



Monsieur T \_\_\_\_\_  
Avenue \_\_\_\_\_  
12\_\_ Genève

E \_\_\_\_\_  
Chemin \_\_\_\_\_  
12\_\_ Genève

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 25 octobre 2006

M. Werner GLOOR, président

MM. Jean-François HUGUET et Laurent VELIN, juges employeurs

Mme Paola ANDREETTA et M. Raymond FONTAINE, juges salariés

Mme Corinne ARPIN, greffière d'audience

**EN FAIT**

**A.**

- a) Le 10 octobre 2005, T \_\_\_\_\_, non-juriste, a commencé un travail de "gestionnaire LPP" à plein temps (40/h sem) auprès de la E \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_, et ce moyennant un salaire mensuel brut de fr. 6'000.-. Il a été affecté au département LPP (p.-v., 12.10.2006, p. 1).
- b) Il n'y a pas eu de pourparlers, ni de signature d'un contrat, précédant cette entrée en fonction.
- c) T \_\_\_\_\_ sortait d'une période de chômage (p.-v., 05.04.2006, p. 2).
- d) La E \_\_\_\_\_ gère, avec son personnel, outre le volet caisse de compensation, également une caisse de pension, à savoir la A \_\_\_\_\_, domiciliée dans les mêmes bureaux (p.-v., 12.10.2006, p. 2)
- e) T \_\_\_\_\_ avait répondu à une annonce qu'avait fait publier B \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ SA, une agence de placement (personnel stable) et de travail temporaire (location de services), début octobre 2005.
- f) B \_\_\_\_\_ SA s'estimait avoir été mandatée pour la recherche d'un "gestionnaire LPP" pour la E \_\_\_\_\_; le salaire proposé par celle-ci était de fr. 6'000.—brut par mois. Après avoir transmis le dossier candidature à sa cliente, elle a lui a envoyé T \_\_\_\_\_ pour qu'il présente sa candidature et accepte chez E \_\_\_\_\_ l'emploi fixe aux conditions proposées.
- g) T \_\_\_\_\_ partageait l'analyse de son placeur; en commençant son travail auprès de la E \_\_\_\_\_, il partait de l'idée que l'engagement s'était fait aux conditions qu'il avait discutées avec la B \_\_\_\_\_ et que cette dernière avait transmises à la E \_\_\_\_\_.
- h) De fait, la E \_\_\_\_\_ – en s'adressant à B \_\_\_\_\_ SA – entendait s'adresser non pas au placeur de personnel fixe, mais au bailleur de service (p.-v., 12.10.2006, décl. C \_\_\_\_\_).
- i) En acceptant les services de T \_\_\_\_\_, la E \_\_\_\_\_ croyait occuper un employé envoyé par une entreprise de travail temporaire – ce dernier ayant son contrat non pas avec elle, l'utilisatrice, mais avec ladite entreprise de travail temporaire; elle pensait également pouvoir mettre un terme "durant la période d'essai de trois mois", moyennant préavis de deux jours, à la mission de l'employé (p.-v., 12.10.2006, p. 2; mémoire-réponse à l'appel, liasse II)..
- j) Le quiproquo a duré plusieurs semaines.

