



T\_\_\_\_  
Rue de la Puiserande 11  
1205 Genève

**Partie appelante et intimée  
sur appel incident**

E\_\_\_\_ SA  
**Dom. élu** : Me Jacques ROULET  
Boulevard des Philosophes 9  
1205 Genève

**Partie intimée et appelante  
incidente**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du 25 juin 2010

- M. Christian MURBACH, président
- MM. Pierre-Alain L'HÔTE et François MINO, juges employeurs
- MM. Yves DUPRE et Riccardo RIZZO, juges salariés
- M. Pierre-Alain STÄHLI, greffier d'audience

**EN FAIT**

**A.** Par jugement TRPH/532/2009 du 4 août 2009 dans la cause C/12404/2008-1, notifié le lendemain, le Tribunal des prud'hommes a condamné E\_\_\_ SA à payer à T\_\_\_ la somme de fr. 3'705.50 brut, avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> avril 2008, à titre d'heures supplémentaires, déboutant T\_\_\_ de toutes ses autres conclusions.

Après avoir exposé les dispositions applicables dans le cas d'espèce (soit : l'art. 356 ss CO; l'art. 9 de l'Ordonnance fédérale limitant le nombre des étrangers [OLE]; l'art. 7 lit.a de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Communauté Européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes [Accord sur la libre circulation des personnes]; l'art. 9 al. 1 de l'Annexe 1 de l'Accord sur la libre circulation des personnes; les art. 2 al. 2 et 22 de la loi fédérale sur les étrangers [LEtr]; l'art. 22 de l'Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative [OASA]), les premiers juges ont considéré que l'intimée, bien qu'étant membre de l'Union industrielle genevoise (UIG), n'était pas signataire de la Convention collective de travail UIG - UNIA et ne s'était pas engagée auprès de l'Office cantonal des relations du travail (OCIRT) à respecter les usages de la mécanique. Comme, de son côté, T\_\_\_, de nationalité portugaise ne bénéficiait pas de la protection instaurée par l'art. 9 OLE, puis de l'art. 22 OASA, et ne pouvait pas être mis au bénéfice des usages précités, la CCT de la mécanique n'était pas applicable dans le cas d'espèce, de sorte que l'intéressé ne pouvait se voir accorder les salaires prévus par ladite convention et, partant, devait être débouté de ses conclusions sur ce point, à savoir le paiement de la somme de fr. 17'016.95 à titre de différence entre le salaire perçu et celui prévu par la CCT UIG- UNIA.

S'agissant du paiement des heures supplémentaires réclamées par T\_\_\_, le Tribunal a retenu que, pour la période du 1<sup>er</sup> mars 2005 au 31 avril 2006, durant laquelle son horaire hebdomadaire était de 40 heures, l'intéressé avait accompli 421,55 heures supplémentaires pour lesquelles il avait déjà perçu un montant brut de fr. 5'053.45 au lieu de fr. 11'106.27, de sorte que, durant cette période-là, son ex-employeur lui devait la somme de fr. 6'062.80 brut. Pour la période du 1<sup>er</sup> mai 2006 au 30 avril 2008, durant laquelle son horaire était de 43 heures par semaine, l'intéressé avait effectué 233,40 heures supplémentaires, pour lesquelles il avait perçu à ce titre fr. 4'169.80 au lieu de fr. 5'940.-, de sorte que E\_\_\_ SA devait encore lui verser à cet égard fr. 1'770.20. T\_\_\_ aurait donc dû se voir verser une somme totale de fr. 7'833.- brut à titre d'heures supplémentaires, montant duquel il convenait toutefois de déduire les vacances qu'il avait prises en trop, soit fr. 4'127.50, de sorte que, en définitive, son ex-employeur devait lui verser la somme de fr. 3'705.50 à titre d'heures supplémentaires.

**B. a)** Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 4 septembre 2009, T\_\_\_ appelle de ce jugement.

Le mémoire d'appel, émanant par le Syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs (ci-après SIT), comporte un préambule d'une dizaine de lignes, une partie "EN FAIT", une partie "EN DROIT", ainsi que des conclusions.

Dans le préambule, l'appelant indique former appel contre le jugement du 4 août 2009 "au motif que le Tribunal des prud'hommes n'a pas respecté les dispositions de l'article de la Letr et 22 de OASA".

La partie "EN FAIT" consiste en un "copier-coller" intégral de la partie "EN FAIT" du jugement entrepris.

