



E_____ SA
Dom. élu : Me Jérôme PICOT
Rue du Rhône 11
Case postale 5222
1211 Genève 11

T_____ **Dom. élu** : Me Christian GIROD
Rue des Alpes 15bis
Case postale 2088
1211 Genève 11

**Partie appelante
et intimée**

**Partie intimée
et appellant incident**

D'une part

D'autre part

ARRET

Du 5 juin 2007

M. Christian MURBACH, président

MM. Raymond BOURRECOUD et Franco MAURI, juges employeurs

MM. Yves DELALOYE et Patrice MARRO, juges salariés

Mme Keren Marie MEYER, greffière d'audience

EN FAIT

A. a) En date du 1^{er} mai 2001, E_____ SA (anciennement A_____ SA, puis B_____ SA, puis C_____ SA) a déposé auprès de l'Office cantonal de la population une demande d'autorisation de travail pour frontalier en faveur de T_____, mentionnant, en particulier, l'engagement de ce dernier en qualité de contrôleur de gestion moyennant un salaire brut de Fr. 10'000.-- par mois.

b) Le 11 mai 2001, les parties ont signé une lettre d'engagement de T_____, aux termes de laquelle l'intéressé était engagé, dès le 1^{er} juillet 2001, pour un salaire mensuel de Fr. 6'300.--, payable treize fois l'an. La validité du contrat était, de plus, soumise à l'acceptation de la demande de permis de travail, démarche effectuée par la société.

c) Du 1^{er} juillet au 31 décembre 2001, T_____ a reçu un salaire mensuel de Fr. 6'300.--, bénéficiant, en outre, d'indemnités de repas, d'allocations familiales et d'un treizième salaire *pro rata temporis*.

d) Par avenant du 25 février 2002, contresigné par T_____, mentionnant le titre de « responsable de gestion », le salaire mensuel brut de l'intéressé a été porté à Fr. 7'000.--, avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2002. Cette modification a été confirmée par courrier du 1^{er} mai 2002, le titre de T_____ étant alors celui de « responsable administration et gestion ».

Par avenant du 26 juillet 2002, le salaire mensuel brut de T_____ a été augmenté à Fr. 7'250.--, avec effet au mois d'août suivant.

Dès 2004, le salaire de T_____ a été porté à Fr. 8'000.--, l'intéressé ayant bénéficié, de plus, au mois de février 2004, d'une prime de Fr. 1'000.-- et d'une commission de Fr. 500.--.

e) Par courrier remis en mains propres le 25 novembre 2004, E_____ SA a résilié le contrat de travail de T_____ pour le 28 février 2005, l'intéressé étant libéré de son obligation de travailler à compter du 1^{er} février 2005.

f) Par lettre du 20 décembre 2004, le GROUPE D_____ FRANCE a fait une offre d'emploi à T_____ qui l'a refusée. Une indemnité de départ de € 15'241.16 a alors été versée à l'intéressé par le GROUPE D_____ FRANCE.

g) En date du 7 janvier 2005, E_____ SA a informé T_____ du versement, en sa faveur, d'une prime exceptionnelle, à bien plaisir, de Fr. 8'550.--.

h) Le 25 janvier 2005, E_____ SA a établi en faveur de T_____ un certificat de travail élogieux, mentionnant la qualité de « responsable administration et gestion », et précisant, en outre, que celui-ci était « responsable du contrôle de gestion ».

i) Le 27 janvier 2005, T_____ a contresigné, avec la mention « bon pour accord », la lettre que lui avait remise E_____ SA, confirmant que, d'un commun accord, il était fait abandon du dernier mois de préavis et que le contrat de collaboration prendrait désormais fin le 31 janvier 2005, date à laquelle l'intéressé serait libéré de tout engagement. Ce courrier précisait, par ailleurs, que onze jours de congé seraient réglés « pour solde de tout compte » avec le dernier salaire du mois de janvier 2005, pour un montant brut de Fr. 4'064.65.

j) Par lettre de son avocat du 6 décembre 2005, T_____ a réclamé à son ex-employeur le paiement d'une différence de salaire de Fr. 125'025.--, plus intérêts, se prévalant de la rémunération de Fr. 10'000.-- mentionnée dans sa demande d'autorisation de travail pour frontalier du 1^{er} mai 2001.

