



T_____
Dom. élu : Me GAL
Route de Florissant 112
1206 Genève

E____SA
Dom. élu : Me DE RHAM-CASTHELAZ
Rue d'Italie 11
Case postale
1211 Genève 3

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 11 avril 2007

Mme Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente

MM. Pierre-Jean BOSSON et Alphonse SURDEZ, juges employeurs

Mme Yasmine MENETREY et M. Victor TODESCHI, juges salariés

Mme Keren Marie MAYER, greffière d'audience

EN FAIT

A. a) La présente Cour est saisie d'un appel formé par T____, le 4 juillet 2006, ainsi que d'un appel incident formé par E____SA, le 15 septembre 2006, à l'encontre d'un jugement TRPH/412/2006, rendu le 27 février 2006 et communiqué aux parties par pli recommandé du 1^{er} juin 2006.

Aux termes dudit jugement, le Tribunal des Prud'hommes (groupe 3), après avoir déclaré irrecevables les conclusions constatatoires formées par T____, a condamné E____SA à lui payer la somme nette de CHF 7'466.65, avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} avril 2002, cette société étant également invitée à verser aux institutions concernées, les charges sociales, part employeur et part salarié, afférentes à cette somme, les parties étant déboutées de toutes autres conclusions. Il n'a pas été statué sur les conclusions de E____SA visant la restitution par T____ de la carte de laissez-passer à l'aéroport de Genève, de la clef d'accès au parking et du passe de l'immeuble sis _____, rue _____ à Genève.

T____ conclut, en appel de ce jugement, à son annulation et à ce que E____SA soit condamnée à lui verser les sommes de :

- CHF 61'200.-- avec intérêts à 5 % dès le 31 décembre 2004, à titre de différence de salaire;
- CHF 29'931.-- avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} avril 2002, à titre d'indemnité pour les vacances.

E____SA conclut au rejet de l'appel principal et, sur appel incident, à l'annulation du premier jugement et à ce que T____ soit condamné à lui restituer les objets déjà mentionnés ci-dessus.

Par écritures de réponse du 26 octobre 2006, T____ conclut au rejet de cet appel incident et persiste dans les conclusions de son appel principal.

b) Les parties ayant limité leurs appels principal et incident aux questions des indemnités de vacances ainsi que de la différence de salaire réclamée par T____ à

E____SA, le tout pour la période de juillet 1999 à décembre 2004, seuls ces points seront examinés ci-après.

B. Dans la mesure précitée, les éléments pertinents suivants résultent du dossier :

a) E____SA est une entreprise familiale genevoise, dont le siège se trouve au __,____ à Genève et qui a été constituée le 25 juillet 1983, son but étant l'achat, la vente, l'importation, l'exportation, la mise en valeur et réparation de tout objet de bijouterie, joaillerie, horlogerie, pierres précieuses et d'objets d'arts.

A____ est le seul administrateur de cette société, dont il est aussi le directeur avec signature individuelle. B____ bénéficie d'une procuration individuelle au nom de la société.

Quant à T____, il ressort de l'extrait du Registre du commerce figurant au dossier qu'il n'a jamais été l'administrateur de E____SA.

Cette dernière l'a, en revanche, engagé, le 1^{er} juillet 1995, à la fonction de délégué commercial, et l'a licencié, le 20 septembre 2004, avec effet au 31 décembre de la même année.

b) S'agissant de la différence de salaire dont il réclame le paiement, il y a lieu de relever qu'à l'origine, T____ avait été rémunéré à raison d'un salaire mensuel, net de toutes charges sociales, de CHF 7'000.--, montant non contesté par les parties dans le cadre de la présente procédure.

Dès juillet 1999 toutefois, ce salaire mensuel net, dans la même proportion que celui versé aux autres membres de la famille travaillant dans la société, avait été réduit à CHF 5'800.--, à la demande du J____SA, banque auprès de laquelle E____SA disposait d'une ligne de crédit commerciale et qui exigeait la réduction de sa masse salariale, dans le cadre de cette facilité financière.

Ainsi, selon un accord conclu entre E____SA et ladite banque par courrier du 14 juin 1999, contresigné par les cautions, à savoir tous les membres concernés de

la famille, dont T____ lui-même, la société s'était engagée à réduire tous les salaires de ses employés d'environ 15 % à compter du 1^{er} juillet 1999, avec la précision que cet engagement devait être « *revu au plus tard le 30 septembre 2000 sur la base du bilan au 31 décembre 1999 et perspectives pour l'année 2000* ».