La partie "EN DROIT" de l'appel reprend les principes juridiques exposés par le Tribunal en ce qui concerne sa compétence à raison de la matière et du lieu et reproduit, mot pour mot, les 3<sup>ème</sup> et 6<sup>ème</sup> paragraphes du jugement déféré (concernant, respectivement, la teneur des art. 356 et suivants CO et l'art. 9 al. 1 de l'annexe I de l'Accord sur la libre circulation des personnes).

Les seuls passages non reproduits de la décision querellée sont les suivants (sic):

*"Selon la jurisprudence et la doctrine, l'obligation - de droit public - de l'employeur de solliciter et d'obtenir l'autorisation de travail pour le travailleur étranger constitue en droit du travail, un acte préparatoire de l'employeur,; ATF C/2004 du 24 3 2004. 2004=JAR2005 156 cons.3,2,1 ; ATF 114II279 cons CJ 1960 p 303.*

*Vu les facilités des bilatérales CH-UE-AELE- pour l'engagement de travailleurs ressortissants de l'Union européenne, les permis B sont depuis 2003 sévèrement contingentés (cf. Appendice 1 à l'art 14 OLE( Klaus, " Ausländische staatsangehörige als arbeitnehmende2 in Uebersax/Much/Geiser. Ed Ausländerrecht, Bâle 2002, N 14,52 p 603)*

*Les articles 11al3 et 18 let b de la Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 et l'article 22 OASA sont applicables.*

*Selon l'article 9 al1 de l'annexe 1 de l'accord sur la libre circulation des personnes, un travailleur salarié ressortissant d'une partie contractante ne peut, sur le territoire de l'autre partie contractante, être en raison de sa nationalité traité différemment des travailleurs nationaux salariés en ce qui concerne les condition d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement et de réintégration professionnelle ou de réemploi s'il est tombé au chômage.*

*Dans la cause C/14324/2005-1 E\_\_\_ SA (page 7) reconnaître être membre de l'UIG,et considérait la CCT UIG applicable aux relations de travail (son nom apparaît dans la liste des membres UIG ).*

*Lemania ENERGY n'a pas fait appel de cette décision.*

*Le rappel de salaire 17'016.95 est fondé."*

Enfin, l'appel de T\_\_\_ comporte des conclusions ("PAR CES MOTIFS"), dans lesquelles il est demandé de "réformer le jugement du tribunal des prud'hommes" et "condamner l'intimée à payer à l'appelant les montants réclamés".

b) L'intimée a conclu au rejet de l'appel, dans la mesure où celui-ci est recevable.

Formant appel incident, elle sollicite l'annulation du jugement en tant qu'elle a été condamnée à payer à son ex-employé la somme de fr. 3'705.50 brut à titre d'heures supplémentaires.

A cet égard, l'appelante incidente ne conteste pas que son ex-employé ait régulièrement accompli des heures supplémentaires, mais soutient que celles-ci ont été intégralement rétribuées.

Ainsi, se référant, pour chaque mois, aux pièces qu'elle a produites, l'appelante incidente fait valoir que, pour la période allant de mars 2005 à avril 2006, son ex-employé, qui avait pris 37 jours de vacances et effectué 214 heures supplémentaires, avait reçu un salaire annuel brut de fr. 47'580.- (non comprise la part du 13<sup>ème</sup> salaire versée chaque mois), auquel s'ajoutait la somme de fr. 5'053.45 au titre d'heures supplémentaires. Ainsi, durant cette période, T\_\_\_ avait effectué quelque 200 heures de moins que les heures supplémentaires retenues par les premiers juges. Or, s'il était exact que chaque heure supplémentaire devait être payée à 125% et que T\_\_\_ n'avait été rémunéré qu'au tarif de fr. 21.90 au lieu de fr. 23.15, il aurait dû percevoir, pour la période considérée, la somme de fr. 4'954.10 (214 heures supplémentaires x fr. 23.15). Dès lors qu'il avait perçu au titre de son seul salaire (non compris le 13<sup>ème</sup> salaire et la rémunération des heures supplémentaires) la somme de fr. 2'500.- en plus du salaire contractuellement convenu (fr. 47'580.- [fr. 3'220.- x 14], et qu'à cette somme s'ajoutait celle de fr. 5'053.45, payée au titre d'heures supplémentaires, on arrivait à un total de fr. 7'553.45, soit un montant supérieur de fr. 2'599.35 à celui qu'aurait dû recevoir son ex-employé, et ce sans tenir compte du fait que celui-ci avait pris 12 jours de vacances en plus des congés contractuellement dus.

