

# **GE\_GERICHTE C/4107/2005 vom 4. Juni 2007**

GE Cour de justice, 2007-06-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_4107\\_2005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_4107_2005)

FR: GE\_GERICHTE C/4107/2005 du 4 juin 2007

IT: GE\_GERICHTE C/4107/2005 del 4 giugno 2007

## **Regeste**

CONTRAT INDIVIDUEL DE TRAVAIL; JARDINIER ; TRAVAILLEUR ; RESSORTISSANT ÉTRANGER ; AUTORISATION DE TRAVAIL; SALAIRE MINIMUM; VACANCES; TREIZIÈME SALAIRE; PRIME D'ASSURANCE-MALADIE; ABUS DE DROIT; USAGE LOCAL | La Cour estime, contrairement aux premiers juges, que l'appelant, soit l'employé, ne commet aucun abus de droit en se prévalant de l'art. 9 OLE et en réclamant d'être rémunéré conformément aux usages existant dans la branche. En effet, l'intimé, soit l'employeur, n'établit pas, d'une part, avoir formellement demandé à son employé de lui transmettre son adresse et, d'autre part, que l'intéressé a refusé de la lui communiquer. Par ailleurs, pour obtenir de telles informations et régulariser la situation de l'appelant sur le plan administratif, il lui aurait suffi de s'adresser aux autorités compétentes. L'intimé a ainsi accepté une telle situation, à tout le moins s'en est accommodé, si bien qu'il doit en assumer les conséquences. La Cour procède ainsi aux calculs des salaires que devra payer l'employeur. | CO.319; OLE.9; CO.342.al2; LIRT.23.al1

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté, dans les délai et forme prévus à l'art. 59 de la loi sur la juridiction des prud'hommes (LJP), l'appel est recevable.

### **E. 2.1**

Les premiers juges ont tout d'abord retenu qu'en principe, les relations contractuelles entre les parties étaient soumises, en vertu des art. 9 de l'Ordonnance fédérale limitant le nombre des étrangers (OLE) et 342 al. 2 CO, aux Usages des parcs et jardins établis par l'Office cantonal genevois de l'inspection et des relations du travail (OCIRT). Toutefois, en se prévalant de l'application des Usages des parcs et jardins, T\_\_\_ faisait un usage abusif du droit qui n'était pas protégé par la loi, de sorte qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer, dans le cas d'espèce, lesdits Usages. En effet, la déclaration de E\_\_\_ - qui avait payé toutes les charges sociales de l'appelant qu'il était en mesure de régler - concernant le refus de son ex-employé de lui communiquer son adresse, malgré ses demandes réitérées à cet égard, était "parfaitement crédible et digne de foi", T\_\_\_ ne voulant pas être déclaré à l'Office cantonal de la population. En revanche, les explications fournies à cet égard par l'appelant, qui s'étaient avérées contradictoires et peu convaincantes - tel le fait que l'intéressé ait indiqué deux noms de famille différents, tout en précisant qu'il s'agissait bien de sa personne - ne faisaient que renforcer la conviction du Tribunal à cet égard. Or, la régularisation du permis de travail de T\_\_\_ "aurait automatiquement entraîné la conformité de son salaire avec le salaire minimal prévu par les Usages des parcs et jardins, en application de l'art. 9 OLE". Dans ces conditions, le Tribunal était intimement convaincu que l'intéressé abusait de son

droit, "d'une part en refusant sa régularisation - et ainsi un salaire conforme aux usages -, bien qu'elle ait été souhaitée par son employeur, et, d'autre part, en agissant en justice pour exiger la mise à niveau de son salaire avec celui prévu par les Usages, tout en contournant par ce biais, la procédure d'obtention d'un permis de travail". Il en découlait que T\_\_\_ ne pouvait se prévaloir des Usages des parcs et jardins, et partant prétendre à une différence de salaire avec la rémunération convenue entre les parties, ni à un 13<sup>ème</sup> salaire.