Il ressort toutefois des certificats de salaire établis par E____SA pour les années 2000 à 2003, figurant au dossier, ainsi que d'une attestation du 6 octobre 2004, émanant de la fiduciaire C____, soit l'organe de contrôle de la société depuis une dizaine d'années, que T____ avait continué à recevoir, en espèces, pour ces exercices, le salaire mensuel net de CHF 5'800.-- fixé en juillet 1999, comme tous les membres concernés de la famille, conformément aux engagements pris envers le J____SA.

Le témoin D____ a confirmé, pour la fiduciaire C____, l'attestation précitée, en audience du 8 décembre 2005 devant les premiers juges, comme il a aussi confirmé que le paiement des salaires de T____ avait été inscrit à hauteur ce même montant de CHF 5'800.-- nets dans les comptes 2004 de E____SA.

Il a précisé que le précité avait « *dû accepter la baisse de son salaire* » et il a ajouté « *il a signé sa déclaration fiscale mais je ne sais pas jusqu'à quelle date il acceptait cette réduction* », tout en précisant que T____ ne lui avait jamais dit qu'il ne touchait pas de salaire.

L'une des sœurs de T____, F____, assistante de direction au sein de la société, a aussi confirmé aux premiers juges, en audience du 8 décembre 2005, qu'en 1999, tous les salaires des employés de E____SA avaient été baissés dans la même proportion, avec l'accord de chacun, et n'avaient pas été augmentés depuis, étant précisé que ces salaires avaient toujours été payés en espèces et nets de l'intégralité des charges sociales employeur et employé, chaque employé recevant un certificat de salaire en fin d'année.

Le témoin G____, psychologue, entendue le 13 octobre 2005 par les premiers juges, a déclaré avoir, du 21 janvier 1997 au 18 décembre 1997, suivi T____, qui souffrait d'un défaut de communication avec sa famille ainsi que d'un manque d'argent et qui avait déclaré au témoin ne pas recevoir de salaire, du fait que

E____SA "n'allait pas bien", qu'il ne pouvait pas partir en vacances pour ce même motif et, enfin, qu'il prélevait, dans la société, une « sorte d'argent de poche, bien qu'il était le propriétaire d'une boutique de bijoux et qu'il avait fondé E____SA avec ses frères et sœurs ».

- c) Au sujet du solde de vacances dont il réclame la contrevaletur, T____ a déclaré, en audience du 4 août 2005 devant les premiers juges, n'avoir pas pris du tout de vacances de 1996 à 1998, ainsi qu'en 2001, 2002 et 2004.

Il avait, en revanche, pris quinze jours ouvrables de congé en 1999, quarante-sept jours en 2000 et vingt-cinq jours en 2003, le reste de ses absences de son lieu de travail consistant en des voyages professionnels pour le compte de E____SA.

L'administrateur de cette dernière a, pour sa part, déclaré, devant les premiers juges lors de cette même audience, que T____ prenait régulièrement ses vacances annuelles, soit vingt jours ouvrables par année, que, de surcroît, il lui arrivait de quitter son poste de travail pendant plusieurs jours de suite sans donner de nouvelles, après des disputes familiales, et qu'enfin, il n'était pas chargé de voyager à titre professionnel pour le compte de E____SA.

F____ a déclaré, le 8 décembre 2005, que son frère n'avait dû faire aucun voyage d'affaires pour le compte de la société familiale, sauf, peut-être, à une reprise, en 1997 ou en 1998, sans en être certaine.

En outre, il prenait congé tous les jeudis, sans compter les congés de plusieurs jours qu'il s'accordait de son propre chef, après chaque dispute familiale.

Enfin, il prenait ses vacances annuelles à son gré, étant précisé qu'à cet égard, un climat de confiance régnait au sein de E____SA, chacun indiquant quand il souhaitait partir en vacances, sans que des décomptes précis ne soient établis.

Selon le témoin H____, T____ paraissait être l'un des associés de la société dans laquelle il travaillait et semblait voyager souvent pour les affaires de cette dernière, du moins selon ce que ses frères et sœurs avaient déclaré audit témoin, étant précisé que, de temps à autre, il lui avait aussi été dit que le précité était absent pour cause de vacances.

Le voisin de palier de T____, I____, a témoigné n'avoir jamais vu partir ce dernier en vacances, sauf « *peut-être une fois* ».