Pour ce qui est de la période du 1<sup>er</sup> mai 2006 à fin mars 2008, l'appelante incidente indique que l'appelant avait effectué 66 heures supplémentaires et reçu un salaire annuel brut de fr. 80'500.- (non comprise la part du 13<sup>ème</sup> salaire versée chaque mois) ainsi que le montant de fr. 4'169.80 au titre d'heures supplémentaires. Pour ces dernières, l'intéressé aurait dû être rémunéré au tarif majoré de fr. 25.15 (soit fr. 3'500.- ÷ 21.75 ÷ 8 x 125%), alors que ces heures supplémentaires lui avaient été payées au tarif horaire de fr. 21.90. Ainsi, l'intéressé aurait dû recevoir la somme de fr. 1'659.90 (66 heures supplémentaires x fr. 25.15) pour l'ensemble des heures accomplies au cours de cette période. Dès lors, l'intéressé avait indûment perçu, pour ladite période, la somme de fr. 2'509.90 (fr. 4'169.80 – fr. 1'659.90), ce sans tenir compte du fait qu'il avait pris 11 jours de vacances en plus des congés contractuellement dus.

Ainsi, selon l'appelante incidente, sur l'ensemble de son activité, son ex-employé avait indûment perçu la somme de fr. 5'109.25 (fr. 2'599.35 + fr. 2'509.90) qui lui avait été versée en plus de son droit à la rémunération des heures supplémentaires effectuées. E\_\_\_ SA affirme que, "par gain de paix", elle s'abstiendra toutefois de prendre des

conclusions reconventionnelles dans ce sens et s'en tiendra à conclure au déboutement de l'appelant principal de toutes ses conclusions.

c) Bien qu'invité à se déterminer au sujet de l'appel incident de son ex-employeur, T\_\_\_ n'a produit aucune écriture à ce sujet.

d) Lors de la comparution personnelle des parties du 24 mars 2010 devant la Cour de céans, il a été procédé à une instruction parallèle de la présente cause avec les causes C/22099/2008-1 et 22690/2008-1 concernant deux autres employés licenciés par E\_\_\_ SA, soit, respectivement, A\_\_\_ et B\_\_\_.

Lors de cette même audience, T\_\_\_ a notamment déclaré avoir renoncé à produire des écritures responsives à l'appel incident, au motif qu'il connaissait les arguments de son ex-employeur déjà développés en première instance.

C. Il résulte, par ailleurs, de la procédure les éléments pertinents suivants :

a) E\_\_\_ SA, société dont le siège social se trouve à Bernex (Genève), dont le but social est la production et le montage d'équipements liés à la production d'électricité et utilisés par des garages ainsi que l'importation et l'exportation de ces produits, a engagé, par contrat de travail signé le 1<sup>er</sup> mai 2005, T\_\_\_, de nationalité portugaise, en qualité "d'ouvrier en formation". Conclu pour une durée déterminée de 12 mois, soit jusqu'au 30 avril 2006, ledit contrat prévoyait un horaire de travail de 40 heures par semaine, 8 heures par jour, 5 jours hebdomadaires, et ce pour un salaire mensuel brut de fr. 3'220.-, plus un montant mensuel brut de fr. 2'68.33, versé 12 fois l'an à titre de 13<sup>ème</sup> salaire. Ledit contrat indiquait également que l'employé avait droit à 22 jours ouvrables par année.

b) Par courrier recommandé du 24 janvier 2008, E\_\_\_ SA a licencié T\_\_\_ pour le 31 mars 2008, pour des "raisons de faute professionnelle (congés non autorisés à plusieurs reprises)".

c) Par lettre du 19 mars 2008, le SIT, agissant pour le compte de T\_\_\_, a contesté le congé de celui-ci ainsi que le motif de licenciement invoqué, sollicitant que lui soit communiqué "le véritable motif du licenciement".

Par courrier du 27 mars 2008, E\_\_\_ SA a précisé au SIT que sa décision de licencier son employé était motivée par une baisse de son chiffre d'affaires durant l'exercice 2007 et 2008 en raison de la hausse des matières premières (plomb, cuivre) ainsi que par la grande variation des monnaies étrangères avec le franc suisse, l'entreprise précisant que sa principale activité consistait à 99% à l'exportation de ses produits et que 40% de ses contrats avaient été annulés en 2008. Par ailleurs, à plusieurs reprises, T\_\_\_ avait eu des absences non justifiées, malgré les avertissements qui lui avaient été donnés. En outre, le comportement de l'intéressé laissait "paraître une baisse de motivation incontestable rattaché et confirmé par le rendement de son travail" (sic).