- k)** Retenant la conclusion, le 10 octobre 2005, d'un contrat de travail entre T \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ et sa mandante, la B \_\_\_\_\_ a facturé à la E \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ ses honoraires pour le placement, soit fr. 14.--/h, et ce par notes des 4, 16 et 28 novembre 2005 (pièces 5a – 5c int). Ces factures n'ont pas été payées de suite – la E \_\_\_\_\_ persistant à soutenir que le rôle d'employeur revenait à la B \_\_\_\_\_, non pas à elle (pièce 4 int).
- l)** Dans les faits, toutefois, la E \_\_\_\_\_ a exercé à l'égard de D \_\_\_\_\_ l'intégralité de ses attributions et obligations patronales, et ce dès le 10 octobre 2005. En particulier, elle lui a versé le salaire mensuel convenu, soit fr. 6'000.— brut (pièces 1, 2 dem).
- m)** Vis-à-vis de la B \_\_\_\_\_, la E \_\_\_\_\_ a tenté, dans un premier temps, de récupérer ces montants, en les qualifiant "d'avances de salaires" effectués pour le compte de celle-ci (pièce 8 int).
- B.**
- a)** L'après-midi du vendredi 25 novembre 2005, la E \_\_\_\_\_ a licencié oralement T \_\_\_\_\_ moyennant préavis de 2 jours "ouvrables" pour le 28 novembre 2005, avec libération immédiate de la place de travail (p.-v., 12. 10. 2006 p. 2).
- b)** T \_\_\_\_\_ n'a pas été invité à prendre ses vacances durant le préavis non travaillé (p.-v., 12. 10. 2006, p. 2; contesté).
- c)** La E \_\_\_\_\_ a informé la B \_\_\_\_\_ de la fin des rapports de travail par courrier du 1 décembre 2005. Elle a exposé avoir avancé à ce dernier son salaire jusqu'au 30 novembre 2005 – pour le compte de la B \_\_\_\_\_ (pièces 8, 8 a, 8 b int).
- d)** Début décembre, T \_\_\_\_\_ s'est inscrit à l'Office cantonal de l'emploi pour faire contrôler son chômage. Il lui a été expliqué que faute d'une convention dérogatoire écrite, la période d'essai avait pris fin le 10 novembre 2006 – soit après le premier mois des rapports de travail, de sorte que son employeur eût dû observer un préavis d'un mois pour la fin d'un mois.
- e)** Sur ce, T \_\_\_\_\_ a pris un avocat. Par courrier du 7 novembre 2005, ce dernier a nié l'existence d'un contrat de travail entre son client et la B \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_. Il a mis la E \_\_\_\_\_ en demeure de respecter le délai de congé applicable à l'issue de la période d'essai légale, et réclamé paiement du salaire jusqu'au 31 décembre 2005, ainsi que de l'indemnité vacances (pièce 3 dem).

- f) Par courrier-réponse du 15 décembre 2005, la E \_\_\_\_\_ a contesté sa qualité d'employeur, celle-ci revenant à la B \_\_\_\_\_; elle a ajouté avoir été fondée, dès lors que T \_\_\_\_\_ n'était qu'un employé temporaire, mis à disposition par la B \_\_\_\_\_, à s'en séparer moyennant préavis de deux jours. Elle lui aurait versé son salaire à titre d'avance, en lieu et place de la B \_\_\_\_\_. Elle paierait à la B \_\_\_\_\_ une commission de mise à disposition. L'indemnité-vacances serait comprise dans le salaire convenu. Et d'ajouter qu'il appartenait à D \_\_\_\_\_ "d'effectuer les démarches nécessaires auprès de la B \_\_\_\_\_ pour régulariser sa situation à leur encontre" (pièce 4 dem).
- g) Durant le mois de décembre 2005, T \_\_\_\_\_ était à la recherche d'un nouvel emploi, et il a dû timbrer au chômage; il n'a pas retrouvé – durant ce mois, un nouvel emploi (p.-v., 12. 10. 2006, p. 2; p.-v. . 5 4. 2006, p. 2).
- h) Le 24 janvier 2006, la Caisse cantonale genevoise de chômage a versé à T \_\_\_\_\_ un montant de fr. 3'316,95 à titre d'indemnité AC pour le mois de décembre 2005 (dossier "Partie intervenante").
- C.
- a) Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes en date du 9 janvier 2006, T \_\_\_\_\_ a assigné la E \_\_\_\_\_, en paiement de fr. 7'364,40, soit de fr. 6'000.—brut pour salaire de décembre 2005 et de fr. 1'364,40 à titre d'indemnité-vacances, le tout avec intérêts moratoires à 5% l'an à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006. Il a encore conclu à ce qu'il fût ordonné à la E \_\_\_\_\_ de "verser les cotisations LPP correspondant à la période du 10 octobre au 31 décembre 2005 (liasse 1).
- b) Cet acte était accompagné d'un chargé de 4 pièces (liasse 4).
- c) Par courrier du 24 janvier 2006 au greffe, la Caisse cantonale genevoise de chômage est intervenue dans la procédure et, subrogée dans les droits de son assuré, a pris des conclusions en paiement à l'encontre de la défenderesse à concurrence de fr. 3'316,95 plus intérêts 5% à partir du 25 janvier 2005 (dossier "Partie intervenante").
- d) L'audience de conciliation a eu lieu le 1<sup>er</sup> février 2006. A cette occasion, T \_\_\_\_\_ a encore produit un mémoire-demande, rédigé par son conseil, et conclu à la délivrance d'un certificat de travail (liasse 3).
- e) Par courrier au greffe du 27 mars 2006, la E \_\_\_\_\_ a admis que T \_\_\_\_\_ "était en droit de penser que le "salaire" versé par nos soins faisait de notre E \_\_\_\_\_ son employeur", et partant, lui devoir le salaire de décembre 2006. En revanche, elle a conclu au rejet de la conclusion en paiement de l'indemnité-vacances. En effet, "la libération de son obli-