Il ressort enfin des copies de passeports produites par T____ que ce dernier a :

- séjourné aux Emirats Arabes Unis, du 24 janvier au 1^{er} février 1997,
- séjourné en Arménie, en septembre 1999, pendant vingt-et-un jours,
- obtenu un visa pour la Syrie, le 18 avril 2000, valable pendant trois mois et pour trois voyages, sans autres précisions,
- séjourné au Liban, du 12 au 28 septembre 2000,
- enfin, obtenu un visa pour la Syrie, le 21 août 2003, valable six mois pour un nombre « *multiple* » de voyages, sans autres précisions.

Les autres mentions figurant sur ces copies sont illisibles, car rédigées en langue étrangère et non traduites.

C. a) Par demande déposée le 7 mars 2005 devant les premiers juges, T____ a, sur les points concernant le présent appel, conclu au paiement par E____SA :

- des arriérés de salaire constitués par la différence entre le montant ramené de CHF 7'000.-- à CHF 5'800.-- nets par mois depuis juillet 1999 à décembre 2004, soit un total de CHF 79'200.--,
- des indemnités pour les vacances qu'il n'avait pas prises de 1996 à 2004, soit un solde de quatre-vingt-deux jours qui devait lui être indemnisé, compte tenu d'un salaire mensuel net de CHF 7'000.--, à raison de CHF 26'390.--.

Toutefois, en audience du 4 août 2005, il a amplifié ces dernières conclusions à hauteur de CHF 29'931.05, en considérant qu'il avait droit à l'indemnisation d'en réalité nonante-trois jours de vacances non utilisés.

b) A l'appui de ses conclusions formulées devant les premiers juges, T____ a allégué s'être toujours beaucoup investi pour l'entreprise familiale, mais que « *membre isolé de la famille, il avait toujours été « utilisé » par les membres les plus influents de cette dernière* ». En effet, il était resté longtemps célibataire, sans

enfants, contrairement aux autres membres de sa famille, qui lui avaient souvent demandé de renoncer, notamment, à prendre les vacances, dont il demandait précisément l'indemnisation.

En outre, s'il avait effectivement voyagé pendant la période visée par ses conclusions, c'était parfois aussi pour les affaires de la société et pas seulement pour des vacances, étant précisé que, pendant son délai de congé échéant au 31 décembre 2004, il n'avait pas pris son solde de jours de vacances, faute de temps, ses difficultés prévisibles sur le marché du travail, vu son âge, l'ayant incité à se mettre immédiatement à la recherche d'un nouvel emploi.

T____ a, par ailleurs, fait valoir que son employeur lui avait imposé, depuis juillet 1999, une baisse de son salaire mensuel à raison de CHF 1'200.--, que le précité avait acceptée, provisoirement et seulement parce que l'ensemble des autres salaires versés par l'entreprise avait subi le même sort.

- c) Dans ses écritures de réponse du 6 mai 2005, E____SA a conclu au rejet des conclusions du demandeur et à ce que T____ soit condamné à lui restituer la carte de laissez-passer à l'aéroport de Genève, la clef d'accès au parc de stationnement et le passe de l'immeuble sis au _____, rue _____ à Genève.

Elle a contesté devoir des jours de vacances à T____ et elle a relevé, s'agissant de la différence de salaire réclamée par le précité, avec effet rétroactif à juillet 1999, que comme ses trois frères et ses deux sœurs, il avait formellement accepté en juin 1999, à la demande du J____SA, la baisse par la société du montant de son salaire mensuel de CHF 7'000.-- à CHF 5'800.--, nets de toutes charges sociales, montant qu'il s'était vu payer mensuellement, précisément depuis juillet 1999, sans rien réclamer à cet égard jusqu'à son licenciement.

- D. Les premiers juges ont retenu, dans leur décision querellée du 27 février 2006, en substance et s'agissant des points restés litigieux devant la présente Cour d'appel, que T____ a été rémunéré jusqu'au 31 décembre 2004 à raison de CHF 5'800.-- par mois, nets de toutes charges sociales, à la suite de la baisse, dès juillet 1999, de son précédent salaire mensuel de CHF 7'000.--, nets de toutes charges sociales également.

Il a aussi été admis, dans ce premier jugement, qu'il avait clairement donné son accord à une telle réduction de salaire et qu'il avait, par la suite, régulièrement perçu ce montant réduit jusqu'à son licenciement avec effet au 31 décembre 2004, sans élever aucune réclamation, de sorte qu'il ne pouvait réclamer le paiement de la différence entre les deux montants précités de CHF 7'000.-- et CHF 5'800.--.

Il a donc été débouté de ses conclusions sur ce point.

