

## **GE\_GERICHTE CAPH/101/2005 vom 10. Mai 2005**

GE Cour de justice, 2005-05-10, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_101\\_2005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_101_2005)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/101/2005 du 10 mai 2005

IT: GE\_GERICHTE CAPH/101/2005 del 10 maggio 2005

### **Regeste**

Résumé: T, d'origine camerounaise, est engagé par la banque E en qualité de stagiaire, par un contrat temporaire qui est renouvelé plusieurs fois. Cette succession de contrats temporaires est justifiée par les impératifs du droit des étrangers. E dépose pour T une demande de permis de séjour de 12 mois, renouvelable. Cette autorisation lie E, notamment en matière de salaire, mais non quant à la durée du contrat de travail; il est par ailleurs établi que le contrat était de durée indéterminée. Le fait que T n'ait pas pu travailler dans le poste envisagé, à cause d'une décision de la maison mère, et ait travaillé à un taux d'activité inférieur n'y change rien; E doit le salaire convenu administrativement. Il n'y a pas d'abus de droit du fait que T n'a pas protesté en recevant le salaire inférieur. Le remplacement du terme "data base" par celui d'"unit" dans le certificat de travail ne peut causer aucun tort à T et n'a aucune conséquence. Cette conclusion en modification du certificat de travail est donc dépourvue d'intérêt juridique et à la limite de l'abus de procédure.

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

\* COUR D'APPEL \*

n'était pas fondé à réclamer sur celui-ci la mention d'un poste qui n'avait finalement pas été créé.

C. E \_\_\_\_\_ SA interjette appel contre cette décision par acte déposé le 10 août 2004 au greffe de la juridiction des prud'hommes. Elle conclut au déboutement intégral des prétentions du travailleur, considérant d'une part que le salaire et la durée du temps de travail n'avaient pas à être conformes aux termes de l'autorisation de travail, celle-ci ne liant les parties que pour autant que le travail accompli corresponde à l'emploi concerné par ladite autorisation, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, et, d'autre part, que T \_\_\_\_\_ pouvait prendre ses vacances entre le 31 juillet 2002, date à laquelle il avait été libéré de son obligation de travailler, et le 30 septembre suivant, date de la fin des rapports de travail.

T \_\_\_\_\_ a formé un appel incident. Il conclut à la confirmation du jugement entrepris et à la condamnation de la Banque au paiement de 37'500 fr., plus intérêts à 5% dès le 30 septembre 2002, à titre d'indemnité pour licenciement abusif, et 12'500 à titre de salaire brut pour les mois d'octobre et novembre 2002, au motif que le contrat ne pouvait être résilié avant l'échéance de l'autorisation de travail; il conclut également à la délivrance d'un certificat de travail mentionnant la fonction d'« assistant project manager » qu'il affirme avoir occupée.

La Banque conclut au rejet de l'appel incident.

Devant la Cour, les parties ont confirmé les développements présentés à l'occasion de leurs diverses écritures en première instance et en appel, T\_\_\_\_\_ insistant sur la duplicité de la Banque, qui a présenté le 27 avril 2001 une demande de permis de séjour avec prise d'emploi sur la base d'un formulaire daté du 16 janvier 2001 alors qu'elle avait appris entre-temps que sa direction étrangère refusait la création du poste de travail correspondant.

L'argumentation des parties sera reprise ci-après dans la mesure utile.

D. Il résulte de ce qui suit de la procédure :

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/6321/2003-4

### **E. 3.1**

Selon l'art. 334 al. 1 CO, le contrat de travail de durée déterminée se définit comme celui qui prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner le congé. La durée déterminée du contrat résulte de la loi, de la nature du contrat ou de la convention des parties. Lorsque les parties concluent un contrat de travail d'une durée minimale pendant laquelle le contrat ne peut être résilié, suivi d'une période où le contrat peut faire l'objet d'une résiliation ordinaire, on considère que, pendant cette durée minimale, le contrat déploie les effets propres au contrat de durée déterminée (cf. ATF 110 II 167). La caractéristique principale d'un tel contrat est que les parties ne peuvent pas mettre fin aux rapports de travail, sauf si celle qui en prend l'initiative possède un juste motif de résiliation immédiate (Staehelin, Commentaire zurichois, N 17 ad art. 334 CO; Brunner/ Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3e éd. Lausanne 2004, N 4 ad art. 334 CO; Wyler, Droit du travail, Berne 2002, p. 323).

