

GE_GERICHTE C/13519/2002 vom 19. Februar 2004

GE Cour de justice, 2004-02-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_13519_2002

FR: GE_GERICHTE C/13519/2002 du 19 février 2004

IT: GE_GERICHTE C/13519/2002 del 19 febbraio 2004

Regeste

CONTRAT INDIVIDUEL DE TRAVAIL ; CONVENTION COLLECTIVE DE TRAVAIL ; USAGE COMMERCIAL ; VENDEUR(PROFESSION) ; RECOURS JOINT ; DÉLAI DE GARDE ; POSTE RESTANTE ; OBSERVATION DU DÉLAI ; CONDITION DE RECEVABILITÉ ; DÉCISION D'IRRECEVABILITÉ ; SALAIRE MINIMUM ; SALAIRE USUEL ; INDEMNITÉ DE VACANCES ; AUTORISATION DE TRAVAIL | La partie à une procédure prud'homale doit s'attendre à une communication de la part des autorités. Lorsqu'elle fait retenir son courrier à la poste, la notification est réputée intervenir à l'échéance des sept jours du délai de garde postal. La date du retrait effectif du pli contenant l'acte d'appel, intervenu 12 jours après l'échéance du délai de garde, n'est ainsi pas déterminante. Le recours joint de T, déposé 30 jours après la réception effective de l'acte d'appel, est donc irrecevable. T, d'origine chinoise, travaille pour E en qualité de caissière payée à l'heure. L'autorisation de travail est donnée, sous réserve du salaire conventionnel ou des usages locaux. Au vu de cette réserve, le salaire prévu administrativement constitue un minimum et non un maximum. En vertu de l'article 9 OLE, l'employeur est tenu de payer au salarié un salaire conforme aux usages locaux, et ce qu'une autorisation de travail ait été délivrée ou non. Seules les normes salariales d'une convention collective non étendue peuvent être considérées comme reflétant les usages professionnels. T a donc droit au paiement du salaire minimum usuel, ainsi que des vacances non prises en nature et du 13ème salaire. | LJP.62. al1; LSEE.3; OLE.9; CO.341.al1; CO.342; CO; CC.6;

Erwägungen

E. 30

h Durée souhaitée du permis: indéterminée Cette demande d'autorisation de travail a été contresignée par T_____ (liasse II, pièce 9). Par pli du 2 octobre 2001, l'OCP a délivré à E_____SA l'autorisation de travail sollicitée pour T_____, en apposant, dans la copie retournée à l'employeur un tampon avec la mention suivante (liasse II, pièce 9; liasse 5). "Autorisation valable sous réserve du salaire conventionnel ou usages locaux"

L'autorisation accordée ne précise pas la date à partir de laquelle elle déploie ses effets (liasse II, pièce 9). d) De février 2001 à mars 2002, T_____ a effectué 2'019,83 heures de travail, soit, en 144,27 H en moyenne mensuelle. Plus précisément, elle a fourni, en février 2001, 86,97 H; en mars 2001 173,57; en avril 2001 153 H; en mai 2001 153,6 H; en juin 2001 147,93; en juillet 2001 129,88 H, en août 2001 149,58; en septembre 2001 168,52; en octobre 2001 157,8 H; en novembre 2001 82,47; en décembre 2001 177,09 H; en janvier 2002 130,5 H; en février 2002 174,8 H et en mars 2002 134,13 H (liasse 1 bis pièce 3, nombre d'heures fournies par mois non-contesté; cf. déclarations concordantes des parties PV, 19. 2. 2004, p. 2). T_____ a touché, de février 2001 à mars 2002, une masse salariale brute totale de Fr. 35'780,52, soit en février 2001 Fr. 1'4'78,50, en mars 2001 Fr. 2'950,70,

