



E \_\_\_\_\_ SA  
**Dom. élu** : Me Pierre SIEGRIST  
Grand-Rue 17  
1204 GENEVE

T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Christian BRUCHEZ  
Rue d'Aoste 1  
Case postale 3647  
1211 GENEVE 3

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du mardi 9 mars 2004

M. Michel CRIBLET, président

MM. Eric DUFRESNE et Pierre REICHENBACH, juges employeurs

MM. Pierre-André REBETEZ et Michel BOILLAT juges salariés

M. Philippe GORLA, greffier d'audience

**EN FAIT**

- A. T \_\_\_\_\_ (ci-après le demandeur ou l'intimé), de nationalité portugaise, a été engagé le 29 avril 2002 par E \_\_\_\_\_ SA, dont le siège est à V \_\_\_\_\_ et est active dans le secteur de la construction et E \_\_\_\_\_ le directeur, en tant que maçon pour le prix de 27 fr. l'heure, indiqué dans la demande d'autorisation de séjour du 17 avril 2002, signée par E \_\_\_\_\_ SA.

L'autorisation de séjour a été délivrée le 11 juillet 2002 jusqu'au 10 octobre 2002 à titre de maçon B.

Le demandeur a été employé sur un chantier à G \_\_\_\_\_. Il y a travaillé deux jours en avril, 23 jours en mai, vingt jours en juin et vingt jours en juillet 2002. Il n'y a pas travaillé du 5 au 19 juin 2002, l'employeur alléguant qu'il était en vacances au Portugal à cette période, ce que l'employé a contesté, et du 13 au 26 juillet 2002 pour cause de vacances de l'entreprise. Dès le 29 juillet 2002, il a travaillé pour une autre entreprise.

A \_\_\_\_\_, beau-frère du demandeur, a déclaré que le demandeur lui avait dit que son patron ne l'avait pas payé. Le témoin B \_\_\_\_\_ a confirmé également que le demandeur n'avait pas été payé.

Selon le témoin C \_\_\_\_\_, le demandeur était à Genève en juin 2002.

Les témoins D \_\_\_\_\_ et F \_\_\_\_\_ ont déclaré que E \_\_\_\_\_ SA les avait payés de la main à la main, sans quittance et sans décompte, alors qu'il n'avaient pas d'autorisation de travail.

Le témoin F \_\_\_\_\_ a vu E \_\_\_\_\_ remettre sur le chantier de G \_\_\_\_\_ une enveloppe à l'intimé, sans pouvoir distinguer ce qu'elle contenait, notamment si elle contenait de l'argent, et si oui, combien exactement.

Le témoin H \_\_\_\_\_, secrétaire de E \_\_\_\_\_ SA, a déclaré avoir vu E \_\_\_\_\_ payer l'intimé sans pouvoir dire combien il lui avait remis.

- B. Le 5 février 2003, T \_\_\_\_\_ a a déposé une demande en paiement devant le Tribunal des prud'hommes de 24'634 fr. 60 en capital, plus intérêts à 5% l'an dès le 5 février 2003, dont le détail est le suivant :
- 15'785 fr. à titre de salaire, soit 585 heures à 27 fr. l'heure,
  - 721 fr. à titre d'indemnités journalières,
  - 1'674 fr. 25 à titre de vacances,
  - 1'454 fr. à titre de treizième salaire,
  - 5'000 fr. à titre de tort moral,

sous déduction de 5'100 fr. payés de la main à la main, à titre de salaire d'avril et mai 2002.

Le demandeur a indiqué qu'il n'a travaillé que 2 ou 3 jours en juin 2002, car l'entreprise n'avait pas de travail.

E\_\_\_\_\_ SA s'est opposée à la demande et a allégué qu'en juin 2002 le demandeur est parti en vacances au Portugal et qu'il n'avait pas les qualifications d'un maçon A. Du fait du départ du demandeur après fin juillet 2002, E\_\_\_\_\_ SA a dû engager un autre employé, I\_\_\_\_\_, au prix de 26 ou 27 fr. l'heure et a subi un dommage de 8'000 fr. selon ses écritures du 10 mars 2003.

E\_\_\_\_\_ SA a produit un décompte de salaire concernant le demandeur de mars 2003, selon lequel elle lui doit 10'20 fr. comprenant 357 heures à 24 fr. 70 l'heure, 850 fr. 30 à titre des treizième salaire, 981 fr. 60 à titre de vacances, 444 fr. 60 à titre de jours fériés et 824 fr. à titre d'indemnités journalières. E\_\_\_\_\_ SA a produit des fiches de salaires non signées indiquant 9 heures de travail par jour, soit 18 heures en avril 2002, 172 heures en mai 2002, 81 heures en juin 2002 et 86 heures en juillet 2002.

C. Par jugement du 14 mai 2003, notifié le 24 septembre 2003, le Tribunal a condamné E\_\_\_\_\_ SA à payer au demandeur les sommes de :

- 15'795 fr. à titre de salaire brut, soit 585 heures à 27 fr. l'heure, sous déduction de 5'100 fr. payés de la main à la main et non de 9'749 fr. comme l'alléguait E\_\_\_\_\_ SA,
- 721 fr. à titre d'indemnités journalières,
- 1'311 fr. à titre de treizième salaire au prorata.

Le demandeur a été débouté de ses prétentions à titre de vacances et de tort moral, postes sur lesquels il n'a pas interjeté appel.

D. E\_\_\_\_\_ SA a appelé de ce jugement en date du 27 octobre 2003. Il a conclu à son annulation, principalement à ce qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle offrait la somme de 10 fr. 20 et reconventionnellement au paiement de 8'000 fr. à titre de dommages-intérêts.