**d)** Après un échange de correspondance infructueux entre les parties, le SIT a, par courrier du 25 avril 2008, réclamé à E\_\_\_ SA le paiement d'un montant de fr. 17'016.95 en faveur de T\_\_\_, et ce à titre, d'une part, d'heures supplémentaires effectuées par l'intéressé, la CCT UIG-UNIA, prévoyant un horaire de 40 heures hebdomadaires et l'intéressé ayant accompli 45 heures par semaine (fr. 15'708.44) et, d'autre part, de 13<sup>ème</sup> salaire (fr. 1'308.51).

**e)** Par pli du 14 mai 2008, E\_\_\_ SA a répondu au SIT que bien que membre de l'UIG, elle n'était pas signataire de la CCT UIG-UNIA, ni signataire d'un engagement à respecter les usages de la mécatronique auprès de l'OCIRT. Dès lors, elle était libre d'établir un contrat de travail dans les limites fixées dans le Code des obligations et la loi sur le travail.

**f)** En date du 4 juin 2008, T\_\_\_ a assigné devant la Juridiction des prud'hommes E\_\_\_ SA en paiement de la somme de fr. 17'016.95, avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> avril 2008. A cet égard, il s'est référé à sa lettre du 25 avril 2008 adressée à son ex-employeur.

Dans ses écritures responsives du 23 septembre 2008, E\_\_\_ SA a conclu au rejet de la demande.

Elle a notamment expliqué qu'au terme du premier contrat échu le 30 avril 2006, un second contrat de travail oral avait été conclu entre les parties, prévoyant un salaire mensuel de fr. 3'500.-, plus un treizième salaire, ainsi qu'un horaire de travail de 43 heures par semaine. Par ailleurs, elle a précisé que T\_\_\_ avait débuté son emploi à la mi-février 2005 et été libéré de son obligation de travailler le 28 janvier 2008.

E\_\_\_ SA a également contesté le nombre d'heures supplémentaires alléguées par son ex-employé ainsi que le taux horaire de celles-ci. A cet égard, elle s'est référée à celles figurant sur les bulletins de salaire ainsi que le relevé des heures de son ex-employé de mars 2005 à mars 2008 (pièces 1 à 38 de son chargé, certaines pièces portant le numéro bis et le bulletin de salaire du mois de janvier 2007 manquant).

Par ailleurs, E\_\_\_ SA a produit une attestation de l'Union industrielle genevoise du 10 juin 2008, indiquant qu'elle en était membre "adhérente" de ladite union, mais qu'elle n'était pas signataire de la CCT UIG-UNIA. Elle a également produit un échange de courriels avec le secrétaire général de l'Union industrielle genevoise, dont il résulte que l'entreprise n'avait pas non plus signé d'engagement auprès de OCIRT pour respecter les usages de la mécatronique et n'avait conclu aucun engagement complémentaire aux obligations légales en matière du droit du travail.

**g)** Lors de la comparution personnelle des parties du 16 octobre 2008, T\_\_\_ a notamment déclaré avoir commencé son emploi auprès de E\_\_\_ SA en mars 2005. Son contrat était prévu pour une durée déterminée de 12 mois et avait été reconduit tacitement jusqu'en mars 2008. Il estimait être soumis aux art. 18 et 22 LTR, qui reprenaient l'art. 8 OLE. Il ne remettait pas en cause les bulletins de salaire ni les congés pris, mais deman-

dait uniquement de recevoir la différence entre les heures supplémentaires et le minimum prévu par la CCT ainsi qu'un rappel du 13<sup>ème</sup> salaire.

**h)** Lors de cette même audience, le Tribunal a procédé à l'audition de trois témoins, tous employés de E\_\_\_ SA. Il résulte notamment de leurs déclarations qu'ils effectuaient 45 heures de travail par semaine alors que leur contrat mentionnait 43 heures hebdomadaires, la différence étant payée en heures supplémentaires, voire en congés.

**i)** Le 17 novembre 2008, T\_\_\_ a produit un tableau récapitulatif des salaires versés et de la différence de salaire réclamée de mars 2005 à mars 2008, ainsi que des heures effectuées pendant la même période.

