



POUVOIR JUDICIAIRE

C/19061/2017-3

CAPH/125/2020

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre des prud'hommes**

**DU 17 JUIN 2020**

Entre

**Monsieur A**\_\_\_\_\_, domicilié \_\_\_\_\_, appelant d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 15 octobre 2019 (JTPH/393/2019), comparant par M<sup>e</sup> Marco CRISANTE, avocat, rue du Conseil-Général 18, 1205 Genève, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

et

**Monsieur B**\_\_\_\_\_, domicilié c/o C\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, intimé, comparant par M<sup>e</sup> Adrian DAN, avocat, Kellerhals Carrard Genève SNC, rue François-Bellot 6, 1206 Genève, en l'Étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 17 juin 2020.

---

### **EN FAIT**

- A.** Par jugement JTPH/393/2019, rendu le 15 octobre 2019, notifié le lendemain aux parties, le Tribunal des Prud'hommes a déclaré recevable la demande formée le 4 janvier 2018 par B\_\_\_\_\_ contre A\_\_\_\_\_ (ch. 1), condamné A\_\_\_\_\_ à verser à B\_\_\_\_\_ la somme brute de 84'541 fr. 25 avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 24 mai 2017 (ch. 2), invité la partie qui en avait la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles (ch. 3), arrêté les frais de la procédure à 1'610 fr. (ch. 4), mis lesdits frais à la charge de A\_\_\_\_\_ (ch. 5), condamné celui-ci à verser 1'610 fr. à l'Etat de Genève (ch. 6), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 7) et débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 8).
- B.**
- a.** Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 15 novembre 2019, A\_\_\_\_\_ a formé appel de ce jugement. Il a conclu à son annulation et, cela fait, à ce que la Cour déboute B\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions, sous suite de frais et dépens.
  - b.** B\_\_\_\_\_ a conclu au rejet de l'appel de A\_\_\_\_\_, sous suite de frais et dépens.
  - c.** A\_\_\_\_\_ ayant renoncé à répliquer, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger par avis du 11 mars 2020.
- C.** Les faits pertinents suivants résultent du dossier :
- a.** A\_\_\_\_\_ exploite à Genève, en raison individuelle, les épiceries D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_.
  - b.** B\_\_\_\_\_, de nationalité étrangère, démunie de papiers d'identité et d'autorisation de séjour, a travaillé pour A\_\_\_\_\_ dans les établissements susmentionnés.
  - c.** L'objet du litige porte sur la durée des relations de travail, les horaires, les vacances et la rémunération.
  - d.** Selon les faits exposés par B\_\_\_\_\_ dans ses écritures et les déclarations qu'il a faites à la présente procédure, il avait commencé à travailler pour A\_\_\_\_\_ le 1<sup>er</sup> novembre 2015. Il avait débuté en qualité de livreur et de magasinier au sein de l'établissement E\_\_\_\_\_ du 1<sup>er</sup> novembre 2015 au 31 octobre 2016, puis en qualité de vendeur chez D\_\_\_\_\_ du 1<sup>er</sup> novembre 2016 jusqu'au 23 mai 2017. Il a produit une photographie le montrant dans l'un des commerces de A\_\_\_\_\_ le 8 avril 2016.

S'agissant de l'horaire de travail pratiqué, il travaillait, selon ses dires, six jours par semaine, dix heures par jour de 10h00 à 20h00. Il devait interrompre sa pause repas pour travailler si A\_\_\_\_\_ le lui demandait. Il a ainsi produit plusieurs reproductions de messages électroniques que A\_\_\_\_\_ lui avait adressé dans

---

lesquelles celui-ci lui donnait des instructions de 10h53 jusqu'à 19h45 le 11 avril 2017, 10h39 à 18h29 le 2 mai 2017 et de 10h17 à 17h36 le 18 mai 2017.

S'agissant du salaire, il n'est pas contesté que B\_\_\_\_\_ a perçu un salaire mensuel brut de 1'500 fr. jusqu'à fin octobre 2016, puis 2'000 fr. par la suite. Il a admis recevoir en outre 10 fr. par jour pour le repas de midi une ou deux fois par semaine, le reste du temps A\_\_\_\_\_ lui donnait des aliments périmés qu'il se cuisinait sur place.

B\_\_\_\_\_ a déclaré avoir pris deux fois deux jours de congé, à savoir du 5 au 7 février 2017 et du 14 au 16 mai 2017.

e. A\_\_\_\_\_ a, quant à lui, déclaré avoir engagé B\_\_\_\_\_ dès le 1<sup>er</sup> octobre 2016 comme livreur pour le magasin E\_\_\_\_\_, puis, dès le 1<sup>er</sup> février 2017, comme vendeur au magasin D\_\_\_\_\_.