### **E. 2.2**

A l'appui de son appel, T\_\_\_ fait valoir qu'il n'a nullement indiqué "deux noms de famille différents", E\_\_\_ ayant recopié, comme il l'avait reconnu lui-même lors de l'audience du 11 octobre 2005, sur la base de sa carte d'identité et de son permis de conduire d'ex-Yougoslavie, les noms y figurant, soit "X-Y". L'intimé avait ainsi reproduit de manière approximative, "et sans se formaliser", ce nom et n'avait eu aucune difficulté à le reconnaître sous le nom de T\_\_\_ dès le premier courrier que lui avait envoyé le SIT. Au demeurant, E\_\_\_ ne s'était pas non plus tenu à une même orthographe de son nom tout au long de son contrat de travail, puisque sa fiche de salaire de juin 2003 indiquait X'/Y' et celle de juillet 2003 X"/Y". Il n'avait donc en rien tenté de tromper son ex-employeur. L'appelant soutient également que l'intimé n'a jamais indiqué, que ce soit dans ses écritures ou en audience, avoir été empêché de régulariser sa situation, expliquant à cet égard que les demandes d'autorisation de travail pour les étrangers pouvait être déposées alors même que le travailleur résidait encore à l'étranger, c'est-à-dire sans avoir d'adresse en Suisse. Enfin, l'appelant soutient que l'intimé n'a jamais souhaité demander pour lui un permis de travail, ce qu'il aurait pu faire sans problème, au même titre que les démarches qu'il avait effectuées afin de s'acquitter des charges sociales. Ainsi, T\_\_\_ affirme n'avoir commis aucun abus de droit en réclamant l'application d'une réglementation impérative du droit fédéral et qu'il doit ainsi être mis au bénéfice de l'art. 9 OLE et des Usages des parcs et jardins.

### **E. 2.3**

Pour sa part, l'intimé soutient que les Usages de l'OCIRT pour les employés effectuant des travaux de parcs et jardins ne s'appliquent pas au cas d'espèce, dans la mesure où il n'avait jamais signé ce document et qu'il ne faisait pas partie d'une association signataire de cette convention. A titre subsidiaire, s'il devait être considéré que lesdits Usages devaient malgré tout s'appliquer, E\_\_\_ affirme que son ex-employé doit s'en voir refuser l'application pour "abus de droit". A cet égard, l'intimé rappelle qu'il a payé toutes les charges sociales de l'appelant dont il avait l'obligation de s'acquitter, ce qu'attestaient les fiches de salaire produites. Cependant, compte tenu du refus de l'appelant de lui indiquer son adresse, malgré de multiples injonctions, sa régularisation n'avait pas pu aboutir. Enfin, lors de l'audience du 10 janvier 2006 devant la Cour de céans, l'intimé a fait valoir que ni lui ni son entreprise n'étant signataires d'un contrat collectif ou des Usages adoptés par l'OCIRT, l'art. 9 OLE n'était pas applicable au cas d'espèce, sauf à vouloir instaurer une inégalité de traitement inacceptable entre travailleurs étrangers, qui devraient être mis au bénéfice de cette disposition quelle que soit leur situation, et travailleurs suisses, qui ne pouvaient pas en profiter, dans la mesure où cet article était réservé aux seuls étrangers.

### **E. 2.4**

A teneur de l'art. 9 OLE, les autorisations d'exercer une activité lucrative pour un étranger ne peut être octroyée à l'employeur que si ce dernier accorde à l'étranger les mêmes conditions de rémunération et de travail en usages dans la localité et la profession qu'il