en avril 2001 Fr. 2'600,95, en mai 201 Fr. 2'611,20, en juin 2001 Fr. 2'633,20, en juillet 2001 Fr. 2'311,85, en août 2001 Fr. 2'662,55, en septembre 2001 Fr. 2'999,65, en octobre 2001 Fr. 2'808,85, en novembre 2001 Fr. 1'468.--, en décembre 2001 Fr. 3'152,20, en janvier 2002 Fr. 2'306,40, en février 2002 Fr. 3'223,30 et en mars 2002 Fr. 2'473,17 (cf. liasse 1 bis pièce 3 et fiches de paie sous pièce 7; non-contesté). De février 2001 à juin 2001, T_____ a été mise au bénéfice d'un taux horaire de base de Fr. 14,79; s'y ajoutèrent Fr. 1,57 à titre d'indemnité vacances, et de Fr. 0,64 à titre de jours fériés. A partir du 12 juin 2001, le taux horaire de base à été porté à Fr. 15,51, le taux jours fériés a été maintenu à Fr. 0,64. A partir du 12 février 2002, le taux horaire de base à été porté à Fr. 16,09, le taux indemnité vacances à Fr. 1,71; le taux jours fériés a été maintenu à Fr. 0,64 (liasse 1 bis, fiches de paie sous pièce 7). De février 2001 à mars 2002, T_____ ne s'est jamais absentée durant 5 semaines pour bénéficier, en temps, de ses vacances contractuelles annuelles (cf. liasse I bis, fiches de paie sous pièce 7) . e) Par courrier du 21 février 2002, T_____ s'est plainte auprès de la direction de la succursale (X, directeur) de ses conditions de travail. Elle y critique la fluctuation de son taux d'activité, l'absence d'un salaire mensuel fixe, l'impossibilité de planifier son temps libre, le sous-paiement par rapport aux tarifs pratiqués dans la branche, et l'absence de cotisations paritaires LPP. Ce courrier contient en conclusion en demande d'augmentation de son taux de salaire à Fr. 9,50 /H. (liasse 2 bis, pièce 4). Le 28 février 2002, n'ayant pas obtenu satisfaction, T_____ a notifié à E_____SA la résiliation des rapports de travail pour fin mars 2002. E_____SA a accepté cette résiliation pour l'échéance indiquée. L'entreprise n'a pas libéré T_____ de sa place de travail; cette dernière a effectué son préavis jusqu'au 31 mars 2002 (non-contesté; liasse I bis, pièce 7). Par courrier recommandé du 23 avril 2002, le syndicat Actions Unia, intervenant pour T_____, a réclamé à E_____SA la somme de Fr. 14'069,55, à titre d'heures supplémentaires, heures manquantes, et de différentiel de salaire (liasse I bis, pièce 3). Le syndicat y soutient, entre autres, qu'en vertu de la teneur de l'autorisation de travail délivré à son affiliée, E_____SA était tenu d'accorder à cet employé le salaire usuel, soit, concrètement, celui prescrit par la CCT du Commerce de détail non alimentaire (liasse I bis, pièce 3). f) Par acte déposé au Greffe de la juridiction des prud'hommes en date du 24 juin 2002, T_____ a assigné "E A____, _____" (recte: E_____SA) en paiement de Fr. 14'069,55, soit de Fr. 3'262,30 à titre "d'heures supplémentaires et les heures manquantes du février 2001 au mars 2002", et de Fr. 10'807,25 pour "manque de salaire du février 2001 au mars 2002", le tout plus intérêts 5% dès le jour du dépôt de la demande (liasse 1). La demande était accompagnée d'un chargée de 8 pièces (liasse I bis). Par mémoire-réponse de son conseil du 26 août 2002, E_____SA s'est opposée à la demande (liasse 2).. Déposé tardivement, ce mémoire n'a pas été pris en considération par le Tribunal (jugement, p. 5).. Il était accompagné d'un chargé de 7 pièces (liasse 2 bis). A l'audience du Tribunal du 9 octobre 2002, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives. Celles-ci et leurs motivations ont été dûment protocolée (PV, 9. 10. 2002 = liasse 3). T_____ a soutenu que E_____SA aurait adhéré à la CCT CDNA; elle a ajouté que, de toute façon, la main-d'œuvre étrangère était soumise aux "usages professionnels du Commerce de détail édictés par l'OCIRT" (PV, 9. 10. 2002, p. 3). E_____SA a exposé – sans avoir été contredite – n'être ni membre d'une association patronale signataire de la CCT CDNA 1998 – 2000, ni – à la différence de F_____SA – avoir émis d'une déclaration de soumission individuelle (PV, 9. 10. 2002, p. 3). S'agissant des cotisations LPP, E_____SA a annoncé qu'elle fera le nécessaire, et s'est engagé à faire parvenir à la Caisse de pension les cotisations y afférentes (PV, 9. 10. 2002, p. 3). A l'issue de l'audience, le Tribunal a

