était pas incompatible avec son titre de "business

development director"), qu'une cliente ait considéré qu'il faisait partie "d'une équipe" ou encore qu'il ait utilisé, à l'instar de A \_\_\_\_\_ et de B \_\_\_\_, une carte de visite mentionnant une qualité de "partner", ne constituent pas des éléments déterminants. Ainsi que l'ont relevé les premiers juges, en effet, l'existence d'une fonction dirigeante au sein d'une société anonyme n'est pas incompatible avec l'exercice d'un contrat de travail avec cette société. Serait-il avéré que T \_\_\_\_\_ ait revêtu la qualité de "gérant de fait" de E \_\_\_\_\_, comme cette dernière le soutient, que cette circonstance ne serait ainsi pas propre à démontrer l'inexistence d'un rapport de travail entre les parties. Est dès lors également sans pertinence le fait que T \_\_\_\_\_, A \_\_\_\_\_ et B \_\_ aient pu s'entendre en 2001, sur la création pour E \_\_\_\_\_ d'une structure d'investissement off shore en créant des sociétés off shore au nom de chacun d'entre eux, de telles circonstances n'excluant pas davantage l'existence parallèle d'un contrat de travail entre T \_\_\_\_\_ et E \_\_\_\_\_.

Sur le sujet, la Cour écartera, à l'instar des premiers juges, l'hypothèse d'une simulation, l'existence d'un accord entre les parties au sujet d'une telle construction juridique ne résultant aucunement du dossier. Bien au contraire, E \_\_\_\_\_ elle-même s'est prévaluée en première instance de l'existence d'un contrat de travail pour fonder partie de ses prétentions reconventionnelles.

A l'instar des premiers juges, la Cour d'appel retient dès lors que les rapports entre les parties relèvent bien du contrat de travail, ce qui fonde la compétence ratione materiae de la Juridiction des prud'hommes.

3. Les premiers juges ont alloué à T \_\_\_\_\_ la différence entre le salaire convenu en dernier (fr. 160'000 .- annuellement ou fr. 13'333,33 par mois) et celui réellement versé (fr. 8'900.- par mois), pour la période d'avril 2001 à juin 2003.

Pour s'opposer à cette prétention, E \_\_\_\_\_ fait valoir que T \_\_\_\_\_ a accepté une réduction de son salaire à due concurrence.

A teneur de l'art. 341 al. 1 CO, le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective.

L'art. 341 al. 1 CO ne s'applique qu'en cas de renonciation unilatérale du travailleur portant sur des prétentions à l'encontre de son employeur. En revanche,

lorsque les parties parviennent à un accord comportant des concessions réciproques, celui-ci est valable au regard de cette disposition. Cependant, l'admission d'un tel accord doit être limitée à des cas sans équivoque où la renonciation du travailleur est largement compensée par des contre-prestations de l'employeur (ATF 119 II 449; ATF 110 II 168 = JdT 1985 I 28; ATF 106 II 223 = JdT 1981 I 152; SJ 1983 p. 95).

Le droit au salaire ne découle pas d'une disposition impérative de la loi (art. 322, 361 et 362 CO lus a contrario). Le travailleur peut donc valablement renoncer à son salaire sans contrepartie, l'art. 341 al. 1 CO n'étant pas applicable (ATF 118 II 58). Toutefois, la remise de dette doit résulter clairement de la volonté du créancier de renoncer définitivement à tout ou partie de sa créance; le juge se montrera prudent avant d'admettre l'existence d'une remise de dette (ATF 109 II 329).