A\_\_\_\_\_ a allégué, dans sa réponse à la demande de B\_\_\_\_\_, qu'il avait engagé celui-ci pour travailler trois heures par jour, puis quatre heures par jour dès février 2017, cinq jours par semaine. Dans ses calculs de salaire, il n'avait pas décompté de temps de travail pour la pause repas de midi. En audience, il a déclaré que B\_\_\_\_\_ travaillait de 10h00 à 12h00 et qu'il restait plus longtemps s'il y avait du travail, lorsqu'il était employé au E\_\_\_\_\_, puis, dès février 2017, au D\_\_\_\_\_, de 10h00 à 14h00, six jours par semaine. Il a confirmé que les horaires d'ouverture de D\_\_\_\_\_ étaient de 10h00 jusque vers 20h00. S'agissant des pauses repas, il a affirmé ne pas déranger B\_\_\_\_\_ quand il prenait ses pauses au E\_\_\_\_\_ et ignorer comment il s'organisait lorsque le prénommé travaillait au D\_\_\_\_\_. La pause déjeuner était prise pendant les heures de travail. Au D\_\_\_\_\_, il était le seul vendeur présent le matin.

S'agissant du salaire, A\_\_\_\_\_ a déclaré qu'il remettait 10 fr. par jour ou de la nourriture à B\_\_\_\_\_ pour manger à midi et qu'il mettait gratuitement un logement à sa disposition pour une valeur de 550 fr. Il a produit un contrat de sous-location qui n'est pas au nom de B\_\_\_\_\_, mais d'un tiers inconnu, pour une chambre dont le loyer est de 550 fr. charges comprises.

Enfin, s'appuyant sur une photocopie d'une page de réseau social sur laquelle l'on voit B\_\_\_\_\_ devant la Tour Eiffel dans une publication du 17 mai 2017, A\_\_\_\_\_ soutient que les vacances de B\_\_\_\_\_ auraient duré deux fois cinq jours, plus trois jours de congé pris à l'occasion d'une visite du frère de B\_\_\_\_\_. Aucun décompte des vacances n'avait été tenu par A\_\_\_\_\_.

f. B\_\_\_\_\_ a cessé de travailler suite à un contrôle de police survenu le 23 mai 2017, à l'occasion duquel il a été interpellé, car il était démuné d'autorisation de séjour et de papiers d'identité. Dans ce cadre, A\_\_\_\_\_ a été mis en prévention d'usure, notamment, pour avoir employé B\_\_\_\_\_ à des conditions prohibées.

---

Entendu par la police le 23 mai 2017, A\_\_\_\_\_, assisté d'un avocat, a déclaré avoir engagé B\_\_\_\_\_ pour travailler au E\_\_\_\_\_ comme livreur sans se souvenir de la date exacte. Puis, huit ou neuf mois auparavant [donc en septembre ou octobre 2016], B\_\_\_\_\_ avait commencé à travailler comme vendeur au D\_\_\_\_\_. A\_\_\_\_\_ a en outre affirmé que B\_\_\_\_\_ travaillait entre huit heures et huit heures et demie par jour, cinq jours par semaine, au E\_\_\_\_\_ et de l'ouverture jusqu'à la fermeture au D\_\_\_\_\_, sans pause.

B\_\_\_\_\_ a exposé les faits aux autorités pénales de manière identique à ce qui a été décrit ci-dessus. Il a en outre déclaré aux autorités pénales qu'il connaissait A\_\_\_\_\_ avant d'avoir travaillé pour lui en fréquentant ses commerces.

Par arrêt de la Chambre pénale d'appel et de révision du 12 décembre 2018, A\_\_\_\_\_ a été reconnu coupable d'infraction à la Loi fédérale sur les étrangers, à la Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants et d'usure (art. 157 ch. 1 CP), au préjudice de B\_\_\_\_\_.

La Cour a notamment retenu ce qui suit (consid. 3.2) : "*Il est établi, à teneur du dossier, que l'appelant [A\_\_\_\_\_], un commerçant indépendant résidant en Suisse depuis 20 ans, a engagé l'intimé [B\_\_\_\_\_], ressortissant Pakistanais arrivé récemment, dépourvu de papiers d'identité et de permis en Suisse, pour travailler dans ses deux épiceries [à] F\_\_\_\_\_ [GE]..*

*L'appelant, qui a immédiatement proposé un logement à son employé, connaissait la situation précaire de ce dernier et savait que sa demande d'asile avait été rejetée. Au demeurant, ayant lui-même émigré du Pakistan en Suisse, il ne pouvait qu'être conscient des difficultés rencontrées par son compatriote, qui ne parlait pas français et n'avait pas de domicile fixe.*

*Si les déclarations des parties concordent sur le montant de la rémunération globale accordée à l'intimé, soit pendant les premiers mois, à tout le moins CHF 50.- par jour, aux dires de l'intimé [...], mais au maximum CHF 1'500.- mensuels, selon les déclarations de l'appelant, puis CHF 2'000.- par mois [...], elles divergent sur la question du taux d'activité pratiqué par l'intimé.*

*Les déclarations de l'intimé, qui a allégué de manière constante, avoir travaillé, dès novembre 2015, dix heures par jour, six jours par semaine, sont en contradiction avec celles – très fluctuantes – de l'appelant qui a déclaré tour à tour que son employé avait travaillé huit heures par jour, cinq jours par semaine, puis six jours par semaine, de l'ouverture à la fermeture du magasin, soit au moins dix heures d'affilée, avant d'affirmer, devant les premiers juges, que l'intéressé avait en réalité toujours travaillé à temps partiel, le matin, à raison de quatre heures par jour, quatre, puis cinq jours par semaine.*

