



Monsieur T \_\_\_\_\_  
Avenue \_\_\_\_\_  
12 \_\_\_\_\_

E\_\_ SA  
**Dom. élu** : CAP Protection Juridique  
Rue Monnier 4  
Case postale 306  
1211 Genève 12

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du 7 décembre 2006

Mme Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente

MM. Tito VILA et Alphonse SURDEZ, juges employeurs

Mmes Yasmine MENETREY et Marianne LOTTE, juges salariés

M. Lorenzo PARUZZOLO, greffier d'audience

**EN FAIT**

Par acte du 27 mars 2005, T\_\_\_\_\_ appelle d'un jugement TRPH/173/2006, rendu et communiqué par plis du 22 février 2006, aux termes duquel le Tribunal des Prud'hommes, groupe 3, condamne E\_\_ SA à lui payer fr. 3'131.90 brut avec intérêts à 5% l'an dès le 31 mars 2005, donne acte à E\_\_ SA de ce qu'elle lui fera parvenir un certificat de travail complet, l'y condamnant en tant que de besoin, enfin déboute les parties de toute autre conclusion.

T\_\_\_\_\_ réclame, en sus des montants octroyés par les premiers juges, fr. 76'851.- brut à titre de majoration pour travail de nuit pour les années 2002 à 2004, fr. 2'870,20 brut à titre de majoration pour heures supplémentaires et fr. 1'500.- brut à titre de gratification pour 2003.

E\_\_ SA conclut au rejet de l'appel principal et forme appel incident. Elle conteste sa condamnation à verser à T\_\_\_\_\_ fr. 620.70 brut (salaire pour les 8 à 10 septembre 2004); fr. 214,15 brut (salaire pour les 19 à 21 septembre 2004) et ne reconnaît devoir que fr. 1'659.50 brut (et non fr. 1'689.50) pour la période du 3 au 21 février 2005.

Les éléments suivants résultent du dossier :

- A. E\_\_ SA, société anonyme dont le siège est à Genève, a pour but social le transport de biens, de marchandises et de valeurs par la route, le rail, l'avion et tout moyen de transport approprié. Devant la Cour, elle a exposé que sans modifier son but social, elle avait diversifié ses activités en offrant à des entreprises tierces un appui logistique ou du personnel en "outsourcing" dans le domaine par exemple du mailing interne à l'entreprise. Elle a déclaré employer une trentaine de personnes, dont 40% environ occupées dans le secteur du transport. 40% environ également de son chiffre d'affaires était réalisée dans ce secteur. La période à laquelle cette diversification d'activités est intervenue n'a pas été précisée.

Dès le 4 décembre 2001, T\_\_\_\_\_ a travaillé pour E\_\_ SA en qualité de chauffeur-livreur.

- B. A teneur d'un contrat de travail signé le 6 février 2002, mais s'appliquant dès le 3 janvier 2002, les parties ont convenu ce qui suit:
- T\_\_\_\_\_ était engagé en qualité de chauffeur-livreur, avec une activité de nuit, pour une durée indéterminée, avec délai de résiliation d'un mois pour la fin d'un mois, après un temps d'essai de trois mois.
  - Le travail consistait à effectuer des transports réguliers de biens et marchandises en Suisse et à l'étranger. Il pouvait "le cas échéant", être chargé de travaux administratifs, tel que le travail de bureau.

- L'horaire convenu était de 50 heures par semaine, répartis sur "tous les jours ouvrables", à l'exception du samedi.
- Le salaire mensuel brut convenu depuis le 22 janvier 2002 était de fr. 4'000.-, payable douze fois l'an, "*indemnités et primes horaires de nuit incluses*". A cela s'ajoutait le remboursement des frais d'essence et de parking liés aux missions, sur présentation des justificatifs.
- Le droit aux vacances était de 20 jours ouvrables par an.
- En cas de maladie ou d'accidents, la présentation d'un certificat médical était exigée dès le 4<sup>ème</sup> jour d'absence.

Par avenant du 6 février 2002, entrant en vigueur le même jour, les parties ont en outre convenu que:

- les horaires de travail seraient du lundi au vendredi de 17h30 à 3h30 du matin, soit 50 heures par semaine;
- la moitié des heures supplémentaires serait rémunérée moyennant un supplément de salaire de 25% et l'autre moitié en jours de congé;
- l'employeur pouvait infliger des sanctions financières au travailleur dans diverses circonstances (retards, oublis etc.);
- les absences, vacances et congés devaient être annoncés au moins un mois à l'avance.

Il résulte des fiches de salaire produites que, dès décembre 2002, le salaire mensuel brut a été porté à fr. 4'500.-.

- C. Ressortissant de Serbie-Monténégro, T\_\_\_\_\_ est au bénéfice d'un permis B mentionnant son emploi auprès de E\_\_ SA.