In casu, il résulte du courrier de E\_\_\_\_\_ du 19 avril 2001 que T\_\_\_\_\_ a accepté de ne percevoir, dès le 1<sup>er</sup> avril 2001, qu'un salaire réduit à fr. 8'900.- par mois. Ce courrier dont rien ne démontre qu'il ne correspondrait pas à la teneur de l'accord alors intervenu entre les parties stipule toutefois également que la différence de salaire sera versée ultérieurement, lorsque E\_\_\_\_\_ sera en mesure de le faire ("It is understood that the difference with your actual monthly gross salary will be paid back to you when E\_\_\_\_\_ will be able to do so") et que le salaire retrouvera son niveau précédent à la fin d'août 2001 ("Duration: to be restored to former level by the end of August 2001"). Il en résulte que T\_\_\_\_\_ a alors uniquement accepté de recevoir un salaire mensuel réduit à fr. 8'900.- pendant les mois d'avril à août 2001, le paiement de la différence étant différé à une date ultérieure et le salaire de base précédent devant être versé à nouveau dès septembre 2001. Le simple fait qu'ultérieurement à septembre 2001, T\_\_\_\_\_ ne se soit pas plaint de ne pas recevoir à nouveau son salaire intégral, et qu'il ait attendu la résiliation des rapports de travail pour réclamer le solde non-versé de celui-ci, ne saurait être interprété comme une renonciation à recevoir celui-ci.

La décision des premiers juges d'allouer fr. 95'418.- brut au titre de solde de salaire pour la période d'avril 2001 à juin 2003, selon un calcul qui n'a pas en soi fait l'objet de contestation, doit partant être confirmée.

4. Les premiers juges ont encore alloué à T\_\_\_\_\_ fr. 66'666.- à titre de salaire pour la période de juillet à novembre 2003, étant rappelé que E\_\_\_\_\_ n'a plus versé de salaire à celui-ci depuis fin juin 2003.

E\_\_\_\_\_ fait, sur le sujet, valoir que T\_\_\_\_\_ a renoncé à tout salaire lors d'une réunion tenue à fin juin 2003.

Sur le sujet, C\_\_\_\_\_ a certes déclaré que lors d'une réunion s'étant tenue en juin 2003, T\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ "avaient accepté de renoncer à leurs salaires". Elle a toutefois précisé que le salaire de T\_\_\_\_\_ avait été "suspendu" et que les intéressés avaient "accepté de prendre le risque de suspendre leurs salaires quelque temps pour gagner davantage après". A l'instar des premiers juges, la Cour juge cette déclaration insuffisante pour établir que T\_\_\_\_\_ a renoncé définitivement à tout salaire pour la période ultérieure au 1<sup>er</sup> juin 2003. Tout au plus peut-il être admis qu'à ce moment-là, il a accepté de "suspendre" son salaire, à savoir d'accepter qu'il lui soit versé de façon différée de quelques mois.

Enfin, E\_\_\_\_\_ a échoué à prouver que T\_\_\_\_\_ n'aurait plus travaillé depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2003, alors que T\_\_\_\_\_ s'il a admis avoir pris en août 2003 trois semaines de vacances, a produit à la procédure des mails attestant d'une activité encore en septembre 2003.

Le calcul auquel ont procédé les premiers juges n'étant pour le surplus pas disputé en appel, la condamnation de E\_\_\_\_\_ à verser à T\_\_\_\_\_ fr. 66'666.- à ce titre sera confirmée.

5. Les premiers juges ont enfin alloué à T\_\_\_\_\_ une indemnité pour 23,9 jours de vacances non prises, soit fr. 14'651,40.

Devant la Cour, E\_\_\_\_\_ fait valoir que le droit au vacances de T\_\_\_\_\_ n'est que de 4 semaines par année, qu'en 2003, T\_\_\_\_\_ a admis avoir pris trois semaines en été et une semaine en hiver et qu'en tout état, il pouvait être contraint à prendre son solde éventuel de vacances pendant le délai de préavis.

La loi régit les vacances comme un droit contractuel du travailleur à une prestation de la part de l'employeur, de sorte qu'il incombe à l'employeur, débiteur des vacances, de prouver que le travailleur a bénéficié des vacances

auxquelles il avait droit (ATF 128 III 271, consid. 2a = JdT 2003 I, p. 606 ; Arrêt 4C.230/1999, consid. 4; AUBERT, Commentaire romand du CO, § 7 ad art. 329a CO, p. 1736).

