

## **GE\_GERICHTE C/9527/2005 vom 5. Juni 2007**

GE Cour de justice, 2007-06-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_9527\\_2005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_9527_2005)

FR: GE\_GERICHTE C/9527/2005 du 5 juin 2007

IT: GE\_GERICHTE C/9527/2005 del 5 giugno 2007

### **Regeste**

CONTRAT INDIVIDUEL DE TRAVAIL; JARDINIER ; RESSORTISSANT ÉTRANGER ; TRAVAILLEUR ; AUTORISATION DE TRAVAIL; SALAIRE MINIMUM; VACANCES; TREIZIÈME SALAIRE; PRIME D'ASSURANCE-MALADIE; ABUS DE DROIT; USAGE LOCAL | T ne soutient pas avoir convenu avec E d'un salaire supérieur à celui effectivement perçu. Il ne fait pas valoir non plus que E et lui-même seraient liés par les règles normatives d'une convention collective de travail stipulant un salaire supérieur à celui qui a été versé. En revanche, il entend être mis au bénéfice, par le biais de l'art. 9 OLE, des usages professionnels des parcs et jardins en vigueur dans le canton de Genève tels que fixés par l'OCIRT. La Cour estime, contrairement aux premiers juges, que T ne commet aucun abus de droit en se prévalant de ladite disposition et en réclamant d'être rémunéré conformément aux usages existant dans la branche. En effet, la réglementation des conditions de travail des étrangers tend non seulement à garantir l'égalité de traitement avec la main-d'oeuvre, mais également à protéger les travailleurs étrangers, objectifs qui seraient clairement détournés s'il suffisait aux employeurs peu scrupuleux et aux travailleurs en position de faiblesse de s'abstenir de requérir un permis de travail pour échapper aux conditions de travail et de rémunération exigées par l'art. 9 OLE. L'application directe de cette disposition par le juge civil en cas de travail clandestin est donc le seul moyen d'éviter que le travail sans permis, effectué en violation du droit fédéral, bénéficie, de manière totalement injustifiée, d'un traitement plus favorable que le travail dûment déclaré. Dès lors, la Cour procède aux calculs des salaires que devra payer E. | CO.319; CO.322.al1; CO.357; OLE.9; CO.342.al2; LIRT.23.al1

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

L'appel a été formé dans le délai et suivant la forme prescrite par la loi. Il est, partant, recevable. La Cour en connaît avec plein pouvoir de cognition. 2.1 En droit suisse, la rémunération du travailleur obéit en règle générale au principe de la liberté contractuelle: le salaire convenu fait foi. Il n'en ira toutefois pas ainsi si les parties sont soumises, de quelque manière que ce soit, à une convention collective de travail et que celle-ci prévoit, pour l'emploi occupé par le travailleur, un salaire supérieur au montant figurant dans le contrat; dans ce cas-là, le salaire conventionnel prévaudra sur le salaire convenu (cf. art. 322 al. 1, art. 357 CO). En l'espèce, l'appelant ne soutient pas avoir convenu avec l'intimé d'un salaire supérieur à celui effectivement perçu. Il ne fait pas valoir non plus que l'intimé et lui-même seraient liés par les règles normatives d'une convention collective de travail stipulant un salaire supérieur à celui qui a été versé. En revanche, il entend être mis au bénéfice, par le biais de l'art. 9 OLE, des usages professionnels des parcs et jardins en vigueur dans le canton de Genève tels que fixés par l'OCIRT. 2.2 L'une des exigences posées par l'art. 9 al.

