



POUVOIR JUDICIAIRE

C/4705/2016-5

CAPH/182/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 16 NOVEMBRE 2017

Entre

A_____, sise c/o B_____, _____, _____ (GE), recourante contre un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 11 avril 2017 (JTPH/159/2017), comparant par Me Xavier-Romain Rahm, avocat, SJA Avocats SA, place des Philosophes 8, 1205 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

d'une part,

et

C_____, domicilié _____, _____, _____, intimé, comparant par Me Swan Monbaron, avocat, Borel & Barbey, rue de Jargonnant 2, case postale 6045, 1211 Genève 6, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

d'autre part.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPH/159/2017 du 11 avril 2017, notifié aux parties le lendemain, le Tribunal des prud'hommes, statuant par voie de procédure simplifiée, a déclaré recevable la demande formée le 5 septembre 2016 par C_____ contre A_____ (chiffre 1 du dispositif), condamné cette dernière à lui verser la somme nette de EUR 3'900.- avec intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 1er avril 2015 (chiffre 2), débouté les parties de toutes autres conclusions (chiffre 3) et dit qu'il n'était pas perçu de frais ni alloué de dépens (chiffre 4).

En substance, le Tribunal a considéré que A_____ avait empêché par sa faute l'exécution du travail de C_____ en tardant à obtenir son visa pour sa mission à l'étranger, de sorte qu'elle était tenue de lui payer son salaire dès les 23 février 2015 (date à laquelle il aurait dû débiter son activité) et non uniquement à compter du 10 mars 2015 (date à laquelle il a effectivement commencé son travail). Le Tribunal a cependant débouté C_____ de sa prétention en dommages et intérêts pour les frais et honoraires d'avocat encourus avant procès, dès lors qu'une partie de la somme facturée avait trait à la préparation de la procédure et que l'autre concernait des prestations ne nécessitant pas l'assistance d'un homme de loi.

a. Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 23 mai 2017, A_____ forme recours contre cette décision, dont elle sollicite l'annulation des chiffres 2 et 3 du dispositif. Elle conclut au déboutement de C_____ des fins de sa demande.

b. C_____ conclut à l'irrecevabilité du recours et, subsidiairement, à son rejet.

c. Les parties ont été avisées par pli du 23 août 2017 de ce que la cause était gardée à juger.

- B.** Les faits pertinents suivants résultent du dossier soumis à la Cour :

a. A_____, société de droit suisse ayant son siège à Genève, a pour but _____.

Elle est gérée par D_____, qui dispose d'un pouvoir de signature individuelle.

b. Le 9 février 2015, cette société est entrée en pourparlers avec C_____, résidant _____, en vue de la conclusion d'un contrat de travail temporaire. Il était question qu'A_____ loue les services de C_____ à E_____, une société _____ d'ingénierie, pour une mission à durée déterminée de deux mois en 1_____.

c. Par courrier électronique du 10 février 2015, D_____ a demandé à C_____ de remplir et lui retourner un document intitulé «formulaire salarié» et de lui

communiquer une copie de son passeport, de ses coordonnées bancaires précises et de sa carte d'assurance maladie _____.

d. Le 16 février 2015, un représentant d'E_____ s'est entretenu avec C_____ et l'a sélectionné parmi plusieurs candidats.

Le jour-même, un «contrat-cadre de travail» fixant les conditions générales de la future collaboration, ainsi qu'un contrat de mission internationale prévoyant l'engagement de C_____ en qualité d'«architecte principal» devant exercer ses activités en I_____ auprès d'E_____ ont été rédigés par A_____ et transmis à C_____, qui les a immédiatement signés et renvoyés à A_____ par courrier postal.

e. Par courrier électronique du 18 février 2015, D_____ a remis à C_____ les deux contrats précités, contresignés, et lui a indiqué que, selon informations obtenues le matin-même auprès d'E_____, les démarches d'obtention du visa étaient en cours et qu'il ne restait plus qu'à attendre «*le retour de l'ambassade*».

f. Le 23 février 2015, C_____ a adressé un pli à E_____, à son siège _____. Il allègue que cet envoi contenait deux photos d'identité, à la suite d'une demande urgente formulée le jour-même par téléphone par une employée d'E_____.

g. Le lendemain, la représentation diplomatique d'I_____ a refusé l'octroi du visa à C_____, de même qu'à d'autres employés d'E_____.

h. Par courrier électronique du 27 février 2015, C_____ s'est plaint auprès de D_____ de ce qu'il n'avait toujours pas obtenu son visa. Il souhaitait connaître le début et la durée de sa mission.