B. a) En date du 13 mars 2006, T_____ a assigné E_____ SA devant la Juridiction des prud'hommes en paiement d'un montant de Fr. 134'279.20, avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} avril 2003, soit :

- Fr. 24'050.-- à titre de différence de salaire pour le deuxième semestre 2001 ;
- Fr. 37'645.85 à titre de différence de salaire pour l'année 2002 ;
- Fr. 35'750.-- à titre de différence de salaire pour l'année 2003 ;
- Fr. 34'000.-- à titre de différence de salaire pour l'année 2004 ;

- Fr. 2'833.35 à titre de différence de salaire pour le mois de janvier 2005.

b) Dans son mémoire de réponse du 8 mai 2006, E_____ SA a admis devoir à son ex-employé un montant de Fr. 48'575.-- brut et a conclu, pour le surplus, au déboutement de l'intéressé de toutes ses prétentions.

Lors de l'audience du 7 juin 2006, T_____ a confirmé ses conclusions, affirmant avoir accepté un salaire inférieur à celui mentionné dans la demande d'autorisation de travail, mais avoir attiré l'attention de son employeur, en 2002, sur son droit au paiement de la différence. Il a, par ailleurs, produit un exemplaire de sa carte de visite, qui mentionnait le titre de « contrôleur de gestion ».

c) Pour sa part, E_____ SA a expliqué qu'avant l'engagement de T_____ , c'était bien un contrôleur de gestion qu'elle recherchait, raison pour laquelle la demande d'autorisation de travail auprès de l'Office cantonal de la population mentionnait ce titre, avec un salaire mensuel de Fr. 10'000.--. La fonction effective de T_____ avait été toutefois autre, à savoir celle de responsable administratif et de gestion. Par ailleurs, seuls les employés administratifs de la société bénéficiaient annuellement de treize salaires.

d) Entendu en qualité de témoin lors de cette même audience, F_____, employé de E_____ SA depuis 2002, a notamment déclaré que T_____ était en charge de la comptabilité analytique de la société, sortant tous les états comptables et les reporting pour la société et le groupe. A son avis, un contrôleur de gestion était une personne ayant la responsabilité de prendre des décisions, ce qui n'était pas le cas de l'intéressé. Il n'était toutefois pas certain de connaître la bonne définition de « contrôleur de gestion ». Il ne savait pas s'il avait été demandé à T_____ de suivre une formation complémentaire en droit fiscal ou si l'intéressé avait lui-même demandé à en suivre une. T_____ ne s'était jamais plaint d'une différence entre le salaire qu'il percevait et celui auquel il estimait avoir droit.

Le témoin a, en outre, précisé que le salaire de la majorité des employés de la société était versé douze fois l'an, mais que deux ou trois employés, dont T_____, bénéficiaient toutefois de « treize paiements ».

e) Par jugement du 7 août 2006, notifié le lendemain, le Tribunal des prud'hommes a condamné E_____ SA à payer à T_____ la somme de Fr. 82'445.85 brut, avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} avril 2003.

En substance, les premiers juges, faisant application de l'art. 9 al. 1 de l'ordonnance limitant le nombre des étrangers exerçant une activité lucrative (ci-après : OLE), disposition d'ordre public, ont considéré que T_____ était fondé à se prévaloir du salaire indiqué par son employeur dans la demande d'autorisation de travail du 1^{er} mai 2001, montant retenu et accepté par l'autorité cantonale. Le salaire mentionné dans ce document étant de Fr. 10'000.--, l'intéressé avait droit à une somme annuelle de Fr. 120'000.-- au minimum. Toutefois, l'art. 9 OLE précité n'étant plus applicable, depuis le 1^{er} juin 2004, aux ressortissants des États de l'Union Européenne et de l'AELE, la protection de cette disposition avait cessé, s'agissant de l'intéressé, le 1^{er} juin 2004. Comme après cette date, T_____ ne s'était pas opposé au paiement de son salaire, qu'il avait reçu sans protester huit mois durant, soit du 1^{er} juin 2004 au 31 janvier 2005, il fallait considérer qu'il avait accepté cette rémunération, étant précisé que l'intéressé n'avait pas prouvé avoir protesté en 2002 contre la différence de salaire. Ainsi, T_____ avait droit, pour la période du 1^{er} juillet 2001 au 31 mai 2004 à la différence entre le salaire annuel de Fr. 120'000.-- et la rémunération perçue, cette dernière incluant le salaire de base et le treizième salaire, mais pas les autres éléments de rétribution spéciaux (allocations familiales, indemnités de repas, primes et commissions, ainsi que l'indemnité de départ) qui revêtaient tous un caractère spécial. Le montant total dû à T_____ ascendait ainsi à Fr. 82'445.85 brut.