S'agissant de l'indemnisation, en CHF 29'931.05, de ses vacances que T_____ alléguait n'avoir pas prises en nature de 1996 à 2004, les premiers juges ont retenu que ses éventuelles créances à ce titre, en tant qu'elles étaient antérieures à mars 2000, soit à un délai de cinq ans avant le dépôt de sa demande, le 7 mars 2005, étaient prescrites en application de l'article 128 alinéa 3 CO.

Au-delà du 7 mars 2005, compte tenu de ses propres déclarations en audience du 4 août 2005 devant les premiers juges, dont il ressortait qu'il avait pris, en définitive, septante-deux jours de vacances entre 2000 à 2004, période où il avait droit à un total de cent jours ouvrables de vacances, une indemnité de CHF 7'466,65.-- lui était due, qui correspondait à un solde de vingt-huit jours ouvrables de vacances non utilisés et rémunérés sur la base d'un salaire mensuel de CHF 5'800.-- nets -, étant par ailleurs admis que compte tenu de la durée de son délai de congé, soit trois mois et dix jours à compter du 20 septembre 2004, il n'avait pas pu prendre lesdits jours de vacances durant ce laps de temps, qu'il avait dû utiliser à la recherche d'un nouvel emploi.

E. a) Dans son mémoire d'appel, T_____ reprend ses explications déjà formulées devant les premiers juges.

Il fait, en outre, valoir que la validité de l'accord qu'il a effectivement donné, sans condition, à la baisse de son salaire dès juillet 1999, a été retenue, à tort pour une durée illimitée, par les premiers juges, contrairement à la teneur du courrier qu'il avait contresigné, le 14 juin 1999, comme tous les membres de la famille, et dont

il ressortait que la situation de l'intimée devait être revue le 30 septembre 2000 au plus tard au vu de ses comptes.

Eu égard toutefois à cette échéance, il réduit en conséquence ses conclusions en paiement de la différence de salaire réclamée, à la seule période s'étendant du 1^{er} octobre 2000 - et non plus du 1^{er} juillet 1999 - au 31 décembre 2004, soit un total réclamé de CHF 61'200.--, avec intérêts à 5 % dès le 31 décembre 2004.

S'agissant de l'indemnisation des jours de vacances qu'il n'a pas pris en nature pendant la durée de son contrat de travail, il conteste la prescription de ses créances, à ce titre, nées antérieurement à mars 2000.

- b) Dans ses écritures de réponse à l'appel, E____SA persiste dans les explications données par son administrateur aux premiers juges, en audience du 8 décembre 2005.

Elle se réfère, en outre et en substance, aux considérants des premiers juges au sujet de la différence de salaire réclamée par T____, de même qu'à ceux relatifs à la prescription des éventuelles créances de ce dernier, antérieures à mars 2000, à titre d'indemnités de vacances.

Elle soutient, de plus, que les trois jours écoulés entre le départ de ce dernier de son poste de travail, le 17 septembre 2004, et son licenciement, le 20 septembre 2004, doivent, vu l'absence de justes motifs au départ précité, être déduits du solde de vacances qu'elle ne conteste pas devoir à T____ mais qu'il aurait dû, comme il en a eu le temps, utiliser pendant son délai de congé échéant au 31 décembre 2004, de sorte que E____SA est libérée de ses obligations à cet égard.

Elle demande, pour le surplus, la réouverture des enquêtes sur le caractère, allégué comme abrupt et sans juste motif, du départ de son poste de travail par T____, le 17 septembre 2004.

- F. a) Entendu sur ce point par la Cour de céans, le 8 décembre 2006, le témoin K____a déclaré être un ami de longue date de toute la famille et avoir eu connaissance du

présent conflit par T_____ lui-même, qui en avait parlé audit témoin à l'époque de son licenciement.

K_____ a précisé avoir été surpris par ce licenciement - dont il ne connaissait pas les détails - car il avait toujours pensé que le précité était l'un des propriétaires de E_____SA, l'ayant souvent vu, en général le samedi, à la boutique de la rue du Rhône, toujours en compagnie de l'un ou plusieurs de ses frères et sœurs.

Le témoin n'a toutefois pu apporter aucune information au sujet des circonstances dudit licenciement ni du régime de vacances de T_____ et des modalités d'utilisation par ce dernier desdites vacances au cours de ses années d'activités pour E_____SA.

- b) A l'issue de cette audition, la cause a été gardée à juger par la Cour de céans, les parties ayant persisté à nouveau dans leurs conclusions respectives.