**j)** E\_\_\_ SA a, par lettre du 8 décembre 2008, conclu au rejet de toutes les prétentions de son ex-employé relatives aux vacances prises et aux heures supplémentaires effectuées. Elle a produit à son tour un tableau récapitulatif basé sur les relevés d'heures mensuels signés par T\_\_\_, ce document contenant également un récapitulatif des vacances prises par l'intéressé, faisant apparaître un solde de vacances prises en trop de 31,75 jours pour les années 2005 à 2007 et de 42,51 jours durant les mois de février et mars 2008, l'appelant ayant été libéré de l'obligation de travailler dès le 29 janvier 2008.

**k)** Le salaire de T\_\_\_ a connu de nombreuses variations au cours de son emploi. Ainsi, de mars à mai 2005, il s'est élevé à fr. 3'488.33 brut (fr. 3'220.- plus fr. 268.33 à titre de 13<sup>ème</sup> salaire). Au mois de juin, il a été de fr. 3'220.- brut. Durant les mois de juillet, novembre et décembre 2005, il s'est élevé mensuellement à fr. 3'683.- brut (fr. 3'400.- plus fr. 283.- à titre de 13<sup>ème</sup> salaire). En outre, en septembre et octobre 2005, il était de fr. 3'791.65 brut (fr. 3'500.- plus fr. 291.65 à titre de 13<sup>ème</sup> salaire). A partir de janvier 2006 jusqu'au 30 mars 2008, date de la fin des rapports de services entre les parties - exception toutefois du mois de janvier 2007 pour lequel aucun bulletin de salaire n'a été produit -, le salaire mensuel brut de l'intéressé a été de fr. 3'791.65 brut (fr. 3'500.- + fr. 291.65 à titre de 13<sup>ème</sup> salaire).

**l)** Lors de l'audience du 8 décembre 2008, T\_\_\_ a notamment indiqué que bien qu'ayant pris plus de vacances que celles auxquelles il avait droit, il avait toujours été payé et acceptait la compensation s'il obtenait ses conclusions.

## **EN DROIT**

### **1.**

**1.1.** Les appels tant principal qu'incident ont été déposés dans le délai prévu par la loi sur la juridiction des prud'hommes (art. 59 al. 1 et 61 al. 1 LJP).

**1.2.** A teneur de l'art. 59 al. 2 LJP, l'appel est formé par une écriture motivée indiquant notamment les points de fait et de droit contestés du jugement et les conclusions en appel.

En l'occurrence, on peut se demander si l'appel principal satisfait pas à ces exigences.

En effet, les écritures de l'appelant ne contiennent aucune véritable critique du jugement querellé, l'intéressé se bornant à indiquer faire appel contre la décision rendue par le Tribunal parce que celui-ci "n'a pas respecté les dispositions de l'article de la Letr et 22 de OASA" et à citer divers extraits de jurisprudence et de doctrine sans en tirer de conséquences juridiques pour le cas d'espèce, ce qui ne saurait être considéré comme une critique motivée des points de droit retenus par les premiers juges. Par ailleurs, l'appelant principal soutient que son ex-employeur est soumis à la CCT UIG parce qu'il avait reconnu, dans une autre cause (C/14324/2005-1, jugement TRPH/163/2006 rendu par le Tribunal des prud'hommes le 22 février 2006), être membre de l'UIG et avait considéré la CCT UIG être applicable "aux relations de travail", E\_\_\_ SA n'ayant pas fait appel de cette décision.

Là également, T\_\_\_ n'indique pas en quoi la décision, dont il a produit une copie lors de l'audience du 24 mars 2010 devant le Cour de céans, serait applicable dans le cas d'espèce. Or, il résulte de ce jugement que si, à l'époque, E\_\_\_ SA avait, dans des écritures responsives considéré la CCT applicable dans le cas qui l'intéressait, ce n'était pas seulement parce qu'elle était membre de l'Union industrielle genevoise (UIG), mais également parce qu'elle croyait que son ex-employé qui l'avait assignée devant les juridictions prud'homales était membre du syndicat UNIA. Le Tribunal des prud'hommes en avait alors tiré la conclusion que cela démontrait que les parties avaient manifesté la volonté concordante d'inclure les dispositions de la CCT dans leurs rapports contractuels. Or, en l'espèce, comme il sera relevé ci-dessous, T\_\_\_ n'était pas membre du syndicat UNIA, signataire de la CCT avec l'UIG.

La question de la recevabilité des écritures de T\_\_\_ peut toutefois demeurer indécise, son appel devant être de toute façon être rejeté, car infondé.

**2.** En effet, il existe, en tout cas depuis 1999, une convention collective de travail conclue entre l'UIG et le syndicat de l'industrie, de la construction et des services (FTMH), section de Genève, devenu par la suite le syndicat UNIA, région Genève (ci-après CCT UIG-UNIA).