accorde aux Suisses et que si l'étranger est assuré de manière adéquate contre les conséquences économiques d'une maladie (al. 1). 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 accordées pour un travail semblable dans la même entreprise et dans la même branche, ainsi que des conventions collectives et des contrats-types de travail (al. 2). 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. Si l'employeur a demandé un permis de travail, il appartient à l'autorité administrative compétente de fixer définitivement le salaire conforme à l'art. 9 OLE. Si aucune autorisation n'a été sollicitée ou que les tâches exercées effectivement ne correspondent pas ou pas totalement à l'activité qui a été autorisée, le juge civil doit alors déterminer le salaire usuel de manière préjudicielle lorsque, fondé sur l'art. 342 al. 2 CO, le travailleur fait valoir une prétention de droit privé déduite de l'obligation de droit public consacrée à l'art. 9 OLE. En effet, la ratio legis de cette dernière disposition, sur l'égalité de traitement entre les ressortissants suisses et étrangers ainsi que la protection du travailleur étranger, s'oppose à l'exclusion de la protection ainsi accordée aux travailleurs clandestins (ATF 122 III 110, consid. 4 e in fine; JAR 1990, p. 148; SJ 1990, p. 659 et notes de G. AUBERT y relatives, in SJ 1990 p. 662). Pour déterminer le salaire usuel dans la branche, l'art. 9 al. 2 OLE indique qu'il y a lieu de tenir compte, hormis des données statistiques, des prescriptions légales, des salaires et des conditions accordées pour un travail semblable dans la même entreprise et dans la même branche, ainsi que des conventions collectives et des contrats-types de travail. Les éléments qui peuvent être pris en considération pour établir le salaire et les conditions de travail usuels au sens de l'art. 9 al. 2 OLE sont donc très divers et dépendent étroitement de l'activité exercée (arrêt du Tribunal fédéral 4C.94/2003). Les conventions collectives applicables dans la profession constituent dès lors un élément de référence, même si elles ne lient pas les parties (arrêts du Tribunal fédéral 4C.369/2006, consid. 3.2 et 4C.189/1996, consid. 4b et réf. citées). A Genève, c'est l'OCIRT qui est l'autorité compétente chargée d'établir les documents reflétant les conditions de travail et prestations sociales en usage dans les différentes branches d'activité professionnelle (art. 23 al. 1 de la loi genevoise sur l'inspection et les relations du travail). Le Contrat collectif conclu entre l'Association genevoise des entrepreneurs de parcs et jardins, pépiniéristes et arboriculteurs et les Syndicats des jardiniers, du SIB et du SIT, prévoyait, en 1997, un salaire horaire minimum de fr. 20.50 pour l'activité d'aide-jardinier dès la quatrième année de pratique à Genève; après plusieurs adaptations intervenues en 1999, 2000 et 2001, ce salaire a été porté, dès le 1er janvier 2002, à fr. 22.47. Ce Contrat collectif prévoit, en outre, un horaire de travail maximum, 5 semaines de vacances annuelles pour les travailleurs de l'âge de l'intimé, un 13ème salaire, le paiement des jours fériés et des indemnités de déplacement et de subsistance. Se fondant sur ce Contrat collectif, l'OCIRT a édicté, en 1999, un document reflétant les conditions de travail et prestations sociales en usage à Genève pour les entreprises effectuant des travaux de parcs et jardins (création et entretien), reprenant en particulier les dispositions dudit Contrat relatives aux horaires de travail, aux salaires minimaux, au versement du 13ème salaire et aux indemnités de déplacement et de subsistance.

## **E. 2.5**

En l'occurrence, certes, comme le fait valoir l'intimé, l'application d'un contrat collectif, d'une convention collective ou des usages de l'OCIRT aux travailleurs étrangers dépourvus d'autorisation administrative pourrait conduire à les traiter de manière plus avantageuse que