Il n'est pas titulaire d'un CFC de chauffeur et admet que son travail consistait à conduire une camionnette poids-léger avec remorque.

La prise d'emploi de T\_\_\_\_\_ chez E\_\_ SA a été autorisée par les autorités administratives, comme il résulte d'une mention figurant sur son permis B. A cet égard, E\_\_ SA a produit une autorisation provisoire, délivrée pour une période de deux mois en avril 2002, sous réserve de vérification des conditions de travail dans la branche. Cette autorisation mentionne un temps de travail de 9 heures par jour et un salaire mensuel brut AVS de fr. 4'000.-. Les autorisations délivrées ultérieurement n'ont pas été produites.

- D. Du 17 avril au 18 juillet 2004, T\_\_\_\_\_ a été en incapacité de travail pour cause d'accident et a bénéficié, pendant cette période, de prestations perte de gains de la Suva à hauteur de 80% de son salaire. Selon sa fiche de paye de 2004, son salaire lui a toutefois été payé à 80% pour la période du 19 au 21 juillet 2004 inclus.

Le 6 septembre 2004, le véhicule de la société conduit par T\_\_\_\_\_, est tombé en panne. L'employé a appelé le TCS, qui a constaté une surcharge du véhicule et établi un rapport.

Le 8 septembre 2004, T\_\_\_\_\_ a exposé avoir constaté que l'éclairage de la remorque de son véhicule ne fonctionnait pas. Il l'a alors décrochée et, selon son dire sur instruction de son supérieur, est parti avec la seule camionnette. Selon E\_\_ SA, en revanche, des instructions avaient été données pour qu'une remorque non défectueuse lui soit fournie. Il n'est pas contesté qu'ensuite, alors que T\_\_\_\_\_ était déjà en route, son supérieur lui a demandé de revenir chercher sa remorque et il est alors revenu à l'entrepôt. Enervé, T\_\_\_\_\_ a alors refusé de repartir, selon lui car il craignait de ne pouvoir terminer sa livraison dans les temps et de subir ainsi une pénalité de retard; il a alors quitté les lieux sans accomplir son travail.

Le lendemain, jour du Jeûne genevois, T\_\_\_\_\_ savait qu'il devait travailler, mais ne s'est pas rendu à son travail, expliquant attendre un téléphone lui confirmant que sa remorque était en bon état, mais personne ne l'avait appelé.

Le 10 septembre 2004, T\_\_\_\_\_ s'est rendu à 11h30 à l'entreprise, pour faire état des faits survenus l'avant-veille, mais A\_\_\_\_\_, responsable des ressources humaines, lui a indiqué que l'heure de sa prochaine heure de service lui serait communiquée. Le jour-même, elle l'a prié de venir pour un entretien le lundi 13 septembre 2004.

Le 13 septembre 2004, T\_\_\_\_\_ ne s'est pas rendu à l'entretien qui lui avait été fixé, expliquant être malade.

Dès le 13 septembre 2004, il a été en arrêt-maladie, jusqu'au 30 septembre 2004, incapacité de travail attestée par un certificat médical que l'employeur confirme avoir reçu.

E\_\_ SA dit avoir confié à un autre chauffeur les courses que T\_\_\_\_\_ devait effectuer les 8, 9 et 10 septembre 2004, ce qui aurait entraîné pour elle des frais supplémentaires.

A la suite de ce qui précède, E\_\_ SA a adressé à T\_\_\_\_\_ un avertissement en date du 21 septembre 2004. Le travailleur a contesté qu'un tel avertissement soit justifié par courrier du 8 octobre 2004.

A fin septembre 2004, E\_\_ SA a en outre opéré une réduction de trois jours de salaire sur celui versé à T\_\_\_\_\_, considérant qu'il avait abandonné son emploi pendant une telle durée.

E. A teneur de certificats médicaux produits à la procédure, l'incapacité de travail de T\_\_\_\_\_ s'est ensuite poursuivie du 1<sup>er</sup> octobre 2004 au 2 février 2005.

Par courrier du 28 janvier 2005, T\_\_\_\_\_ dernier a informé E\_\_ SA qu'il reprendrait le travail le 3 février 2005 et a demandé l'envoi de son plan horaire. Ce jour-là, constatant n'avoir pas reçu ce document, il a sommé la société de lui fournir du travail. Le même jour, E\_\_ SA a répondu qu'il n'était pas prévu sur son plan horaire, étant donné l'annonce tardive du jour de la reprise de son travail. Le lendemain, elle lui a fait savoir qu'il était attendu le 7 février 2005 à 8h30 pour reprendre son travail.

