Urteilskopf

122 III 110

23. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour civile du 8 mai 1996 dans la cause C. contre B. (recours en réforme)
Regeste (de):
Lohn eines ausländischen Arbeitnehmers - zivilrechtliche Wirkung einer öffentlich-rechtlichen Bestimmung (Art. 342 Abs. 2 OR; Art. 9 BVO).

Art. 9 Abs. 1 BVO verpflichtet den Arbeitgeber unmittelbar - ob er eine Arbeitsbewilligung verlangt hat oder nicht -, dem ausländischen Arbeitnehmer die ortsübliche Vergütung für den entsprechenden Beruf auszurichten. Bei Schwarzarbeit oder wenn die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit nicht der bewilligten entspricht, hat der Zivilrichter den üblichen Lohn vorfrageweise zu bestimmen, falls der Arbeitnehmer gestützt auf Art. 342 Abs. 2 OR einen Anspruch geltend macht, den er aus der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung gemäss Art. 9 BVO ableitet.

Regeste (fr):
Salaire d'un travailleur étranger - effets de droit civil d'une disposition de droit public (art. 342 al. 2 CO, art. 9 OLE).

L'art. 9 al. 1 OLE oblige directement l'employeur - qu'il ait requis ou non un permis de travail - à verser au travailleur étranger la rémunération usuelle dans la localité pour la profession considérée. En cas de travail au noir ou si l'activité exercée en réalité n'est pas celle qui a été autorisée, le juge civil doit déterminer le salaire usuel de manière préjudicielle lorsque, fondé sur l'art. 342 al. 2 CO, le travailleur fait valoir une prétention déduite de l'obligation de droit public consacrée à l'art. 9 OLE.

Regesto (it):
Salario di un lavoratore estero - effetti di diritto civile di una norma di diritto pubblico (art. 342 cpv. 2 CO, art. 9 OLS).

L'art. 9 cpv. 1 OLS impone al datore di lavoro, che abbia richiesto o meno un permesso di lavoro, di versare al lavoratore estero la rimunerazione usuale nella località per la corrispondente professione. In casi di lavoro nero o se l'attività svolta non corrisponde a quella autorizzata, il giudice civile deve stabilire il salario usuale pregiudizialmente se il lavoratore fondandosi sull'art. 342 cpv. 2 CO fa valere una pretesa dedotta da un obbligo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 9 OLS.

Sachverhalt ab Seite 111

BGE 122 III 110 S. 111

A.- B. exploite une entreprise de maraîchers en raison individuelle. En juillet 1987, il a engagé C., saisonnier, en qualité d'ouvrier maraîcher pour un salaire mensuel de 2'247 fr. 60. Les autorisations de séjour pour prise d'emploi délivrées à C. ont toujours mentionné qu'il travaillait chez B. comme ouvrier maraîcher. Cependant, le 1er mars 1988, l'épouse de l'employeur a fait signer à C. une déclaration selon laquelle il acceptait, pour le même salaire de base, de travailler en qualité d'aide-jardinier lorsque l'occupation comme ouvrier maraîcher était insuffisante. B. n'a pas réengagé C. pour 1992.

B.- Par demande du 5 août 1994, C. a assigné B. en paiement de 22'588 fr. 47. Il alléguait avoir consacré une partie de son activité au service de B. - de 50% à 70% selon les années - à des travaux d'aide-jardinier, mieux rémunérés que l'activité d'ouvrier maraîcher selon les usages professionnels des parcs et jardins valables dans le canton de Genève; le montant réclamé correspondait à la différence, pro rata temporis, entre un salaire d'aide-jardinier et le salaire versé de 1989 à 1991. Par jugement du 26 octobre 1994, le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève a débouté C. de toutes ses conclusions. Il a jugé que les prétentions antérieures au 5 août 1989 étaient prescrites et, au surplus, qu'il était lié par le salaire figurant dans l'autorisation de séjour. Statuant le 7 novembre 1995 sur appel de C., la Chambre d'appel de la juridiction des prud'hommes a confirmé le jugement de première instance.