Les témoins G\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_, qui se rendaient plusieurs fois par semaine dans l'épicerie de la rue I\_\_\_\_\_, ont déclaré y avoir vu l'intimé les après-midis, le premier affirmant que l'intéressé y était huit heures par jour et le second qu'il y travaillait "longtemps" et "beaucoup". A cet égard, il importe peu que, comme l'a indiqué le témoin G\_\_\_\_\_, l'intimé jouât sur son portable ou qu'il n'eût que quelques livraisons à effectuer, dès lors qu'il apparaît que son activité consistait également à ranger le magasin et s'occuper de la caisse.

A cela s'ajoutent les témoignages de I\_\_\_\_\_ et J\_\_\_\_\_, qui ont rapporté avoir travaillé selon des horaires identiques à ceux décrits par l'intimé, ce qui accroît la crédibilité de ses déclarations. Bien que ceux-ci n'aient pas été confrontés à l'appelant, leurs témoignages peuvent ici être retenus, en tant qu'élément de preuve supplémentaire, dès lors qu'ils ne fondent pas, à eux seuls, la culpabilité de l'appelant.

L'appelant n'est pas crédible lorsqu'il prétend que l'intimé, qui ne travaillait que le matin, restait néanmoins toute la journée dans l'épicerie de sa propre initiative et percevait CHF 31.25 par heure, dès lors qu'une telle rémunération est deux fois supérieure à celle du témoin K\_\_\_\_\_, alors que rien ne vient justifier une telle différence.

Partant, en prenant en considération les montant admis par l'appelant, soit CHF 1'740.- (CHF 1'500.- + CHF 240.- pour les repas sur une base de CHF 10.- par jour, six jours par semaine, quatre semaines par mois), durant les premiers mois, puis CHF 2'240.- (CHF 2'000.- + CHF 240.- pour les repas), il en découle pour l'intimé un salaire horaire oscillant entre CHF 7.25 et CHF 9.35, ce qui constitue une rémunération excessivement faible par rapport à la prestation concrètement fournie en échange par l'intimé.

[...] Il appert ainsi que c'est parce qu'il savait que l'intimé était en situation irrégulière et qu'il ne protesterait pas contre une rémunération aussi faible, que l'appelant lui a proposé un salaire en totale disproportion avec la prestation effectuée, dans le but d'obtenir un avantage pécuniaire. Il en découle que l'appelant a agi intentionnellement.

A cet égard, il importe peu que l'intimé travaillât dans un tabac au moment où il avait accepté l'offre d'emploi de l'appelant - ce qui n'est, au demeurant, étayé par aucune pièce au dossier - dès lors qu'une telle activité ne paraît pas propre à placer l'intimé, sans papiers, ni permis, ni domicile, dans une situation suffisamment confortable pour exiger une rémunération correcte.

Par voie de conséquence, le jugement entrepris sera confirmé en ce qu'il reconnaît l'appelant coupable d'usure."

---

**g.** Après l'intervention de la police, soit au mois de juin 2017, B\_\_\_\_\_ est retourné dans les locaux de A\_\_\_\_\_ uniquement pour reprendre quelques affaires.

Il n'est pas contesté que A\_\_\_\_\_ n'a entrepris aucune démarche pour régulariser la situation de B\_\_\_\_\_. Les allégués et déclarations des deux parties sont peu clairs sur la suite qu'elles entendaient donner au contrat : les deux intéressés ayant tantôt exposé être d'accord de mettre fin au contrat, tantôt affirmé qu'il n'y avait pas eu de licenciement. A\_\_\_\_\_ a en outre soutenu que B\_\_\_\_\_ avait abandonné son poste.

**h.** Par demande non conciliée le 26 septembre 2017 et introduite le 4 janvier 2018, B\_\_\_\_\_ a assigné A\_\_\_\_\_ en paiement de la somme totale de 84'541 fr. 25 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> octobre 2016, avec suite de frais, soit 7'575 fr. 75 brut, à titre de différence de salaire pour 2015, 49'778 fr. brut, à titre de différence de salaire pour 2016, 10'874 fr. brut, à titre de différence de salaire pour 2017, 7'870 fr. brut, à titre de salaire durant le délai de congé et 8'443 fr. 50 brut, à titre d'indemnité pour trente-neuf jours de vacances non pris en nature.

**i.** Dans sa réponse, A\_\_\_\_\_ a conclu au déboutement de B\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions, sous suite de frais.