T\_\_\_\_\_ a immédiatement réagi, faisant valoir que son affectation à un horaire de jour constituait une modification fondamentale du contrat de travail, laquelle ne pouvait intervenir que moyennant le respect du délai de congé. Il a précisé se tenir à disposition de son employeur pour effectuer son travail suivant un horaire de nuit, comme stipulé dans son contrat de travail.

Par courrier du 9 février 2005, E\_\_ SA a mis fin au contrat de travail de T\_\_\_\_\_ pour le 31 mars 2005, en le libérant immédiatement de son obligation de travailler.

Le 25 février 2005, elle a rempli une attestation à l'attention de l'assurance-chômage, déclarant que le dernier salaire mensuel brut de T\_\_\_\_\_ représentait fr. 4'090.95.

Les parties ont ensuite échangé de la correspondance, en relation avec le libellé des attestations-quittances établies par E\_\_ à l'attention de l'administration de l'impôt à la source, l'indemnité pour vacances non prises et la remise d'un certificat de travail.

F. Le 18 juillet 2005, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_ SA devant la juridiction des Prud'hommes en paiement de fr. 54'611.15 brut avec intérêts moratoires dès le 31 mars 2005, somme se décomposant comme suit :

- fr. 3'352.90 complément de salaire du 15.07.2004 au 31.03.2005;
- fr. 3'809.45 indemnité pour vacances non prises en 2004 et 2005;
- fr. 43'077.30 indemnité pour travail de nuit en 2002, 2003, 2004;
- fr. 1'970.50 indemnité pour heures supplémentaires en 2002 et 2003;
- fr. 1'500.- gratification pour décembre 2003.

En substance, T\_\_\_\_\_ a fait valoir que pour les périodes du 15 au 21 juillet 2004 et du 13 au 21 septembre 2004, durant laquelle il avait été en incapacité de travail, il ne lui avait été versé que 80% de son salaire, alors qu'il pouvait prétendre recevoir 100% de celui-ci, en application de "l'échelle dite

bernoise". La retenue de salaire opérée pour la période du 8 au 10 septembre 2004 était injustifiée. Du 3 février au 31 mars 2005, il s'était tenu à disposition de son employeur et un solde de salaire devait encore lui être versé pour cette période. Compte tenu de la durée du délai de congé, une indemnité pour les vacances non prises en 2004 et 2005 devait lui être versée. En application des Usages professionnels adoptés par l'OCIRT, il pouvait prétendre à une majoration de son salaire de 50% pour les heures travaillées de nuit et de 25% sur les heures dépassant un horaire de 45 heures par semaine, ainsi qu'à une gratification pour l'année 2003.

E\_\_ SA a conclu au rejet des prétentions de T\_\_\_\_\_, sous réserve des montants suivants, qu'elle a reconnu devoir : fr. 697.55 (solde de salaire du 13 au 21 septembre 2004); fr. 130.- (solde de salaire du 22 janvier au 22 février 2005); fr. 1'529.51 (solde de salaire du 22 février au 31 mars 2005).

- G. Le jugement attaqué retient en substance que le salaire mensuel brut déterminant de T\_\_\_\_\_ représente fr. 4'000.-, puis fr. 4'500.- dès décembre 2003. Les parties n'étaient ni membres d'une association contractante d'une convention collective, ni elles-mêmes signataires d'une quelconque convention; les rapports de travail entre T\_\_\_\_\_, ressortissant de Serbie-et-Montenegro et au bénéfice d'un permis B, et E\_\_ SA étaient toutefois soumis aux usages genevois pour le secteur des transports et déménagements, publiés par l'OCIRT et basés sur la convention collective de la branche.

Un abandon de poste entre le 9 et le 13 septembre 2004 ne pouvait être reproché à T\_\_\_\_\_. Celui-ci pouvait ainsi prétendre au paiement de son salaire durant cette période, soit à fr. 620.70.

Pour la période d'incapacité de travail du 15 au 21 juillet 2004, il devait en outre lui être versé fr. 124.15 brut, et pour les périodes du 13 au 21 septembre 2004 et du 22 février au 31 mars 2005, les montants reconnus par E\_\_ SA, soit fr. 697.55 et 1'689.50 brut.

Le droit aux vacances de T\_\_\_\_\_ représentait 13.36 jours pour 2004 et 5.01 jours en 2005. La durée du délai de congé lui permettait toutefois de prendre celles-ci en nature, et sa prétention n'était dès lors pas justifiée.

Enfin, les conclusions tendant à recevoir une majoration de salaire pour le travail effectué de nuit devaient être rejetées. La rémunération convenue étant largement supérieure à celle prévue par les usages, ses conclusions tendant à recevoir une majoration pour ses heures supplémentaires et une gratification n'étaient pas davantage fondées.

Les arguments des parties en appel seront repris ci-après dans la mesure utile.