La loi ne définit pas le contrat de travail de durée indéterminée. Le contrat de durée indéterminée est celui qui n'est pas conclu pour une durée déterminée au sens de l'art. 334 al. 1 CO, de sorte qu'une résiliation est nécessaire pour mettre fin aux rapports de travail (Wyler, op. cit., p. 325).

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/6321/2003-4

### **E. 3.2**

En l'espèce, T\_\_\_\_\_ considère qu'il était au bénéfice d'un contrat de travail temporaire de longue durée, celle-ci étant uniquement limitée par la durée stipulée dans l'autorisation de travail. Le caractère temporaire de son emploi est selon lui souligné par son exclusion de la distribution de bonus. Il déduit de ces éléments que son contrat est de durée déterminée. Cette appréciation ne se retrouve toutefois dans aucun document. Elle est au contraire contredite par les termes employés par les parties. Ainsi, les contrats reconduits en 2001 mentionnent expressément, par deux fois, une durée indéterminée (cf. supra ad e. et i.) ; de même, la demande de permis de travail stipulait une durée de 12 mois, renouvelable, ce qui suppose la volonté de se lier sur le long terme, sans prévoir la fin des relations de travail. Tous ces éléments attestent de la réelle intention des parties de poursuivre leur collaboration sans en estimer a priori la fin. Nul document liant les parties ne prévoit de durée minimale pendant laquelle le contrat ne peut être résilié. De fait, le recours en l'espèce à des engagements temporaires successifs était la conséquence naturelle des impératifs relevant du statut de l'employé au regard du droit des étudiants et des étrangers,

sans relation avec une quelconque volonté de restreindre la durée des relations de travail. C'est en conséquence à juste titre que les premiers juges ont considéré que le contrat unissant les parties était de durée indéterminée.

4. La Banque considère que les circonstances liées à sa direction étrangère l'ont conduite à offrir à T\_\_\_\_\_ un autre emploi que celui qu'elle avait sollicité pour lui auprès de l'Office cantonal des étrangers ; en conséquence, elle n'était plus tenue par les conditions salariales qu'elle avait proposées, implicitement contenues dans l'autorisation de travail délivrée. Selon elle, ces conditions étaient désormais celles convenues directement entre les parties. T\_\_\_\_\_, suivi par le tribunal, pense au contraire que les conditions salariales sont régies par l'autorisation délivrée et que la Banque ne peut s'en éloigner.

#### **E. 4**

\* COUR D'APPEL \*

a. E\_\_\_\_\_ SA (ci-après : E\_\_\_\_\_ ou la Banque), est une société anonyme de droit suisse inscrite au Registre du commerce de Genève, dont le but social est l'exploitation d'une banque principalement active dans le domaine de la gestion de fortune.

b. T\_\_\_\_\_, d'origine camerounaise né le 16 mai 1974, est arrivé à Genève en mars 1999. Dès la rentrée 1999, il s'est inscrit à la faculté de H\_\_\_\_\_ (ci- après : H) pour y effectuer un master, au bénéfice d'un permis B d'étudiant valable jusqu'à fin novembre 2001.

c. Le 8 juillet 2000, T\_\_\_\_\_ a été engagé par E\_\_\_\_\_, pour un stage de trois mois, le terme du contrat étant prévu pour le 13 octobre 2000. Ce contrat prévoyait la possibilité d'un renouvellement (« might be extended »). T\_\_\_\_\_ avait pour tâche d'effectuer une étude des offres de la concurrence de E\_\_\_\_\_ dans certains domaines bancaires, pour un salaire mensuel brut de 3'500 fr.

Ce contrat de travail a d'abord été renouvelé jusqu'au 22 octobre 2000 puis jusqu'au 15 décembre 2000, étant précisé que T\_\_\_\_\_ a alors travaillé à raison de 50% pour un salaire mensuel brut de 2'100 fr.

A cette époque, la directrice générale de la Banque, A\_\_\_\_\_ se montrait satisfaite du travail fourni par T\_\_\_\_\_.

d. En novembre 2000, E\_\_\_\_\_, à l'initiative de A\_\_\_\_\_, a souhaité créer une nouvelle unité dénommée « competitive intelligence unit » (ci-après : CIU) et engager T\_\_\_\_\_ à plein temps en qualité de « assistant project manager » afin de s'occuper de cette unité, qui devait être chargée d'étudier les produits offerts par les banques concurrentes.