**j.** Le Tribunal a procédé à l'audition de plusieurs témoins, dont les déclarations pertinentes sont résumées ci-après :

**j.a.** Le témoin K\_\_\_\_\_, qui a travaillé au magasin D\_\_\_\_\_ d'octobre 2016 à juin 2017 de 14h00 à 19h00 du lundi au vendredi, en qualité de caissière, a déclaré que B\_\_\_\_\_, qui était son ami depuis qu'ils avaient travaillé ensemble, lui avait dit qu'il travaillait pour A\_\_\_\_\_ déjà depuis un an lorsqu'elle était arrivée. Lorsqu'elle prenait son service à 14h00, B\_\_\_\_\_ était déjà là et restait après son départ et jusqu'à 20h00, étant précisé qu'elle restait parfois au magasin après la fin de son travail pour attendre que son mari vienne la chercher. Elle bénéficiait d'une pause repas d'une heure, comme tous les autres employés. B\_\_\_\_\_ travaillait le samedi et/ou le dimanche. Elle le savait car lorsqu'elle faisait du shopping, elle le voyait justement travailler ces jours. Ils échangeaient également des messages le samedi et/ou le dimanche, dans lesquels B\_\_\_\_\_ lui disait qu'il travaillait. Elle a confirmé que B\_\_\_\_\_ n'avait pris que deux fois deux jours de vacances pour se rendre à Paris.

**j.b.** Le témoin L\_\_\_\_\_, retraité et ami de B\_\_\_\_\_, a confirmé qu'il connaissait le précité depuis fin novembre 2015. B\_\_\_\_\_ avait commencé à travailler au E\_\_\_\_\_ en septembre 2015. Il n'avait cependant jamais vu B\_\_\_\_\_ sur son lieu de travail, mais seulement dans la rue en train de transporter des marchandises entre juin et octobre 2016. Il avait vu travailler B\_\_\_\_\_ dès 9h30 environ et savait qu'il continuait jusqu'à 20h00 ou 21h00, puisque quand il lui donnait

---

rendez-vous pour manger le soir, il travaillait jusqu'à ce moment. B\_\_\_\_\_ travaillait six jours par semaine.

**j.c.** Le témoin M\_\_\_\_\_, restaurateur, a déclaré qu'il connaissait A\_\_\_\_\_ depuis 2007, soit depuis l'ouverture de son restaurant, dont les horaires d'ouverture étaient de 11h00 à 23h00. En effet, ils étaient voisins, le magasin de A\_\_\_\_\_ se situant à cent mètres de son restaurant. Il connaissait aussi B\_\_\_\_\_ depuis fin 2016, car il était livreur chez A\_\_\_\_\_ et lui apportait de la marchandise le matin et l'après-midi du lundi au samedi. B\_\_\_\_\_ le livrait le matin à partir de 10h30 et l'après-midi vers 14h00. Selon lui, B\_\_\_\_\_ ne faisait que de la livraison et travaillait toujours au E\_\_\_\_\_. Il le voyait à chaque fois qu'il s'y rendait. Il l'avait également vu au D\_\_\_\_\_, où il n'était allé qu'une fois.

**j.d.** Le témoin N\_\_\_\_\_, travaillant au salon de coiffure jouxtant l'épicerie E\_\_\_\_\_ depuis 2015, a déclaré qu'il connaissait A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_, de visage uniquement. Ce dernier avait commencé à faire des livraisons pour A\_\_\_\_\_ dès 2016 et avait travaillé six ou sept mois à E\_\_\_\_\_ avant de travailler pour l'autre épicerie que A\_\_\_\_\_ avait ouverte. Il voyait B\_\_\_\_\_ travailler le matin au E\_\_\_\_\_, ainsi que l'après-midi vers 15h00 ou 16h00. Il ne l'avait pas vu vers 19h00-19h30.

**j.e.** Le témoin O\_\_\_\_\_ a déclaré avoir remis son arcade à A\_\_\_\_\_ qui était devenue D\_\_\_\_\_, lors de son départ à la retraite, fin octobre 2015. En outre, il connaissait B\_\_\_\_\_ depuis avril 2016, celui-ci travaillait comme vendeur pour D\_\_\_\_\_ depuis fin 2016. Le témoin ignorait si, précédemment, B\_\_\_\_\_ travaillait pour un autre magasin de A\_\_\_\_\_. Il venait prendre son café le matin ou l'après-midi au D\_\_\_\_\_ et voyait B\_\_\_\_\_ y travailler tous les matins, samedi y compris. B\_\_\_\_\_ était présent tous les après-midi aussi, mais il n'avait pas l'impression qu'il travaillait : il discutait avec la vendeuse ou jouait avec son téléphone.

**k.** A l'issue de l'instruction de la cause, le Tribunal a donné l'occasion aux parties de prononcer leurs plaidoiries finales lors de l'audience du 19 août 2019. Les parties ayant persisté dans leurs conclusions, la cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience.