EN DROIT

1. Interjeté dans le délai et suivant la forme prescrite, tant l'appel principal que l'appel incident sont recevables.
2. Les parties ne remettent pas en cause les compétences *ratione materiae* et *ratione loci* de la Juridiction genevoise des prud'hommes, la présente Cour se référant aux considérants du jugement attaqué, qu'elle entend faire siens à ce sujet, tout en rappelant que sa cognition est complète.
3. Selon l'article 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Pour toutes les prétentions relevant du droit privé fédéral, l'article 8 CC répartit le fardeau de la preuve, auquel correspond en principe le fardeau de l'allégation, et les conséquences de l'absence de preuve ou d'allégation (ATF 127 III 519, consid. 2a, et les références citées; Hohl, Procédure civile, tome I, n. 786 ss). On fonde également sur cette disposition le droit à la preuve, c'est-à-dire la faculté pour une partie d'être

admise à apporter la preuve de ses allégués dans les procès civils (ATF du 18 juillet 2003 en la cause 4C.64/2003; ATF 114 II 289, consid. 2a).

4. L'appelant réclame à l'intimée la somme de CHF 61'200.--, avec intérêts à 5 % dès le 31 décembre 2004, au titre de la différence entre les salaires mensuels en CHF 5'800.-- nets, reçus du 1^{er} octobre 2000 au 31 décembre 2004 - date non contestée de l'échéance de son contrat de travail -, et ceux qu'il estime lui avoir été dus pour cette période, en CHF 7'000.-- nets.

- 4.1. L'article 322 al. 1^{er} CO prévoit que l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective.

Cette rémunération obéit, si elle est convenue entre les parties au contrat, au principe de la liberté contractuelle. Le montant du salaire ainsi fixé fait foi et sa fixation n'est soumise à aucune exigence de forme, de sorte que ce salaire peut être convenue oralement ou par actes concluants (Wylser, Droit du travail, 2002, p. 125 et ss).

- 4.2. En l'espèce, l'appelant a bien été engagé, le 1^{er} juillet 1995, en qualité de délégué commercial, moyennant un salaire mensuel de CHF 7'000.--, nets de toute charge sociale.

Il est aussi établi, au vu des pièces et des déclarations figurant au dossier, que ce salaire a été réduit, tout comme celui des autres membres de la famille travaillant dans la société, à CHF 5'800.-- nets par mois s'agissant de l'appelant, cela à compter du 1^{er} juillet 1999.

Cette réduction faisait suite à l'engagement de E____SA envers J____SA, de réduire sa masse salariale contre le maintien des conditions financières qui lui étaient consenties par cette banque.

Cet engagement ressort d'un courrier du 14 juin 1999, contresigné, pour accord, notamment par l'appelant lui-même, qui précisait que ledit engagement serait *« revu au plus tard le 30 septembre 2000 sur la base du bilan au 31 décembre 1999 et perspectives pour l'année 2000 »*.

Ne figure toutefois au dossier aucun élément de preuve permettant d'admettre que cet engagement - et partant le consentement donné par les employés de l'intimée, dont l'appelant, à la baisse consécutive de leurs salaires dès juillet 1999 - aurait été révoqué, revu ou même, simplement remis en question, à cette échéance précitée du 30 septembre 2000 ou à une autre date avant la résiliation du contrat de travail de l'appelant au 31 décembre 2004.

Au contraire, les certificats de salaire de ce dernier, pour les années 2000 à 2003, ainsi que l'attestation de l'organe de contrôle de l'intimée, du 6 octobre 2004, confirmée devant les premiers juges par son auteur, le témoin D____, établissent que l'appelant a continué à encaisser régulièrement, même après le 30 septembre 2000, chaque mois, en espèces, et cela jusqu'au 31 décembre 2004, le salaire, net de charges sociales, de CHF 5'800.--, qu'il avait accepté à compter du 1^{er} juillet 1999.

Le témoin D____ a également confirmé que l'appelant ne s'était jamais plaint auprès de lui au sujet du montant de son salaire.

Il est relevé, à cet égard, que ce dernier n'a déposé aucune pièce ni fait citer aucun témoin permettant d'établir qu'il avait élevé une quelconque réclamation auprès de l'intimée, pendant les années qui ont suivi son consentement à la baisse de son salaire sus-évoquée, en vue de revenir à sa rémunération d'origine en CHF 7'000.-- nets par mois, ni que son accord précité serait devenu caduc dès le 1^{er} octobre 2000, faits qu'il a allégués et qu'il lui incombait de prouver en tant que l'intimée les contestait.