Pour créer cette unité, la Banque devait obtenir l'aval de la direction de New York et/ou de Londres; elle a aussitôt entrepris des démarches en ce sens.

B\_\_\_\_\_ a informé T\_\_\_\_\_ le 12 décembre 2000 que New York avait

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/6321/2003-4

#### **E. 4.1**

L'autorisation de travailler a été accordée sans mention de conditions spécifiques, mais en référence expresse à la demande formulée par la Banque. Celle-ci stipulait un salaire annuel brut de 75'000 fr. à raison de 40 heures par semaine. Dans la mesure où la Banque voudrait donner à l'autorisation administrative un autre contenu, elle s'écarte de ses propres affirmations, ce qui

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/6321/2003-4

#### **E. 4.2**

En conséquence, l'accord différent conclu entre les parties, qu'invoque la Banque, est sans effet juridique et il n'y a pas de place ici pour une application de l'art. 18 al. 1 CO (arrêts précités dans les causes 4C.249/2000 et 4C.448/1996).

Le juge civil est lié par les conditions de rémunération fixées concrètement dans l'autorisation administrative délivrée pour un emploi donné (ATF 122 III 110 consid. 4d p. 115 et les références). Dès lors que la décision administrative est entrée en force, le travailleur a droit au salaire fixé et il n'y a plus à prendre en considération ni un accord individuel, ni une convention collective (art. 361 al. 2 CO).

Il n'appartient pas au juge civil de se substituer à l'autorité administrative ou à son

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/6321/2003-4

#### **E. 4.3**

S'il fallait comprendre des écritures de la Banque qu'elle soutient que l'employé commet un abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC, dès lors que, pendant toute la durée des rapports de travail, il n'a jamais élevé de protestation en rapport avec son salaire et accepté sans réserve un salaire fixe inférieur pour un taux d'occupation différent, il conviendrait d'observer ce qui suit.

L'argument tiré de l'interdiction de l'abus de droit ne peut être invoqué que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles. L'art. 341 al. 1 CO exclut, pendant la durée du contrat, une renonciation de la part du travailleur pour les créances fondées sur une norme impérative. Il est vrai que l'art. 322 CO traitant de l'obligation pour l'employeur de verser le salaire ne figure pas parmi ces normes impératives, de sorte que, durant les relations contractuelles, le salaire peut être diminué par un accord des parties. Néanmoins, il en va autrement lorsque la rémunération a été fixée par l'autorité administrative sur la base d'une disposition tombant sous le coup de l'art. 342 al. 2 CO telle que l'art. 9 OLE. Dans ce cas, l'applicabilité de l'art. 341 al. 1 CO ne prête pas à discussion. En effet selon une jurisprudence bien établie, il serait contraire à l'esprit de la loi de priver le travailleur par le biais de l'art. 2 al. 2 CC de la protection que lui assure l'art. 341 al. 1 CO. A plus forte raison cette jurisprudence est-elle de mise à l'égard des travailleurs étrangers, tant il est vrai que la protection accordée par l'art. 9 OLE en liaison avec l'art. 342 al. 2 CO est bien souvent illusoire, compte tenu de leur

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/6321/2003-4

#### **E. 5**

**\* COUR D'APPEL \***

donné un préavis favorable à la création d'une « competitive intelligence unit ». A l'inverse, Londres n'a jamais accepté la création de ce poste (cf. déclaration B\_\_\_\_\_ du 25.09.03).

e. En comparution personnelle, la Banque a indiqué que, dès janvier ou février 2001, la direction du groupe avait décidé un gel des engagements, lequel avait, sauf erreur, été communiqué à Genève par un e-mail.

f. L'engagement de T\_\_\_\_\_ a été à nouveau prolongé le 16 janvier 2001, jusqu'au 15 avril suivant, moyennant une activité à 50% et un salaire mensuel de 2'100 fr. Le 20 avril 2001, les parties ont convenu une nouvelle extension à compter du 17 avril 2001, pour une période indéterminée, la rémunération de l'employé étant dorénavant fixée à 30 fr. brut de l'heure, vacances comprises.