C.- Le Tribunal fédéral a partiellement admis le recours en réforme interjeté par C. Il a renvoyé la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Erwägungen

Extrait des considérants:

4. En second lieu, le demandeur reproche à la cour cantonale une appréciation juridique erronée des faits au sens de l'art. 43 al. 4 OJ et une violation du droit fédéral, singulièrement de l'art. 9 de l'ordonnance limitant le nombre des étrangers (OLE; RS 823.21). A son avis, la Chambre d'appel aurait dû établir les activités réelles qu'il exerçait au service du défendeur; elle aurait ainsi constaté qu'il avait consacré, en 1989 et en 1990/1991, 70%, respectivement 50% de son temps de travail à une

activité d'aide-jardinier, qui devait être rémunérée au tarif prévu par les usages professionnels des entreprises des parcs et jardins en vigueur dans le canton de Genève. a) La cour cantonale ne nie pas que le demandeur ait travaillé partiellement comme aide-jardinier pour le défendeur. Les parties ont du reste passé une convention à ce sujet le 1er mars 1988. La Chambre d'appel se borne à retenir en fait que la preuve d'une activité prépondérante en cette qualité n'a pas été rapportée. Cette constatation, qui lie le Tribunal fédéral (art. 55 al. 1 let. c, art. 63 al. 2 OJ), n'exclut pas que le demandeur ait exercé une activité horticole à temps partiel, mais au plus à 50%. La question qui se pose est dès lors la suivante: à supposer qu'il ait exécuté des travaux d'aide-jardinier, le demandeur dispose-t-il contre le défendeur d'une créance en paiement de la différence entre le salaire usuel d'un aide-jardinier et le salaire convenu, approuvé par l'autorité administrative? Seule une réponse positive commanderait de renvoyer l'affaire à la cour cantonale afin qu'elle examine si et, le cas échéant, à quel taux d'occupation le travailleur exerçait des activités de jardinage. b) 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 ira toutefois pas ainsi si les parties sont soumises, de quelque manière que ce soit, à une convention collective de travail et que celle-ci prévoit, pour l'emploi occupé par le travailleur, un salaire supérieur au montant figurant dans le contrat; dans ce cas-là, le salaire conventionnel prévaudra sur le salaire convenu (cf. art. 322 al. 1, art. 357 CO). En l'espèce, le demandeur ne conteste pas avoir reçu le salaire fixé contractuellement. En particulier, il n'a pas attaqué, par un recours de droit public, la constatation selon laquelle il ne se trouvait pas sous l'empire d'un vice du consentement lors de la signature de l'acte du 1er mars 1988. Le travailleur ne fait pas valoir non plus que l'employeur et lui-même seraient liés par les règles normatives d'une convention collective de travail

stipulant un salaire supérieur à celui qui a été versé. En revanche, il entend être mis au bénéfice, par le biais de l'art. 9 OLE, des usages professionnels des parcs et jardins en vigueur dans le canton de Genève. c) L'une des exigences posées par l'art. 9 al. 1 OLE à l'octroi d'une autorisation pour l'exercice d'une activité lucrative est que "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". Pour ce