1 OLE à l'octroi d'une autorisation pour l'exercice d'une activité lucrative est que "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 vérifier que tel est le cas, l'autorité administrative se fondera sur les prescriptions légales, sur les salaires et les conditions accordées pour un travail semblable dans la même entreprise et dans la même branche, sur les conventions collectives et les contrats-types de travail, ainsi que sur les relevés statistiques annuels des salaires et traitements effectués par l'OFIAMT (art. 9 al. 2 OLE). Le travailleur étranger peut se fonder directement sur l'art. 9 OLE pour obtenir, devant le juge civil, une rémunération conforme aux exigences énumérées ci-dessus. En effet, l'art. 342 al. 2 CO autorise une partie au contrat de travail à agir civilement afin d'obtenir l'exécution d'une obligation de droit public imposée à son cocontractant par des règles fédérales ou cantonales sur le travail et susceptible d'être l'objet d'un contrat individuel de travail (ATF 122 III 100 consid. 4c). Plus spécifiquement, en vue d'assurer la paix sociale, l'art. 9 al. 1 OLE tend, d'une part à préserver les travailleurs suisses d'une sous-enchère salariale induite par la main-d'oeuvre étrangère et, d'autre part, à protéger les travailleurs étrangers eux-mêmes (ATF 109 Ib 238 consid. 4a p. 244 et réf. citées, 106 Ib 125 consid. 4b p. 135). Cette disposition 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. 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. 2 CO; le juge civil est alors lié par les conditions de rémunération fixées concrètement dans l'autorisation administrative délivrée pour un emploi donné (ATF 122 III 110, consid. 4 c et réf. citées). Le défaut de l'autorisation imposée par le droit public n'entraîne toutefois pas à lui seul la nullité du contrat de travail (ATF 114 II 279 consid. 2d/aa p. 283). La convention orale des parties apparaît donc comme valable malgré l'absence d'autorisation pour le travail d'aide-jardinier effectué par l'intimé et, pour l'activité déployée sans autorisation, le travailleur peut invoquer directement l'art. 9 OLE afin d'obtenir, par ce biais, la rémunération usuelle dans la localité pour sa branche. En effet, comme déjà relevé, la réglementation des conditions de travail des étrangers tend non seulement à garantir l'égalité de traitement avec la main-d'oeuvre, mais également à protéger les travailleurs étrangers, objectifs qui seraient clairement détournés s'il suffisait aux employeurs peu scrupuleux et aux travailleurs en position de faiblesse de s'abstenir de requérir un permis de travail pour échapper aux conditions de travail et de rémunération exigées par l'art. 9 OLE. L'application directe de cette disposition par le juge civil en cas de travail clandestin est le seul moyen d'éviter que le travail sans permis, effectué en violation du droit fédéral, bénéficie, de manière totalement injustifiée, d'un traitement plus favorable que le travail dûment déclaré. Ainsi, 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 exercées ne correspondent pas ou pas totalement à l'activité qui a été autorisée, il incombe au juge civil de 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 (ATF 122 III consid. 4 e). 2.3 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, 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 minimal de fr. 20.50 pour l'activité d'aide-jardinier dès la 4ème année de pratique à Genève ; après plusieurs adaptations intervenues en 1999, 2000 et 2001, ce salaire a été porté, en 2002, à fr. 22.47 et, dès le 1 er mars 2003, à 22.74. 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 treizième salaire, le paiement des jours fériés, enfin 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 du contrat collectif relatives aux horaires de travail, aux salaires minimaux, au versement du treizième salaire et aux indemnités de déplacement et de subsistance. 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 découle toutefois directement de l'application de l'art. 9 OLE, telle que voulue par la jurisprudence en la matière. De plus, in casu, 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'emploie pas de travailleurs suisses, auxquels il n'aurait pas l'obligation d'appliquer le contrat collectif ou les Usages, puisqu'il en n'est pas signataire. L'intimé se prévaut d'une autorisation administrative délivrée en 2003 à un autre employé et prévoyant un salaire minimum de fr. 21.42. Cette décision ne lui est toutefois d'aucun secours, puisqu'elle n'indique ni la qualification du travailleur, ni la nature de son travail. Les premiers juges ont retenu que l'appelant commettait un abus de droit, dans la mesure où il réclamerait le salaire prévu par les Usages de l'OCIRT alors qu'il aurait refusé d'être régularisé. Cette opinion ne saurait être suivie. Certes, l'intimé a-t-il déclaré en première instance que ses ouvriers - dont l'appelant - auraient refusé de lui communiquer leur adresse, l'empêchant ainsi de faire les démarches tendant à l'obtention d'un permis de travail. Toutefois, il ne justifie pas avoir demandé à l'appelant de lui communiquer de tels renseignements; devant la Cour, il a par ailleurs admis avoir renoncé à requérir des autorisations de prise d'emploi pour son personnel étranger, parce qu'il avait été informé par l'autorité administrative que les demandes tendant à l'engagement de travailleurs de nationalité kosovare, seraient refusées. L'intimé doit ainsi assumer les conséquences de sa propre décision d'employer du personnel étranger en situation irrégulière, et 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 existants dans la branche. Il doit dès lors être entré en matière sur les conclusions condamnatoires de l'appelant, les parties ayant eu l'occasion de s'exprimer à leur sujet tant devant le Tribunal des prud'hommes que devant la Cour.