T\_\_\_\_\_ considère que ces modifications ne reflétaient pas sa volonté, mais il admet avoir néanmoins donné son accord car il s'était senti obligé de les accepter.

g. Parallèlement aux démarches accomplies à Londres et à New-York pour la création du CIU, E\_\_\_\_\_ est intervenue le 27 avril 2001 auprès de l'Office cantonal de la population, via son avocat, afin d'obtenir un permis de séjour avec prise d'emploi pour T\_\_\_\_\_. Il s'agissait de confier à T\_\_\_\_\_ un poste d' « Assistant Project Manager » pour une durée de 12 mois (renouvelable) afin d'assurer la gestion et le développement d'une base de données comparatives (CIU), et de le former aux divers produits financiers servis par la banque. Le formulaire de demande, daté du 16 janvier 2001 et rédigé par la Banque (cf. déclaration C\_\_\_\_\_ du 25.09.03) mentionne un horaire de travail hebdomadaire de 40 heures pour un salaire annuel brut de 75'000 fr.

h. Par recommandé du 15 mai 2001, l'Office fédéral des étrangers a autorisé T\_\_\_\_\_ à demeurer sur le territoire suisse pour une durée de 18 mois et à travailler en qualité de « Assistant Project Manager » pour E\_\_\_\_\_. Cette décision ne mentionne ni le temps de travail de l'employé, ni sa rémunération et ne fixe aucune condition particulière.

T\_\_\_\_\_ a en conséquence été mis au bénéfice d'un permis L délivré par l'Office cantonal de la population le 9 août 2001, valable jusqu'au 14 novembre 2002, le but du séjour étant ainsi libellé :

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/6321/2003-4

**E. 5.1**

Selon le principe posé à l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. Ce droit fondamental de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO).

**E. 5.2**

L'appelant sollicite le paiement de son salaire jusqu'à la fin des rapports de travail ainsi que 37'500 fr. à titre d'indemnité pour résiliation abusive de son contrat de travail.

**E. 5.3**

Ces prétentions sont manifestement infondées.

Il a été établi que le contrat d'espèce était de durée indéterminée. L'autorisation administrative n'est pas contraignante au sujet de la durée ; néanmoins, elle est toujours accordée pour une durée limitée, mais reste sujette à renouvellement. Ces contingences strictement administratives n'affectent en rien la nature du contrat de travail. Cela ressort d'ailleurs du présent dossier, puisque l'employeur a d'emblée annoncé que la durée d'autorisation sollicitée (12 mois) était renouvelable et que l'Autorité a de son propre chef fixé la validité de sa décision à 18 mois. Il sera encore rappelé que la durée des rapports de travail n'est pas impérative au sens de l'art. 341 CO.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/6321/2003-4

#### **E. 5.4**

T\_\_\_\_\_ persiste néanmoins à solliciter une indemnité pour résiliation immédiate. Ce cas de figure n'étant pas réalisé, son déboutement à ce sujet doit être confirmé sans autre motivation.

6. La Banque conteste devoir à son employé ses vacances non prises au motif qu'il avait l'occasion de les prendre aux mois d'août et septembre 2002, de sorte que les premiers juges auraient violé l'art. 329d CO en lui accordant le paiement sollicité à ce titre.

#### **E. 6**

\* COUR D'APPEL \*

« séjour temporaire. Stagiaire. E\_\_\_\_\_ SA ».

i. Le 22 juin 2001, à la demande de T\_\_\_\_\_ qui souhaitait des éclaircissements sur sa situation auprès des autorités suisses et de son employeur, un entretien a eu lieu entre lui-même, C\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_.

A cette occasion, la Banque a annoncé à T\_\_\_\_\_ que son permis de travail venait d'arriver. La décision de l'Office fédéral des étrangers lui a été présentée, mais pas la requête qui la fondait. C\_\_\_\_\_, représentant la Banque, a affirmé qu'entre le 15 mai et le 22 juin, E\_\_\_\_\_ avait entrepris tous les efforts auprès du siège pour obtenir la création du poste tel que prévu au départ.