BGE 122 III 110 S. 113

faire, l'autorité administrative se fondera sur les prescriptions légales, sur les salaires et les conditions accordées pour un travail semblable dans la même entreprise et dans la même branche, sur les conventions collectives et les contrats-types de travail, ainsi que sur les relevés statistiques annuels sur les salaires et traitements effectués par l'OFIAMT (art. 9 al. 2 OLE). Le travailleur étranger peut-il se fonder directement sur l'art. 9 OLE pour obtenir, devant le juge civil, une rémunération conforme aux exigences énumérées ci-dessus? Pour répondre à cette question, il convient de se référer à l'art. 342 al. 2 CO. Cette disposition autorise une partie au contrat de travail à agir civilement afin d'obtenir l'exécution d'une obligation de droit public imposée à son cocontractant par des règles fédérales ou cantonales sur le travail et susceptible d'être l'objet d'un contrat individuel de travail. Ainsi, par exemple, l'art. 4 al. 1 de la loi fédérale sur le travail à domicile (LTrD; RS 822.31) oblige l'employeur à verser au travailleur à domicile un salaire identique à la rétribution d'un emploi équivalent dans l'entreprise; fondé sur l'art. 342 al. 2 CO, le travailleur à domicile pourra ouvrir action contre l'employeur en paiement d'une éventuelle différence de salaire (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, Commentaire du contrat de travail, 2e éd., n. 2 ad art. 342 CO, p. 278). De même, le travailleur dispose envers son employeur d'une prétention en indemnisation du travail supplémentaire conformément à l'art. 13 de la loi fédérale sur le travail (LTr; RS 822.11; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, n. 14 ad art. 342 CO, p. 809, qui donnent une liste d'exemples; HUG, Die staatlichen Einwirkungen auf die Festsetzung des Lohnes im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, thèse Bâle 1986, p. 71; VISCHER, Le contrat de travail, in Traité de droit privé suisse, volume VII, tome I,2, p. 28). En ce qui concerne l'art. 9 al. 1 et 2 OLE (précédemment art. 21 al. 3 de l'ordonnance du 26 octobre 1983 limitant le nombre des étrangers qui exercent une activité lucrative et art. 9 al. 1 de l'ordonnance de la même date du Département fédéral de l'économie publique), le Tribunal fédéral semble, dans un arrêt succinct et controversé rendu sur recours de droit public, avoir nié tout effet de droit civil aux prescriptions de la police des étrangers qui fixent le salaire minimum de l'étranger autorisé à prendre un emploi en Suisse (ATF 112 II 507; cf. commentaire de GABRIEL AUBERT in SJ 1987 p. 570). Plus récemment, toujours sur recours de droit public, le Tribunal fédéral a mis en doute la conclusion tirée de l' ATF 112 II 507, tout en observant que cet arrêt ne mentionnait même pas l'art. 342 al. 2 CO; il a ainsi admis qu'en

BGE 122 III 110 S. 114

cas d'absence d'accord des parties au sujet du salaire, le juge pouvait, sans tomber dans l'arbitraire, se référer aux prescriptions de la police des étrangers touchant le salaire minimum et, par ce biais-là, aux dispositions topiques de la convention collective de la branche considérée (arrêt non publié du 4 novembre 1991 dans la cause 4P.106/1991, consid. 3c/aa et 3c/bb). Le problème à résoudre dans le cas présent est différent. Contrairement à l'état de fait de l'arrêt non publié précité, il existe un accord sur le salaire. En effet, les parties ont convenu, tant pour l'activité maraîchère que pour les travaux horticoles, une rémunération unique, correspondant au salaire usuel d'un ouvrier maraîcher. Or, l'autorité administrative a délivré une autorisation pour un travail d'ouvrier maraîcher uniquement. Il s'agit donc de déterminer si, devant le juge civil, le travailleur peut se prévaloir, pour l'activité d'aide-jardinier, du salaire qu'il estime conforme aux principes inscrits à l'art. 9

OLE. d) En vue d'assurer la paix sociale, l'art. 9 al. 1 OLE tend, tout d'abord, à préserver les travailleurs suisses d'une sous-enchère salariale induite par la main-d'oeuvre étrangère et, deuxièmement, à protéger les travailleurs étrangers eux-mêmes (ATF 109 Ib 238 consid. 4a p. 244, ATF 106 Ib 125 consid. 4b p. 135; REHBINDER, Berner Kommentar, n. 14 ad art. 342 CO; HUG, op.cit., p. 52; VISCHER, Zulässigkeit und Grenzen staatlicher Eingriffe in die Lohnvereinbarung, in Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, p. 288). L'art. 9 OLE s'adresse en premier lieu à l'autorité administrative: celle-ci n'accordera l'autorisation avec prise d'emploi que si le travailleur est assuré de bénéficier des conditions de rémunération et de travail usuelles dans la localité et la profession en question (REHBINDER, op.cit., n. 13 ad art. 342 CO, p. 295; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5e éd., n. 6 ad art. 342 CO; FRITZ RAPP, Fremdenpolizeiliche Arbeitsbewilligung und Arbeitsvertrag, in Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, p. 282). Pour ce faire, l'office de l'emploi peut exiger de l'employeur un contrat de travail ou une proposition de contrat, ce qui est obligatoire lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, d'une autorisation saisonnière (art. 9 al. 3 OLE); dans tous les cas, le formulaire de demande d'autorisation comprendra les indications nécessaires sur les conditions d'engagement qui sont garanties par l'employeur (REHBINDER, op.cit., n. 14 ad art. 342 CO, p. 295).
La doctrine dominante et maints tribunaux cantonaux admettent avec raison que, une fois l'autorisation délivrée, l'employeur est tenu, en vertu d'une