i. Le 2 mars 2015, une deuxième demande de visa a été introduite par E_____. Celle-ci a été acceptée. Le visa et le passeport de C_____ ont été reçus en retour le 6 mars 2015 et immédiatement envoyés à celui-ci à son domicile.

j. Le 10 mars 2015, C_____ a débuté sa mission en I_____.

k. Le 18 avril 2015, C_____ a décliné l'offre d'A_____ de prolonger sa mission d'un mois, au motif qu'il avait pris d'autres engagements à compter de mai 2015.

l. Entre juin 2015 et février 2016, C_____ a tenté, en vain, d'obtenir d'A_____ le paiement d'une indemnité de EUR 5'200.-, correspondant, selon ses calculs, au manque à gagner subi pendant la période du 23 février au 9 mars 2015, au cours de laquelle la société avait été en demeure de lui fournir du travail. Le commandement de payer notifié à A_____ par C_____ en lien avec cette prétention a été frappé d'opposition.

m. Par acte déposé en vue de conciliation le 29 février 2016, ayant donné lieu à une autorisation de procéder du 4 mai 2016 et porté devant le Tribunal le 5 septembre 2016, C_____ a conclu au paiement par A_____ de la somme totale nette de 7'200 fr. Le montant réclamé correspondait au salaire qui, selon C_____, aurait dû lui être versé pour la période du 23 février au 9 mars 2015 (treize jours de travail, du lundi au samedi, à raison de EUR 400.- par jour), soit 5'200 fr., ainsi qu'au dommage subi (honoraires d'avocat avant procès), soit 2'000 fr. (intérêts en sus).

n. A_____ a conclu au rejet de la demande.

o. Lors de l'audience du 19 janvier 2017, le Tribunal a interrogé les parties. A l'issue de l'audience, celles-ci ont plaidé, en persistant dans leurs conclusions, et la cause a été gardée à juger.

D. Les éléments pertinents suivants résultent en outre des pièces versées à la procédure :

a. Les parties sont convenues que le rapport de travail débiterait *«au moment précis fixé par le contrat de mission internationale»* (chiffre 3 alinéa 1 du «contrat-cadre de travail»). La date de début de la mission a été fixée au 23 février 2015 (chiffre 2 alinéa 2 du contrat de mission internationale). Il s'agissait cependant d'une date *«prévisionnelle»*, pouvant être modifiée selon ce qui serait définitivement convenu entre A_____ et E_____ (chiffre 2 alinéa 2 du contrat de mission internationale).

b. La *«durée prévisionnelle»* de la mission a été fixée à deux mois. Elle pouvait être prolongée d'accord entre les parties si les besoins de la mission l'exigeaient (chiffre 2 alinéa 3 du contrat de mission internationale).

c. Le rapport de travail devait prendre fin à l'expiration de la *«durée précise»* de la mission (chiffre 3 alinéa 1 du «contrat-cadre de travail»). L'employeur pouvait toutefois y mettre fin avec effet immédiat si le travailleur ne se présentait pas sur son lieu de mission internationale, sans juste motif (chiffre 3 alinéa 5 du «contrat-cadre de travail»).

d. Il incombait au travailleur de *«fournir à l'employeur les documents nécessaires à l'obtention de toutes les autorisations (autorisation de travail, de séjour, visas...) à l'accomplissement de sa mission internationale»* (chiffre 10 du «contrat-cadre de travail»). Il était cependant convenu qu'E_____ *«réaliserait et prendrait à sa charge»* toutes les démarches nécessaires à l'obtention des autorisations requises par le travailleur pour l'exécution de sa mission (chiffre 5 du contrat de mission internationale).

e. La salaire de base journalier convenu était de EUR 300.- net par jour travaillé, auquel s'ajoutait une indemnité journalière de EUR 100.- net par jour travaillé (chiffre 4 du contrat de mission internationale). La durée de travail hebdomadaire était celle applicable au sein d'E_____ (chiffre 3 du contrat de mission internationale).

f. En cas de litige, les parties ont prévu un for à Genève et l'application du droit suisse (chiffre 13 du «contrat-cadre de travail»).

EN DROIT

1. **1.1** Le recours est recevable pour avoir été interjeté auprès de la Cour de justice (art. 124 let. a LOJ), dans le délai utile de trente jours et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 142 al. 1, 145 al. 1 let. a, 146 al. 1 et 321 al. 1 CPC), par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), à l'encontre d'une décision finale de première instance rendue dans le cadre d'une affaire patrimoniale dont la valeur litigieuse est inférieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 *a contrario* et 319 let. a CPC).