A la fin de cet entretien, T\_\_\_\_\_ a décidé de poursuivre ses études. Il n'est pas clairement établi que le temps d'occupation de 70% a été arrêté d'un commun accord. Chacun affirme que cette décision a été prise dans le respect des désirs de l'autre. Il n'est toutefois pas contesté que tel fut le taux d'occupation réel de l'employé.

j. Un nouveau contrat de travail écrit de durée indéterminée a été établi le 29 juin 2001 entre E\_\_\_\_\_ et T\_\_\_\_\_ pour une activité à 70% et un salaire mensuel brut de 3'350 fr. Il était noté sur le contrat qu'en cas d'acceptation, il rétroagissait au 17 avril 2001, les conditions antérieures subsistant. T\_\_\_\_\_ n'a pas signé ce contrat, mais il n'en a pas contesté les termes.

k. Selon un mémorandum interne du 7 août 2001, la Banque a confirmé à T\_\_\_\_\_ qu'il bénéficiait du titre de « Assistant Project Manager » depuis le 1er juillet 2001. Son supérieur hiérarchique, B\_\_\_\_\_, a précisé lors des enquêtes que T\_\_\_\_\_ avait bien travaillé en sa qualité, elle-même étant « Project Manager » et qu'un tel engagement était compatible avec un statut de temporaire. Selon elle, T\_\_\_\_\_ a accompli les tâches

relevant de son titre et telles que stipulées dans la demande d'autorisation de travail le concernant. Toutefois, tant B \_\_\_\_\_ que F \_\_\_\_\_, entre autres, ont eu l'occasion de préciser que la « Competitive Intelligent Unit » n'avait jamais été autorisée par les organes compétent de la banque.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/6321/2003-4

### **E. 6.1**

Le principe de l'obligation d'octroyer les vacances en nature pendant le délai de congé (cf. art. 329d al. 2 CO) n'est pas absolu. Une fois le contrat dénoncé, le travailleur doit chercher un autre emploi. Cette recherche n'étant pas compatible avec la prise effective de vacances, il convient d'examiner dans chaque cas, à considérer les données de l'espèce, 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 (arrêt du 24 novembre 1992, consid. 3, publié in SJ 1993 p. 354 et les références citées).

### **E. 6.2**

On ne saurait en l'espèce demander à T \_\_\_\_\_ de prendre ses vacances lors du délai de congé en raison de son obligation de chercher un autre emploi, ce qu'il n'a pu faire dans le laps de temps dont il disposait (art. 329 al. 3 CO). Cette recherche était en effet incompatible avec la prise effective de vacances et, au vu de l'ensemble des circonstances du cas présent, telles que la durée du délai de congé, la difficulté à trouver un autre travail avérée par la période de chômage qui s'ensuivit, du fait qu'il s'agissait d'un emploi important au vu des qualifications

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/6321/2003-4

### **E. 7**

\* COUR D'APPEL \*

l. Le site intranet de la Banque mentionne l'existence du CIU. G \_\_\_\_\_, informaticien auprès de la Banque, a contribué à la mise sur pied de cette page Intranet concernant la CIU. Selon lui, deux ou trois nouvelles ont été affichées sur cette page après le départ de T \_\_\_\_\_, ensuite de quoi elle a été arrêtée.

m. Par courriel du 16 janvier 2002, T \_\_\_\_\_ a demandé si la délivrance d'un bonus était prévue. Il n'a pas à cette occasion, ni en aucune autre, contesté les termes de son engagement. Il a effectivement perçu un bonus quelques temps après.

La Banque, sans directement répondre au courriel susvisé, a informé T \_\_\_\_\_ le 11 avril 2002 qu'il était mis au bénéfice d'une participation de 433 fr. pour son assurance maladie et de 230 fr. pour ses frais de repas, « In view of your long term temporary mission » (cf. pce 33 T \_\_\_\_\_).

n. Le 8 juillet 2002, un entretien a eu lieu entre T \_\_\_\_\_ et sa supérieure hiérarchique, B \_\_\_\_\_, laquelle lui a reproché son attitude ainsi qu'une absence de sa part quatre jours auparavant. T \_\_\_\_\_ a contesté les reproches formulés, exposant notamment que son absence était liée à une panne informatique qui l'empêchait d'accomplir les tâches qui lui étaient assignées.

o. Le 31 juillet 2002, E\_\_\_\_\_ a licencié T\_\_\_\_\_ avec effet au 30 septembre 2002 en le libérant immédiatement de son obligation de travailler. Les raisons de cette résiliation n'étaient pas explicitées. T\_\_\_\_\_ n'a pas contesté par écrit son congé.

p. Le certificat de travail remis à T\_\_\_\_\_ ne mentionne pas son appartenance à la CIU, celle-ci n'ayant pas été créée en raison de l'absence d'accord de New York.