**D.** A teneur du jugement entrepris, le Tribunal, après avoir retenu que la Convention collective cadre du commerce de détail - version 2013-2018 (ci-après, la CCT-CD; J 1 50.41) était applicable au présent litige, a considéré, se fondant sur les déclarations des parties, sur les pièces produites et sur les témoignages recueillis, que B\_\_\_\_\_ avait démontré avoir travaillé dès le 1<sup>er</sup> novembre 2015, dix heures par jour, six jours par semaine, pour A\_\_\_\_\_. Le salaire versé avait été de 1'500 fr. par mois jusqu'au mois d'octobre 2016, puis de 2'000 fr. par mois par la suite, ce qui représentait un salaire horaire de 5 fr., puis 8 fr. 10. La différence de

---

salaire, par rapport aux salaires dus selon la CCT-CD pour un employé sans qualification, était de 8'677 fr. 32 en 2015, 49'788 fr. 99 en 2016 et 18'110 fr. 36 en 2017, soit un total de 76'576 fr. 67 au total. S'agissant du salaire dû pendant le délai congé, le Tribunal a retenu que, compte tenu du fait que B\_\_\_\_\_ était en situation irrégulière et que A\_\_\_\_\_ ne l'avait jamais invité à réintégrer son poste, il ne pouvait être reproché à B\_\_\_\_\_ d'avoir abandonné son poste de façon fautive. La somme de 7'880 fr. était due à titre de salaire pendant le délai de congé de deux mois. Il en allait de même pour les vacances non prises, soit 35 jours sur toute la période considérée, seuls quatre jours de congé ayant été octroyés à B\_\_\_\_\_. Le montant de 7'693 fr. 60 était donc dû à ce titre. Etant donné que le montant total des prétentions devant être allouées à B\_\_\_\_\_, soit 92'150 fr. 27 était supérieur à ce qu'il avait demandé dans ses écritures, le Tribunal lui a octroyé la somme correspondant à ses conclusions, soit 84'541 fr. 25 plus intérêts.

### **EN DROIT**

1. **1.1** Interjeté dans le délai utile (art. 142, 145 al. 1 let. b, 146, et 311 al. 1 CPC) et selon la forme prescrite (art. 130, 131 et 311 CPC) auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ) contre une décision finale de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC) statuant sur un litige prud'homal dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 et 92 al. 2 CPC), l'appel est recevable.

**1.2** La Chambre de céans revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). En particulier, elle contrôle librement l'appréciation des preuves effectuées par le juge de première instance et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (art. 157 CPC en lien avec l'art. 310 let. b CPC; ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4D\_72/2017 du 19 mars 2018 consid. 2).

La valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr., la présente procédure est soumise aux maximes des débats et de disposition (art. 55 CPC cum 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC et 58 CPC). La procédure ordinaire est applicable (art. 219 et 243 CPC).

2. Les parties ne contestent pas, à juste titre, que la CCT-CD est applicable au présent litige.
3. L'appelant fait grief au Tribunal d'avoir mal apprécié les preuves concernant le début des relations de travail entre les parties.

### **3.1**

**3.1.1** Selon l'art. 319 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 payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (al. 1).

Les éléments caractéristiques de ce contrat sont une prestation de travail, un rapport de subordination, un élément de durée et une rémunération (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_10/2017 du 19 juillet 2017 consid. 3.1 et 4A\_200/2015 du 3 septembre 2015 consid. 4.2.1).

Sauf disposition contraire de la loi, le contrat individuel de travail n'est soumis à aucune forme spéciale (art. 320 al. 1 CO).

Selon l'art. 320 al. 2 CO, un contrat de travail est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire.

**3.1.2** Le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté (art. 1 al. 1 CO). Cette manifestation peut être expresse ou tacite (art. 1 al. 2 CO).

Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, alors même que des points secondaires ont été réservés (art. 2 al. 1 CO).

Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO).

**3.1.3** La disposition de l'art. 53 al. 2 CO, selon laquelle le jugement pénal ne lie pas le juge civil en ce qui concerne l'appréciation de la faute et la fixation du dommage, ne s'applique pas à l'établissement des faits (ATF 107 II 151 consid. 5b et c). Elle n'interdit ainsi nullement au juge civil, bien qu'il ne soit pas lié par l'appréciation du juge pénal, de se rallier aux constatations de fait de ce juge (arrêts du Tribunal fédéral 5C.35/2004 du 14 avril 2004 consid. 2.3 et 4C.74/2000 du 16 août 2001 consid. 1, 3 et 4b).

**3.2** En l'espèce, la question de la date de début de la relation de travail est contestée. Le contrat de travail n'ayant pas été formalisé par écrit, il y a lieu de déterminer par indices à quelle date il a commencé.

Il n'est pas remis en cause en appel que l'intimé a toujours été constant à affirmer qu'il avait commencé à travailler le 1<sup>er</sup> novembre 2015.

Cependant, l'appelant reproche au Tribunal d'avoir mal apprécié la photographie produite par l'intimé et le montrant dans son magasin le 8 avril 2016. Il est vrai qu'il a été démontré que l'intimé fréquentait l'établissement de l'appelant avant qu'il ne commence à travailler pour lui. Ainsi, cette photographie n'est pas déterminante pour établir si l'intimé travaillait pour l'appelant au moment où elle a

été prise, puisqu'il aurait aussi pu se photographier lors d'une simple visite ou en tant que client.

L'appelant reproche ensuite au Tribunal d'avoir mal apprécié les témoignages recueillis.

