



Monsieur E____
Dom. élu : Me Oana
HALAUCESCU
Route de Malagnou 32
1208 Genève

Monsieur T____
Dom. élu : Me Christiane PITTET-
SMATI
Rue du Jeu-de-l'Arc 9
1207 Genève

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 15 décembre 2009

M. Louis PEILA, président

MM. Pierre-Jean BOSSON et Claudio PANNO, juges employeurs

MM. Victor TODESCHI et Ivo VAN DOORNIK, juges salariés

Mme Florence SCHULER, greffière d'audience

EN FAIT

A. Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 23 octobre 2006, T___ a assigné E___ en paiement de 11'466fr. 70, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le dépôt de la demande, correspondant à 1'866 fr. 70 à titre de solde de vacances, soit selon précisions ultérieures, une indemnité pour 20 jours de vacances non pris en nature correspondant à la période du 1er janvier au 28 octobre 2005, basée sur un salaire brut de 3'500 fr., 4'000 fr. à titre de tort moral pour rupture abusive du contrat et 5'600 fr. net à titre de salaire pour les deux mois de délai de congé. Il a également sollicité la délivrance d'un certificat de travail et la restitution de sa carte AVS.

A l'audience du 3 avril 2007, T___ a modifié ses prétentions, sollicitant dorénavant 6'914 fr. 35 brut à titre d'indemnité pour vacances non prises du 1^{er} janvier 2005 au 30 juin 2006, la délivrance de fiches de salaires pour les années 2002 à 2005, d'un certificat de travail complet, et la constatation d'un salaire réel de 4'100 fr. jusqu'à fin 2003 et de 4'125 fr. au-delà.

E___ a conclu au rejet des prétentions de T___. Il a formé une demande reconventionnelle, afin que son ancien employé soit condamné à lui rembourser 4'142 fr. 40, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 19 octobre 2006 à titre de cotisations concernant la prévoyance professionnelle, dont il n'avait jamais voulu assumer sa part. A cette occasion, il n'a pas contesté le solde de vingt jours de vacances allégué par le demandeur, mais a précisé que ce nombre devait être réduit, conformément à la CCNC, de 1/12^{ème} pour chacun des mois de décembre 2005 à juin 2006, durant lesquels son employé avait été en incapacité de travail. En outre, le calcul devait se baser sur le salaire mensuel brut de 2'800 fr., de sorte que l'indemnité réclamée ne pouvait représenter que 5/12^{ème} de 1'866 fr. 60, soit 775 fr. 75. Pour le reste, les prétentions du demandeur étaient infondées. En particulier, sa carte AVS et son certificat de travail lui avaient déjà été remis. En outre, le demandeur avait été indemnisé par l'assurance perte de gain en mai et juin 2006 ; il ne pouvait donc réclamer, en sus, le versement de son salaire pour cette période.

S'agissant des cotisations de prévoyance professionnelle, E___ a soutenu que, à la fin des rapports de travail, il avait dû régulariser la situation avec effet rétroactif et payer, le 19 octobre 2006, 10'034 fr. 70, dont la moitié aurait pourtant dû être supportée par son ancien employé. Il réclamait dès lors à ce dernier 5'017 fr. 35, sous déduction de la somme qu'il restait lui devoir pour les jours de vacances non pris en nature.

T___ a conclu à l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle, faute de compétence razione materiae de la Juridiction des prud'hommes, subsidiairement au déboutement de E___.

B. Par jugement du 29 mai 2009, notifié le 4 juin suivant, le Tribunal des prud'hommes a condamné E___ à verser à T___ la somme nette de 3'620 fr. 70, avec intérêts à 5% dès le 23 octobre 2006, et à lui remettre ses bulletins de salaire relatifs aux exercices 2002 à 2005 ainsi qu'un certificat de travail.

Le Tribunal a considéré que l'employeur n'avait pas apporté la preuve que T___ avait pris des vacances durant la période alléguée par ce dernier, de sorte qu'il lui devait une indemnité pour les jours de vacances non pris en nature durant cette période, sous déduction de 1/12^{ème} par mois d'absence dès le deuxième mois de son incapacité de travail. Compte tenu de son droit annuel à quatre semaines et demie de vacances, conformément à la CCNC, et de son salaire mensuel brut réel de 3'500 fr., ce droit s'étendait à 22.5 jours ($22.5 + 11.25 - 6/12 \times 22.5$), ce qui correspondait à 3'620 fr.

C. Par acte du 9 juillet 2009, T___ appelle de cette décision et reprend ses prétentions en constatation d'un salaire de 4'100 fr. de 1999 à fin 2003 et de 4'125 fr. de 2004 à 2006, au regard du chiffre d'affaires qu'il réalisait, et reprend ses conclusions financières relatives aux vacances, soit le paiement de 6'914 fr. 35. E___ a contesté les motifs de cet appel, précisant notamment que le chiffre d'affaires en cause n'avait jamais été atteint et que son employé avait pris ses vacances, sous réserve de 20 jours qu'il admettait lui devoir.

En date du lundi 13 juillet 2009, E___ a également formé appel contre ce jugement qu'il avait reçu le 11 juin précédent. Il a conclu à la condamnation de T___ à lui verser 4'665 fr. 30, représentant la moitié des cotisations qu'il avait versées pour lui à la fondation de prévoyance, sous déduction de 972 fr. 20 brut qu'il reconnaissait lui devoir pour les jours de vacances non pris.

Devant la Cour, le 25 novembre 2009, les parties ont persisté dans leurs conclusions, versé diverses pièces nouvelles et apporté des précisions factuelles qui seront reprises ci-dessous dans la mesure nécessaire.

D. Les faits suivants résultent de la procédure:

a) E___ exploite, à titre individuel, un salon de coiffure à l'enseigne « A___ », à Genève.

b) E___ et T___, ressortissant français domicilié alors en France, ont adressé à l'Office cantonal de l'emploi, le 17 mars 1999, une requête destinée à l'engagement par le premier nommé du second en qualité de coiffeur pour un salaire mensuel AVS minimum de 3'500 fr. Les parties ont confirmé devant la Cour que l'OCE avait accepté cette rémunération et que le permis de travail de T___ avait été délivré pour ce même montant.

c) T___ a effectivement été engagé par E___ dès le 1er mai 1999, en qualité de coiffeur, selon un contrat de durée indéterminée, stipulant une durée hebdomadaire de travail de 43.5 heures, pour un salaire mensuel brut fixe de 3'500 fr. Par ses dispositions finales, ce contrat renvoyait les parties à la Convention collective nationale des coiffeurs (ci-après CCNC) pour le surplus.

Après la dernière page dudit contrat, signé par les deux parties, figurait une feuille signée uniquement par T___; elle mentionnait une "*Proposition de salaire en pourcentage*" assurant un gain supplémentaire de 10% du chiffre d'affaires, en sus d'un salaire fixe de 2'400 fr., pour un chiffre d'affaires compris entre 2'400 fr. et 4'400 fr., de 20% lorsque ledit chiffre d'affaires se situerait entre 4'400 fr. et 6'400

fr., puis de 25 % pour la tranche supérieure de 2'000 fr. du chiffre d'affaires et, enfin, de 30% du chiffre d'affaires pour autant que celui-ci atteigne 8'400 fr. et jusqu'à 10'400 fr. Il était encore indiqué ceci : "*Salaire pour 4100 francs. Hors TVA sur chiffre d'affaire de 2400 à 10400 10% sur vente des produits.*" (sic).

d) Sur les décomptes de salaire annuels établis par l'employeur, contresignés par l'employé, le salaire a invariablement figuré à hauteur de 3'500 fr. Toutefois, et bien que T___ ait toujours travaillé à temps plein, les montants figurant dans la colonne "salaire brut" se sont inscrits à 2'800 fr. en 2000 et 2001, à 3'750 fr. en 2002 puis à nouveau à 2'800 fr. dès janvier 2003 et jusqu'à juillet 2005. Ce montant a finalement été porté à 3'500 fr. d'août à octobre 2005 inclus. Les déductions opérées sur les salaires mensuels bruts concernaient uniquement l'AVS/AC d'une part, et l'assurance maladie accident, d'autre part. Aucun montant n'a été prélevé pour la prévoyance professionnelle. Devant la Cour, E___ a précisé que cette omission résultait d'une volonté commune des parties, ce que T___ a contesté. Il a pour sa part affirmé que son employeur lui avait laissé croire que de telles cotisations n'étaient pas obligatoires en Suisse.

Le salaire annuel brut déclaré aux autorités fiscales s'est pour l'essentiel inscrit à 33'600 fr., correspondant à 2'800 fr. par mois.

e) Le 28 octobre 2005, T___ a eu un accident de moto. Il a depuis lors été en incapacité complète de travail. Avant cela, T___ avait toujours travaillé à plein temps, du lundi au samedi, son congé hebdomadaire se situant le mercredi.

f) Après un délai de 180 jours, soit le 27 avril 2006, E___ a résilié les rapports de travail pour le 30 juin 2006.

g) Durant son incapacité de travail, et jusqu'au 31 décembre 2006, T___ a été indemnisé par l'assurance accident à hauteur de 80% d'un salaire annuel brut fixé à 42'000 fr., correspondant à une indemnité journalière de 92 fr. 06, soit 2'854 fr. net pour un mois à 31 jours.

h) Par courrier du 9 septembre 2006, T___ a réclamé à E___ le paiement de son solde de vacances, sa carte AVS, un certificat de travail. Il a en outre requis des

explications concernant les cotisations LPP depuis 1999, sur la base du salaire brut de 3'500 fr.. Ce courrier est resté sans suite.

i) Le 19 octobre 2006, E___ a versé 10'034 fr. 70 à la Fondation de prévoyance professionnelle pour T___, dont 724 fr. 85 d'intérêts de retard. Par une pièce produite devant la Cour, datée du 13 novembre 2009, B___, commerçants et entrepreneurs de Genève, atteste de ce que les cotisations versées pour T___ de 2002 à 2006 inclus représentent 4'654 fr. 92 pour la part employé et un montant identique pour la part employeur.

j) E___ a affirmé qu'il mentionnait sur un calendrier les dates de vacances de chacun, ce que T___ a expressément admis en audience, le 24 février 2009. E___ a produit, en appel, le calendrier de 2005 dont l'apport lui avait été refusé en première instance. Il y est noté que T___ était en vacances du lundi 3 au samedi 8 janvier, du lundi 21 au samedi 26 mars, du lundi 1^{er} au samedi 6 août et du lundi 5 au samedi 10 septembre 2005, soit l'équivalent de 20 jours travaillés. Le calendrier en question a été soumis à T___, qui a déclaré ne pas le reconnaître. L'employé a précisé qu'il se souvenait d'un calendrier bleu et plus grand et il s'étonnait de ne pas retrouver son écriture sur cette pièce, alors qu'il lui appartenait de noter ses vacances. E___ a répondu qu'effectivement, la plupart des mentions étaient de sa main. S'agissant toujours des vacances, E___ a produit en audience des feuilles volantes A4 qui constituent l'agenda du salon qu'il exploite, ce que T___ a admis, précisant que ses rendez-vous figuraient sur la grande colonne de droite, alors que celle de gauche accueillait ceux de son patron.

k) A l'audience du 24 février 2009 devant le Tribunal, T___ avait contesté le décompte de vacances produit par E___, considérant notamment qu'une quittance manuelle révélant la perception de deux fois 825 fr. ne correspondait pas au paiement des vacances non prises en 2005 mais à celles de 2004. Pour l'employeur, ces montants correspondaient bien à l'indemnité payée pour une semaine de vacances non prises, calculée sur la base du salaire mensuel réel de 3'400 fr., en lieu et place des montants déclarés.

EN DROIT

1. *1.1.* Interjetés dans la forme et les délais prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la juridiction des prud'hommes, ci-après: LJP), les appels sont recevables.

1.2. Il n'est pas contesté que les parties étaient liées par un contrat de travail au sens des art. 319 et ss CO et que la juridiction spéciale des Prud'hommes est compétente en l'espèce. Elle l'est également à raison du lieu, dès lors que le lieu habituel de travail se trouvait dans le canton de Genève.

1.3. En présence de conclusions condamnatoires, les conclusions en constatation de droit ne sont en principe pas recevables. De plus, en l'espèce, l'employé sollicite qu'il soit constaté que son salaire aurait dû atteindre un certain montant, supérieur à celui qu'il a perçu, au motif qu'il aurait réalisé un chiffre d'affaires donné. Or, ledit chiffre a été contesté par l'employeur et aucune démonstration n'a été entreprise par l'employé pour établir sa prétention. Point n'est besoin dès lors de se pencher sur la recevabilité de l'action en constatation de droit, qui est en tout état non fondée. Le jugement entrepris peut donc être confirmé sur ce point, les conclusions en cause étant irrecevables, subsidiairement infondées.

2. *2.1.* A teneur de l'art. 319 al. 1 CO, par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à verser une rémunération au travailleur. Ce salaire peut être fixé d'après le temps ou selon le travail fourni (salaire à la pièce ou à la tâche).

Les parties s'étant toutes deux montrées imprécises et ayant révélé une propension surprenante à contourner les principes fondamentaux qui régissent le fonctionnement social, s'agissant notamment de la prévoyance et de la fiscalité, il convient de rappeler quelques règles élémentaires.

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 va toutefois pas ainsi quand les parties sont soumises, de quelque manière que ce soit, à une convention collective ou un contrat-type de travail prévoyant un salaire supérieur à celui qu'elles ont arrêté. Dans ce cas, le salaire supérieur remplace le salaire convenu.

S'agissant des travailleurs étrangers, l'art. 9 de l'Ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (ci-après : OLE) précise les conditions d'engagement. A teneur de cette disposition, les autorisations ne peuvent être accordées que si 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.

L'art. 9 OLE tend, tout d'abord, à préserver les travailleurs suisses d'une sous-enchère salariale induite par la main-d'œuvre étrangère et, deuxièmement, à protéger les travailleurs étrangers eux-mêmes (ATF 109 Ib 238, consid. 4a p. 244).

2.2. Le Tribunal n'a pas abordé cette question en l'espèce.

A plusieurs reprises, le Tribunal fédéral a confirmé, s'agissant du salaire indiqué sur l'autorisation administrative, qu'il n'appartient pas au juge civil de se substituer à l'autorité administrative et ce dans le but d'éviter un conflit de compétence entre les autorités civiles et administratives, le juge civil n'ayant pas à contrôler l'activité de l'autorité administrative ni dire si le salaire fixé par celle-ci correspond bien à l'usage.

En l'espèce, la demande d'autorisation de travail pour frontalier, remplie par l'employeur et l'employé, indiquait un salaire brut mensuel de 3'500 fr. et c'est pour ce montant que l'autorisation sollicitée a été accordée. Il n'y a aucune raison de s'en écarter. En conséquence, les calculs à faire, s'il y en a, se feront sur cette base.

3. Les parties reconnaissent que le litige relatif aux vacances non prises

concerne uniquement la période du 1^{er} janvier 2005 au 30 juin 2006.

E___ reconnaît devoir l'équivalent de 20 jours, implicitement pour la période du 1^{er} novembre 2005 au 30 juin 2006 puisqu'il produit des pièces censées démontrer que son employé a pris ses vacances entre le 1^{er} janvier et fin août 2005. T___ considère pour sa part qu'il a droit à l'intégralité de ses vacances pour toute cette période, ayant œuvré chaque jour ouvrable de cette période.

Au regard des règles régissant l'apport des preuves, assouplies en procédure prud'homale, les pièces produites en appel doivent être acceptées. Il résulte de leur lecture et des précisions apportées par les parties à leur propos que l'employeur a démontré, en produisant le calendrier de 2005 et son agenda portant sur plusieurs semaines de ladite année, que T___ n'était pas présent au salon durant quatre semaines entre janvier et août 2005. La correspondance entre les pièces produites et la déclaration même de T___, qui avait spontanément admis en première instance que les vacances étaient notées sur un calendrier, sont des éléments suffisants pour considérer comme établi que ces périodes ont constitué pour T___ des périodes de vacances de 2005. Au surplus, il sied de rappeler que T___ a admis devant la Cour qu'il n'avait pas de difficultés financières, élément qui, s'il avait été établi, aurait pu justifier une assiduité au travail particulièrement soutenue, alors qu'à l'inverse, il est, d'expérience commune, peu vraisemblable qu'un employé ne prenne aucun jour de congé du 3 janvier au 28 octobre de la même année. Dès lors, étant admis que la Convention fixe à 22,5 jours par an les vacances des coiffeurs, T___ en a pris 20 entre janvier et août 2005 et conservait donc un crédit de deux jours et demi pour cette année. En 2006, jusqu'en juin, il aurait eu droit à 11,25 jours, soit un total de jours non pris de 13,75. E___ ayant admis sans réserve un droit de son employé portant sur 20 jours de vacances non pris, il n'y a pas lieu de s'écarter de cette conclusion, plus favorable à la partie faible et valable au regard de la libre disposition des parties. Ces jours de vacances concernant la période d'incapacité totale de l'employé, il conviendra toutefois de déduire, selon la Convention, après un mois de carence, 1/12^{ème} par mois, soit en l'occurrence 7/12^{ème}.

E___ sera donc condamné à verser à T___ la somme brute de 1'340 fr. 80 à

titre d'indemnité pour 20 jours de vacances non prises, réduite selon le principe exposé ci-dessus (3'500 fr. : 21,75 - coefficient permettant de déterminer le salaire journalier pour une semaine de cinq jours, cf. arrêt 4C.99/1998 du 1er septembre 1998 consid. 6a/bbb = 160 fr. 90 x 20 = 3'218 x 5/12 = 1'340 fr. 80).

Le jugement querellé sera modifié sur ce point.

4. Dans le domaine d'espèce, les cotisations LPP sont dues à parts égales entre l'employeur et l'employé et leur versement est obligatoire. Certes, ces questions ne sont a priori pas de la compétence des prud'hommes, sauf lorsque le cas est directement lié aux prétentions découlant du contrat de travail, clair et qu'il peut être traité sans obstacle particulier, conditions réunies en l'espèce. A ce sujet, il a été retenu que le tribunal compétent pour régler une affaire est aussi compétent pour résoudre, à cette fin, les questions préjudicielles étrangères à son domaine d'attribution, en particulier celles qui relèvent du droit public, si le droit de procédure applicable n'en dispose pas autrement et que l'autorité administrative ordinairement compétente n'a pas déjà statué par une décision (ATF 131 III 546 consid. 2.3 p. 551; 120 V 378 consid. 3a p. 382.). Il est d'ailleurs admis, par exemple, que la retenue de l'impôt à la source, de même que celle des cotisations sociales, peut être l'objet d'une contestation en matière de contrat de travail (ATF np du 30 mai 2006, 4P.79/2006, WYLER, Droit du travail, Berne 2002, p. 125 et ss; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 6e éd., 2006, ch. 14 ad art. 322 CO). En l'espèce, le principe du paiement par l'employé des primes qui lui incombe n'est pas sérieusement discuté et leur montant est établi par la Fondation en cause. Enfin, celle-ci a démontré que le compte de l'employé avait effectivement été crédité du montant de ses cotisations. Il appartient en conséquence à ce dernier de les rembourser à celui qui s'en est acquitté à sa place, soit in casu, son employeur. Le montant établi s'élève à 4'654 fr. 92 mais la démonstration du crédit n'étant parvenue que devant la Cour, les intérêts moratoires ne rétroagiront pas au prononcé de l'arrêt.

Le jugement entrepris sera modifié en conséquence.

5. La valeur litigieuse en appel n'ayant pas dépassé le seuil de 30'000 fr., la procédure d'appel sera gratuite (art. 343 al. 1CO cum art. 60 al. 1 LJP).

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

reçoit les appels interjetés par T___ et E___ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 29 mai 2009 rendu en la cause n° C/26998/2006 - 3 ;

Au fond :

annule les chiffres 1, 3 et 5 dudit jugement;

Puis statuant à nouveau sur ces points :

condamne E___ à payer à T___ la somme brute de 1'340 fr. 80, avec intérêts à 5 % dès le 30 juin 2006, à charge pour lui de procéder aux déductions légales;

condamne T___ à rembourser à E___ la somme nette de 4'654 fr. 92, avec intérêts à 5 % dès l'entrée en force du présent arrêt;

confirme le jugement entrepris pour le surplus;

déboute les parties de toute autre conclusion ;

La greffière de juridiction

Le président