T\_\_\_\_\_ a indiqué ne pas être satisfait de son certificat de travail dès lors que ses fonctions avaient été « assistant project manager » puis responsable de la « competitive intelligence unit » non pas de la « competitive intelligence data base ».

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/6321/2003-4

### **E. 7.2**

En l'espèce, le certificat délivré correspond à la réalité structurelle du poste occupé par T\_\_\_\_\_, la CIU ayant été certes mise en place officieusement à Genève, mais sans jamais recevoir l'autorisation de la direction étrangère. Au demeurant, la Banque indiquant que son employé avait travaillé en tant que « Assistant Project Manager » pour le développement de la « competitive intelligence data base » alors que l'employé demande qu'il soit mentionné en lieu et place « competitive intelligence unit », on est en droit de se demander qui en dehors des parties est capable d'y voir une différence et quel tort cette différence est susceptible de causer au travailleur dans le cadre d'une recherche d'emploi. La persistance de cette conclusion spacieuse est dépourvue d'intérêt juridique et personnel et se trouve à la limite de l'abus de procédure. Le jugement déféré sera par conséquent également confirmé sur ce point.

8. Les parties succombant chacune dans leur appel, les émoluments versés restent acquis à l'Etat.

### **E. 8**

\* COUR D'APPEL \*

q. Pendant son engagement, T\_\_\_\_\_ a entrepris des démarches afin d'obtenir la nationalité suisse, qu'il a effectivement acquise récemment.

EN DROIT

1. Interjetés dans la forme et les délais prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la juridiction des prud'hommes, ci-après: LJP), les appels principal et incident sont recevables.

2. Il n'est pas contesté que les parties étaient liées par un contrat de travail au sens des art. 319 et ss CO et que la juridiction spéciale des Prud'hommes est compétente en l'espèce.

3. Les parties persistent en appel à s'opposer quand à la nature, déterminée ou indéterminée, de la durée du contrat de travail.

### **E. 9**

\* COUR D'APPEL \*

### **E. 10**

\* COUR D'APPEL \*

relève de la simulation et n'est pas admissible.

En effet, l'art. 9 OLE impose à l'autorité administrative, au moment d'accorder une autorisation avec prise d'emploi, de s'assurer que le travailleur est au bénéfice de conditions de rémunération et de travail usuelles dans la localité et dans la profession en question; cette norme tend, tout d'abord, à préserver les travailleurs suisses d'une sous-enchère salariale induite par la main-d'oeuvre étrangère, en second lieu, à protéger les travailleurs étrangers eux-mêmes; une fois l'autorisation délivrée, celle-ci donne naissance à une obligation de droit public qui impose à l'employeur de respecter les conditions qui l'assortissent, en particulier le salaire approuvé par l'autorité administrative; le travailleur dispose alors d'une prétention qu'il peut faire valoir devant les juridictions civiles, conformément à l'art. 342 al. 2 CO (ATF 122 III 110 consid. 4d et les références).

L'art. 342 al. 2 CO est l'une des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé ni au détriment de l'employeur ni à celui du travailleur (art. 361 al. 1 CO). Il suit de là qu'un accord qui prévoit un salaire inférieur au salaire fixé par l'autorité administrative compétente, en application de l'art. 9 OLE, est nul et de nul effet (art. 361 al. 2 CO; arrêt non publié du 18 décembre 2000, dans la cause 4C.249/2000, consid. 3b; arrêt non publié du 16 septembre 1997, dans la cause 4C.448/1996, consid. 1b; arrêt non publié du 3 juin 1997, dans la cause 4C.559/1996, consid. 3b).

#### **E. 11**

\* COUR D'APPEL \*

autorité de recours (ATF 122 III 110 consid. 4d p. 115).

L'argument de la banque selon lequel l'employé a effectué un travail différent de celui que visait l'autorisation n'est pas recevable. En effet, les enquêtes ont établi que T\_\_\_\_\_ avait bien travaillé dans le domaine sollicité, mais que le poste n'avait pas pu être officiellement créé en raison du gel des emplois décrétés à l'étranger. Ces circonstances, qui ont été imposées à l'employé, ne permettent pas de retenir qu'il aurait accompli un autre travail que celui qui était prévu et ne permet pas non plus de s'écarter des termes de l'autorisation accordée.

Dès lors, T\_\_\_\_\_ a droit à un salaire annuel de 75'000 fr., sans restriction d'horaire et le salaire qui lui a été compté par les premiers juges, non critiqué d'un point de vue arithmétique, doit être confirmé.