Selon les art. 356 ss CO, les clauses normatives d'une convention collective n'ont, en principe, d'effet qu'envers les employeurs et travailleurs qu'elle lie, c'est-à-dire les employeurs qui sont personnellement parties à la convention, les employeurs et travailleurs qui sont membres d'une association contractante, ou, encore, les employeurs et travailleurs qui ont déclaré se soumettre à la convention au sens de l'art. 356b CO. La convention peut toutefois être étendue aux tiers en vertu de la loi fédéral permettant d'étendre le champ d'application de la Convention collective de travail du 28 septembre 1956 (LECCT), auquel cas ses clauses s'appliquent également aux employeurs et travailleurs

auxquels elle est étendue. En dehors de ces cas, les rapports entre parties sont régis par le contrat individuel et la loi, éventuellement un contrat-type, mais pas par la convention collective, et ce même si celle-ci contient une clause faisant obligation aux employeurs liés par elle d'appliquer ces dispositions normatives à tous leurs employés, qu'ils soient membres d'une association de travailleurs ou non (ATF 123 III 129).

En l'occurrence E\_\_\_ SA est membre de l'UIG, association signataire de la CCT UIG-UNIA. En revanche, T\_\_\_ n'est pas membre du syndicat UNIA. Par ailleurs, les parties à la présente procédure ne se sont pas soumises à la CCT UIG-UNIA par une déclaration individuelle, ni par des manifestations de volonté expresses ou tacites. Elles n'ont pas non plus incorporé le contenu de la CCT UIG-UNIA dans le contrat individuel de travail qui les liait. En outre, le champ d'application de ladite convention n'a pas été étendu aux tiers en vertu de la LECCT.

Dès lors, la CCT UIG-UNIA n'est pas applicable aux rapports de travail ayant lié les parties, ce d'autant plus que l'intimée, bien que membre de l'UIG, ne s'est pas engagée auprès de l'OCIRT à respecter les usages en vigueur dans le secteur de la mécatronique.

**3.** L'appelant fait également grief au Tribunal des prud'hommes, sans aucun développements, de n'avoir pas respecté les dispositions de la LEtr et de l'OASA.

T\_\_\_ est de nationalité portugaise. Selon ses déclarations, il a obtenu, en mai 2007, un permis de type B.

Pour la main-d'œuvre étrangère, une des conditions à l'octroi d'une autorisation de travail en Suisse, est le respect, par l'employeur, des conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu et de la profession accordée aux Suisses (art. 9 de la l'Ordonnance fédérale sur la limitation des étrangers du 6 octobre 1986, remplacée, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008, par les art. 22 de la Loi fédérale sur les étrangers [LEtr] et 22 de l'Ordonnance fédérale relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative [OASA]). L'art. 22 OASA est une disposition d'application de l'art. 22 LEtr.

Les art. 9a OLE, 22 LEtr et 22 OASA, constituent, en relation avec l'art. 342 al. 2 CO une limite à la liberté contractuelle des parties, qui ne peuvent convenir d'un salaire inférieur à celui figurant dans la décision d'autorisation d'un permis de travail de sorte que, lorsqu'un employeur sollicite un tel permis pour engager un employé, il appartient à l'autorité administrative compétente de fixer définitivement le salaire de base conforme aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche concernée. Ainsi, pour les travailleurs étrangers, dépourvus d'autorisation de travail, un accord fixant un salaire inférieur au salaire usuel est nul, dans ce dernier cas, c'est au juge civil qu'il incombe de déterminer lui-même, à titre préjudiciel, le montant du salaire en usage qui est dû (arrêt du TF du 16.09.1997, in JAR 1998/265; ATF 122 III 110 JT, 1996 I 618).

La jurisprudence établie sur la base de l'art. 9a OLE reste d'actualité, les art. 22 LEtr et 22 OASA n'apportant pas de changement significatif sur ce point. Le juge civil est liée

par les conditions de rémunérations fixées concrètement dans l'autorisation administrative délivrée, de sorte que le travailleur ne peut obtenir gain de cause lorsqu'il agit en paiement de la différence entre la rémunération fixée par l'autorité administrative et les conditions usuelles de la profession. C'est seulement si les tâches exercées effectivement par le travailleur au bénéfice d'une autorisation administrative ne correspondent pas ou pas entièrement à l'activité autorisée que 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 (ATF 122 III 110, JT 1996 I 618). Il en va de même lorsque l'employeur n'a sollicité aucune autorisation.