A ce sujet, le témoin K\_\_\_\_\_ a déclaré que l'intimé travaillait déjà pour l'appelant lorsqu'elle avait elle-même commencé en octobre 2016 et lui avait dit qu'il en allait ainsi depuis une année, ce qui corroborerait les dires de l'intimé dans la procédure, à savoir qu'il aurait débuté en novembre 2015. Le témoin L\_\_\_\_\_ a déclaré connaître l'intimé depuis novembre 2015 et qu'il travaillait pour l'appelant depuis septembre de cette année-là. Ces deux témoins ont sur ce point rapporté des déclarations de l'intimé de l'époque, mais l'on ne discerne quel aurait été l'intérêt de l'intimé de mentir alors qu'aucun litige ne l'opposait à son employeur alors. En outre, le témoin L\_\_\_\_\_ a vu l'intimé travailler dès juin 2016. Certes ces deux personnes sont des amis de l'intimé, de sorte que leur témoignage doit être apprécié avec circonspection, mais il n'en demeure pas moins que leur cohérence leur donne une certaine crédibilité.

La même circonspection doit être appliquée s'agissant des témoins M\_\_\_\_\_ et N\_\_\_\_\_, qui sont des voisins, respectivement des clients, de l'appelant, ainsi que pour le témoin O\_\_\_\_\_ qui a remis son arcade à l'appelant et s'est montré particulièrement critique face à la qualité des prestations fournies par l'intimé. Il ressort des témoignages de ces personnes que l'intimé aurait effectué des livraisons pour l'appelant dès fin 2016 (témoin M\_\_\_\_\_), voire dès 2016 et ce pendant six ou sept mois avant de travailler au D\_\_\_\_\_ (témoin N\_\_\_\_\_) ou encore qu'il travaillait comme vendeur au D\_\_\_\_\_ dès fin 2016 (témoin O\_\_\_\_\_). Ces témoignages ne sont donc pas unanimes et cohérents, étant précisé que l'appelant entend les interpréter comme accréditant sa thèse.

Or, celle-ci a été fluctuante, dans la mesure où, entendu par la police, il a déclaré avoir engagé l'intimé comme livreur sans se souvenir de la date exacte, puis dès septembre ou octobre 2016, l'avoir employé comme vendeur. Dans la présente procédure, il a déclaré avoir engagé B\_\_\_\_\_ dès le 1<sup>er</sup> octobre 2016 comme livreur pour le magasin E\_\_\_\_\_, puis, dès le 1<sup>er</sup> février 2017, comme vendeur au magasin D\_\_\_\_\_.

Les autorités pénales ont, quant à elles, retenu la date du 1<sup>er</sup> novembre 2015, comme date à laquelle l'intimé avait été engagé par l'appelant sans réellement expliciter sur quelle preuve se fondait cette constatation, celle-ci n'étant, semble-t-il, pas essentielle pour l'objet de la procédure pénale.

Il découle de ce qui précède que la thèse constante de l'intimé est confortée par deux témoignages qui sont d'ailleurs les seuls à fixer avec une certaine précision la date des débuts des relations de travail, ainsi que par le témoignage de N\_\_\_\_\_

---

qui serait compatible avec une activité de plusieurs mois en 2016 comme livreur au E\_\_\_\_\_, avant de passer vendeur au D\_\_\_\_\_. Les témoins M\_\_\_\_\_ et O\_\_\_\_\_ se contredisent, puisque, selon le premier, l'intimé effectuait seulement des livraisons fin 2016 - donc certainement depuis le magasin E\_\_\_\_\_ - et que, selon le second, l'intimé travaillait essentiellement comme vendeur au D\_\_\_\_\_ à la même époque. Ces deux témoignages n'ont donc guère de valeur probante et sont par ailleurs vagues.

En outre, en appel, l'appelant n'a apporté aucun éclaircissement sur ces contradictions dans son récit qu'il a effectué devant les autorités pénales, puis civiles, pourtant soulignées par l'autorité précédente. Il affirme en outre que des témoignages corroboreraient ses dires, alors que, comme on l'a vu, tel n'est pas le cas. Les témoins N\_\_\_\_\_ et O\_\_\_\_\_ contredisant d'ailleurs son point de vue, puisque le premier a constaté que l'intimé avait travaillé six à sept mois au E\_\_\_\_\_ - alors que, selon l'appelant, ce ne serait que quatre mois - et que le second a déclaré que l'intimé travaillait au D\_\_\_\_\_ à fin 2016 - l'appelant soutenant qu'à cette époque l'intimé travaillait au E\_\_\_\_\_.

Il s'ensuit que les preuves apportées par l'intimé, dont on relèvera qu'il se trouvait de par sa position dans une difficulté importante à en recueillir et à les faire administrer, sont suffisantes à retenir qu'il a commencé à travailler le 1<sup>er</sup> novembre 2015, l'appelant s'étant avéré incapable de fournir le moindre indice du début effectif de la relation de travail.

Le jugement sera confirmé sur ce point déjà.

**3.** L'appelant reproche ensuite aux premiers juges d'avoir mal apprécié la durée du travail hebdomadaire de l'intimé lorsqu'il était à son service.