acheminé les parties à produire copie tamponnée, en signe d'approbation par l'administration, de la demande/autorisation de travail du 12 juin 2001, ainsi que toutes preuves utiles quant à l'éventuelle applicabilité de la CCT CDNA à la défenderesse (PV, 9. 10. 2002, p. 3) – après quoi la cause serait retenue en délibéré. T_____ n'a pas déclaré faire élection de domicile auprès du syndicat Actions Unia (PV, 9. 10. 2002, passim). Par courrier du 10 octobre 2003, Actions Unia a fait parvenir au Greffe copie de ses lettres du même jour adressées à la Commission paritaire du Commerce de détail non alimentaire (Question: E_____SA a-t-elle émis une déclaration de soumission ?), à l'OCP Service de la main-d'œuvre étrangère (Question: E_____SA a été amenée, dans le cadre de la procédure d'octroi de l'autorisation de travail demandé, à prendre l'engagement de respecter les "usages professionnels dans le Commerce de détail à Genève ?"), et à l'OCIRT (Question: E_____SA s'est-elle engagé à respecter les usages professionnels dans le Commerce de détail à Genève ?). Il a joint, en outre, un exemplaire du " Document OCIRT reflétant les conditions de travail et prestations sociales en usage à Genève pour les entreprises du Commerce de détail. 1998" (liasse 4). Par pli de son conseil du 16 octobre 2002, E_____SA a fait parvenir au Greffe copie de l'autorisation de travail sollicitée le 12 juin 2001 et obtenue le 2 octobre 2001, ainsi qu'un décompte LPP pour la période contractuelle sur Fr. 730,40, à partager entre employeur et employée. Dans la lettre d'accompagnement, l'entreprise rappelle avoir accordé à la demanderesse le salaire "conforme à l'usage local dans la profession pour une personne nouvellement recrutée" (liasse 5). Par pli du 23 octobre 2003, Actions Unia a fait parvenir au Greffe la réponse – négative – de la Commission paritaire du Commerce de détail non alimentaire quant à l'existence d'une déclaration de soumission individuelle émanant de E_____SA, et copie d'une telle déclaration, mais émanant de F_____SA (liasse 6). Par jugement du 17 février 2003, le Tribunal a condamné E_____SA à payer à T_____ la somme brute de Fr. 4'558,50 avec intérêts moratoires 5% l'an dès le 24 juin 2002. Le Tribunal a, par ailleurs, pris acte de l'engagement de E_____SA – l'y condamnant en tant que besoin, à opérer le versement de Fr. 730,40 auprès de la Caisse de pension E_____, montant correspondant aux cotisations paritaires LPP dues pour la période contractuelle. Il a débouté les parties de toutes autres conclusions (liasse 7). A l'appui de sa décision, le Tribunal a considéré, en substance, qu'au vu des arts. 9 de l'Ordonnance limitant le nombre des étrangers (OLE 1986), du Règlement d'application (genevois) des dispositions sur le séjour et l'établissement des étrangers (RASEE) et de l'art. 342 al. 2 CO, ainsi que de l'ATF 122 III 110, la demanderesse était fondée à réclamer l'employeur la différence entre le salaire horaire payé et le salaire horaire indiqué dans l'autorisation de travail; plus encore: dans la mesure où, dans le cas d'espèce, l'autorisation accordée réservait explicitement le salaire conventionnel, respectivement les "usages locaux", la demanderesse était fondée à réclamer la différence par rapport au salaire horaire figurant dans le Document OCIRT relatif aux usages dans le Commerce de détail non alimentaire 1998. Enfin, le Tribunal a admis que les heures travaillées au-delà de l'horaire hebdomadaire autorisé par l'OCP, à savoir 30H/ sem, étaient des heures supplémentaires, mais indemnisables au taux de base, sans plus. Ce jugement a été notifié aux parties, par plis recommandés, en date du 12 mars 2003 – et, suite à une irrégularité signalée par le conseil de la défenderesse (avant-dernière page manquante) – une seconde fois, par plis recommandés du 19 mars 2003 (dossier judiciaire). Il a été reçu par les destinataires en date du 20 mars 2003 (dossier judiciaire). f) Par mémoire de son conseil expédié en date du 22 avril 2003, E_____SA a appelé de ce jugement (liasse I). L'appelante y a conclu à l'annulation du jugement et au déboutement de l'intimée de l'intégralité de ces

conclusions (liasse I, p 15). Elle y concède, référant l'ATF 122 II 110, "devoir se conformer au salaire minimum tel qu'indiqué dans l'autorisation délivrée par l'OCP" et que "l'autorisation délivrée par l'OCP mentionne clairement qu'il faut se conformer au salaire conventionnel voire aux usages locaux" (liasse I, p. 10). A ce propos, elle expose avoir payé – à compter du 1^{er} juillet 2001 – le tarif horaire prescrit par l'OCP, à savoir 17,80, et que "dès janvier 2002", ce taux aurait été porté à Fr. 18,44" (liasse I, p. 4). Enfin, et surtout, l'appelante y critique le fait que le Tribunal ait considéré l'horaire indiqué dans l'autorisation de travail – à savoir 30 H/sem – comme horaire fixe. Elle rappelle, à cet égard, qu'en la matière la primauté devait être donnée à la convention entre les parties, le 17 janvier 2001 qui, explicitement, parlait d'un horaire en fonction des besoins de l'entreprise (liasse I, p. 9 – 10). Partant de là, sa critique vise le principe d'heures "manquante" ou "supplémentaires" telles que le Tribunal les avait retenues et fait rémunérer, fût-ce sans majoration 1,25%. (liasse I, p. 11). Elle n'a pas repris les autres moyens de droit développés dans son écriture-réponse devant le Tribunal. g) Par pli recommandé du 24 avril 2003 expédié copie de ce mémoire-appel à T_____, à son domicile privé. Y était joint une notice du greffe l'informant qu'elle disposait d'un délai de 30 jours "dès réception de la présente" .. " pour déposer votre mémoire de réponse", respectivement "votre appel incident (art. 62 al. 1 LJP" (dossier judiciaire, pièce 23). Ce pli recommandé – portant code postal 98.32.108142.00207132, est parvenu à l'Office postal de la circonscription de la destinataire (Genève 13) en date du 25 avril 2003.(dossier judiciaire pièce 33, attestation postale pour le pouvoir judiciaire du 22. 1. 2004). Ce pli recommandé et l'avis de retrait jaune y afférent n'ont pu être distribués de suite – étant donné que la destinataire, respectivement son mari pour elle, avait instruit la Poste de garder le courrier durant l'absence du couple pour cause de vacances en Bretagne (dossier judiciaire, pièce 33; PV 19. 2. 2004, p. 1). Ni T_____, ni son mari, B_____ n'ont eu le réflexe d'avertir le Greffe, respectivement le syndicat Actions Unia de ce départ inopiné en Bretagne – alors qu'ils se savaient concernés par une procédure prud'homale en cours (PV, 19. 2. 2004, p. 1). Pour finir, ce pli recommandé n'a été retiré de la poste par l'intimée qu'en date du 12 mai 2003.(dossier judiciaire, pièce 33 = attestation postale; PV, 19. 2. 2004, p. 1). Par courrier du 12 mai 2003, T_____ a fait parvenir le mémoire-appel de sa partie adverse à son syndicat, avec la mention: "dans l'attente de vos commentaires " (liasse XI). Par acte daté du 2 juin 2003, mais expédié le 4 juin 2004, T_____ a formé appel incident (liasses III, IV avec, en annexe, copie de l'enveloppe portant la vignette "LSI 03044194 du 4. 6.2003, 1200 Genève 13, 08H09" .. h) Dans son appel incident – rédigé par les soins d'Actions Unia – l'intimée conclut au déboutement de l'appelante, et à la réforme partielle du jugement, en ce sens qu'elle n'a obtenu que Fr. 4'558,50 brut, au lieu des Fr. 14'069,55 bruts réclamés en première instance qu'elle persiste à réclamer (liasse III). A l'appui de son appel incident, l'intimée réitère les moyens déjà exposés en première instance. Elle relève que le Tribunal, dans son examen du salaire dû et du salaire versé, avait omis de tenir compte du fait que le salaire versé par l'appelante englobait les vacances; or, le salaire de base autorisé par l'OCP (ainsi que le salaire horaire fixé dans le Document OCIRT relatif aux usages dans le Commerce de détail) n'englobent pas les vacances. Ce dernier poste doit s'y ajouter. Par ailleurs, elle continue à réclamer une indemnisation au taux majoré de 1,25% des heures fournies au-delà de l'horaire hebdomadaire de 30 heures indiqué dans l'autorisation de travail (liasse III). Dans son mémoire-réponse sur appel incident du 11 juillet 2003, l'appelante a conclu à l'irrecevabilité de l'appel incident pour cause de tardiveté (liasse V). i) Par Ordonnance préparatoire du 20 août 2003, la Cour a invité les parties à se déterminer par écrit sur la recevabilité de l'appel