**EN DROIT**

1. L'appel et l'appel incident ont été interjetés dans le délai et suivant la forme prescrite par la loi. Ils sont dès lors recevables.

La Cour dispose d'une cognition complète.

Par mesure de simplification, la Cour examinera les postes alloués dans l'ordre dans lequel ceux-ci ont été traités par les premiers juges.

2. Le Tribunal des Prud'hommes a alloué à l'appelant principal fr. 620.70 à titre de salaire pour la période du 8 au 10 septembre 2004 soit 3 jours de salaire, considérant que, si l'appelant avait quitté son travail le 8 septembre 2004 au soir, son énervement était explicable, en raison du fait que l'intimée avait le pouvoir de prélever des pénalités sur son salaire en cas de retard dans la livraison. Il s'était en outre rendu à son travail le 10 septembre 2004 et avait été malade dès le 13 septembre 2004. Il devait dès lors recevoir son salaire pour la période du 8 au 10 septembre 2004.

L'intimée conteste cette décision, faisant valoir que l'attitude de l'appelant l'a exposée à d'importantes pertes financières, des sanctions financières importantes étant prévues dans les contrats la liant à ses clients.

Sur le sujet, la Cour relève que le 8 septembre 2004 au soir, l'appelant a quitté son lieu de travail sans effectuer la course dont il était chargé. Il n'a toutefois pas clairement été établi si, ce soir-là, il aurait effectivement pu bénéficier d'une remorque de remplacement, celle qui lui avait été fournie ne disposant pas d'un éclairage adéquat. S'il ne s'est pas rendu à son travail le 9 septembre 2004, il s'est présenté au bureau de l'intimée le 10 septembre 2004 dans la journée, demandant quand il devait prendre son service. Enfin, son absence à l'entretien fixé au 13 septembre 2004 est justifiée par certificat médical.

Dans ces circonstances, il peut certes être reproché à l'appelant d'avoir quitté son travail le 8 septembre au soir en raison de son énervement et sans vérifier la possibilité de partir avec une remorque en bon état, ainsi qu'une absence injustifiée le 9 septembre 2004, jour férié à Genève, mais durant lequel il admet qu'il devait travailler, moyennant une compensation en temps libre ultérieure. Son attitude ne constitue toutefois pas un abandon d'emploi, qui présuppose un refus conscient, intentionnel et définitif du travailleur de quitter son emploi (ATF 112 II 41), ce qui n'est pas le cas d'une absence de courte durée (ATF 121 V 277).

L'appelant étant payé au mois, et non à l'heure ou à la journée, le fait qu'il ait quitté le travail sans justification suffisante le 8 septembre et qu'il ne s'y soit pas présenté le lendemain pouvait ainsi justifier un avertissement, mais non une réduction sur le salaire convenu, pour les motifs qui vont suivre.

L'avenant au contrat de travail du 22 février 2002 prévoit la possibilité, pour l'intimée, d'infliger des sanctions financières à l'appelant dans diverses circonstances. Devant la Cour, l'intimée a expliqué qu'il s'agissait en fait de répercuter sur le travailleur les sanctions financières dont elle pouvait faire l'objet de la part de la direction de son groupe. La validité de cette clause est ainsi douteuse, puisqu'elle instaure en quelque sorte la possibilité pour l'employeur d'infliger des sanctions forfaitaires au travailleur, en contradiction avec l'art. 321e CO, disposition à laquelle il ne peut être dérogé au détriment du travailleur.

Quoi qu'il en soit, l'intimée ne justifie ni des frais qu'elle dit avoir encourus en relation avec le remplacement de l'appelant les 8 et 9 septembre 2004, ni d'éventuelles sanctions financières qu'elle aurait subies en raison de l'absence de l'appelant. Elle ne justifie ainsi d'aucun dommage susceptible de justifier la réduction de salaire qu'elle a opérée.

Les premiers juges ont ainsi avec raison admis les conclusions de l'appelant, tendant au versement de trois jours de salaire pour septembre 2004 et le jugement doit dès lors être confirmé sur ce point.

3. Les premiers juges ont condamné l'intimée à verser à l'appelant fr. 124.15 brut à titre de salaire pour la période du 15 au 21 juillet 2004. Pour ce faire, ils ont constaté qu'alors que l'appelant avait été en incapacité de travail du 22 juin au 19 juillet 2004, son salaire lui avait été versé à hauteur de 80% jusqu'au 21 juillet inclus. Pour la période du 18 juillet au 21 juillet 2004 (soit trois jours,) il pouvait dès lors prétendre à recevoir le solde de son salaire, soit 20% ou fr. 124.15 en totalité.

A l'appui de sa contestation, l'intimée se réfère à ses écritures de première instance. A teneur de ces dernières, elle a fait valoir que durant cette période, la perte de gain due à l'incapacité de travail a déjà été prise en charge par la SUVA, l'appelant ayant été victime d'un accident.