obligation de droit public, de respecter les conditions qui l'assortissent, en particulier le salaire approuvé par l'autorité administrative; le travailleur dispose alors d'une prétention qu'il peut faire valoir devant les juridictions civiles, conformément à l'art. 342 al. 2 CO (jugements cantonaux in JAR 1991 p. 310, 1989 p. 135 et p. 137, 1987 p. 293, 1986 p. 181, 1985 p. 130; in SJ 1990 p. 659, 1987 p. 570 et 1986 p. 307 avec notes de AUBERT; in BJM 1985 p. 302; REHBINDER, op.cit., n. 14 ad art. 342 CO; STREIFF/VON KAENEL, op.cit., n. 6 ad art. 342 CO; RAPP, op.cit., p. 283; contra: jugement zurichois in JAR 1995 p. 94, selon lequel le salaire fixé dans l'autorisation est dépourvu d'effets de droit civil). En revanche, il y a controverse sur le point de savoir si le travailleur peut déduire directement de l'art. 9 OLE une prétention à un salaire conforme à cette disposition. Avec la plupart des auteurs, il faut admettre, en tout cas, que le juge civil est lié par les conditions de rémunération fixées concrètement dans l'autorisation administrative délivrée pour un emploi donné; en particulier, le travailleur qui prétend que l'autorisation a été accordée à des conditions inférieures aux conditions usuelles applicables à l'emploi en question, ne peut pas agir en paiement de la différence de salaire par la voie civile instituée par l'art. 342 al. 2 CO (STAEHELIN/VISCHER, op.cit., n. 16 ad art. 342 CO, p. 811; REHBINDER, op.cit., n. 13 ad art. 342 CO, p. 295; STREIFF/VON KAENEL, op.cit., n. 6 ad art. 342 CO; note de AUBERT in SJ 1990 p. 662; RAPP, op.cit., p. 282). En effet, il n'appartient pas au juge civil de se substituer à l'autorité administrative en recherchant et, le cas échéant, en fixant, pour un emploi déterminé, le salaire conforme à l'art. 9 OLE, indépendamment de la rémunération approuvée dans la décision administrative pour ledit travail. e) En l'espèce, les juridictions des prud'hommes n'étaient toutefois liées par l'autorisation administrative que dans la mesure où celle-ci concernait le travail d'ouvrier maraîcher pour lequel elle avait été délivrée. Or, l'état de fait cantonal n'exclut pas que le demandeur ait été en partie occupé, sans autorisation, à des activités de jardinage, apparemment mieux rémunérées usuellement que le travail d'ouvrier maraîcher. Il y a lieu de relever à cet égard que l'exercice d'une activité à temps partiel par un travailleur étranger est également soumis à autorisation (cf. art. 6 OLE). La situation ici en cause se rapproche donc du travail au noir, par lequel l'employeur utilise les services d'un travailleur étranger qui n'est au bénéfice d'aucune autorisation de travail.

Selon la jurisprudence, le défaut de l'autorisation imposée par le droit public n'entraîne pas à lui seul la nullité