(liasse VI). A l'audience d'introduction du 23 octobre 2003, le conseil de l'appelante conclu à la recevabilité de l'appel de sa cliente, et à l'irrecevabilité, pour cause de tardiveté, de l'appel incident de l'intimée (PV, 23. 10. 2003, passim). Par arrêt du 23 octobre 2003 – rendu à l'issue de l'audience d'introduction du même jour, la Cour a retenu la recevabilité de l'appel principal et a ouvert une instruction sur recevabilité de l'appel incident. A cet effet, il a fixé à l'appelante incidente un délai de 30 jours à compter de la réception (de l'arrêt) pour faire parvenir au Greffe une explication écrite sur les raisons l'ayant conduite à ne former son appel incident qu'en date du 2 juin 2003 (recte: 4 juin 2003)" (liasse X, p. 19). Cet arrêt a été notifié aux parties par plis recommandés du 18 novembre 2003. Il est entré en force de chose jugée. Par courrier du 18 décembre 2003, l'intimée a exposé à la Cour ce qui suit: " J'ai reçu le mémoire d'appel de E_____SA en date du 12 mai 2003. En date du 2 juin 2003, j'ai déposé mon appel incident. Le délai de 30 jours échouait le 11 juin 2003. Ainsi, le délai de 30 jours imparti afin de déposer mon appel incident est parfaitement respecté" (liasse XI). j) A l'audience de ce jour, l'appelante était représentées par X_____, directeur de succursale, assisté de son conseil, et l'intimée par son époux, M. B_____, assisté d'un syndicaliste Actions Unia. Elles ont persisté dans leurs conclusions respectives, tant sur recevabilité de l'appel incident, que sur le fond. La Cour a d'emblée limité son instruction sur les mérites de l'appel principal – après avoir expliqué aux parties les raisons de cette décision (cf. infra, Droit). M. B_____, interrogé au sujet de la date d'envoi de l'appel incident de son épouse, a expliqué avoir pensé que le délai d'appel ne courait qu'à partir du 12 mai 2003, date du retrait à la Poste du pli recommandé destiné à son épouse (PV, 19. 2. 2004). DROIT RECEVABILITE La Cour examine d'office la recevabilité de l'appel principal et de l'appel incident. L'appel principal La recevabilité de l'appel principal a été constatée par arrêt séparé du 23 octobre 2003. Cet arrêt est entré en force. b) L'appel incident aa. A teneur de l'art. 61 al. 1 LJP, le Greffe communique à l'intimé copie de l'écriture appel. Un délai de 30 jours dès réception de celle-ci lui est imparti pour déposer un mémoire réponse. A teneur de l'art. 62 al. 1 LJP, "un appel incident ne peut être formé, sous peine d'irrecevabilité , que dans le délai fixé pour le mémoire réponse". Il s'ensuit que, pour être recevable, l'appel incident doit avoir été déposé, ou à tout le moins, avoir été expédié par poste, au Greffe, dans le délai imparti par le Greffe (CAPH, Gr. 5, 10. 4. 2000 = Fiche de jurisprudence genevoise, No. 13904 in: www.ge.ch. bb. L'appelante incidente soutient que le délai d'appel a couru à partir du 12 mai 2003, date à laquelle elle a retiré à la Poste le pli recommandé du Greffe qui lui était destiné. Selon un principe général de droit, une décision d'autorité, tel qu'un jugement ou une fixation de délai, si elle est notifiée par écrit, suppose, pour déployer des effets, qu'il parvienne dans la sphère de puissance du justiciable destinataire. Le délai d'appel / d'appel incident, ne court qu'à partir du lendemain du jour de la réception de l'acte. La preuve de la notification et de la réception de l'acte incombe à l'autorité. Selon une jurisprudence constante, rendue sous l'empire des arts. 157 et 169 al. 1 let. d et e de l'Ordonnance 1 du 1 er septembre 1967 relative à la loi sur le Service des postes (aOSP 1 – aRS 2783.01), abrogée le 1 er janvier 1998 (art. 13 de l'Ordonnance sur la poste du 29 octobre 1997 – OPO – RS 781.01), un envoi recommandé qui n'a pas pu être distribué est réputé notifié le dernier jour du délai de garde de sept jours suivant la remise de l'avis de retrait dans la boîte au lettres ou la case postale de son destinataire (ATF111 V 99 cons. 2b; 104 Ia 465). A noter que les Conditions générales de la Poste reprennent la réglementation alors contenue dans l'OSP 1 sur le service des postes. Une tentative de notification n'est cependant valable que si son destinataire devait s'attendre, avec une certaine probabilité, à recevoir une communication des autorités. La fiction de la