### **E. 3**

L'intimé reconnaît avoir employé l'appelant, de nationalité étrangère et en situation irrégulière en Suisse, sans autorisation administrative. Conformément aux principes qui précèdent, il était dès lors tenu de le rémunérer 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 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 minimal de fr. 22.74. L'appelant était payé fr. 170.- brut par jour travaillé et soutient avoir travaillé 8,5 h par jour. L'intimé le conteste, affirmant que l'horaire journalier représentait 8 h. seulement. Sur ce point, la preuve incombe à l'appelant. Celui-ci n'a toutefois étayé son affirmation d'aucun élément probant; plus spécifiquement, il n'a produit aucun décompte horaire étayant son dire, ni n'a fait citer de témoin; il résulte en revanche des déclarations du témoin O\_\_\_ que celui-ci a pu constater, à plusieurs reprises, qu'il n'y avait plus personne sur les chantiers vers 16 heures. L'appelant a ainsi échoué à démontrer que son horaire de travail représentait 8,5 h. La Cour se fondera dès lors sur un horaire journalier de 8 heures. Sur la base d'un salaire horaire de fr. 22.74 brut, tel que prévu par l'art. 6 du complément aux Usages adopté en mars 2003, et d'un horaire journalier de 8 heures, l'appelant pouvait prétendre à un salaire journalier brut de fr. 181.92, alors qu'il n'était payé que fr. 170.- brut, d'où une différence de fr. 11.92 brut par jour travaillé. L'appelant ayant travaillé 171.5 jours d'avril à décembre 2003 et 192 jours en 2004, soit 363.5 jours en totalité pendant la durée de son engagement, il lui reste dû fr. 11.92 brut x 363.5 jours ou fr. 4'332.92 brut. Au salaire mensuel brut perçu en espèces venait toutefois s'ajouter la mise à disposition, par l'employeur, d'un véhicule Mazda 626, que le travailleur pouvait utiliser librement le soir ou le week-end, et dont les frais d'immatriculation et d'assurances étaient entièrement pris en charge par l'employeur. A teneur des directives établies par la Conférence suisse des impôts et de l'Administration fédérale des Contributions (Guide pour l'établissement du certificat de salaire du 25 août 2006, formulaire 11), constitue en particulier un élément du salaire la mise à disposition de l'employé, par l'employeur, d'un véhicule pour le transport gratuit entre le domicile et le lieu de travail et l'acheminement gratuit des employés sur le lieu de travail effectif (lettre F, ch. 9). Lorsque l'employeur prend à sa charge la totalité des frais, l'employé ne réglant que les frais de carburant pour les trajets effectués le week-end ou durant les vacances, la valeur de l'avantage représente 0,8% du prix d'achat du véhicule, mais au moins 150 fr. par mois. In casu le véhicule mis à disposition était une Mazda 626, dont ni l'année d'acquisition, ni le prix d'achat n'ont été indiqués. Il s'ensuit qu'il sera retenu à ce titre la rémunération en nature minimum de fr. 150.- par mois. L'appelant ayant travaillé 9 mois en 2003 et 10 mois en 2004, il sera tenu compte d'un montant total de fr. 2'850.- brut à ce titre. Il sera rappelé que ce dernier montant est soumis aux charges légales et sociales, que l'intimé devra prélever et acquitter. En définitive, l'intimé doit encore à l'appelant, à titre de différence de salaire, la somme de fr. 4'332.92 brut, sous déduction du salaire versé en nature, soit fr. 2'850.- brut, ou fr. 1'482.92- brut.

#### **E. 4**

L'appelant réclame une indemnisation pour les jours fériés. A teneur de l'art. 13 des Usages, les jours suivants doivent être indemnisés : 1er et 2 janvier, vendredi saint, lundi de Pâques, Ascension, lundi de Pentecôte, 1er août, Jeûne genevois, Noël et 31 décembre : indemnisé à 100% sur la base de 8,5 heures par jour (art. 13), à 100% sur la base de 8,5 h par jour. En l'espèce, l'intimé a repris l'entreprise avec effet au 1er avril 2003. Il ne doit, partant, pas être tenu de la période antérieure. A teneur des fiches de salaire produites, aucune indemnisation n'a été versée pour les jours fériés. De mars à décembre 2003, ceux-ci étaient au nombre de 8 et, de janvier à décembre 2004, au nombre de 10 et l'appelant peut ainsi prétendre à une indemnisation de 18 jours fériés, à raison de fr. 193.29 brut par jour (fr. 22.74 x 8.59) ou fr. 3'479.22 brut.