du contrat de travail. Une telle issue n'est justifiée qu'en cas d'intérêt public prépondérant; or, cette condition n'est pas réalisée lorsque, comme en l'occurrence, l'emploi en cause n'exige une autorisation officielle qu'en raison de la nationalité étrangère du travailleur (ATF 114 II 279 consid. 2d/aa p. 283). A priori, la convention du 1er mars 1988 liant les parties apparaît donc comme valable malgré l'absence d'autorisation pour le travail d'aide-jardinier effectué par le demandeur. Par ailleurs, à ce stade de la procédure, ce dernier n'invoque plus un vice du consentement. Il ne se plaint pas non plus d'une lésion au sens de l'art. 21 CO. Il reste par conséquent à examiner si l'accord des parties ne devrait pas être tenu pour invalide dans l'hypothèse où la rémunération prévue n'atteindrait pas le niveau du salaire usuel d'un aide-jardinier à Genève. En d'autres termes, cela revient à se demander si, pour l'activité déployée sans autorisation, le travailleur peut invoquer directement l'art. 9 OLE afin d'obtenir, par le biais de l'art. 342 al. 2 CO, un salaire plus élevé que celui qui a été convenu. Selon les commentateurs, l'art. 9 OLE n'emporte aucun effet direct de droit civil et n'impose pas à l'employeur l'obligation d'assurer au travailleur étranger sans permis le salaire usuel dans la branche et la localité considérées (STAEHELIN/VISCHER, op.cit., n. 16 ad art. 342 CO, p. 811; REHBINDER, op.cit., n. 13 ad art. 342 CO, p. 295). Au contraire, AUBERT reconnaît l'effet impératif de droit civil de l'art. 9 OLE en cas de travail au noir; à son avis, il appartient au juge civil, en l'absence d'autorisation de travail, de fixer lui-même, à titre préjudiciel, les conditions d'engagement conformes à l'art. 9 OLE (SJ 1990 p. 662; dans le même sens, BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, op.cit., n. 2 ad art. 342 CO, p. 279). Les motifs invoqués à l'appui de cette opinion sont pleinement convaincants (cf. STREIFF/VON KAENEL, qui, tout en écartant l'opinion d'AUBERT, reconnaissent la pertinence de sa motivation, op.cit., n. 6 ad art. 342 CO, p. 465). En effet, comme déjà relevé, la réglementation des conditions de travail des étrangers tend au premier chef à garantir l'égalité de traitement avec la main-d'oeuvre suisse. De plus, indépendamment des considérations économiques ou relatives au marché de l'emploi, l'art. 9 OLE vise également à protéger les travailleurs étrangers. Or, ces deux objectifs seraient clairement détournés s'il suffisait aux employeurs peu scrupuleux et aux travailleurs en position de faiblesse de s'abstenir de requérir un permis de travail pour échapper aux conditions de travail et de

rémunération exigées par l'art. 9 OLE. L'application directe de cette disposition par le juge civil en cas de travail clandestin est le seul moyen d'éviter que le travail sans permis, effectué en violation du droit fédéral, bénéficie, de manière totalement injustifiée, d'un traitement plus favorable que le travail dûment déclaré. Logiquement, les mêmes considérations s'imposent lorsque, comme en l'espèce, l'employeur a certes sollicité et obtenu une autorisation pour le travailleur, mais que le travail exécuté en réalité ne correspond pas, en partie, à l'activité décrite dans la demande de permis. En conclusion, l'art. 9 OLE oblige directement l'employeur - qu'il ait requis ou non une autorisation - à offrir au travailleur étranger la rémunération usuelle dans la localité pour la profession considérée. Si l'employeur a demandé un permis de travail, il appartient à l'autorité administrative compétente de fixer définitivement le salaire conforme à l'art. 9 OLE. Si aucune autorisation n'a été sollicitée ou que les tâches exercées effectivement ne correspondent pas ou pas totalement à l'activité qui a été autorisée, le juge civil doit alors déterminer le salaire usuel de manière préjudicielle lorsque, fondé sur l'art. 342 al. 2 CO, le travailleur fait valoir une prétention de droit privé déduite de l'obligation de droit public consacrée à l'art. 9 OLE. f) Sur le vu de ce qui précède, la Chambre d'appel a violé le droit fédéral en se considérant comme liée, en tout état de cause, par la décision administrative entérinant le salaire d'ouvrier maraîcher convenu entre les parties. Cela étant, le Tribunal fédéral ne dispose pas des éléments de fait qui lui permettraient de se prononcer sur la prétention du demandeur. Dans ces conditions, il convient d'admettre les conclusions subsidiaires du recours, en annulant l'arrêt attaqué et en renvoyant la cause à la Chambre d'appel. Il appartiendra à cette autorité de déterminer tout d'abord quel pourcentage de son activité globale le demandeur a consacré à des travaux d'aide-jardinier depuis le 5 août 1989, puis de fixer le salaire usuel à Genève pour cette activité et enfin, le cas échéant, de condamner le défendeur, sur la base de l'art. 342 al. 2 CO en liaison avec l'art. 9 OLE, à payer au demandeur la différence entre le salaire conforme et le salaire réellement versé.