les travailleurs suisses employés par des entreprises non signataires desdites règles, et dont ces derniers ne pourraient ainsi pas se prévaloir. Cette conséquence semble toutefois découler directement de l'application de l'art. 9 OLE, telle que voulue par la jurisprudence en la matière. De plus, en l'espèce, l'application de ces règles aux rapports entre les parties ne conduit pas à avantager l'appelant par rapport à d'autres employés de l'entreprise, puisque l'intimé n'employait pas de travailleurs suisses, auxquels il n'aurait pas l'obligation - n'en étant pas signataire - d'appliquer le contrat collectif ou les Usages. Les premiers juges ont retenu que l'appelant commettait un abus de droit, dans la mesure où il réclamait le salaire prévu par les Usages de l'OCIRT en la matière alors qu'il avait refusé de lui communiquer son adresse dans le but, apparemment, de ne pas être déclaré auprès de l'Office cantonal de la population. Ce point de vue ne saurait être suivi. En effet, l'intimé n'établit pas, d'une part, avoir formellement demandé à l'appelant de lui transmettre son adresse et, d'autre part, que l'intéressé a refusé de la lui communiquer. Par ailleurs, pour obtenir de telles informations et régulariser la situation de l'appelant sur le plan administratif, il lui aurait suffi de s'adresser aux autorités compétentes. L'intimé a ainsi accepté, si ne n'est voulu, une telle situation, à tout le moins s'en est accommodé, si bien qu'il doit en assumer les conséquences. L'appelant ne commet aucun abus de droit en se prévalant de l'art. 9 OLE et en réclamant d'être rémunéré conformément aux usages existant dans la branche. Il doit dès lors être entré en matière sur les conclusions condamnatoires de l'appelant.

#### **E. 2.6**

L'intimé ayant employé l'appelant, de nationalité étrangère et en situation irrégulière en Suisse, sans autorisation administrative, il est tenu, conformément aux principes susénoncés, de le rémunérer par un salaire correspondant aux usages de la branche, ceux-ci s'imposant à lui même s'il n'est signataire ni du contrat collectif susmentionné, ni des usages professionnels adoptés par l'OCIRT. Les conditions de travail usuelles dans la branche concernée in casu peuvent, en outre, être arrêtées par référence aux Usages édictés en la matière par l'OCIRT, qui reprennent d'ailleurs largement le Contrat collectif existant dans la branche. L'appelant s'en prévaut, dès lors, à juste titre. Il n'est pas contesté que l'appelant travaillait comme aide jardinier et avait plus de quatre ans de pratique à Genève. Il pouvait ainsi prétendre, en 2003 et 2004, au versement d'un salaire horaire minimum de fr. 22.47. Selon l'intimé, l'appelant était payé fr. 150.- brut par jour travaillé et effectuait 8 heures de travail par jour (mémoire d'opposition de l'intimé du 22 août 2005, p. 3, ch. 4). L'appelant, pour sa part, soutient avoir commencé à travailler au mois de mars 2003 et avoir accompli 9 heures par jour. Sur ces points, la preuve incombe à l'appelant qui n'a étayé ses allégués d'aucun élément probant; en particulier, il n'a produit aucun décompte horaire établissant ses dires, ni n'a fait citer de témoin à cet égard. Il convient dès lors de retenir qu'il a commencé son emploi en avril 2003 et qu'il a accompli un horaire journalier de 8 heures. Sur la base d'un salaire horaire de fr. 22.74 brut, tel que prévu à l'art. 6 du complément aux Usages adopté en mars 2003, et d'un horaire quotidien de 8 heures, l'appelant pouvait prétendre à un salaire journalier brut de fr. 181.92, alors qu'il n'a été payé que fr. 150.- brut, soit une différence de fr. 31.92 brut par jour travaillé. L'appelant ayant travaillé 318,5 jours pendant la durée de son engagement, il lui était ainsi dû fr. 57'941,50 brut de salaire, alors qu'il n'a perçu que fr. 38'011,85- brut à ce titre (cf. pièces 4 à 22 chargé intimé). L'intimé doit ainsi lui payer la différence, soit une somme (arrondie) de fr. 19'930.-.