Depuis le 1<sup>er</sup> juin 2004, l'art. 7 lit. a de l'Accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes (ALCP), conclu entre la Communauté Européenne et ses Etats membres, d'une part (dont fait partie notamment le Portugal) et la Confédération suisse d'autre part, prescrit que les parties contractantes s'engagent à régler le droit à l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne l'accès à une activité économique et son exercice ainsi que les conditions de vie, d'emploi et de travail. L'art. 9 al. 1 de l'Annexe 1 de l'ALCP prévoit qu'un travailleur salarié ressortissant d'une partie contractante ne peut, sur le territoire de l'autre partie contractante, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux salariés en ce qui concerne les conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération.

Dans son message du 8 mars 2002 relatif à la LEtr, le Conseil fédéral a précisé que les ressortissants d'un Etat membre de l'Union Européenne ou de l'Association européenne de libre échange ne seront soumis que subsidiairement à ladite loi (FF 2002, p. 3469ss). A teneur de l'art. 2 al. 2 LEtr, la présente réglementation n'est applicable pour les étrangers dont le séjour est régi par l'ALCP que dans la mesure où ledit accord n'en dispose pas autrement ou lorsque la présente loi prévoit des dispositions plus favorables.

Selon BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (Commentaire du contrat de travail, 3<sup>ème</sup> édition, ad art. 322 CO N11), depuis le 1<sup>er</sup> juin 2004, le système de contrôle suisse des conditions de travail de la main-d'œuvre étrangère ne s'applique plus aux travailleurs provenant des états de l'Union Européenne et de l'AELE; pour eux, les règles sur la détermination du salaire sont identiques à celles applicables aux travailleurs indigènes.

Pour d'autres auteurs, le principe du traitement national découlant de l'ALCP liant notamment les employeurs, ceux-ci doivent offrir au travailleurs étrangers bénéficiant de la libre circulation une rémunération comparable à celle octroyée aux travailleurs de nationalité suisse et disposant notamment d'une formation et d'une expérience analogues. Tout accord contraire étant frappé de nullité, la juridiction du travail peut être saisie afin de déterminer le salaire usuel et, au besoin, condamner l'employeur à payer la différence entre celui-ci et le salaire convenu, étant précisé que pour les ressortissants étrangers bénéficiant de la libre circulation des personnes, la décision de l'autorité qui délivre l'autorisation n'atteste plus la conformité du salaire convenu avec le salaire usuel, son contrôle se limitant à l'existence de moyens de subsistance suffisants (Philippe CARRUZO, Le contrat individuel de travail, commentaire des art. 319 à 341 du

Code des Obligations, 2009, p. 117, avec référence à B. KAHIL-WOLFF, l'Accord sur la libre circulation des personnes Suisse-CE et Le droit des assurances sociales, in SJ 2001 II 96 et 101).

Il découle ainsi de ce qui précède qu'en l'espèce, l'appelant, de nationalité portugaise, ne bénéficie pas de la protection instaurée par la LEtr et l'OASA. Par ailleurs, l'appelant n'a pas allégué, ce qui ne résulte au demeurant pas de la procédure, que la rémunération qui lui a été octroyée par l'intimée n'était pas comparable à celle perçue par les travailleurs de nationalité suisse travaillant dans la branche et disposant d'une formation et d'une expérience analogues.

Dès lors, la décision des premiers juges doit être également confirmée sur ce point.

L'appel de T\_\_\_ est ainsi rejeté.

**4.** Dans son appel incident, E\_\_\_ SA fait grief aux premiers juges d'avoir retenu que son ex-employé avait effectué 655 heures supplémentaires (421,55 heures du 1<sup>er</sup> mars 2005 au 30 avril 2006 et 233,40 heures du 1<sup>er</sup> mai 2006 au 31 janvier 2008), alors qu'en réalité il n'avait accompli que 280 heures supplémentaires (214 heures de mars 2005 à fin avril 2006 et 66 heures de mai 2006 à mars 2008).

A l'appui de ses allégations, l'appelante incidente se fonde sur chaque relevé d'heures mensuel établi et signé par son ex-employé ainsi que sur chacun de ses bulletins de salaire mensuel (pièces 1 à 38 du chargé de l'appelante incidente du 19.09.2008).