L'obligation de fidélité du travailleur libéré de son obligation de prêter lui commande de prendre ses vacances durant le délai de congé. Cependant, lorsque celui-ci est inférieur à deux ou trois mois, l'impossibilité pour le travailleur de bénéficier de ses vacances est présumée (ATF 128 III 271 = JdT 2003 I, p. 606 ; ATF 117 II 270). Une fois le contrat dénoncé en effet, le travailleur doit chercher un autre emploi et l'employeur doit lui accorder le temps nécessaire pour ce faire (art. 329 al. 3 CO). Cette recherche étant incompatible avec la prise effective de vacances, il faudra examiner dans chaque cas, au vu de l'ensemble des circonstances, telles que 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 (CEROTTINI, Le droit aux vacances, 2001, pp. 296 ss ; WYLER, Droit du travail, 2002, pp. 255 s. ; AUBERT, op. cit. § 3 ad art. 329c CO, p. 1739 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3<sup>ème</sup> éd., n. 7 ad art. 329c CO ; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5<sup>ème</sup> éd., n. 11 ad art. 329c CO).

En l'espèce, le droit aux vacances de T \_\_\_\_\_, contractuellement convenu, est de cinq semaines. Certes, la prétention de T \_\_\_\_\_ repose uniquement sur un décompte de vacances dont il n'est pas démontré qu'il aurait été établi par E \_\_\_\_\_. Il incombait toutefois à cette dernière d'établir que T \_\_\_\_\_ avait pris la totalité de ses vacances, ce qu'elle n'a pas fait. En particulier, elle s'est abstenue d'indiquer à quelles autres périodes que celles admises par T \_\_\_\_\_ ce dernier aurait pris des vacances et reconnaît n'avoir jamais tenu de décompte de ces dernières. Compte tenu des quatre semaines de vacances prises en 2003, le solde de vacances est de 26.3 jours, et non de 23.9 jours comme retenu par les premiers juges. A juste titre, les premiers juges ont retenu qu'il ne pouvait être exigé de T \_\_\_\_\_ qu'il prenne ses vacances pendant la durée du préavis de deux mois, durant laquelle il a été dispensé de travailler, compte tenu du temps devant nécessairement être consacré à des recherches d'emploi.

Le calcul des premiers juges n'étant pour le surplus pas spécifiquement discuté, et en l'absence de tout appel incident sur ce point, la condamnation de E \_\_\_\_\_ à verser à T \_\_\_\_\_ la somme de fr. 14'651.40 à ce titre sera confirmée.

6. Les autres dispositions du jugement attaqué ne faisant pas l'objet de l'appel, le jugement entrepris sera confirmé dans son intégralité.

L'émolument d'appel versé par E\_\_\_\_\_ sera acquis à l'Etat.

Certes, E\_\_\_\_\_ a plaidé avec témérité en soutenant en appel une thèse contradictoire avec celle soutenue en premier lieu. T\_\_\_\_\_ ne réclame toutefois pas de dépens et une amende au sens de l'art. 76 LJP ne se justifie pas.

**PAR CES MOTIFS**

**LA COUR D'APPEL DE PRUD'HOMMES**

**A la forme:**

Déclare recevable l'appel interjeté par E\_\_\_\_\_ à l'encontre du jugement TRPH/720/2005, rendu le 23 septembre 2005 par le Tribunal des Prud'hommes, groupe 5, dans la cause C/302/2004-5.

Déclare irrecevable la demande additionnelle formée par T\_\_\_\_\_.

**Au fond:**

Confirme ledit jugement.

Condamne E\_\_\_\_\_ aux frais d'appel et dit en conséquence que l'émolument d'appel de fr. 2'200.- versé par elle est acquis à l'Etat.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

Le président