C. a) Par acte mis à la poste le 8 septembre 2006, E_____ SA appelle de ce jugement, dont elle sollicite l'annulation en tant qu'il l'avait condamnée à payer à son ex-employé la somme de Fr. 82'445.85, avec intérêts, concluant à ce qu'il soit dit qu'elle était redevable à l'égard de T_____ de la somme de Fr. 39'365.35, avec intérêts.

L'appelante admet devoir payer à son ex-employé, pour la période du 1^{er} juillet au 11 septembre 2002, la différence de salaire avec le montant indiqué dans la demande d'autorisation de travail du 1^{er} mai 2001, soit un total de Fr. 39'365.35, et ce sur la base des montants retenus par les premiers juges. En revanche,

l'intimé n'était plus fondé à se prévaloir des conditions de rémunération fixées dans l'autorisation initiale de travail postérieurement au 11 septembre 2002, dans la mesure où, à cette date-là, l'appelante avait sollicité de l'autorité compétente une prolongation de l'autorisation de travail de son employé avec l'indication d'un salaire mensuel brut de Fr. 7'250.--, requête sur la base de laquelle, dans un premier temps, une autorisation provisoire avait été accordée, avant la délivrance d'une autorisation définitive.

Toutefois, n'arrivant plus à retrouver ces documents, l'appelante sollicitait qu'il soit ordonné à T_____ , qui avait reçu la demande d'autorisation de travail postérieure au 11 septembre 2002, de les produire.

L'appelante a versé à la procédure une lettre que son conseil avait écrite le 5 septembre 2006 à l'Office cantonal de la population pour réclamer une copie des documents susmentionnés, mais à laquelle il n'avait été apporté aucune réponse.

b) Dans ses écritures responsives du 3 novembre 2006, l'intimé a conclu au déboutement de l'appelante de toutes ses conclusions. Formant appel incident, il a sollicité que lui soit octroyé, à titre de différence de salaire, une somme totale de Fr. 134'279.15 brut. A cet égard, T_____ fait valoir que, tout d'abord, le Tribunal n'a pas tenu compte, à tort, des treizièmes salaires qu'il aurait dû recevoir, figurant dans sa lettre d'engagement du 11 mai 2001. Par ailleurs, c'était également à tort que les premiers juges avaient considéré qu'il n'avait plus droit à un salaire de Fr. 10'000.-- par mois dès le 1^{er} juin 2004, date à laquelle les travailleurs provenant des États de l'Union Européenne et de l'AELE étaient soumis aux règles sur la détermination du salaire identiques à celles applicables aux travailleurs indigènes, son silence n'étant pas assimilable à une acceptation d'une diminution de son salaire, qui avait été décidée unilatéralement par son employeur.

c) Dans son mémoire-réponse à l'appel incident, E_____ SA a conclu au déboutement de T_____ de toutes ses conclusions.

d) Par ordonnance préparatoire du 21 février 2007, la Cour de céans a imparti à T_____ un délai au 15 mars 2007 pour produire l'autorisation provisoire de travailler qui lui avait été délivrée par l'Office cantonal de la population avant la remise de son permis de travail définitif, ce à quoi l'intéressé a répondu, par lettre de son conseil du 15 mars 2007, qu'il ne possédait pas un tel document.

e) Lors de l'audience du 29 mars 2007 devant la Cour de céans, T_____ a confirmé n'avoir jamais reçu le document dont la production était requise.

Dès lors, la Cour de céans a informé les parties qu'elle solliciterait de l'Office cantonal de la population copie dudit document. D'accord entre les parties, il a alors été décidé qu'en cas de réponse négative de l'administration, la cause serait gardée à juger sans autre et, si la réponse était affirmative, le document serait transmis aux conseils des parties, avec un bref délai pour se déterminer à ce sujet, ensuite de quoi la cause serait gardée à juger.

f) Par lettre du 2 avril 2007, La Cour de céans a demandé au Directeur de l'OCP de lui transmettre copie de la demande d'autorisation de travail pour frontalier déposée par E_____ SA pour T_____ ayant succédé à la même demande formée le 1^{er} mai 2001, le cas échéant, l'autorisation délivrée consécutivement à cette nouvelle requête.