**3.1** Selon l'article 4.1 de la CCT-CD cadre, la durée du temps de travail est fixée à 42 heures maximum, répartie sur cinq jours au maximum.

**3.2** En l'espèce, concernant en premier lieu les pièces produites, l'appelant estime que les échanges de messages au sujet de commandes n'étaient pas déterminants. Il n'apporte cependant aucune explication à son grief. Au contraire, ces échanges de messages apparaissent, à l'instar de ce qu'a retenu le Tribunal, des indices d'une activité de l'intimé de 10h00 à 20h00 environ.

S'agissant ensuite des témoignages recueillis, les témoins K\_\_\_\_\_ et L\_\_\_\_\_ ont tous deux confirmés les horaires de l'intimé, les réserves à leur sujet étant les mêmes que celles évoquées au considérant précédent.

Pour l'époque où l'intimé faisait des livraisons, le témoin M\_\_\_\_\_ a confirmé que les livraisons commençaient dès 10h30 le matin, ce que confirme le témoin N\_\_\_\_\_ qui l'a vu travailler le matin. Les deux témoins n'ont cependant pas vu

l'intimé travailler le soir après 16h00. Cela n'exclut pas qu'il ait pu être en livraison ou en train de ranger de la marchandise. En tous les cas, ces témoignages mettent à mal la version de l'appelant qui a prétendu que l'intimé ne travaillait pas l'après-midi après 14h00.

A l'époque où l'intimé était vendeur, l'appelant lui-même a reconnu qu'il travaillait dès l'ouverture, soit 10h00, et les témoignages K\_\_\_\_\_ et L\_\_\_\_\_ confirment qu'il travaillait jusqu'à 20h00 pour le moins. L'appréciation du témoin O\_\_\_\_\_, qui venait prendre le café l'après-midi et n'a donné aucune précision sur l'heure à laquelle il partait n'est pas déterminante, de même que son appréciation sur le fait que l'intimé n'avait pas "*l'air de travailler*" l'après-midi.

Dans ce cadre, les déclarations de l'appelant - qui a d'ailleurs reconnu dans la procédure pénale que l'intimé travaillait de l'ouverture à la fermeture au D\_\_\_\_\_ - n'ont aucune crédibilité puisqu'il a changé de versions tant devant les juridictions prud'homales que devant les autorités pénales. Ses explications s'apparentent à une tentative de s'affranchir de ses obligations, contredites par des témoignages dont il se prévaut en appel, et renforcent la crédibilité de la version de l'intimé, qui n'a jamais varié et est appuyée par des témoignages.

Certes, le témoin K\_\_\_\_\_ a exposé que les employés avaient droit à une pause repas d'une heure à midi. Néanmoins, l'appelant n'a jamais allégué ce fait, ni que cette pause devait être déduite du temps de travail. Au contraire, il n'a pas décompté cette pause de ses calculs relatifs au temps de travail de l'intimé et a même expressément soutenu que les pauses repas étaient prises sur le temps de travail.

Il s'ensuit que la décision du Tribunal de retenir que l'intimé travaillait dix heures par jour six jours par semaine est fondée.

4. L'appelant fait grief au Tribunal d'avoir omis de tenir compte du logement qu'il mettait à disposition de l'intimé, ainsi que l'indemnité pour les repas qu'il lui versait.

**4.1** L'employeur rembourse au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail et, lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires pour son entretien (art. 327a al. 1 CO). Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut prévoir que les frais engagés par le travailleur lui seront remboursés sous forme d'une indemnité fixe, telle qu'une indemnité journalière ou une indemnité hebdomadaire ou mensuelle forfaitaire, à la condition qu'elle couvre tous les frais nécessaires (art. 327a al. 2 CO).

Le salaire régi par l'art. 322 al. 1 CO est une prestation en argent versée en contrepartie du travail. Il se calcule en fonction du travail effectivement fourni,

---

dans le cas du travail aux pièces ou à la tâche, ou en fonction du temps que le travailleur consacre à l'employeur (art. 319 al. 1 et 323b al. 1 CO). En l'espèce, le salaire expressément convenu était dû pour chaque mois de travail. Les parties peuvent encore convenir, en sus ou à la place d'un autre mode de rémunération, d'un salaire variable à calculer d'après le chiffre d'affaires ou le bénéfice de l'entreprise (art. 322a CO).

Le salaire comprend éventuellement, outre ce qui est dû en argent, des prestations en nature telles que la jouissance d'un appartement, l'usage d'un véhicule ou le logement et l'entretien dans le ménage de l'employeur (art. 322 al. 2 CO; ATF 131 III 615 consid. 5.2).

**4.2** En l'espèce, il n'a pas été démontré que l'appelant aurait remis gratuitement un logement à l'intimé, le contrat auquel l'appelant se réfère n'étant pas au nom de l'intimé.

Par ailleurs, la question de savoir si la remise de 10 fr. par jour de travail ou de nourriture pour assurer le repas de midi de l'intimé constitue le paiement de frais ou un élément de salaire peut être laissée ouverte. En effet, il résulte du jugement entrepris que le montant total dû à l'intimé était de 92'150 fr. 27, plus intérêts. Or, l'intimé s'est vu allouer 84'541 fr. 25, plus intérêts, conformément à ses conclusions limitées à ce montant, ce qui représente une différence de 7'609 fr. 02.