Partant, il y a lieu de retenir, avec les premiers juges, d'une part, que les parties ont bien, en juin 1999, réciproquement et d'une manière concordante au sens de l'article 322 al. 1^{er} CO, manifesté leur volonté de réduire le salaire de l'appelant à CHF 5'800.-- et, d'autre part, que cet accord n'a jamais été remis en question - et, a fortiori, révoqué - pendant toute la durée ultérieure de leurs rapports de travail.

L'appelant ne peut dès lors prétendre au versement de la différence de salaire réclamée, qui ne lui est pas due pour la période d'octobre 2000 à décembre 2004,

de sorte qu'il sera débouté de ses conclusions en appel sur ce point et que le premier jugement sera confirmé en conséquence.

5. L'appelant réclame à l'intimée la somme de CHF 29'931.05 à titre d'indemnité pour les jours de vacances qu'il n'a pas pris en nature, de 1996 au 31 décembre 2004.
- 5.1. L'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, au moins quatre semaines de vacances (art. 329a al. 1^{er} CO).

Ce droit aux vacances se prescrit par 5 ans, de sorte que le travailleur peut exiger, aussi longtemps qu'elles ne sont pas prescrites dans ce délai, que l'employeur lui accorde les vacances qu'il n'a pas prises durant les années de service précédentes (art. 128 ch. 3 et 329c al. 1 CO).

En outre, si le travailleur n'a pas pu prendre ses vacances, sans qu'il n'en soit responsable, pendant la durée du contrat de travail, il peut réclamer son droit aux vacances correspondant, au moins jusqu'à l'expiration du délai de 5 ans prévu par l'article 128 ch. 3 CO, le délai de prescription commençant à courir dès l'exigibilité de ce droit aux vacances, soit au plus tard à la fin de l'année civile au cours de laquelle il est né.

La créance pour les vacances dues, mais qui n'ont pas encore été prises en nature, devient exigible à la résiliation des rapports de travail et elle est convertie en espèces, en application de l'article 329d al. 1 CO; toutefois, cette conversion ne modifie pas la prescriptibilité dudit droit aux vacances, de sorte que, lorsque la prescription des vacances a commencé à courir, le temps couru est pris en compte dans le calcul du délai de prescription, nonobstant la conversion intervenue (Wylér, op. cit. supra p. 266).

Enfin, lorsque le nombre de jours de vacances effectivement pris en nature ne peut pas être établi avec une absolue certitude, le juge peut faire application analogique de l'article 42 al. 2 CO, soit déterminer équitablement ce nombre de jours en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée (ATF 128 III 271, consid. 2b = JdT 2003 I, p. 606).

Pour le surplus, l'obligation de fidélité du travailleur libéré de son obligation de prêter lui commande de prendre ses vacances durant son délai de congé, étant toutefois précisé que lorsque ce délai est inférieur à deux ou trois mois,

l'impossibilité pour le travailleur de bénéficier de ses vacances est présumée, la loi imposant à l'employeur d'accorder au travailleur le temps nécessaire pour chercher un autre emploi (ATF 128 III 271 = JdT 2003 I, p. 606; ATF 117 II 270; art. 329 al. 3 CO).

Une telle recherche d'emploi étant incompatible avec des vacances, il y a lieu d'examiner dans chaque cas, au vu de circonstances telles que la durée du délai de congé, la difficulté potentielle à trouver un nouveau travail et le solde de jours de vacances encore à prendre, si l'employeur pouvait exiger que les vacances dues fussent prises pendant le délai de congé ou s'il devait les payer, en espèces, au travailleur, après la fin des rapports de travail (Cerottini, Le droit aux vacances, 2001, pp. 296 ss).

- 5.2.** En l'espèce, il n'est pas contesté que l'appelant avait le droit, pendant les rapports de travail entre les parties, à vingt jours de vacances par année de service, qui s'étendait du 1^{er} juillet au 30 juin de chaque année, cela à compter du 1^{er} juillet 1995, date de son engagement par l'intimée.

Les parties divergent, en revanche, sur le nombre de jours de vacances auquel avait encore droit l'intimé au 31 décembre 2004, date de la fin des rapports de travail, l'appelant alléguant n'avoir pas pris en nature tous les jours de vacances qui lui étaient dus avant cette échéance.

Il ressort, à cet égard, des pièces pertinentes du dossier, soit des copies des passeports de l'appelant, que ce dernier s'est effectivement absenté aux Emirats Arabes Unis, du 24 janvier au 1^{er} février 1997, en Arménie, pendant vingt-et-un jours en septembre 1999 et au Liban, du 12 au 28 septembre 2000.