#### **E. 3**

L'appelant réclame encore une indemnité pour vacances non prises. A teneur de l'art. 12 des Usages précités, version 2003, les vacances doivent être indemnisées à hauteur de 10,64% du salaire brut. A cet égard, les premiers juges ont retenu que le droit aux vacances de 4 semaines d'T\_\_\_ correspondait à une indemnité, dans le cas d'espèce, pour des vacances non prises en nature de 8,33 % du salaire brut. Comme il ressortait des pièces produites par l'intéressé que ce dernier avait reçu un montant de fr. 1'890.-brut pour 2003 et de fr. 1'993.40 brut pour 2004, soit un total de fr. 3'883.40, il apparaissait avoir reçu une indemnité de 8,39 %, de sorte qu'il avait perçu des indemnités pour vacances non prises auxquelles il avait droit. Dans son acte d'appel, T\_\_\_ ne se prononce pas à ce sujet. Toutefois, le salaire brut de l'appelant ayant représenté, pour la durée de son engagement, fr. 57'941,50-, l'indemnité pour vacances non prises à laquelle il peut prétendre représente la somme de fr. 6'165.- brut, de laquelle il convient de déduire les montants susmentionnés déjà perçus à ce titre (fr. 3'883.40), de sorte que c'est un montant de fr. 2'261,60, arrondis à fr. 2'262.- que l'intimé sera condamné à verser à son ex-employé.

#### **E. 4**

L'appelant réclame également le paiement d'un 13ème salaire. L'art. 9 des Usages susmentionnés, version 1999, qui n'a pas subi de modification ultérieure, prévoit à titre de 13ème salaire le paiement de 8,3% du salaire annuel, y compris l'indemnité pour jours fériés et pour heures supplémentaires, à l'exclusion des indemnités vacances et des absences non justifiées. Le salaire qu'aurait dû percevoir l'appelant en 2003 et 2004, étant de fr. 57'941,50.- brut, il a ainsi droit, pour ces deux années, à un montant de fr. 4'809.- brut à titre de 13 ème salaire.

#### **E. 5**

L'appelant réclame encore une indemnité de subsistance de fr. 21.- net par jour pour la durée de son engagement. A teneur de l'art. 10 des Usages précités, il est dû au travailleur une indemnité de panier de fr. 11.- par jour pour les chantiers situées en zone I et II. En l'espèce, l'appelant n'a reçu aucune indemnité de subsistance. Ayant travaillé 318,5 jours pendant la durée de son engagement, il lui est dû à ce titre la somme totale de fr. 3'498.- net (soit 318 jours à fr. 11.- par jour, le demi-jour restant n'étant pas compté, l'appelant ayant ainsi pu quitter son travail à la mi-journée et rentrer chez lui pour manger). L'appelant réclame enfin une "ristourne-maladie", soit la participation de son employeur au paiement de primes d'assurance-maladie. Cette prétention est infondée, dans la mesure où il n'est pas contesté que l'appelant n'a pas été affilié à une caisse d'assurance-maladie pendant la durée de son emploi. Il ne saurait ainsi prétendre au versement de la ristourne susmentionnée puisqu'il qu'il n'a supporté à cet égard aucun frais effectif.

#### **E. 7**

Il résulte de ce qui précède, l'intimé devra payer à l'appelant les montants suivants: - fr. 19'930.- brut au titre de différence de salaire ; - fr. 4'809.- brut au titre de 13ème salaire; - fr. 2'262.- brut au titre d'indemnité-vacances; - fr. 3'498.- net au titre d'indemnité de subsistance. Ces montants portent intérêts à 5% l'an dès le 1er janvier 2005, date de la cessation des rapports de travail entre les parties. Par ailleurs, des sommes brutes susmentionnées devront être déduites, par la partie à qui cette obligation incombe, les charges sociales et légales usuelles, ces dernières comprenant, notamment, l'impôt à la source dû pour les périodes concernées .

#### **E. 8**

En tant qu'il succombe, l'intimé supportera l'émolument de mise au rôle payé par son ex-employé (art. 78 al. 1 LJP).

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