*gation de travail étant intervenue 3 jours avant la fin du mois de novembre et le mois supplémentaire étant payé en totalité, maintenons notre contestation quant au droit au paiement des vacances, le délai de congé étant suffisamment long pour le temps d'une recherche d'emploi et la prise de ces vacances qui s'élève à 4 jours environ" (liasse 5).*

**f)** Par virement du 27 mars 2006, la E \_\_\_\_\_ a réglé à T \_\_\_\_\_ le montant de fr. 6'000.— représentant le salaire du mois de décembre 2005, sous déduction du montant de fr. 3'316,95 pour lequel la Caisse cantonale genevoise de chômage avait déclaré s'être subrogée (liasse 5, non-contesté).

**g)** Par courrier au greffe du 30 mars 2006, la Caisse cantonale genevoise de chômage a retiré son intervention (dossier "Partie intervenante").

**D.**

**a)** A l'audience du Tribunal des prud'hommes du 5 avril 2006, T \_\_\_\_\_ a réduit ses conclusions de fr. 6'000.—brut, correspondant au salaire du mois de décembre 2005, reçu entre-temps (sous déduction des charges sociales et du montant AC subrogé). Il a néanmoins réclamé "*le paiement d'intérêts moratoires*" sur la partie nette non-subrogé du montant, soit fr. 2'257,05, et ce pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2006 au 27 mars 2006 (p.-v., 5. 4. 2006, p. 1; cf. liasse 5). Pour le surplus, il a persisté dans sa demande (ibid).

**b)** La E \_\_\_\_\_, représentée par C \_\_\_\_\_, gérante adjointe, s'est référée à sa détermination écrite du 27 mars 2006 (p.-v. 5. 4. 2006, p. 2).

**c)** Par jugement du 30 mai 2006, le Tribunal a, préalablement, "*rectifié la qualité de la partie défenderesse en "A \_\_\_\_\_"*, et, s'agissant de la conclusion tendant au paiement, par la défenderesse, de cotisations LPP, il s'est dit incompétent ratione materiae pour en connaître, et l'a déclaré irrecevable; et, statuant au fond, le Tribunal a condamné la défenderesse à payer au demandeur "*les intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> janvier 2006 jusqu'au 27 mars 2006 sur la somme nette de fr. 2'257,05*", et donné acte à la défenderesse de son engagement de délivrer au demandeur un certificat de travail, l'y condamnant en tant que de besoin. Le Tribunal a débouté les parties de toutes autres conclusions (liasse 7, p. 9).

**d)** Le Tribunal, faisant totalement abstraction des pièces produites et des déclarations du demandeur et de la partie assignée et de sa représentante, a considéré que le demandeur – engagé en qualité de gestionnaire LPP – devait assigner "*la A \_\_\_\_\_*" et non pas la E \_\_\_\_\_.

**e)** S'agissant des vacances afférentes à la période des rapports de travail (10.10 – 31.12.2005), le Tribunal a considéré que le demandeur, dès lors qu'il avait été libéré de la place de travail, et qu'il bénéficiait d'un préavis payé jusqu'au 31 dé-

cembre 2005, était censé avoir pu prendre ses 4, 5 jours de vacances en nature avant l'échéance du contrat.

f) Ce jugement a été notifié aux parties par plis recommandés du 31 mai 2006 (liasse 7, p. 10).