notification à l'échéance du délai de garde suppose par ailleurs que l'avis de retrait en vertu de l'art. 157 aOSP 1 a été déposé dans la boîte aux lettres du destinataire et qu'il soit arrivé par conséquent dans sa sphère privée (ATF SJ 1999 I 145 cons. 2b). Un envoi recommandé est réputé notifié non seulement au moment où son destinataire en prend effectivement possession, mais déjà lorsque cet envoi se trouve dans la sphère d'influence de celui-ci et qu'il est à même d'en prendre connaissance (ATS SJ 1999 145 cons. 2 c). cc. Quid lorsque, comme en l'espèce, il a été demandé à la Poste de retenir le courrier ("Rückbehaltungsauftrag") conformément à l'ancien art. 145 al. 2 OSP 1 ? Lorsque la poste a reçu un mandat de garder le courrier, la date juridiquement déterminante de notification n'est pas celle à laquelle le pli recommandé a été retiré; elle est fixée au septième jour à compter de l'arrivée de l'envoi à l'office postal de destination (ATF 123 III 492 = JdT 1999 II 109; TA GE SJ 2000 p. 22; 127 III 31 ; ATF SJ 2001 582; Schoell , "Postlagerndsendung und Rückbehaltungsauftrag", SJZ/RSJ 2001, p. 421: Donzallaz , La notification en droit interne suisse, Berne, 2002, p. 525 No. 1098). Ceci est conforme à l'idée de sécurité du droit et à la responsabilité du destinataire. Il serait tout à fait anormal que ce dernier, alors qu'il se sait partie à une procédure judiciaire en cours, puisse retarder – p. ex. en partant en vacances et en conférant à la Poste un mandat de garder le courrier - le point de départ d'un délai légal qui lui est fixé par la loi ou l'autorité pour réagir à un envoi judiciaire. Dans le cas d'espèce le pli du Greffe du 24 avril 2003 destiné à l'intimée est parvenu à l'office postal du domicile de celle-ci le 25 avril 2003. Le délai de sept jours a commencé à courir le lendemain et s'est échoué le jeudi 1 er mai 2003. Le délai de 30 jours pour former appel a donc commencé à courir le 2 mai 2003 et s'est échoué le samedi 31 mai 2003. Lorsqu'un délai vient à échéance un samedi, un dimanche ou un jour légalement férié, il expire le premier jour utile (art. 29 al. 3 LPC cum art. 11 LJP; Bertossa/Gaillard/ Guyet/Schmidt/ , Commentaire de la LPC genevoise, 1988, N. 3 ad art. 29 LPC). L'acte doit parvenir à l'autorité compétente pour le recevoir ou avoir été remis à son adresse à un bureau de poste suisse le dernier jour du délai au plus tard (art. 31 al. 2 LPC cum art. 11 LJP). La stricte obligation d'accomplir un acte de procédure avant l'échéance du délai légal ou fixé par le juge (ou en son nom par le greffe) échappe à la critique du formalisme excessif (ATF 104 Ia 4 ; B/G/G/S , N. 1 ad art. 31 LPC). En l'espèce, le dernier jour pour former appel incident eût été le lundi, 2 juin 2003. L'intimé n'ayant fait expédier son appel incident qu'en date du 4 juin 2003, ce dernier est tardif, et partant, irrecevable. c) Conséquences En cas d'irrecevabilité de l'appel incident, seul subsiste l'appel principal. En présence d'un seul appel principal, la Cour, sauf à outrepasser l'effet dévolutif de l'appel, ne peut statuer que dans les limites comprises entre, d'une part, ce qu'a fixé ou ordonné le Tribunal et, d'autre part, ce à quoi conclu l'appelant. La Cour ne peut notamment aggraver le sort de l'appelant sur la seule démarche procédurale de ce dernier; une telle aggravation constituerait une atteinte à l'interdiction de la réformatio in peius, prohibée par le droit fédéral (ATF 110 II 114 = JdT 1986 I 104). Par conséquent, la Cour n'examinera ni les mérites ni les conclusions de l'appelante incidente, mais se bornera à examiner les mérites de l'appel principal. FOND Dans son moyen principal, l'appelante principale reproche au Tribunal d'avoir pris en compte l'horaire hebdomadaire de 30 H tel qu'il a été indiqué dans la demande de permis de travail. A son avis, cette indication ne pouvait primer la teneur du contrat individuel de travail (mémoire-appel, p. 9 – 10). Vu ce qui suit, ce point n'a pas besoin d'être tranché. Iura novit curia . a) Sous réserve d'accords internationaux, un étranger non titulaire d'un permis d'établissement ("permis C"), ne peut déployer d'activité lucrative sans autorisation. (Art. 3 al. 3 Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers,