1.2 Le pouvoir d'examen de la Cour est limité à la violation du droit et à la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC). Ce dernier grief se recoupe avec celui d'arbitraire dans l'établissement des faits ou dans l'appréciation des preuves (JEANDIN, in Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY [éd.], 2011, n. 5 ad art. 320 CPC).

La cause est soumise à la procédure simplifiée (art. 243 al. 1 CPC). Les maximes inquisitoire sociale (art. 55 al. 2 et 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC) et de disposition (art. 58 al. 1 CPC) sont applicables.

2. La recourante fait grief au Tribunal d'avoir considéré que l'intimé avait établi qu'elle avait violé ses incombances en matière d'obtention de visa et de l'avoir ainsi condamnée à verser à l'intimé le salaire afférent à la période du 23 février au 9 mars 2015.

2.1 Il n'est pas contesté que les parties étaient liées par un contrat de travail intérimaire proprement dit (travail temporaire), soumis aux dispositions particulières de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE; RS 823.11) et à ses ordonnances d'application, notamment l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (OSE; RS 823.111).

Le travail temporaire constitue l'une des trois formes de la location de services, contrat innommé *sui generis* comportant des aspects du mandat, par lequel une personne (le bailleur de services) s'engage, moyennant rémunération, à mettre un ou plusieurs travailleurs à la disposition d'une autre (le locataire de services). Sa

caractéristique principale réside dans le fait que le contrat de travail est conclu entre le bailleur de services et le travailleur loué, et non entre le locataire de services et le travailleur loué, même si c'est entre ces derniers que se noue la véritable relation de travail (TERCIER/BIERI/CARRON, *Les contrats spéciaux*, 5e éd. 2016, p. 368 n. 2741).

Dans le cadre du contrat de location de services, le bailleur de services abandonne à l'entreprise locataire de services l'essentiel de ses pouvoirs de direction à l'égard du travailleur (art. 26 al. 1 OSE). Ce dernier reçoit son salaire de la part de son employeur de «droit», à savoir le bailleur de services, tout en étant soumis aux instructions et à la surveillance de son employeur de «fait», à savoir le locataire de services (MATILE/ZILLA, *Travail temporaire, Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services* [art. 12-39 LSE], 2010, p. 7 ss; THEVENOZ, *Travail intérimaire et location de services*, in FJS n. 772, 1991).

2.2.1 S'il empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, l'employeur reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir sa prestation (art. 324 al. 1 CO).

Quand il n'accomplit pas les actes préparatoires à l'exécution du travail, l'employeur est considéré en demeure, car il est lui-même responsable des conditions ne permettant pas au travailleur d'effectuer sa prestation (ATF 114 II 274 consid. 5, in JdT 1989 I p. 7; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3ème éd. 2014, p. 194; PORTMANN, in Basler Kommentar, *Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, HONSELL/VOGT/ WIEGAND [éd.], 5e éd. 2011, n. 3 ad art. 324 CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7e éd. 2012, n. 3 ad art. 324 CO). Selon la jurisprudence et la doctrine, entre dans cette catégorie d'actes préparatoires nécessaires l'obtention d'une autorisation administrative pour un travailleur étranger, car il incombe à l'employeur qui engage un employé étranger d'entreprendre toutes les démarches de droit public pour permettre la prestation de travail (ATF 114 II 279 consid. 2d/bb, in SJ 1988 p. 608; ATF 114 II 274 consid. 5, in JdT 1989 I p. 7; arrêt du Tribunal fédéral 4C.27/2004 du 24 mars 2004 consid. 3.2.1, in JAR 2005 p. 156; PORTMANN, op. cit., n. 3 ad art. 324 CO; REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., n. 13 ad art. 324 CO; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 198; STREIFF/Von KAENEL/RUDOLPH, op. cit., n. 3 ad art. 324 CO; STAEHELIN, in *Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag*, Art. 319-330a OR, 4e éd. 2006, n. 11 ad art. 324 CO; AUBERT, *Contrat de travail et autorisation de travail*, in SJ 1988 p. 619 ss).