Le Directeur de l'OCP a répondu, par lettre du 26 avril 2007, que ses services n'étaient pas en mesure de fournir ces documents, malgré de nombreuses recherches.

g) La cause a alors été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjetés dans les délais et formes prévus par la loi (art. 59 et 62 de la loi sur la Juridiction des prud'hommes, ci-après LJP), les appels tant principal qu'incident sont recevables.

2.

Le droit de l'intimé à recevoir, pour la période du 1^{er} juillet 2001 au 11 septembre 2002, la différence de salaire entre la rémunération mensuelle de Fr. 10'000.-- mentionnée dans la demande d'autorisation de travail du 1^{er} mai 2001 et les salaires effectivement touchés durant cette période, n'est pas contesté.

En revanche, T_____ soutient qu'à ce salaire de Fr. 10'000.-- par mois doit être intégré le treizième salaire figurant dans la lettre d'engagement signée par les parties le 11 mai 2001.

Ce point de vue ne saurait être suivi.

En effet, selon la jurisprudence et l'application conjointe des art. 9 OLE et 342 al. 2 CO, les travailleurs étrangers ont le droit de se prévaloir, devant le juge civil, des conditions de travail et de rémunération fixées dans leur autorisation de travail, qui sont, dès lors impératives (ATF 122 III 110 ; 112 II 508, JT 1987 I 80 ; ATF 4C.448/1996 du 16.09.1997).

Dès lors que l'intimé a choisi de se prévaloir de l'autorisation de travail prévoyant un salaire mensuel de Fr. 10'000.--, sans mention d'un treizième salaire, il ne saurait, dans le même temps, invoquer la lettre d'engagement qu'il a signée postérieurement, soit le 11 mai 2001, lettre dont il conteste qu'elle ait un quelconque effet s'agissant du salaire qui est mentionné (Fr. 6'300.-). Par ailleurs, il ne résulte aucunement du dossier que le salaire mentionné dans la demande d'autorisation de travail devait être versé treize fois l'an.

Dès lors, T_____ aura droit, pour la période 1^{er} juillet 2001 au 11 septembre 2002, à la différence entre un salaire annuel de Fr. 120'000.-- et la rémunération perçue, cette dernière incluant la rémunération de base, soit le salaire mensuel et

le treizième salaire, mais pas les autres éléments de rétributions spéciaux (allocations familiales, indemnités de repas, prime et commission 2004, indemnité de départ) qui, tous, revêtent un caractère spécial.

3.

3.1. S'agissant des périodes postérieures, force est de constater que l'appelante n'a pas prouvé avoir déposé et obtenu de l'Office cantonal de la population une demande d'autorisation de travail de T_____ de Fr. 7'250.-- par mois, la réponse de l'OCP du 26 avril 2007 à la lettre que la Cour de céans lui a adressée à cet égard le 2 avril 2007 ne permettant pas de l'établir.

Il en découle que T_____ , au vu des principes susmentionnés, devait continuer à être rémunéré à hauteur de Fr. 10'000.-- par mois dès le 12 septembre 2002.

3.2.

3.2.1. Toutefois, depuis le 1er juin 2004, l'art. 9 OLE n'est plus applicable aux ressortissants des États de l'Union Européenne et de l'AELE (cf. BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3ème éd., Lausanne 2004, p. 85). A compter de cette date, l'art. 7 lit. a de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne et ses États membres sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681) est, en effet, pleinement entré en vigueur. Selon cette disposition, les parties contractantes s'engagent à régler le droit à l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne l'accès à une activité économique et son exercice ainsi que les conditions de vie, d'emploi et de travail.

Par ailleurs, indépendamment des principes exposés ci-dessus, une diminution du salaire doit, dans la mesure où elle est défavorable au travailleur, être formellement acceptée par le travailleur (ATF du 9. 11. 2005 dans la cause 4C.242/2005 ; arrêt non publié du TF du 18.02. 1997 dans la cause 4C.474/1996; TERCIER, Les contrats spéciaux, 3ème éd., 2003, p. 449 qui cite RJN 2000 p. 103) ou signifiée par le moyen d'un congé-modification (WYLER, Droit du travail, 2002, p. 126).