LSEE, RS 142.20; art. 3 al. 10 Règlement d'exécution de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, RSEE, RS 142.201; Pfanner, Die Jahresaufenthaltsbewilligung des erwerbtätigen Ausländers, Thèse St. Gall, 1985, p. 167 ss). Le conjoint étranger d'un ressortissant suisse reçoit – et il a le droit de l'obtenir – une autorisation de séjour ("permis B") (art. 7 LSEE). Celle-ci va généralement de pair avec l'autorisation d'une prise d'emploi. Un changement d'employeur – fût-ce par le conjoint étranger, déjà ex lege titulaire d'un permis "B", d'un citoyen suisse – nécessite l'octroi d'une nouvelle autorisation de travail. La question était controversée; il n'y a plus de controverses à cet égard depuis l'ATF du 12. 3. 1998 in: RDAF 1998 I 401 ; cf. art. 3 al. 1 let. c OLE.

L'intervention auprès de l'autorité en vue d'obtenir le permis de travail nécessaire à un étranger constitue un acte préparatoire dont la charge incombe à l'employeur (ATF 114 II 274 consid. 2 d/bb, all. = trad. fr. in: SJ 1988 610; Nguyen, Droit public des étrangers, Berne, 2003, p.203).

b) Selon l'art. 9 al. 1 de l'Ordonnance limitant le nombre des étrangers du 6 octobre 1986 (OLE, RS 823. 21), "les autorisations de travail ne peuvent être accordées que si l'employeur accorde à l'étranger les mêmes conditions de rémunération et de travail en usage dans la localité et la profession qu'il accorde aux Suisses (...)". "Pour déterminer les salaires et les conditions de travail en usage dans la localité et la profession, il y a lieu de tenir compte des prescriptions légales, des salaires et des conditions accordés pour un travail semblable dans la même entreprise et dans la même branche, ainsi que des conventions collectives et des contrats-types de travail. En outre, il importe de prendre en considération le résultat des relevés statistiques des salaires auxquels procède l'Office fédéral de la statistique tous les deux ans " (art. 9 al. 2 OLE). L'art. 9 OLE vise à maintenir la paix sociale, en préservant les travailleurs suisses d'une sous-enchère salariale induite par la main-d'œuvre étrangère et en protégeant les travailleurs étrangers eux-mêmes. L'art. 9 OLE s'adresse en premier lieu à l'autorité administrative: celle-ci n'accordera l'autorisation avec prise d'emploi que si le travailleur est assuré de bénéficier des conditions de rémunération et de travail usuelles dans la localité et la profession en question. Pour ce faire, l'office de l'emploi peut exiger de l'employeur un contrat de travail ou une proposition de contrat; dans tous les cas, la formule de demande d'autorisation comprendra les indications nécessaires sur les conditions d'engagement qui sont garanties par l'employeur. Une fois l'autorisation délivrée, l'employeur est tenu, en vertu d'une obligation de droit public, 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. 1 CO (ATF 122 III 110). En principe, le juge civil est lié par les conditions de rémunération fixées concrètement dans l'autorisation administrative délivrée pour un emploi donné; le travailleur qui prétend que l'autorisation a été accordée à des conditions inférieures aux conditions usuelles applicables à l'emploi en question ne peut pas agir en paiement de la différence de salaire par la voie civile instituée par l'art. 342 al. 2 CO. En effet, il n'appartient pas au juge civil de se substituer à l'autorité administrative en recherchant et, le cas échéant, en fixant, pour un emploi déterminé, le salaire conforme à l'art. 9 OLE, indépendamment de la rémunération approuvée dans la décision administrative pour ledit travail (ATF 122 III 110 consid. 4 d).

d) En l'occurrence, l'autorité administrative (OCP/Service des étrangers) – contrairement au cas (genevois) jugé dans l'ATF 122 III 110 – n'a pas autorisé tel quel le salaire indiqué dans la demande de permis de travail; il l'a autorisé " sous réserve du salaire conventionnel ou usages locaux" (liasse II, pièce 9). Dans un tel cas de figure, le juge civil est exceptionnellement fondé à rechercher l'existence d'un salaire supérieur fixé dans une