Selon le texte même de l'art. 324 CO, la demeure de l'employeur ne suppose pas un comportement fautif de sa part. Sa demeure peut ainsi découler de la survenance d'évènements ou de circonstances totalement indépendantes de sa volonté, dont il doit cependant répondre en vertu de la loi ou du contrat, même si

lesdits évènements ne le frappent pas directement. L'employeur supporte donc seul les conséquences civiles liées à l'absence ou au refus de l'autorisation de travail. Peu importe que le travailleur, pour sa part, soit aussi dans l'impossibilité d'offrir effectivement sa prestation, car cette impossibilité résulte directement du risque que, selon la loi, l'employeur assume seul (AUBERT, op. cit., p. 622; STREIFF/Von KAENEL/RUDOLPH, op. cit., n. 3 ad art. 324 CO; STAEHELIN, op. cit., n. 11 ad art. 324 CO).

L'art. 324 al. 1 CO est une disposition relativement impérative (art. 362 al. 1 CO), de sorte qu'en principe, il n'est pas possible d'y déroger en défaveur du travailleur que ce soit par accord, contrat-type de travail ou convention collective.

2.2.2 A l'égard du travailleur temporaire, l'entreprise locataire de services intervient comme auxiliaire de l'employeur au sens de l'art. 101 CO. Dès lors que cette disposition vise l'exécution d'obligations, mais également la jouissance de droits ainsi que, par analogie, l'exécution d'incombances, l'entreprise locataire de services, en refusant sans motif légitime de recevoir la prestation régulièrement offerte du travailleur ou en n'accomplissant pas les actes préparatoires nécessaires à l'exécution de la prestation, place le bailleur de services en demeure d'acceptation au sens de l'art. 324 CO (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7596/2010 du 27 avril 2012 consid. 5.4; THÉVENOZ, Le travail intérimaire, 1987, p. 263 n. 786).

2.3 En l'espèce, il n'est plus contesté, en seconde instance, que l'intimé aurait dû commencer sa mission le 23 février 2015 et qu'il a été empêché de travailler de cette date au 9 mars 2015 inclus, en raison de la non-obtention de l'autorisation d'entrée en 1_____.

Il sied donc de déterminer si la recourante, en sa qualité de bailleuse de services, s'est trouvée en demeure au sens de l'art. 324 CO.

Conformément aux principes exposés ci-dessus, l'employeur qui engage un employé étranger doit entreprendre toutes les démarches pour permettre l'exécution du travail; s'il n'accomplit pas les actes préparatoires nécessaires, il est en demeure, même sans faute de sa part. Lorsque l'employeur loue les services d'un travailleur à un tiers, lesdits actes peuvent être accomplis par ce tiers, qui intervient alors en qualité d'auxiliaire de l'employeur à l'égard du travailleur loué; si ce tiers ne respecte pas ces incombances, l'employeur est en demeure d'accepter la prestation de travail.

Dès lors, à la suite du refus du visa qui aurait permis à l'intimé, résidant _____, de commencer son activité en 1_____ à la date fixée contractuellement, la recourante s'est trouvée en demeure. Il n'est pas nécessaire d'examiner si l'accomplissement de cet acte préparatoire incombait directement à la recourante ou à la société locataire de services, dès lors que cette dernière était l'auxiliaire de

l'employeur, ni si une faute peut être reprochée à la recourante et/ou à la société locataire de services, puisque la demeure d'acceptation ne suppose pas un comportement fautif.

En définitive, il est superflu de déterminer les responsabilités de chacun dans la non-obtention, ou l'obtention tardive, de l'autorisation permettant à l'intimé d'entrer en 1_____, la recourante devant, dans tous les cas, supporter seule les conséquences civiles en résultant.

Le montant du salaire dû à l'intimé pour la période du 23 février au 9 mars 2015, tel que fixé par les premiers juges, à savoir EUR 300.- par jour pendant treize jours, n'est pas contesté.

Le recours, infondé, sera par conséquent rejeté.

3. Compte tenu de la valeur litigieuse, il n'est pas perçu de frais judiciaires (art. 114 let. c et 116 al. 1 CPC; 19 al. 3 let. c LaCC; 71 RTFMC).

Il n'est en outre pas alloué de dépens (art. 96 CPC; art. 22 al. 2 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 5 :**

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté le 23 mai 2017 par A_____ contre le jugement JTPH/159/2017 rendu le 11 avril 2017 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/4705/2016-5.

Au fond :

Le rejette.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Dit qu'il n'est pas perçu de frais, ni alloué de dépens.

Siégeant :

Monsieur Ivo BUETTI, président; Monsieur Michael RUDERMANN, juge employeur; Madame Claudine DEMAISON, juge salariée; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF inférieure à 15'000 fr.