A cet égard, le travailleur qui ne s'oppose pas à une diminution de sa rémunération et qui accepte le salaire réduit 3 mois durant au moins est présumé avoir admis tacitement la modification de ses conditions de travail (ATF du 9. 11. 2005 dans la cause 4C.242/2005 ; arrêt non publié du Tribunal fédéral du 3. 11. 1997 ; ATF du 15. 01. 1991 dans la cause 4C.253/1990 ; CAPH du 19 novembre 1991 ; JAR 1980 p. 314; TERCIER, op. cit., p. 449 qui cite ZR 2000 p. 197), sauf s'il peut apporter la preuve de l'existence de circonstances impliquant que son silence ne pouvait être interprété par l'employeur comme un accord de sa part (ATF du 9. 11. 2005 dans la cause 4C.242/2005; ARV 2004 p. 170), par exemple en cas de crainte fondée de licenciement en cas de protestation de sa part (ATF 81 II 632; JAR 1980 p. 318).

Enfin, la partie qui entend déduire un droit d'un fait, doit alléguer et fournir la preuve de ce fait (art. 8 CC). Le travailleur devra ainsi démontrer l'existence du contrat de travail, s'il entend fonder ses prétentions sur un tel rapport, ainsi que le montant de la rémunération convenue (WYLER, op. cit., p. 59).

3.2.2. En l'espèce, la protection des art. 342 al. 2 CO et 9 OLE a cessé d'être applicable à T_____ le 1er juin 2004 avec l'entrée en vigueur de l'Accord sur la libre circulation précité.

Or, après cette date, l'intéressé ne s'est jamais opposé au paiement d'un salaire de Fr. 8'000.- par mois, qu'il a reçu sans protester 8 mois durant, soit du 1er juin 2004 au 31 janvier 2005, si bien qu'il faut considérer, au vu des principes jurisprudentiels susmentionnés, qu'il a accepté cette rémunération. A cet égard, T_____ n'a pas apporté la preuve avoir, comme il l'a allégué, protesté en 2002 contre la différence de salaire avec la rémunération indiquée dans la demande d'autorisation de travail déposée en 2001 par son ex-employeur auprès de l'OCP.

3.3. Les calculs effectués par les premiers juges ne sont pas remis en cause, de sorte que le montant total dû au demandeur doit donc être déterminé de la manière suivante :

- pour la période du 1er juillet au 31 décembre 2001 : Fr. 19'050.- [= (Fr. 10'000.- x 6 mois) – Fr. 40'950.- perçus];

- pour la période du 1er janvier au 31 juillet 2002 : Fr. 17'500.- [= (Fr. 10'000.- x 7 mois) – Fr. 52'500.- perçus] ;
- pour la période du 1er août 2002 au 31 décembre 2003 : Fr. 35'895.85 [= (Fr. 10'000.- x 17 mois) – Fr. 134'104.15 perçus];
- pour la période du 1er janvier au 31 mai 2004 : Fr. 10'000.- [= (Fr. 10'000.- x 5 mois) – Fr. 40'000.- perçus],

soit au total une somme de Fr. 82'445.85 brut.

Le jugement querellé sera, dès lors, confirmé sur ce point également.

4. A teneur de l'article 78 alinéa 1 LJP, l'émolument de mise au rôle est mis à la charge de la partie qui succombe.

Aucune des deux parties n'obtenant gain de cause, l'émolument dont l'une et l'autre se sont acquittées, sera laissé à leur charge.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 4

A la forme :

Déclare recevables les appels tant principal qu'incident interjetés respectivement par E_____ SA et T_____ contre le jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 7 août 2006, notifié le lendemain, dans la cause C/6384/2006-4.

Au fond :

1. Statuant sur appel principal :

Déboute E_____ SA de toutes ses conclusions.

Laisse à sa charge l'émolument d'appel dont elle s'est acquittée.

2. Statuant sur appel incident :

Déboute T_____ de toutes ses conclusions.

Laisse à sa charge l'émolument d'appel dont il s'est acquitté.

3. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président