**E.**

a) Par lettre recommandée expédiée au greffe de la Juridiction des prud'hommes en date du 21 juin 2006, T \_\_\_\_\_ a formé appel contre le jugement (liasse I).

b) L'appelant y a conclu à la réforme partielle du jugement entrepris en tant que ce dernier l'a débouté de sa conclusion en paiement de l'indemnité vacances de fr. 1'364,40 plus intérêts moratoires 5% l'an à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006.

c) Par courrier recommandé du 20 juillet 2006, la E \_\_\_\_\_ a conclu à la confirmation du jugement (liasse II). L'intimée a accompagné son courrier d'un chargé de huit pièces et d'un rappel des faits succinct (ibid).

d) A l'audience de la Cour d'appel des prud'hommes du 12 octobre 2006, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives. Elles ont par ailleurs admis que l'employeur de l'appelant n'était ni la B \_\_\_\_\_ SA ni encore – comme l'a cru retenir le Tribunal – "la A \_\_\_\_\_", mais la E \_\_\_\_\_, la partie qui avait été dûment assignée en première instance (p.-v. 12.10.2006, p. 3).

e) L'appelant a réitéré qu'il n'avait pas été à même de prendre ses vacances durant le mois de décembre 2006. Il a ajouté qu'au moment de la réception de son congé pour l'échéance du 28 novembre 2006, et de sa libération immédiate, il ignorait que l'employeur était tenu d'observer un délai de préavis d'un mois pour la fin d'un mois (p.-v. 12. 10. 2006, p. 2).

f) Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

**EN DROIT**

1. Recevabilité

1.1 L'appel ayant été interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, il est recevable (art. 59 LJP).

2. "Rectification de la qualité de la partie défenderesse"

- 2.1 Le Tribunal a cru bon de procéder une "rectification de la qualité de la partie défenderesse".
  - 2.2 De fait, il a procédé, sans demander l'avis des parties, à une substitution de la partie défenderesse – partie dûment assignée et comparaisant en audience – par un tiers qui n'était ni assigné ni comparant.
  - 2.3 Cette façon de faire ne saurait être entérinée, et ce pour une raison de forme et une raison de fond.
  - 2.4 Hormis les cas où la substitution d'une partie intervient *ex lege* (faillite, succession, fusion), le juge ne saurait substituer une partie dûment assignée par une partie autre, non assignée, et qui lui paraît davantage convenir, notamment sous l'angle de la légitimation passive. Il en voit du droit d'être entendu. Le juge doit, à tout le moins, entendre, au préalable, les parties en lice, et, cas échéant, s'il n'entend pas contraindre le demandeur de recommencer la procédure *ab ovo*, donner au tiers à qui, dans son esprit, revient la légitimation passive, l'occasion d'intervenir dans la procédure et de la reprendre en l'état, à la place de la partie assignée (cf. Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, Genève, 1999, N. 6 ad art. 1 et N. 3 ad art. 7 LPC).
  - 2.5 En l'espèce et côté droit matériel, le dossier montre, du reste, que toutes les instructions patronales, correspondances, bulletins de paie etc. provenaient non pas de la Caisse de pension, mais de la E \_\_\_\_\_ (liasses 2, 5, II). Certes, l'appelant était engagé par l'intimée en qualité de gestionnaire LPP – mais ce fait ne signifiait pas encore qu'il était *l'employé* de la *Caisse de pension*. La E \_\_\_\_\_ – en charge de la gestion de la Caisse de pension – avait engagé l'appelant pour qu'il déploie son activité, sous ses ordres, mais pour la Caisse de pension.
  - 2.6 La décision du Tribunal de remplacer la partie assignée par l'"A \_\_\_\_\_" s'avère arbitraire et sera donc annulée d'office.
3. Placement, location de services, et délai de préavis
    - a.
      - 3.1 En matière de service d'emploi, il y a lieu de distinguer le placement et sélection de personnel, d'une part, et la location de services, d'autre part (cf. art. 1 let. a LSE, RS 823.11).
      - 3.2 Lorsque l'entreprise de travail temporaire intervient en qualité de bureau de placement et de sélection de personnel, elle recherche, en règle générale, sur mandat du futur employeur, un candidat pour un emploi permanent. Son activité est essentiel-

lement celle d'un courtier (art. 412 CO). Lorsque ses efforts ont abouti à la conclusion d'un contrat de travail, elle les facture à son mandant, et ce sous forme d'honoraires, calculés en pour-cent du salaire annuel (cf. Thévenoz, Le travail intérimaire, Lausanne, 1987, p. 28).