L'appelant a, par ailleurs, lui-même admis devant les premiers juges, que s'il n'avait pris aucun congé de 1996 à 1998, ainsi qu'en 2001, 2002 et 2004, il avait, en revanche, pris quinze jours ouvrables de vacances en 1999, quarante-sept jours en 2000 et vingt-cinq jours en 2003, le reste de ses absences de son lieu de travail consistant en des voyages professionnels pour le compte de l'intimée.

L'administrateur de cette dernière a, au contraire, déclaré que l'appelant prenait régulièrement ses vingt jours ouvrables de vacances chaque année, qu'il lui

arrivait de quitter son poste de travail pendant plusieurs jours de suite sans donner de nouvelles, après des disputes familiales, et qu'il n'était pas chargé de voyager à titre professionnel pour le compte de l'entreprise.

F____, travaillant également dans l'entreprise familiale, a confirmé ce qui précède, sauf peut-être s'agissant du fait que son frère avait tout de même fait un voyage pour le compte de l'entreprise, en 1997 ou 1998; elle a précisé qu'il prenait aussi congé tous les jeudis et qu'il avait le loisir de décider à quel moment, dans l'année concernée, il voulait prendre ses vacances annuelles, vu le climat de confiance régnant à cet égard au sein de l'entreprise, déclarations que l'appelant n'a pas contestées.

Le témoin H____ a confirmé que l'appelant voyageait aussi bien pour ses vacances que pour le compte de l'intimée, selon ce que ses frères et sœurs avaient déclaré audit témoin, alors que le témoin I____, voisin de palier de l'appelant, a déclaré ne l'avoir jamais vu partir en vacances, sauf une fois peut-être.

Il ressort des faits de la cause, examinés à la lumière des principes juridiques rappelés sous ch. 5.1. ci-dessus, que l'appelant n'a pas établi, par pièces ou par témoins, qu'il avait, conformément au système prévu par l'article 329c al. 1 CO, exigé de l'intimée, à un moment quelconque de leurs rapports de travail, le droit d'utiliser les jours de vacances annuelles qu'il n'avait pas pris, cas échéant, pendant ses cinq années de service précédentes.

Il en découle que l'appelant n'est plus fondé à réclamer aujourd'hui que les jours de vacances dus pour les cinq années précédant la date de la fin des rapports de travail, le 31 décembre 2004, étant rappelé que le délai légal de prescription de cinq ans a commencé à courir dès la fin de l'année civile 1999, soit le 1^{er} janvier 2000 et que les créances, cas échéant, de l'appelant, pour les vacances antérieures à cette dernière date, sont prescrites.

Plus précisément, l'appelant a droit, aujourd'hui, à fonder sa créance en indemnisation de ses jours ouvrables de vacances non utilisés en nature pendant les rapports de travail entre les parties, sur un total de cent jours non prescrits, pour la période du 1^{er} janvier 2000 au 31 décembre 2004 (dix jours du 1^{er} janvier

2000 au 30 juin 2000; vingt jours du 1^{er} juillet 2000 au 30 juin 2001; vingt jours du 1^{er} juillet 2001 au 30 juin 2002; vingt jours du 1^{er} juillet 2002 au 30 juin 2003; vingt jours du 1^{er} juillet 2003 au 30 juin 2004; dix jours du 1^{er} juillet 2004 au 31 décembre 2004).

Reste encore à déterminer combien de jours de vacances l'appelant a effectivement pris en nature pendant les périodes annuelles précitées, pour établir s'il a encore droit à l'indemnisation, en espèces, à la suite de la fin des rapports de travail entre les parties, de jours non utilisés et non prescrits.

A cet égard, il y a lieu de relever, tout d'abord, que l'intimée n'a pas démontré, par les déclarations du témoin K____, cité à ces fins devant la Cour de céans, ses allégués au sujet du départ de l'appelant, décrit comme abrupt et sans justes motifs, de son poste de travail, le 17 septembre 2004, de sorte que les trois jours écoulés entre cette date et son licenciement, le 20 septembre 2004, ne peuvent être déduits du solde de vacances dû à l'appelant, cas échéant.

Ensuite, il ressort des déclarations de ce dernier devant les premiers juges que, pendant la période non prescrite, il n'avait pas pris du tout de vacances en 2001, 2002 et 2004, alors qu'il avait, en revanche, pris quarante-sept jours ouvrables de vacances en 2000 et vingt-cinq jours ouvrables en 2003, ces indications n'étant pas contredites par les visas figurant sur ses passeports.