#### **E. 5**

L'appelant réclame également le paiement d'un treizième salaire. L'art. 9 des Usages, version 1999, lequel n'a pas subi de modification ultérieure, prévoit à titre de treizième 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 dû à l'appelant est de fr. 181.92 brut par jour. L'appelant ayant travaillé 171.5 jours d'avril à décembre 2003 et 192 jours en 2004, soit 363.5 jours en totalité, le salaire brut total déterminant est de fr. 66'127.92 brut, auquel s'ajoute l'indemnité pour jours fériés allouée ci-dessus, soit fr. 3'479.22 d'où un total de fr. 69'607.14 brut. Le montant dû à l'appelant à titre de treizième salaire représente dès lors fr. 5'777.39 brut.

#### **E. 6**

L'appelant réclame encore une indemnisation pour vacances non prises. A teneur de l'art. 12 des Usages, version 2003, les vacances doivent être indemnisées à hauteur de 10,64% du salaire brut. Le salaire brut auquel l'appelant pouvait prétendre pour la durée de son engagement représente fr. 66'127.92 (soit fr. 181.92 x 363.5 jours), l'indemnité vacances à laquelle il peut prétendre représente fr. 7'036.01 brut, dont à déduire les montants bruts perçus, soit fr. 3'281.05 pour 2003 et fr. 2'581.- pour 2004. Il lui reste dès lors dû fr. 1'173.95 brut à ce titre.

#### **E. 7**

L'appelant réclame également une indemnité de subsistance et d'éloignement de fr. 21.- net par jour pour la durée de son engagement. A teneur de l'art. 10 des Usages, il est dû au travailleur une indemnité de panier de fr. 11.- par jour pour les chantiers situés en zone I et II, ainsi qu'une indemnité de déplacement de fr. 6.- en zone II; cette dernière n'est toutefois pas due lorsque le transport est assuré par l'employeur. En l'espèce, l'appelant n'a reçu aucune indemnité de subsistance. Ayant travaillé 363.5 jours pendant la durée de son engagement, il lui est dû 363 x fr. 11 à ce titre (le demi jour restant n'étant pas compté, l'appelant ayant pu quitter son travail à la mi-journée et rentrer chez lui pour manger), ou fr. 3'993.- net à ce titre. Il ne peut en revanche prétendre à aucune indemnité de déplacement, le transport vers les chantiers étant assuré par une camionnette de l'entreprise.

#### **E. 8**

L'appelant réclame enfin une "ristourne" à titre de participation aux frais d'assurance-maladie. Cette conclusion ne saurait être accueillie. Il n'est en effet 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 alors qu'il n'a exposé aucun frais effectif.

#### **E. 9**

En définitive, la demande en paiement doit être accueillie à concurrence des montants suivants: fr. 1'482.92 brut au titre de différence de salaire fr. 3'479.22 brut au titre de l'indemnisation pour jours fériés fr. 5'777.39 brut au titre de treizième salaire fr. 999.44 brut au titre d'indemnité-vacances fr. 3'993.- 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. De ces montants devront être déduites les charges sociales légales et usuelles, dont le prélèvement et le versement aux institutions concernées incombe à l'employeur. Ce dernier pourra en outre porter en déduction les sommes dues au titre de l'impôt à la source sur la totalité de la rémunération perçue par le travailleur pendant la durée de son emploi. Rien en justifie en effet, sur ce point, d'avantager un travailleur non déclaré régulièrement à celui qui, au bénéfice d'une autorisation de séjour, est soumis à l'impôt à la source.

#### **E. 10**

Aucun appel incident n'a enfin été formulé, s'agissant du rejet de la demande reconventionnelle. L'appelant obtient partiellement gain de cause. Il se justifie dès lors de laisser à sa charge la moitié de l'émolument d'appel, qui restera acquis à l'Etat. L'intimé sera condamné à rembourser à l'appelant l'autre moitié dudit émolument d'appel, soit fr. 220.-. Il ne sera pas alloué de dépens, aucune des parties n'ayant plaidé de manière téméraire.

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