convention collective de travail (CCT), ou dans d'un un contrat-type de travail applicables dans la branche, voire, à défaut, le salaire fixé par les usages locaux (cf. aussi ATF du 15. 9. 1999 in: JAR 2000 91). En effet, vu sa fonction protectrice, le salaire fixé dans l'autorisation administrative, dans la mesure où elle est assortie de ladite réserve, constitue, à l'évidence, un minimum et non pas un maximum. En l'espèce, l'appelante principale n'est pas liée par la CCT CDNA 1998 – 2000. Dans la branche du commerce de détail non alimentaire, il n'existe pas davantage un contrat-type de travail. e) A Genève, l'Office cantonal de l'inspection et des relations de travail (OCIRT) publie régulièrement à l'intention des employeurs non liés par une convention collective de travail – le salaire usuel dans différentes branches de l'économie locale. Son activité, à cet égard, se fonde sur la législations fédérale (LSEE, OLE) et le Règlement d'application (cantonal) des dispositions sur le séjour et l'établissement des étrangers du 8 février 1989 (F 2.10.03). Pour être opposable à un justiciable – les usages locaux n'ont pas besoin de figurer dans un recueil de lois; leur opposabilité ne dépendant pas non plus d'un engagement de l'employeur concerné de bien vouloir en prendre connaissance et les respecter (Schönenberger , Zürcher Kommentar, 1936, N. 33 ad art. 323 CO ; Liver , Berner Kommentar, 1959, N. 98 ad art. 5 CC). Ces usages locaux, dont l'application est explicitement réservée par le droit fédéral, constituent ressortissent au public cantonal au sens de l'art. 6 al. 1 CC et déploient, par le biais de l'art. 342 al. 2 CO, des effets de droit civil. En effet, selon la jurisprudence et la doctrine constantes, remontant à 1917 déjà, les cantons sont habilités, en vertu de l'art. 6 CC, d'édicter dans le domaine du droit du travail, pour des raisons de police (éviter d'un social-dumping), de déterminer pour des branches particulièrement exposées au dumping social, des tarifs ou conditions de travail minima et de les imposer, cas échéant. Le Tribunal fédéral reconnaît au droit public cantonal en la matière une certaine " force expansive" (cf. ATF 43 II 288 ; 58 I 32 , 73 II 220 ; 84 II 422 ; et plus récemment: 126 II 373 cons. 7 b – d, et 122 III 101 ; Hausheer/Jaun , Die Einleitungsartikel des ZGB, Berne, 2003, N. 41 ad art. 6 CC; Edelmann , Der öffentliche Lohnschutz im schweizerischen Recht, 1949, p. 79; critique: Huber , Berner Kommentar, 1959, N. 169 ad art. 6 CC). Ceci étant, le Document de l'OCIRT 1998 relatif aux conditions de travail en usage à Genève dans le secteur du commerce de détail (liasse 5) reprend dans une large mesure la teneur de la CCT CDNA 1998 – 2000. Or, de l'avis de la Cour, seuls les tarifs horaires y énoncés et repris de la CCT CDNA 1998 – 2000 reflètent, à l'évidence, les usages locaux de la branche. En effet, considérer que le reste dudit Document OCIRT – dans la mesure où il ne fait que reprendre la teneur de la CCT CDNA 1998-2000- refléterait les usages locaux équivaldrait à procéder à une extension à froid d'une convention collective, sans passer par la procédure instituée par la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956 (RS 221.215.311; cf. aussi ATF 109 Ib 238). f) Devant le Tribunal, l'appelante principale a considéré que le tarif horaire brut autorisé par l'administration engloberait les vacances. En appel, elle persiste implicitement dans cette manière de voir, en concluant au déboutement intégral de l'intimée. Or, les tarifs horaires bruts fixés dans les autorisations de travail – de même que les tarifs horaires usuels, tels qu'indiqués dans les Documents de l'OCIRT – n'englobent jamais l'indemnité vacances. Cette dernière vient en sus du tarif de base annoncé (CAPH, Gr. 3, 28. 4. 2003 Conforama Meyrin SA ; cf. aussi, implicitement, CAPH, Gr. 3, 15. 12. 2003 Conforama Meyrin SA). Cela ressort également du Document OCIRT : qui prévoit, à l'art. 6, pour tous les salariés, qu'ils soient payés à l'heure ou au mois, la prise effective de vacances payées; et qui stipule, à l'art. 7, pour le personnel payé à l'heure, l'indemnisation des jours fériés par un supplément