Toutefois, ces déclarations ont été contestées par celles de l'administrateur de l'intimée, ayant certifié que l'appelant avait régulièrement pris ses vingt jours de vacances annuelles pendant les années correspondantes et que, de surcroît, il lui arrivait de quitter son poste de travail pendant plusieurs jours de suite, circonstances confirmées par la sœur de l'appelant, qui a aussi relevé le rapport de confiance régnant au sien de l'entreprise quant au moment dans l'année où chacun choisissait de prendre ses vacances.

Il ressort de ce qui précède qu'au vu de l'absence d'éléments de faits suffisamment complets au dossier, la Cour de céans doit faire application, en l'espèce, des principes découlant de l'art. 42 al. 2 CO, soit déterminer équitablement le nombre de jours ouvrables de vacances dus, cas échéant, en

considération du cours ordinaires des choses et des mesures prises par la partie lésée.

Ainsi, dans le cadre de l'art. 42 al. 2 CO, il peut être admis, d'une part, vu le cours ordinaire des choses dans une entreprise commerciale et le rapport de confiance existant au sujet des vacances au sein de l'intimée, et, d'autre part, compte tenu du fait que l'appelant avait droit à vingt jours ouvrables de vacances en 2000, alors qu'il en a pris quarante-sept, soit vingt-sept jours de trop - sans démontrer avoir demandé, au préalable, à récupérer des jours non utilisés pendant les années précédentes, correspondant à ces vingt-sept jours excédentaires -, que ces jours pris en trop correspondaient aux vingt jours ouvrables de vacances de 2001, pris en avance, ainsi qu'à sept jours ouvrables sur les vacances dues en 2002, de sorte que pour cette année 2002, sont encore dus à l'appelant, treize jours ouvrables de vacances.

De la même manière, on peut admettre que l'appelant a, en prenant vingt-cinq jours ouvrables de vacances en 2003, utilisé intégralement ses droits pour cette année, ainsi que cinq jours des vacances dues dès le 1^{er} juillet 2004, mais prises en avance, de sorte que lui reste encore dû cinq jours de vacances pour la période du 1^{er} juillet 2004 au 31 décembre 2004.

Ainsi, en définitive, l'appelant avait encore droit, à cette dernière date, à prendre un total de vingt-huit jours ouvrables de vacances non prescrits, dont l'intimée n'a, de son côté, pas démontré qu'il avait été en mesure d'utiliser lesdits jours de vacances pendant son délai de congé de trois mois et dix jours.

Il peut donc être admis, à cet égard, que l'appelant a bien eu besoin de tout ce délai de congé pour chercher un nouvel emploi, eu égard aux circonstances difficiles qu'il a dû affronter, vu son âge et l'état du marché du travail, conformément à ce que les premiers juges ont, à raison, retenu et qui sera confirmé.

Dès lors, l'intimée sera condamnée au paiement à l'appelant d'une indemnité de CHF 7'467.-- (CHF 5'800.-- ÷ 21.75 × 28) avec intérêts à 5 % dès le 30 septembre 2002 (date moyenne entre le 1^{er} juillet 2000 et le 31 décembre 2004).

6. A teneur de l'article 339a al. 1^{er} CO, au moment où le contrat prend fin, les parties se rendent tout ce qu'elles se sont remis pour la durée du contrat, de même que tout ce que l'une pourrait avoir reçu de tiers pour le compte de l'autre.

En l'espèce, l'appelant sera condamné à restituer la carte de laissez-passer à l'aéroport de Genève, la clé d'accès au parc de stationnement et le passe de l'immeuble, sis au ____, rue ____ à Genève, qui sont en sa possession, à l'intimée, conclusions de cette dernière sur lesquelles les premiers juges n'ont pas statué, mais qui n'ont été contestées ni devant eux ni devant la présente Cour, de sorte que ces conclusions seront accordées à l'intimée, sans autre discussion.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 3,

A la forme :

- Reçoit l'appel interjeté par T____ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes, rendu le 27 février 2006, dans la cause C/5656/2005-3 et l'appel incident formé par E____SA contre ledit jugement.

Au fond :

- Confirme le jugement précité, en tant qu'il condamne E____SA à verser à T____ la somme de CHF 7'467.-- avec intérêts à 5 % dès le 30 septembre 2002 et qu'il invite E____SA à verser aux institutions concernées les charges sociales, parts employeur et salarié, afférentes au montant précité.
- Condamne, par ailleurs, T____ à restituer immédiatement à E____SA les objets appartenant à cette dernière, soit la carte de laissez-passer à l'aéroport de Genève, la clé d'accès au parc de stationnement et le passe de l'immeuble, sis ____, rue ____ à Genève.
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente