



Monsieur T____

Dom. élu : Syndicat SIT
Rue des Chaudronniers 16
Case postale 3287
1211 Genève 3

Partie appelante

Monsieur E____

Dom. élu : CAP Protection Juridique
Maître Jean-Martin DROZ
Avenue du Bouchet 2
Case postale 209
1211 Genève 28

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 25 mars 2010

M. Guy STANISLAS, président

Mme Suzanne BORGSTEDT-VOGT et M. Raffi GARIBIAN, juges employeurs

Mme Anne JEANRENAUD et M. Alain BALLY, juges salariés

Mme Chantal MARGAND, greffière

EN FAIT

- A. E___ exploite, à Genève, une entreprise individuelle, sous la raison sociale « A___ E___ » dont le but est l'activité de pépiniériste et de paysagiste.
- B. Le 15 février 2005, E___ a engagé T___, ressortissant français domicilié en France, en qualité d'aide-jardinier, avec un salaire mensuel brut de fr. 4'500.- pour un horaire de travail hebdomadaire de 45 heures. Aucun contrat de travail écrit n'a été établi.
- C. Le 9 février 2005, E___ a sollicité auprès de l'Office cantonal de la population, à l'aide du formulaire idoine (« *formulaire individuel de demande pour frontalier* »), une demande d'autorisation pour engager T___, à compter du 1^{er} mars 2005, en qualité de paysagiste moyennant un salaire mensuel brut de fr. 4'500.-.
- L'Office cantonal de la population a accordé une autorisation de travail à T___ sur la base du formulaire précité.
- D. Par communication du 27 janvier 2007, E___ a résilié les rapports de service pour le 31 août 2007 en invoquant un manque de travail pour l'automne 2007.
- E. Par lettre de son syndicat du 20 décembre 2007, T___ a demandé à être mis au bénéfice des Usages professionnels des entreprises de parcs et jardins, qui, à son sens, s'appliquaient aux relations de travail. Invoquant lesdits usages professionnels, il réclamait le paiement d'un 13^{ème} salaire (fr. 4'123.35 pour l'année 2005 et fr. 747.- pour l'année 2006), le paiement d'une somme de fr. 3'500.- à titre de versement d'une ristourne maladie à concurrence de fr. 100.- par mois pour les années 2005 à 2007, le versement d'une somme de fr. 3'003.- net à titre d'indemnité de subsistance, selon l'article 10 des Usages

professionnels, pour les années 2005 et 2006 et invoquait enfin un droit à 5 semaines de vacances par an, réclamant de ce chef une indemnité de fr. 2'010.96 à titre d'indemnité de vacances pour 2005 et 2006.

- F.** Par courrier du 5 février 2008, E___ a contesté être lié par les Usages professionnels des entreprises de parcs et jardins qui n'étaient dès lors pas applicables aux relations de travail et ne pouvaient servir d'assise aux réclamations de son ancien employé.
- G.** Par demande déposée au Greffe de la Juridiction des prud'hommes le 29 février 2008, T___ a assigné E___ en paiement d'une somme totale de fr. 13'334.- brut, avec suite d'intérêts, se décomposant de fr. 1'423.35 à titre du 13^{ème} salaire pour 2005, fr. 747.- à titre du 13^{ème} salaire pour 2006, fr. 1'053.36 à titre d'indemnité de vacances non prises en nature pour 2005, fr. 957.60 à titre d'indemnité de vacances non prises en nature pour 2006, fr. 3'500.- à titre de ristourne maladie pour une période de 35 mois, de 2005 à 2006 et fr. 3'003.- à titre d'indemnité de panier (indemnité de subsistance). A l'appui de sa réclamation, T___ invoquait l'application de la Convention collective des parcs et jardins, applicable dans le canton de Genève, et se prévalait des avantages définis dans la CCT. Il exposait que, même si l'employeur n'avait pas signé la convention avant le 1^{er} janvier 2008, date de son extension, ce régime était néanmoins applicable aux relations de travail en application de l'article 9 OLE.
- H.** E___ s'est opposé à la demande. Il a exposé n'avoir jamais été membre de la Fédération des entreprises romandes (FER) et a produit une attestation de Jardins Suisses Genève (association des entreprises de la branche verte) du 10 juillet 2008 aux termes de laquelle, il n'était pas signataire de la CCT pendant la période allant de janvier 2005 à décembre 2007. En outre, l'employeur a précisé que l'employé avait pris l'intégralité de ses vacances et a produit un décompte manuscrit, établi à l'attention de la Juridiction prud'homale, attestant les jours de vacances pris par son employé.

- I.** Par jugement du 10 février 2009, le Tribunal des prud'hommes a retenu que la Convention collective des parcs et jardins, des pépinières et arboriculteurs (ci-après « CCT »), étendue par arrêté du 19 septembre 2007 et entrée en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008 à tout le territoire du canton de Genève, ne régissait pas les rapports de services entre les parties qui avaient pris fin le 31 août 2007, soit avant l'entrée en vigueur de la convention étendue. De plus, il ressortait du dossier que l'entreprise F___ E___ n'était pas signataire de la CCT avant son extension, de telle sorte que cette dernière ne s'appliquait pas aux rapports de services, faute pour les parties de l'avoir intégrée à leurs relations contractuelles. Le Tribunal a dès lors retenu que les prétentions de l'employé fondées sur la CCT précitée ne pouvaient être accueillies et a débouté T___ de ses conclusions relatives aux paiements d'un 13^{ème} salaire, d'une indemnité de panier, ainsi qu'une indemnité à titre de ristourne maladie. S'agissant des vacances, les premiers juges ont retenu que le décompte produit par E___ n'avait aucune force probante, ayant été établi pour les besoins de la procédure, et que l'employeur n'avait pas prouvé que T___ avait pu prendre ses vacances pendant sa période de travail. Le Tribunal a ainsi arrêté à 14.56 jours le solde des vacances non pris en nature par l'employé et lui a alloué de ce chef une indemnité de fr. 3'012.40, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} septembre 2007.
- J.** A l'encontre de ce jugement, notifié aux parties le 11 février 2009, T___ interjette appel par acte déposé au Greffe de la Juridiction des prud'hommes le 18 février 2009. A l'appui de son appel, il fait grief aux premiers juges d'avoir écarté la Convention collective de travail des parcs, jardins, pépinières et arboriculteurs (ci-après « CCT ») qui, en dépit de son absence d'extension à l'époque concernée, s'appliquait d'office aux relations de travail par le biais de l'article 9 OLE (Ordonnance limitant le nombre des étrangers qui exercent une activité lucrative), disposition d'ordre public ayant pour but d'assumer la paix sociale et la protection de travailleurs émigrés en évitant le dumping social. Il conclut ainsi à la réformation partielle du jugement entrepris et à la

condamnation de E___ de verser les sommes de fr. 4'123.35 à titre de 13^{ème} salaire pour l'année 2005, fr. 747.- à titre de 13^{ème} salaire pour l'année 2006, fr. 3'500.- à titre de paiement de ristourne maladie et fr. 3'003.- à titre d'indemnité de panier repas ; de plus, invoquant un droit aux vacances annuelles de 5 semaines, il réclame le paiement des sommes de fr. 1'053.36 à titre de solde de vacances pour l'année 2005 et fr. 957.60 à titre de solde de vacances pour l'année 2006.

- K.** Par mémoire de réponse du 2 juin 2009, E___ s'est opposé à l'appel. Il a formé un appel incident tendant à l'annulation du jugement entrepris en tant qu'il l'a condamné à verser à T___ la somme brute de fr. 3'012.40, avec suite d'intérêts, à titre d'indemnité pour solde de vacances. A l'appui de son appel incident, E___ relève que, sur la base du décompte produit à la procédure, son employé a épuisé son solde de vacances.
- L.** A l'audience devant la Cour d'appel, T___ a admis avoir pris ses vacances pour l'année 2005, mais contesté avoir bénéficié des jours de vacances indiqués pour les années 2006 et 2007, au motif qu'il était en arrêt de travail lié à un accident. Les parties n'ayant pu s'entendre sur le commencement et la durée de cette incapacité, la Cour d'appel les a enjoins de fournir tous documents utiles attestant les périodes d'incapacité de travail, soit la production de certificats médicaux pour la période de mars 2006 à janvier 2007, ainsi que le rapport de l'assurance perte de gain relatif aux indemnités journalières versées à l'employeur du chef de cette incapacité.
- M.** Des documents produits par les parties en exécution de cette ordonnance, il résulte que T___ s'est trouvé en incapacité de travail pour accident à compter du 11 mars 2006. Cette incapacité a été totale du 11 mars 2006 au 18 juin 2006, puis, en raison d'une rechute, du 11 juillet 2006 au 13 août 2006. L'incapacité a été partielle, à concurrence de 50%, du 14 août 2006 au 31 janvier 2007, date à laquelle l'employé a retrouvé une pleine capacité de travail.

EN DROIT

1. Interjeté dans la forme et le délai prescrit par la loi, l'appel de T___ est recevable (article 57 LJP). L'appel incident de E___ est également recevable (article 61 LJP).

2. a) A teneur des articles 356 et ss CO, les clauses normatives d'une convention collective n'ont en principe d'effet qu'envers les employeurs et les travailleurs qu'elle lie, 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 au sens de l'article 356b CO. Selon l'article 356 al. 1 CO, les employeurs, ainsi que les travailleurs au bénéfice d'un employeur lié par la convention, peuvent se soumettre individuellement à cette dernière avec le consentement des parties ; ils sont dès lors considérés liés par la convention. La convention peut également 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, auquel cas ses clauses s'appliquent également aux employeurs et travailleurs auxquels elle est étendue.

En dehors de ces cas, les rapports entre les parties sont régis par le contrat individuel et la loi, éventuellement pas un contrat-type, mais non par la convention collective, et ceci 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 I a 16 = JT 1977 I 256 ; ATF 98 I a 563 = JT 1974 I 657 ; FF 1954 I 156).

- b) En l'espèce, l'Association genevoise des entrepreneurs de parcs et jardins, pépiniéristes et arboriculteurs, d'une part, et les Syndicats des jardiniers, du SIB et du SIT, ont conclu, le 12 mai 1997, la Convention collective de travail des parcs, jardins, des pépinières et arboriculteurs (ci-après « CCT »). Cette convention a été étendue par arrêté du 19 septembre 2007 et est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008, à tout le territoire du canton de Genève.

Les rapports de services s'étant éteints le 31 août 2007, soit avant l'arrêté d'extension, la convention étendue n'est pas opposable aux parties pour des rapports de travail antérieurs à l'entrée en vigueur de la CCT étendue. Elle ne peut l'être que si les parties ont contractuellement convenu d'incorporer le contenu de la CCT aux relations de travail. Tel n'est pas le cas en l'espèce, aucun indice ne permettant de retenir que les parties ont souhaité que les relations de services fussent régies par la convention collective, étant au demeurant précisé que E___ n'était pas membre d'une association signataire de la CCT de janvier 2005 à décembre 2007.

- c) La Cour d'appel ne peut suivre l'argumentation du recourant relative à la force obligatoire de la CCT par le renvoi de l'article 9 OLE. Cette dernière disposition réglemente les conditions d'octroi d'une autorisation de travail pour un étranger en Suisse et ne tend pas à rendre obligatoire une convention collective non étendue.

Il n'y a pas lieu de favoriser l'étranger par rapport à l'indigène en le faisant bénéficier, par le renvoi de l'article 9 OLE, d'une convention collective non étendue, que le travailleur indigène ne peut invoquer en sa faveur.

Enfin, la Cour d'appel a jugé que le fait, pour un employeur, de ne pas signer l'engagement auprès de l'OCIRT de respecter les usages en vigueur dans sa profession, n'a pas pour effet de rendre applicable ces usages à son égard ; seules lui sont opposables les conditions expressément mentionnées dans

l'autorisation administrative (CAPH du 11 octobre 2000 dans la cause C/27995/1999).

T___ ne peut donc invoquer le bénéfice de la CCT.

- d) Il en découle que les prétentions de l'appelant basées sur une application de la CCT ne peuvent être accueillies. Il en va ainsi des réclamations relatives à l'indemnité de panier (indemnité de subsistance) prévues à l'article 13 CCT et à l'indemnité pour ristourne maladie visée à l'article 20 al. 5 CCT. Il en va également du 13^{ème} salaire, dans la mesure où les débats n'ont pas permis de rapporter la preuve que le travailleur devait bénéficier d'une telle prestation. Dans son acte d'appel, T___ ne soutient d'ailleurs pas qu'un 13^{ème} salaire était contractuellement convenu, mais invoque le bénéfice de la convention collective qui prévoit en effet, à l'article 11, le versement d'un 13^{ème} salaire pour le travailleur.

Les prétentions de l'appelant, en tant qu'elles sont fondées sur la convention collective de travail, non applicable au cas d'espèce, doivent dès lors être rejetées et le jugement sera confirmé sur ce point.

3. E___ forme appel incident en demandant l'annulation du jugement du Tribunal des prud'hommes qui le condamne à verser à T___ la somme brute de fr. 3'012.40, avec intérêts de solde de vacances non pris.
- a) Selon l'article 329a CO, l'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, 4 semaines de vacances au moins. La loi régit les vacances comme un droit contractuel du travailleur à une prestation de la part de l'employeur et non pas une simple restriction des prestations dues par le travailleur. La jurisprudence retient que le fardeau de la preuve doit être supporté par l'employeur à qui il appartient de prouver que le travailleur a bénéficié des vacances auxquelles il avait droit, soit le nombre de jours de vacances pris par le

travailleur, et non pas à ce dernier de prouver les jours de vacances non pris (ATF 128 III 271 consid. a/bb ; ATF du 15 septembre 1999 dans la cause 4C230/139 consid. 4 ; Aubert, Commentaire romand, Code des obligations I, 2003, n°7 ad art. 329a CO ; Arrêt du Tribunal fédéral du 3 décembre 2009 dans la cause 4A_333/2009 consid. 3).

- b) En l'espèce, l'appelant incident considère avoir satisfait au fardeau de la preuve qui lui incombait en ayant produit un décompte manuscrit, établi pour les besoins de la procédure, indiquant les jours de vacances que son employé aurait pris, étant précisé que ce décompte est contesté par le travailleur. A l'instar du Tribunal, la Cour d'appel retient que ce document est dépourvu de toute force probante, n'ayant pas été validé par l'employé, ni dressé sur la base de relevés périodiques qui auraient été soumis régulièrement à l'employé pour vérification et acceptation. Il ressort d'ailleurs de la procédure que l'employeur ne tenait pas de planning écrit de vacances prises par les employés et n'a pas remis à ces derniers des décomptes écrits y relatifs. A cela s'ajoute que le relevé n'a pas été rempli au fur et à mesure, mais a été rédigé aux fins de la procédure prud'homale.

De plus, la Cour d'appel retient que, sur certains points, ce relevé est erroné, puisqu'il fait état de jours de vacances pris par l'employé alors qu'il se trouvait à cette date en incapacité totale de travail pour cause d'accident (par exemple le 11 juillet 2006).

Enfin, le relevé se réfère à des jours de vacances prétendument pris par l'employé, alors que ce dernier se trouvait en incapacité partielle de travail pendant la période du 14 août 2006 au 31 janvier 2007. Or, il n'a pas été indiqué si les jours de vacances relevés se référaient à des jours entiers ou à des demi-jours compte tenu de l'incapacité partielle de travail du travailleur qui exerçait, pendant cette période, une activité à mi-temps. Enfin, il n'a pas été rapporté si l'employé pouvait, pendant sa période de capacité partielle de travail, prendre

effectivement des vacances qui répondaient à leur finalité et si la prise de vacances était ainsi compatible avec son état de santé. Déterminer si un travailleur, en période d'incapacité partielle de travail, peut effectivement prendre des vacances pendant cette période d'incapacité, dépend des circonstances, de l'intensité et de la durée de l'atteinte (Wylér, Droit de travail, 2^{ème} éd., p. 344 ; Cerottini, Le droit aux vacances, Lausanne 2001, p. 263-267). Compte tenu de l'atteinte au préjudice de l'employé et sa durée, il ne peut être retenu que cette situation permettait l'exercice d'un droit aux vacances compatible avec un repos ou une détente.

La Cour d'appel conclura ainsi que l'employeur a échoué dans le fardeau de la preuve qui lui incombait de prouver que son employé a effectivement pris les vacances indiquées et le jugement sera confirmé sur ce point, la Cour retenant, au bénéfice de l'employé, un solde de vacances de 14.56 jours.

PAR CES MOTIFS,

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel principal interjeté par T___ à l'encontre du jugement du Tribunal des prud'hommes du 10 février 2009 dans la cause C/4437/2008-3.

Déclare recevable l'appel incident formé par E___ à l'encontre dudit jugement.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président