de 3,5% à ajouter au taux de base. En l'occurrence, le tarif horaire usuel, pour un membre du personnel de vente sans CFC, ayant à son actif 1 année de pratique professionnelle, s'élève, selon le Document OCIRT 1998, à Fr. 17,90 jusqu'au 28 février 2002, et à Fr. 19,45 à compter du 1^{er} mars 2002 (liasse 4, pièces 6 et 6 bis). A noter, à ce propos que la formule demande d'autorisation de travail remplie et déposée auprès de l'administration par l'employeur le 12 juin 2001 ne précise nulle part que le taux de salaire AVS / h y indiqué (Fr. 17.80.--) s'entendait "indemnité vacances et jours fériés incluses" – cette précision, on ne la trouve que dans le contrat individuel de travail du 17 janvier 2001. g) Par ailleurs, l'appelante principale a tort de continuer à se prévaloir du taux de salaire horaire de base convenu le 17 janvier 2001 (Fr. 15,35.-), respectivement de Fr. 17.- (avec l'indemnité vacances et jours fériés comprises). En effet, l'art. 9 OLE oblige directement l'employeur – qu'il ait requis ou non une autorisation – à offrir au travailleur étranger la rémunération usuelle dans la localité pour la profession considérée (ATF 122 II 110 consid. 4 e; ATF 23. 12. 1999 cons. 7 a in: JAR 2000 290 = SARB 3/2000 943; ATF du 11. 11. 1997 2A/271/1997 in: RDAF 1998 I p. 317; RJN 2002 p. 144; RJN 1982 p. 214). Les créances découlant de l'art. 342 al. 2 CO étant des créances dites impératives au sens de l'art. 341 al. 1 CO. Dès lors, travailleur étranger ne saurait vouloir renoncer valablement, au moment de la signature du contrat, respectivement ultérieurement durant les rapports de au taux de salaire supérieur fixé par l'administration, respectivement, sur renvoi de l'autorisation, fixé par l'usage local (ATF 15. 9. 1999 cons. 3 = JAR 2000 91; Duc/Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne, 1998, .N. 6 ad art. 342 CO). L'argument – souvent soulevé côté patronal, comme en l'espèce devant le Tribunal – argument tiré de la prétendue mauvaise foi et l'invocation abusive du salaire 9 OLE par le travailleur étranger n'est pas davantage pris en considération, par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Dût-on l'admettre, que cela reviendrait à enlever toute force à l'art. 342 al. 2 / 341 al. 1 CO (ATF 110 II 168 consid. 3c; 105 II 39 cons. 1b; ATF du 15. 9. 1999 cons. 3 in: JAR 2000 p. 91; ATF 6. 5. 1998 in: JAR 1999 99; ATF 16. 9. 1997 cons. 1 c in: JAR 1998 265). h) Vu ce qui précède, la Cour parvient aux calculs suivants (Tableau Excel):

Heures trav.	Salaire de base dû	Vacances 10,64%	Salaire + vacances total dû	J. fériés	Solde dû
02.01	86,97	17,90	1556,76	165,64	1722,40
03.01	173,57	17,90	3106,90	330,57	3437,48
04.01	153,00	17,90	2738,70	291,40	3030,10
05.01	153,60	17,90	2749,44	292,54	3041,98
06.01	147,93	17,90	2647,95	281,74	2929,69
07.01	129,88	17,90	2324,85	247,36	2572,22
08.01	149,58	17,90	2677,48	284,88	2962,37
09.01	168,52	17,90	3016,51	320,96	3337,46
10.01	157,80	17,90	2824,62	300,54	3125,16
11.01	82,47	17,90	1476,21	157,07	1633,28
12.01	177,09	17,90	3169,91	337,28	3507,19
01.02	130,50	17,90	2335,95	248,55	2584,50
02.02	174,80	17,90	3128,92	332,92	3461,84
03.02	134,12	19,45	2608,63	277,56	2886,19
04.02	413,02		2473,17		413,02
Total	2019,83		36362,84	3869,01	40231,85

Résultat intermédiaire: l'appelante principale doit à l'intimée un différentiel de salaire de Fr. 4'451,33 brut. i) Iura novit curia. La Cour peut allouer, sur la base d'un poste non invoqué par une des parties, un montant additionnel, dans la mesure les faits non-contestés et le droit montrent qu'il est incontestablement dû, et pour autant que le total des montants alloués à un titre ou un autre ne dépasse pas le montant total de la demande, respectivement, des conclusions de l'intimée recevables en appel (ATF SJ 1994 p. 94; ATF SJ 1997 p. 149). En l'espèce, le " Statut du personnel" de l'appelante principale (liasse XIII), applicable à tous les employés du Groupe

E _____, prévoit, à son art. 8.2 le versement d'un 13^{ème} salaire, au besoin au pro rata de l'année de service amorcée, pour autant que les rapports de travail aient duré plus de 12 mois. L'intimée est entrée au service de l'appelante principale le 1^{er} février 2001. Dans la mesure où les rapports de travail ont pris fin le 31 mars 2002, elle est fondée réclamer le pro rata du 13^{ème} afférent au mois de mars 2002. Soit, in casu, le 8,33% de Fr. 2'886,19, soit donc un montant de Fr. 240,40 brut. j) Récapitulation : Au total, l'appelante principale devrait donc à l'intimée le montant de Fr. 4'451,33 + Fr. 240,40 = soit Fr. 4'691,70 brut. Au vu des limites tracées par le principe de l'interdiction de la réformatio in peius. Et par substitution partielle de motifs, l'appelante principale ne sera, en définitive, que condamnée à l'intimée le montant alloué par le Tribunal, soit Fr. 4'458,50 brut, le tout sous déduction des charges sociales et légales. L'expression "sous déduction des charges sociales et légales usuelles" utilisée par le Tribunal et la Cour comprend également l'obligation légale de l'appelante principale de décompter (sur les montants salariés versés et le solde alloué ce jour) et l'autorisation, expressément conférée par la Cour, de déduire du montant sus-mentionné de Fr. 4'691,70, outre les cotisations part salariée AVS/AI/AC/AF/LAA/LMat et LPP non encore retenues, mais qui, le cas échéant, auraient déjà été versées auxdites institutions – et, s'il y a lieu, l'impôt à la source. La présente procédure est gratuite – la valeur litigieuse visée à l'art. 343 CO n'ayant pas été dépassée.

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