La Cour constate que les premiers juges ont tenu compte de cet argument, mais qu'ils ont relevé qu'à teneur des décomptes de la SUVA, l'incapacité de travail avait pris fin le 18 juillet 2004 et non le 21 juillet 2004. L'intimée s'explique ainsi aucunement pour quels motifs le salaire ne devrait être versé qu'à 80% pour les 19, 20 et 21 juillet 2004.

Le jugement attaqué sera dès lors confirmé sur ce point.

4. Les premiers juges ont donné acte à l'intimée de son engagement de verser à l'appelant un solde de salaire de fr. 697.55 brut, pour la période du 13 au 21 septembre 2004.

Aucune des parties ne remet en cause ce point du jugement, ce qui dispense la Cour d'appel d'examiner cette question.

5. Les premiers juges ont également donné acte à l'intimée de son engagement de verser fr. 1'689.50 brut à titre de solde de salaire pour la période du 2 février au 31 mars 2005.

L'intimée relève avec raison qu'elle n'avait reconnu devoir, à ce titre que fr. 1'659.50 brut.

Sur ce point, le jugement attaqué contient manifestement une erreur de plume. En effet, il résulte clairement du mémoire-réponse de l'intimée du 15 septembre 2005 que, pour la période considérée, celle-ci reconnaissait devoir à l'appelant les montants de fr. 130.- et fr. 1'529.50 brut, soit fr. 1'659.50 brut en totalité (et non fr. 1'689.50).

Il s'impose dès lors de modifier le jugement attaqué sur ce point.

6. Les premiers juges ont rejeté les conclusions de l'appelant, tendant à la condamnation de l'intimée à lui verser fr. 3'809.45 brut à titre d'indemnité pour vacances non prises en 2003 et 2004.

L'appelant déclare devant la Cour renoncer à faire valoir ses prétentions s'agissant des vacances.

Le jugement attaqué sera dès lors confirmé sur ce point.

7. Les premiers juges ont rejeté les conclusions de l'appelant, tendant au paiement d'une majoration de 50% sur les heures effectuées de nuit (soit 7h30 par jour travaillé).

Pour ce faire, ils ont considéré que certes les usages adoptés par OCIRT dans le secteur du transport et déménagement prévoyaient une majoration de 50% pour du travail effectué de nuit. Toutefois, il était constant que la majoration de 50% prévue par ce document ne concernait que les heures effectuées en sus de l'horaire prévu par le contrat de travail, conformément à l'art. 3 de la Convention collective de travail du secteur des transports et déménagements qui lui servait de base. Or, l'appelant avait précisément été engagé pour un travail de nuit et ne faisait état d'aucune heure travaillée en sus de l'horaire convenu.

L'appelant conteste ce raisonnement. Il fait valoir que seul le texte des Usages est déterminant, et que celui-ci prévoit une majoration de 50% pour tout travail de nuit, et non seulement pour les heures supplémentaires effectuées de nuit. Au

demeurant, l'art. 5.2. de la Convention collective du secteur des transports, à laquelle les premiers juges se sont référés, prévoyait aussi de manière séparée la majoration pour travail de nuit et celle pour heures supplémentaires. Pour la première fois à l'audience devant la Cour, il a fait valoir d'une part qu'il lui arrivait de travailler environ deux heures certains samedi matin, travail pour lequel il était toutefois rémunéré à raison de fr. 50.- net par samedi (soit fr. 25 net de l'heure), d'autre part qu'il n'a jamais bénéficié de la compensation en temps libre supplémentaire prévue par l'art. 17b LTr et qu'une indemnité correspondante (10%) devrait dès lors lui être versée.

L'intimée conteste pour sa part toute application tant des Usages adoptés par l'OCIRT que de la Convention collective du secteur des transports. Elle fait valoir qu'elle a rémunéré l'appelant conformément au contrat de travail et que l'appelant a pu bénéficier du temps libre supplémentaire prescrit par l'art. 17b LTr, dans la mesure où il a été libéré de son obligation de travailler pendant la durée du délai de congé.

6.1 Ainsi que le rappelle le jugement attaqué, les clauses normatives d'une convention collective n'ont en principe d'effet qu'envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient, c'est-à-dire les employeurs qui sont personnellement parties à la convention (CCT d'entreprise), les employeurs et travailleurs qui sont membres d'une association contractante, ou encore les employeurs et les travailleurs qui ont déclaré se soumettre à la convention (art. 356 et sv. CO). La convention peut toutefois être étendue aux tiers en vertu de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956 (LECCCT), 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 ses dispositions normatives à tous leurs employés, qu'ils soient membres d'une association de travailleurs ou non (ATF 123 III 129, consid. 3; ATF 102 Ia 16 = JdT 1977 I, p. 256; ATF 98 Ia 563 = JdT 1974 I, p. 657; FF 1954 I 156).

6.2 Par ailleurs, le droit public fédéral soumet à autorisation administrative la prise d'emploi par les étrangers, laquelle n'est délivrée que si le travailleur étranger est traité sur le même pied que les Suisses pour ce qui a trait aux conditions de rémunération et de travail en usage dans la localité et la profession (art. 9 al. 1<sup>er</sup> OLE). Cette réglementation d'ordre public a pour but d'assurer la paix sociale, en évitant le *dumping* social, et la protection des travailleurs immigrés. Les autorités administratives chargées d'appliquer ces prescriptions déterminent ainsi des conditions de travail et de rémunération minimales qui sont ensuite mentionnées dans les autorisations individuelles.

Se fondant sur l'application conjointe des articles 9 OLE et 342 al. 2 CO, la jurisprudence reconnaît aux travailleurs étrangers le droit de se prévaloir, devant le juge civil, des conditions de travail et de rémunération fixées dans leur autorisation de travail (ATF 122 III 110; ATF 112 II 508 = JdT 1987 I, p. 80).

6.3 L'article 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. Lorsque l'employeur a demandé un permis de travail, c'est l'autorité administrative compétente qui fixe définitivement le salaire conforme à l'article 9 OLE. Lorsque 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 déterminer le salaire usuel de manière préjudicielle lorsque, fondé sur l'article 342 al. 2 CO, le travailleur fait valoir une prétention de droit privé déduite de l'obligation de droit public consacrée à l'article 9 OLE.

7. En l'espèce, il est constant que les parties ne sont ni membres d'une association signataire de la CCT transport, ni signataires elle-même de cette convention. Celle-ci ne leur est ainsi pas directement applicable.

Pour garantir aux étrangers un traitement similaire à celui des travailleurs suisses, l'OCIRT a, à Genève, adopté dans le domaine des transports et déménagements un "Document reflétant les conditions de travail et prestations sociales en usage à Genève pour le secteur des transports et déménagements" (ci-après les Usages), dont la teneur correspond pour l'essentiel à celle de la CCT susmentionnée.

A l'instar des premiers juges, la Cour retient que l'intimée fait bien partie de la branche des transports, puisque son but social est précisément le transport de biens et marchandises. Nonobstant la diversification alléguée de ses activités, l'intimée n'a en effet pas modifié son but social; il n'est par ailleurs pas établi que cette diversification était déjà effective pendant la durée de l'engagement de l'appelant.

Les autorisations administratives délivrées à l'appelant et fondées sur l'art. 9 OLE n'ont pas été produites, à l'exception de l'autorisation provisoire, délivrée en avril 2002 pour une durée de deux mois, et qui mentionne un horaire de travail et un salaire inférieurs à ce qui a ensuite été convenu entre les parties, à tenu du contrat de travail. Ainsi que l'ont retenu les premiers juges, il doit être admis que les susdits Usages, fondés sur le droit public, s'appliquent aux relations entre les parties, les autorités, administratives exigeant, au moment de rendre sur décision sur la base de l'art. 9 OLE, que les conditions offertes au travailleur soient au besoin équivalentes. Il est au demeurant hautement vraisemblable, de manière confinant à la certitude, que les autorisations de travail en définitive accordées à

l'appelant ont été délivrées après vérification que les conditions de l'engagement respectaient les Usages en question.

Il doit enfin être retenu que les Usages adoptés par l'OCIRT peuvent être interprétés à la lumière de la Convention collective genevoise du secteur des transports, celle-ci ayant servi de base à leur élaboration, ce d'autant plus que rien ne justifie de traiter de manière plus favorable les travailleurs étrangers soumis aux Usages adoptés par l'OCIRT par rapport aux travailleurs soumis à la Convention collective ayant servi de base à leur élaboration et concrétisant donc les usages généralement appliqués dans la branche.

8. A teneur de l'art. 6 des Usages, dans leur version du 13 octobre 2000, intitulée "*Heures supplémentaires, travail de nuit et du dimanche*" le travailleur a droit à une majoration de 25% pour le "*travail supplémentaire*" jusqu'à 20 heures et de 50% pour du "*travail de nuit*" et du "*travail du dimanches et des jours fériés*". Cet article a par ailleurs été complété en janvier 2003 par l'introduction d'une majoration forfaitaire de 25% pour du travail *du samedi après-midi*".

A teneur de la Convention collective genevoise du secteur du transport et du déménagement, seul le "*travail de nuit occasionnel*" donne lieu à une majoration de 50%.

7.1 En l'espèce, le salaire convenu entre les parties s'entend, à teneur du contrat, indemnisation et primes en relation avec le travail de nuit incluses. Il est supérieur aux minima salariaux arrêtés par les Usages. En effet, le salaire horaire (fr. 4'000.- brut par mois durant la première année et fr. 4'500.- brut durant la seconde année) représente fr. 18.40 brut la première année (4'000 ./ 21.75, ./ 10) et fr. 20.60 dès la seconde année (4'500 ./ 21.75, ./ 10), alors que le salaire-horaire minimum prévu par les Usages est de fr. 17.- la première année (art. 5 litt. c des Usages, version 2000: 3'332 ./ 21.75, ./ 9) et de fr. 18.40 dès la seconde année (art. 5 litt.c, modification des Usages, version 2003. fr. 3'603 ./ 21.75, ./ 9). Le travail effectué de nuit par l'appelant ne revêt en outre pas un caractère occasionnel; au contraire, le contrat de travail précise que l'appelant est engagé pour un travail de nuit et son avenant prévoit un horaire de travail régulier de 17h30 à 3h30, soit un horaire effectué essentiellement de nuit. Il s'ensuit que les premiers juges ont avec raison refusé d'appliquer au travail régulièrement effectué de nuit la majoration prévue de 50%.

De manière nouvelle devant la Cour, l'appelant entend fonder sa prétention non sur une majoration de 50% du salaire convenu pour les heures travaillées de nuit, mais sur le fait qu'il a droit à une indemnisation pour n'avoir pas bénéficié du temps de congé supplémentaire prévu par l'art. 17b LTr. Cette argumentation nouvelle est irrecevable, aucune conclusion fondée sur la violation de l'art. 57b LTR n'ayant été soumise aux premiers juges. L'invocation de cette norme juridique de manière nouvelle devant la Cour heurte ainsi le principe de l'immutabilité

du litige. Au demeurant, aucun planning de travail n'a été fourni, ni aucune indication donnée en cours de procédure sur les jours de congé dont l'appelant aurait (ou n'aurait pas) bénéficié pendant toute la durée de son engagement. Il n'est dès lors pas établi que l'appelant n'a pas bénéficié des heures de congé auxquels il aurait pu prétendre.

Les conclusions de l'appelant ont dès lors été rejetées à juste titre et le jugement attaqué doit être confirmé sur ce point.

7.2 S'agissant de la majoration de 25% du salaire pour heures supplémentaires réclamée, la Cour relève que l'horaire de travail convenu par les parties est de 50 heures par semaine. L'art. 321c CO ne prescrit pas de manière impérative une majoration des heures supplémentaires effectuées en sus du temps de travail convenu. L'art. 13 LTr prescrit quant à lui une majoration du salaire de 25% au moins pour les heures supplémentaires non compensées par du temps libre, effectuées au-delà du maximum prévu de 50 heures (art. 9 et 12 LTr), qui n'est toutefois due aux employés de bureau, aux techniciens et aux autres employés, y compris le personnel de vente des grands établissements du commerce de détail, qu'à partir de la soixante et unième heure supplémentaire accomplie dans l'année civile. Enfin, l'art. 6 de l'ordonnance du Conseil fédéral sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (OTR 1) prescrit que la durée maximale du travail hebdomadaire est de 46 h, sauf en cas d'équipage multiple, situation non réalisée en l'espèce. A teneur de l'art. 7 de ladite ordonnance, cette durée maximale peut être prolongée de 5 heures supplémentaires par semaine durant certaines périodes, situation qui doit toutefois être annoncée à l'autorité d'exécution. Le travail supplémentaire doit être compensé soit sous la forme d'une rémunération additionnelle selon le Code des obligations, soit par un congé de même durée au moins, la compensation par un congé devant intervenir dans les trois mois; sauf accord contraire, mais au plus tard dans les 12 mois.

En l'espèce, l'appelant n'a en première instance pas allégué avoir travaillé en sus de l'horaire de 50 heures par semaine convenu. Devant la Cour, il a exposé avoir travaillé parfois deux heures environ le samedi matin, moyennant une rémunération horaire de fr. 25.- nette. Cette rémunération comprend une majoration du salaire horaire convenu suffisante au regard de l'art. 12 LTr et 5 des Usages et l'appelant a expressément déclaré que ses conclusions ne visaient pas à la rémunération de ces heures-là, mais de celles effectuées au-delà de 45 heures par semaine.

Sur le sujet, les premiers juges ont avec raison retenu que la rémunération de l'appelant était supérieure aux salaires minimaux prescrite par les Usages et qu'il aurait reçu moins, s'il avait été payé en conformité exacte de ceux-ci, supplément pour heures supplémentaires inclu. Cette rémunération supérieure s'explique d'ailleurs de manière hautement vraisemblable non seulement par le fait que l'appelant travaillait essentiellement de nuit, mais également par l'horaire hebdoma-

daire de 50 heures convenu. A teneur des calculs opérés par les premiers juges et qui n'ont pas été contestés, la rémunération prévue comprenait l'augmentation due pour les heures travaillées au-delà de la 46<sup>e</sup> heure hebdomadaire. L'appelant ne peut ainsi prétendre à aucune rémunération fondée sur l'art. 6 OTR 1.