L'intimé a conclu à l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle, invoquée la première fois en appel, et à la confirmation du jugement attaqué.

Les arguments des parties seront examinés ci-dessous en tant que de besoin.

### **EN DROIT**

1. L'appel a été interjeté dans le délai légal et selon la forme requise (art. 59 al. 1 et 2 LJP), sous réserve de ce qui suit.

La demande reconventionnelle de E\_\_\_\_\_ SA de 8'000 fr. figurant dans les conclusions d'appel n'a pas été formée de manière précise devant les premiers juges. Ce dommage a été seulement estimé dans l'écriture de E\_\_\_\_\_ SA du 10 mars 2003 sans qu'il soit conclu au paiement de cette somme.

Cette demande, formée pour la première fois en appel, est irrecevable (Aubert, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, 1984, p. 236).

Serait-elle recevable qu'elle n'est pas fondée, car, contestée, elle n'est étayée par aucune pièce ou déclaration de témoin attestant de l'engagement d'employés en remplacement de l'intimé après son départ de l'entreprise à fin juillet 2002. E\_\_\_\_\_ SA a échoué dans la charge de la preuve du dommage allégué (art. 8 et 42 al. 1 CO).

2. Les rapports juridiques entre les parties relèvent du contrat de travail au sens des art. 319 et ss CO, de la Convention collective de travail nationale du secteur principal de la construction (CN 2000) et de la Convention collective de travail locale du secteur principal de la construction pour le canton de Genève (CCT).
3. Les prescriptions de droit public n'ont aucune incidence sur les rapports contractuels de travail. Le défaut d'autorisation de travail n'entraîne pas la nullité du contrat de travail (Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail annoté, 2001, p. 25 et les références citées).

La prise d'emploi d'un étranger en Suisse est soumise à autorisation administrative. La liberté contractuelle des parties relative à la fixation du salaire s'en trouve limitée. Le Tribunal fédéral a précisé que l'art. 9 OLE déploie des effets de droit civil dans le sens où cette disposition oblige l'employeur à respecter les conditions qui assortissent l'autorisation délivrée, en particulier à verser le salaire approuvé par l'autorité administrative. Le travailleur dispose alors d'une prétention qu'il peut faire valoir devant la juridiction civile conformément à l'art. 342 al. 2 CO. Le juge civil est lié par les conditions de rémunération fixées concrètement dans l'autorisation administrative délivrée pour un emploi donné (ATF 122 III 110; SJ 1990 p. 662; JAR 1998 p. 265).

Le travailleur a droit au salaire fixé et il n'y a plus à prendre en considération ni accord individuel ni convention collective (ATF du 18 juillet 2003 dans la cause 4C.126/2003).

Le salaire approuvé par l'autorité administrative ne peut pas être diminué en cours de contrat par accord entre les parties et le travailleur peut se prévaloir de l'art. 341 al. 1 CO sans commettre d'abus de droit (Wylser, Droit du travail, 2002, p. 110-111).

4. En l'espèce, le montant du salaire horaire doit être fixé à 27 fr., soit le montant que E\_\_\_\_\_ SA a elle-même indiqué dans la demande d'autorisation de travail et que l'autorité administrative a entériné. Peu importe que l'intimé ait eu ou non les qualifications d'un maçon A ou d'un maçon B.

L'intimé a travaillé 9 heures par jour, car il s'agissait de la période d'été. Il n'a pas été établi dans la procédure si l'intimé est parti en vacances du 5 au 19 juin 2002, comme le soutient E\_\_\_\_\_ SA, de sorte qu'en l'absence d'indication contraire, il sera admis qu'il a travaillé pendant cette période.

Il faut en conséquence confirmer l'exactitude des 575 heures retenues par les premiers juges, représentant un salaire brut total de 15'795 fr. du 29 avril au 26 juillet 2002, plus un treizième salaire au prorata de 8,3%, équivalant à 1'311 fr., et un montant de 721 fr. représentant 35 jours de travail à titre d'indemnité professionnelle journalière prévue par la CCT, non contestée par E\_\_\_\_\_ SA en appel.

Le montant total du salaire brut dû est de 17'106 fr. plus 721 fr.

Les intérêts de retard retenus par le Tribunal des prud'hommes et leur point de départ ne sont pas contestés en appel.

Les parties admettent que les sommes de 400 fr. à titre de salaire d'avril 2002 et de 4'700 fr. à titre de salaire de mai 2002 ont été payés de la main à la main en espèces, soit au total 5'100 fr., seule déduction qui sera admise.

Il ne ressort en effet pas des enquêtes que la somme de 9'749 fr. a été payée de la main à la main, comme l'allègue E\_\_\_\_\_ SA. Seul un témoin a vu E\_\_\_\_\_ remettre sur le chantier de G\_\_\_\_\_ une enveloppe à l'intimé, sans pouvoir distinguer ce qu'elle contenait, notamment si elle contenait de l'argent, et si oui, combien exactement.

La secrétaire de E\_\_\_\_\_ SA a vu E\_\_\_\_\_ payer l'intimée de la main à la main, mais sans pouvoir indiquer la somme perçue.

Ces deux déclarations ne sont pas suffisantes pour admettre que la somme de 9'749 fr. a été payée à l'intimé, qui n'admet avoir reçu que 5'100 fr. à titre de salaire d'avril et mai 2002.

Le jugement attaqué sera en conséquence confirmé.

**PAR CES MOTIFS**

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

A la forme :

Reçoit l'appel interjeté par E\_\_\_\_\_ SA contre le jugement rendu le 14 mai 2003 dans la cause C/2505/2003-1, sauf la demande reconventionnelle de 8'000 fr. qui est déclarée irrecevable.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président