Il ressort de l'examen de ces documents que l'appelante incidente n'a pris en compte que les heures de travail mentionnées par son ex-employé que si celles-ci sont accompagnées de la signature de celui-ci, alors que les premiers juges se sont visiblement fondés sur le total des heures indiquées sur lesdits relevés, total qui ne prend pas uniquement en considération les heures au regard desquelles est apposée la signature de T\_\_\_. On arrive ainsi à une différence d'heures de l'ordre de 822,5 (mai 2005 : 168,5 heures signées et 220,10 heures retenues par le Tribunal, soit une différence de 51,6 heures; juillet 2005 : 54 heures signées et 183 heures retenues = différence de 129 heures; septembre 2005 : 181 signées et 189,5 heures retenues = différence de 8,5 heures; décembre 2005 : 149 heures signées et 209,2 heures retenues = différence de 60,2 heures; avril 2006 : 157 heures signées et 184,55 heures retenues = différence de 27,55 heures; mai 2006 : 184,5 heures signées et 193,5 heures retenues = différence de 9 heures; juin 2006 : 180 heures signées et 188,6 heures retenues = différence de 7,6 heures; août 2006 : 40 heures signées et 203,4 heures retenues = différence de 163,4 heures; septembre 2006 : 172 heures signées et 186,6 heures retenues = différence de 14,6 heures; novembre 2006 : 185,5 heures signées et 194,10 heures retenues = différence de 8,6 heures; décembre 2006 : 138,5 heures signées et 179,9 heures retenues = différence de 41,4 heures; janvier 2007 : 157,5 heures signées et 191,9 heures retenues = différence de 34,4 heures; février 2007 : 167,5 heures signées et 176,10 heures retenues = différence de 8,6 heures; avril 2007 : 133 heures signées et 184,6 heures retenues = différence de 51,6 heures; mai 2007 : 182 heures signées et 199,2 heures retenues

= différence de 17,2 heures; juin 2007 : 146,5 heures signées et 180,9 heures retenues = différence de 34,4 heures; juillet 2007 : 172,5 heures signées et 189,7 heures retenues = différence de 17,2 heures; août 2008 : 81 heures signées et 201,4 heures retenues = différence de 120,4 heures; septembre 2007 : 171 heures signées et 179,6 heures retenues = différence de 8,6 heures; octobre 2007 : 198,5 heures signées et 207,10 heures retenues = différence de 8,6 heures).

Le Tribunal n'a pas expliqué pour quelle raison il avait comptabilisé les heures de travail non signées, par T\_\_\_ et, partant, non avalisées par celui-ci. Ce dernier n'a pas fourni non plus d'explications à ce sujet, puisqu'il n'a pas jugé utile de se déterminer à propos de l'appel incident de son ex-employeur.

Dès lors, force est d'admettre comme exact le décompte d'heures établi par l'appelante incidente, soit les seules heures au regard desquelles T\_\_\_ a apposé sa signature, admettant de la sorte leur véracité.

Par ailleurs, les autres calculs auxquels s'est livrée l'appelante incidente au sujet des heures supplémentaires effectuées par son ex-employé, leur rémunération ainsi que leur compensation par les jours de vacances pris en trop par l'intéressé n'ont pas fait l'objet de contestation, et ne souffrent d'ailleurs aucune critique, de sorte que le jugement déféré ne peut être qu'annulé en tant qu'il a octroyé à T\_\_\_ la somme de fr. 3'705.50 brut à titre de paiement d'heures supplémentaires.

**5.** La valeur litigieuse de l'appel tant principal qu'incident étant inférieur à fr. 30'000.-, il n'y a pas lieu à perception d'un émolument de mise au rôle (art. 60 al. 1 LJP a contrario). En revanche, l'appelant, qui succombe, supportera le tiers (soit fr. 27.-) des frais de l'interprète dont il a demandé les services et qui a officié lors de l'audience du 24 mars 2010 devant la Cour de céans (art. 78 al. 1 LJP par analogie).

**PAR CES MOTIFS**

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 1,

**1. Sur appel principal :**

Rejette, dans la mesure où il est recevable, l'appel principal interjeté par T\_\_\_ contre le jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 4 août 2009 dans la cause C/12404/2008-1.

Condamne T\_\_\_ à payer aux Services financiers du Pouvoir judiciaire la somme de fr. 27.- à titre de frais d'interprète.

**2. Sur appel incident:**

Déclare recevable l'appel incident interjeté par E\_\_\_ SA contre le jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 4 août 2009 dans la cause C/12404/2008-1.

Annule ce jugement en tant qu'il a condamné E\_\_\_ SA à payer à T\_\_\_ la somme de fr. 3'705.50 brut avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> avril 2008.

**3. Déboute les parties de toutes autres conclusions.**

Le greffier de juridiction

Le président