L'appelant ne peut en outre prétendre à aucune rémunération supplémentaire en application de l'art. 13 LTr, n'ayant pas justifié d'heures de travail supplémentaires, au-delà de 50 heures par semaine, autres que celles effectuées de temps en temps le samedi matin et pour lesquelles il admet avoir été rémunéré de manière suffisante.

8. Les premiers juges ont enfin rejeté les conclusions de l'appelant qui tendaient à l'octroi d'une gratification de fr. 1'500.- brut pour l'année 2003, considérant qu'elle n'était pas due parce l'appelant percevait un salaire plus élevé que le salaire minimum fixé par les Usages.

L'art. 7 des Usages prévoit que le travailleur a droit à une gratification versée en décembre et représentant 1/3 de son salaire mensuel dès la deuxième année de service dans la même entreprise et de 2/3 du salaire mensuel dès la troisième année de service dans la même entreprise.

Compte tenu de ce libellé, la "gratification" dont s'agit n'est pas fondée sur l'art. 322d CO, mais constitue un élément du salaire, dont tant le principe que la quotité sont fixées et l'appelant dispose dès lors d'un droit à son versement.

Il n'est pas contesté pour le surplus qu'en décembre 2003, l'appelant pouvait prétendre, compte tenu de la durée de son engagement, au versement d'une gratification correspondant à 1/3 de son salaire mensuel, soit fr. 1'500.- brut.

Le salaire mensuel convenu de l'appelant comprend, à teneur du contrat de travail, dont il n'a pas été soutenu qu'elle ne correspondrait pas à la volonté réelle des parties, les indemnités et primes pour travail de nuit. En revanche, ainsi que l'ont relevé les premiers juges, il ne comprend pas une indemnité-vacances. Il n'inclut pas davantage la gratification devant être versée en fin d'année dès la deuxième année de service, en application de l'art. 6 des Usages.

Lesdits Usages ne prévoient en outre pas que cette gratification ne devrait être versée qu'aux travailleurs ne bénéficiant que du salaire minimum prescrit.

Il s'ensuit que l'appel est fondé sur ce point, la gratification de fr. 1'500 fr. réclamée étant due.

9. En définitive, le jugement entrepris doit être modifié comme suit:

L'intimée sera condamnée à verser à l'appelant fr. 4'601.90 brut (soit fr. 620.70 à titre de solde de salaire pour septembre 2004; fr. 124.15 à titre de solde de salaire pour la période du 15 au 21 juillet 2004; fr. 697.55 à titre de solde de salaire pour la période du 13 au 21 septembre 2004; fr. 1'659.50 à titre de solde de salaire pour la période du 2 février au 31 mars 2005; fr. 1'500.- à titre de gratification due en décembre 2003), avec intérêts à 5% l'an dès le 31 mars 2005, sous imputation de fr. 2'357.05 brut versés par l'intimée le 5 juillet 2006 et que l'appelant admet avoir reçus.

L'appel principal était très largement infondé. Il se justifie dès lors de laisser à la charge de l'appelant principal l'émolument d'appel versé par ses soins (fr. 880.-) à concurrence de fr. 680.-. L'intimée et appelante incidente sera condamnée à lui rembourser le solde, soit fr. 200.-.

Il ne sera pas fixé d'autres dépens, aucune des parties n'ayant plaidé de manière téméraire.

### **PAR CES MOTIFS**

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 3,

#### **A la forme :**

Déclare recevables l'appel principal et l'appel incident interjetés contre le jugement TRPH/173/2006 rendu le 22 février 2006 par le Tribunal des Prud'hommes dans la cause C/16205/2005-3.

#### **Au fond :**

Annule ce jugement et, statuant à nouveau:

Déclare la demande en paiement recevable.

Condamne E\_\_ SA à payer à T\_\_\_\_\_ fr. 4'601.90 (quatre mille six cent un francs et nonante centimes) brut, avec intérêts à 5% l'an dès le 31 mars 2005, sous imputation de fr. 2'357.05 brut versé par l'intimée le 5 juillet 2006.

Condamne E\_\_ SA à rembourser à T\_\_\_\_\_ l'émolument d'appel versé par ses soins à concurrence de fr. 200.- (deux cents francs).

Dit que l'émolument d'appel versé par T\_\_\_\_\_ est pour le surplus acquis à l'Etat.

Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions.

La greffière de juridiction

La Présidente