#### **E. 12**

\* COUR D'APPEL \*

statut qui peut être précaire. Aussi convient-il d'exclure, sinon de réserver aux cas d'abus de droit caractérisés la possibilité pour l'employeur d'opposer l'art. 2 al. 2 CC au travailleur étranger qui réclame la différence entre le salaire fixé par l'autorité administrative compétente et celui qu'il a perçu (arrêt du 16 septembre 1997 dans la cause 4C.448/1996, consid. 1b, in: JAR 1998 p. 266).

En conséquence, le jugement entrepris doit être intégralement confirmé s'agissant du droit au salaire.

5. T\_\_\_\_\_ considère que l'autorisation lie également les parties quant à la durée de l'emploi et que, la Banque ayant dénoncé le contrat avant cette échéance, son licenciement devait être considéré comme abusif et lui ouvrait la voie à une indemnisation. Il s'appuie à cette fin sur les dispositions sur le licenciement immédiat.

### **E. 13**

\* COUR D'APPEL \*

Ainsi, d'une part le contrat de travail n'est pas de durée déterminée et, d'autre part, l'autorisation administrative ne lui confère pas non plus de durée déterminée. Il s'ensuit que les dispositions usuelles sur la résiliation des rapports de travail demeurent et que l'employeur peut en faire usage comme en l'espèce, dans le respect des délais légaux. En conséquence, le salaire n'est pas dû durant toute la période autorisée, mais seulement pendant la durée légale des rapports de travail. Ceux-ci ayant été valablement dénoncés à fin juillet 2002 pour fin septembre 2002, rien n'est dû à T\_\_\_\_\_ au-delà de cette échéance.

### **E. 14**

\* COUR D'APPEL \*

de l'employé, l'employeur devait payer les vacances non prises en espèces à la fin des rapports de travail (ATF du 24 novembre 1992, cité par Aubert in SJ 1993, p. 354 ; Brunner/Bühler/Waerber, Commentaire du contrat de travail, ad art. 329d CO n. 4 ; Aubert, Le droit des vacances : quelques problèmes pratiques, in Journée 1990 du droit du travail et de la sécurité sociale, p. 129/130). La décision entreprise sera par conséquent confirmée.

7. A teneur de l'art. 330a CO, le travailleur peut demander en tout temps à l'employeur un certificat portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite (al. 1). A la demande expresse du travailleur, le certificat ne porte que sur la nature et la durée des rapports de travail (al. 2). L'exigence ainsi posée par la loi répond à un double but - parfois contradictoire (Janssen, Die Zeugnispflicht des Arbeitsgebers, 2ème éd, op. cit, p. 86) - consistant d'une part à favoriser les recherches du travailleur en vue de trouver un nouvel emploi, tout en permettant, dans le même temps, aux employeurs potentiels approchés de se forger une opinion sur les aptitudes professionnelles et le comportement de l'intéressé (JAR 1998 p. 167; Staehelin, Commentaire zurichois, n. 1 ad art. 336a CO).

Le contenu du certificat doit être exact, c'est à dire de manière générale être conforme à la réalité et complet (JAR 2001 p. 229-230; Staehelin, op. cit, n. 10 ad art. 330a CO; Rehbindler, Commentaire bâlois, 2ème éd, n. 2 ad art. 330a CO; Janssen, op. cit, p. 100).

La formulation du certificat incombe au premier chef à l'employeur (Janssen, op. cit, p. 67). Une évaluation négative au sujet du collaborateur concerné peut être insérée dans le texte, s'il s'agit d'une attestation délivrée en vertu de l'art. 330a al. 1 CO, mais seulement pour autant que la remarque soit pertinente (JAR 2000 p. 287 cons. 2/b; Wyler, op. Cit., p. 272). Jurisprudence et doctrine admettent d'autre part que l'employé peut exiger judiciairement la correction d'un texte comportant des indications inexacts, respectivement incomplètes ou des appréciations inutilement péjoratives (JAR 1999 p. 212; 2001 précité; Wyler, op. cit, p. 274; Staehelin, n. 19, 21 ad art. 330a CO; Rehbindler, op. cit, n. 3 ad art. 330a CO; Janssen, op. cit, p. 159).

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/6321/2003-4

### **E. 15**

\* COUR D'APPEL \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.