- 3.3 Lorsque, en revanche, l'entreprise de travail temporaire agit en qualité de bailleur de services, elle engage un travailleur afin de le mettre temporairement à la disposition d'une entreprise tierce, l'utilisateur, qui n'en devient pas l'employeur. Le contrat de location de services énonce les conditions d'utilisation de la main-d'œuvre mise à disposition (cf. art. 22 LSE). Le travailleur reste l'employé de l'entreprise de travail temporaire; celle-ci est tenu de le mettre au bénéfice d'un contrat de travail écrit (art. 19 al. 1 LSE). Lorsque l'engagement est d'une durée indéterminée, le contrat de travail peut, pendant les six premiers mois de service, être résilié par les deux parties moyennant en congé de deux jours au moins durant les trois premiers mois d'un emploi ininterrompu, et sept jours au moins entre le quatrième et sixième mois d'un emploi ininterrompu (cf. art. 19 al. 4 let. a et b LSE). Le droit de licencier ne revient pas à l'entreprise utilisatrice, mais exclusivement à l'entreprise de travail temporaire (ATF 84 II 355 = JdT1959 I 198; Thévenoz, op. cit, p. 242). L'entreprise utilisatrice peut par contre mettre un terme à la mission du travailleur, voire au contrat de mise à disposition, et ce aux conditions y stipulées.
- 3.4 En l'espèce, le dossier montre que l'appelant n'a pas été engagé par l'entreprise de travail temporaire – cette dernière n'est pas intervenue en qualité de bailleur de services, mais en qualité de placeur-courtier. Son mandat, à l'évidence, consistait à rechercher et à proposer à l'intimée un candidat pour le poste de gestionnaire LPP. Ce candidat a été trouvé et proposé en la personne de l'appelant. L'intimée l'a engagé, par actes concluants, et au tarif énoncé dans l'offre qu'elle a fait formuler, pour son compte, à l'entreprise de travail temporaire, le 10 octobre 2005 pour une durée indéterminée.
- 3.5 Sur le vu des factures afférents aux honoraires (pour la recherche, avec succès, d'un candidat engagé), que l'entreprise de travail temporaire avait adressées à l'intimée, dès le 4 novembre 2005, l'intimée ne pouvait, de bonne foi, continuer à soutenir ne pas être l'employeur de l'appelant.
- 3.6 Du reste, en se prévalant, le 25 novembre 2005, de son droit de licencier, et en l'exerçant concrètement, l'intimée a implicitement admis sa qualité d'employeur de l'appelant.
- b.
- 3.7 A teneur de l'art. 335b al. 1 et 2 CO, le premier mois de travail est considéré comme temps d'essai. Des dispositions différentes peuvent être prévues par accord écrit; toutefois, le temps d'essai ne peut dépasser trois mois.

- 3.8 En l'espèce, les parties ne sont pas convenues, *par écrit*, d'un temps d'essai dérogeant à celui prévu par la loi.
- 3.9 A teneur de l'art. 335c al. 1 CO, après le temps d'essai, le contrat de travail peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service.
- 3.10 En l'occurrence, l'appelant, au moment de la réception de son congé (25.11.2005), avait déjà terminé sa période d'essai. L'intimée ne pouvait dès lors le congédier moyennant un congé de 3 jours nets. Elle était tenue de lui accorder un délai de congé d'un mois pour la fin d'un mois, soit, concrètement, un délai échéant au 31 décembre 2005.

c.

- 3.11 En libérant de suite l'appelant de son travail durant la période de congé, l'intimée s'est mise en demeure d'acceptation volontaire (art. 324 al. 1 CO), et devait, en conséquence, le salaire au travailleur jusqu'à l'issue des rapports de travail.
- 3.12 C'est donc à bon droit que, suite à l'audience conciliation du 1<sup>er</sup> février 2006, l'intimée est parvenue à la conclusion que l'appelant était fondé à lui réclamer le salaire de décembre 2005 et qu'elle le lui a versé le 27 mars 2006.

#### 4. Octroi en nature des vacances durant le préavis

- 4.1. L'intimée et le Tribunal considèrent que l'appelant était à même de prendre ses quatre à cinq jours de vacances durant la période allant du 26 novembre au 31 décembre 2006, soit, en d'autres termes "*durant le préavis*", préavis suffisamment long par rapport à l'importance de la créance en jours de vacances.

a.

- 4.2. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le travailleur, vu son devoir de fidélité, est censé prendre, *sans que l'employeur doive encore l'y inviter*, ses vacances durant le préavis libéré, *pour autant que celui-ci est nettement supérieur au nombre des jours des vacances qui restent à prendre* (ATF 128 III 271 cons. 4 = JAR 2003 p. 258 ss).
- 4.3. Il a jugé, dans une espèce antérieure il est vrai, que l'indemnisation du solde des vacances s'impose lorsque le délai de congé est relativement bref, c'est-à-dire lorsque sa durée n'excède pas deux ou trois mois (ATF 117 II 270 = JdT 1992 I 398 = JAR 1992 p. 183; dans le même sens: Cerottini, Le droit aux vacances, Lausanne, 2001, p. 299; Streiff/Von Kaenel, Arbeitsvertrag, Zürich, 2005, N. 11 ad art. 329c CO, p. 439; cf. aussi OG ZH JAR 1998 p.161; OG ZH JAR 2002 p. 222).

- 4.4. Dans l'examen d'une situation concrète, il y a lieu de tenir compte, en outre, de la nécessité du travailleur licencié de se remettre, sans tarder, à la recherche d'un nouvel emploi – et de son obligation, en particulier, de s'inscrire, *dès son licenciement* (ATF ARV/DTA 1966 p. 24; ATF ARV/DTA 1977 p. 157; ATF ARV/DTA 1981 No. 29; ATF ARV/DTA 1982 p. 37; ATF C 280/01 du 23.1.2003; Rubin, Assurance-chômage, Delémont, 2005, p. 242) au chômage et de se présenter régulièrement aux "entretiens de conseil et de contrôle" fixés par l'Office cantonal de l'emploi [ORP], et d'être joignable à tout moment (art. 21, 22, 26 OACI; Cerottini, op. cit, p. 296 ss; Saviaux, Les rapports de travail en cas de difficultés économiques de l'employeur et l'assurance-chômage, Lausanne, 1993, p. 282; Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG), Berne, 1988, vol. I, N. 18 et N. 43 ad art. 17 LACI).
- 4.5. Il convient de tenir compte en outre de l'obligation de l'employeur de fixer la date des vacances (art. 329c al. 2 CO), et de les fixer moyennant une annonce faite suffisamment tôt – 3 mois au moins - , pour que le travailleur puisse s'organiser (cf. Cerottini, op. cit. p. 303; Brunner/Bühler/Waerber/Brucher, Commentaire du contrat de travail, Lausanne, 2004, N. 7 ad art. 329 c CO).
- b.
- 4.6. En l'espèce, force est de constater que, d'une part, l'intimée n'a pas licencié l'appelant moyennant un préavis d'un mois pour la fin d'un mois. L'appelant a reçu son congé le 25 novembre 2005 pour l'échéance du 28 novembre 2005.
- 4.7. L'appelant a certes été libéré dès le vendredi soir, 25 novembre 2005, et a touché son salaire jusqu'à fin novembre 2005 – mais, n'étant pas juriste, pas plus que son employeur, il a cru de bonne foi que les rapports de travail avaient pris fin le 28 novembre 2005.
- 4.8. Dans ces conditions, l'on ne saurait retenir, comme l'a fait le Tribunal, une analyse *ex post* et déduire, du fait qu'en date du 27 mars 2006 l'intimée ait enfin admis son erreur et daigné payer le salaire de décembre 2005, la possibilité, et partant, l'obligation de l'appelant de prendre ses 4 à 5 jours de vacances "durant le délai de congé non presté, soit dans la période du 25 novembre 2005 au 31 décembre 2005".
- 4.9. Non-juriste, l'appelant ignorait que ses rapports de travail ne prenaient fin que le 31 décembre 2005, et non pas le 28 novembre 2005 déjà, comme il lui avait été annoncé par son employeur. L'on ne saurait dès lors lui faire grief de ne pas avoir pris ses jours de vacances durant le mois de décembre 2005, mois durant lequel, au demeurant, il n'avait pas reçu de salaire.
- 4.10. Par ailleurs, il a dû s'inscrire de suite, soit dès le 28 novembre 2005, au chômage et déférer aux prescriptions de contrôle, et se mettre, sans tarder, à la recherche d'un nouvel emploi, ce qui rend le but des vacances, à savoir la détente, irréalisable.

4.11. En conclusion, l'intimée sera donc condamnée à indemniser les vacances dues à l'appelant.

c.

4.12. A teneur des arts. 329a al. 1 *cum* art. 329d al. 1 CO, l'employeur doit accorder au travailleur quatre semaines de vacances payées par an.

4.13. Lorsqu'il s'agit d'indemniser les vacances qui n'ont pu être prises durant les rapports de travail, le montant y afférent se calcule - partant de l'idée que le salarié ait droit à quatre semaines par an - au taux de 8,33% (= 1/12) de la masse salariale distribuée (Cerottini, op. cit., p. 183).

4.14. En l'espèce, l'appelant a gagné durant ses rapports de travail, soit du 10 octobre 2005 au 31 décembre 2005, un salaire brut total de fr. 16'258.-. Le 8,33% de ce montant correspond à fr. 1'354,30.

5. Intérêts moratoires sur le solde non subrogé du salaire de décembre 2005

5.1. L'appelant réclame encore l'intérêt moratoire à 5% l'an sur la partie non subrogée de son salaire de décembre 2005, soit fr. 2'257,05, pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2006 au 27 mars 2006.

5.2. Le Tribunal a fait droit à cette demande, à juste titre.

5.3. En effet, tranchant un vieux débat, le Tribunal fédéral vient de juger que les créances du travailleur portent intérêt dès la fin des rapports de travail, *sans qu'il soit nécessaire d'interpeller l'employeur* (art. 339 CO étant une norme spéciale par rapport à l'art. 102 CO; ATF 4C. 414/2005 du 29. 3. 2006 cons. 6).

5.4. Le Tribunal a toutefois omis de calculer l'intérêt moratoire, laissant ainsi aux parties le soin de trouver la formule de calcul. Cette façon de faire ne saurait être approuvée. Il incombe au juge de déférer à son office jusqu'au bout, et de ne pas rendre des décisions susceptibles de déboucher sur de nouvelles contestations.

5.5. En l'espèce, il convient de calculer l'intérêt dû selon la formule  $i = k \times p \times t / 100 \times 360$ , où  $k = \text{fr. } 2'257,05$ ,  $t = 86$  jours,  $p = 5\%$ . Le montant dû s'élève à fr. 26,95.

5.6. Des intérêts ne peuvent être portés en compte pour cause de retard dans le paiement des intérêts moratoires (interdiction de l'anatocisme, cf. art. 105 al. 3 CO).

6. Emolument

6.1. Etant donné que la valeur litigieuse est inférieure à fr. 30'000.--, la procédure est gratuite (art. 343 al. 2 CO).

**PAR CES MOTIFS**

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par T \_\_\_\_\_ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 30 mai 2006 dans la cause C/417/2006 - 4;

Au fond :

Préalablement :

Annule ce jugement, y compris l'énoncé, de la partie défenderesse, et statuant à nouveau:

Dit que la qualité de partie assignée, et la titularité de la légitimaton passive, revient, comme l'a indiqué T \_\_\_\_\_ dans sa demande, à la E \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_;

Invite le greffe de procéder aux rectifications qui en découlent pour l'énoncé des parties dans le présent arrêt;

Condamne la E \_\_\_\_\_ à payer à T \_\_\_\_\_ la somme de fr. 1'354,30 brut, avec intérêts moratoires 5% dès le 1<sup>er</sup> janvier 2006, sous déduction des charges sociales;

La condamne en outre au paiement à T \_\_\_\_\_ de la somme de fr. 26,95 net;

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président