L'allocation de 10 fr. par jour sur toute la période travaillée par l'intimé telle que retenue par le Tribunal, soit de novembre 2015 à mai 2017, ou en d'autres termes six jours travaillés durant 82 semaines, correspond à 4'920 fr.

L'appel étant intégralement rejeté, ainsi que cela résulte des considérants qui précèdent et de ceux qui suivent, la différence de 4'920 fr. est sans portée sur les prétentions allouées à l'intimé, puisque ce montant est inférieur à la différence de 7'609 fr. 02 entre les montants effectivement dus par l'appelant et ceux qui ont été alloués à l'intimé conformément à ses conclusions. Même à admettre qu'il faille imputer 10 fr. par jour sur le salaire versé par l'appelant, cela ne suffirait pas encore à modifier la somme qu'il doit, conformément au jugement entrepris, en dessous de celle à laquelle a conclu l'intimé. La réforme du jugement entrepris ne serait donc pas justifiée pour cette seule raison.

Les griefs de l'appelant sur ce point seront rejetés et le jugement entrepris confirmé.

- 5.** L'appelant reproche aux premiers juges d'avoir erré dans le calcul des jours de vacances pris par l'intimé et dans l'établissement de la somme qui lui était encore due.

**5.1** L'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, au moins quatre semaines de vacances (art. 329a al. 1 CO), pendant lesquelles il doit lui verser le salaire total y afférent (art. 329d al. 1 CO).

En effet, le travailleur doit être libéré de son travail sans avoir à supporter de perte financière. Il s'agit d'éviter que, pendant les vacances, le travailleur s'expose à voir ses revenus baisser ou disparaître, ce qui pourrait le conduire à continuer à travailler, compromettant ainsi le but des vacances, qui est de pouvoir bénéficier d'un repos effectif (ATF 129 III 493 consid. 3.1; 129 III 664 consid. 7.3; 118 II 136 consid. 3b). On peut tirer ainsi de l'art. 329d al. 1 CO le principe selon lequel le travailleur ne doit pas être traité différemment du point de vue salarial lorsqu'il est en vacances que s'il travaillait. Il ne doit donc subir ni une perte, ni un accroissement de revenu (ATF 129 III 664 consid. 7.3).

Il incombe à l'employeur, en tant que débiteur du droit aux vacances, de prouver qu'il s'est acquitté de son obligation, c'est-à-dire qu'il a accordé effectivement au travailleur le temps libre rémunéré qui lui était dû (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_419/2011 du 23 novembre 2011 consid. 5.2).

**5.2** En l'espèce, l'appelant appuie ses griefs sur une photo publiée sur un réseau social représentant l'intimé à Paris le 17 mai 2017, soit le lendemain de son retour de cette ville et un jour où il a affirmé se trouver au travail. Rien ne permet cependant d'affirmer que la date du cliché correspond à la date de la publication, l'intimé ayant pu procéder à ladite publication après son retour. A elle seule, cette pièce ne permet pas de retenir que l'intimé aurait pris un jour de vacances supplémentaire.

L'appelant se réfère en outre à des témoignages, dont celui du témoin K\_\_\_\_\_, qui pourtant corrobore la version de l'intimé, car elle affirme qu'il n'avait pris que deux fois deux jours de vacances.

Les griefs de l'appelant, à qui il incombait de prouver que des vacances ont été accordées à l'intimé, sont donc dépourvus de consistance et seront rejetés.

- 6.** Enfin, l'appelant fait grief au Tribunal d'avoir refusé de retenir que l'intimé avait abandonné son poste et de lui avoir donc octroyé son salaire pendant le délai de congé.

**6.1** 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, 4<sup>ème</sup> éd. 2019, pp. 262 et 263). Selon la jurisprudence, 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).

L'abandon de poste est réalisé lorsque le travailleur refuse consciemment, intentionnellement et définitivement de continuer à fournir le travail convenu (ATF 121 V 277 consid. 3a).

**6.2** En l'espèce, l'appelant prétend que l'intimé a, par sa faute, interrompu la relation de travail et qu'aucun salaire n'était donc dû postérieurement à l'intervention de la police le 23 mai 2017.

Cette argumentation est erronée, dans la mesure où l'employeur est chargé d'entreprendre les démarches à l'obtention d'une autorisation de travail pour l'employé qui en est dépourvu.

Or, l'intimé, dépourvu d'autorisation de travail, ne pouvait pas revenir exercer le sien auprès de l'appelant, aussi longtemps que celui-ci n'avait pas régularisé sa situation. Aucune faute ne peut donc lui être imputée. L'appelant n'ayant entrepris aucune démarche administrative, il était, lui, en demeure.

L'appelant ayant affirmé n'avoir pas licencié l'intimé, la solution à laquelle est parvenu le Tribunal, à savoir de considérer que l'intervention de la police avait valeur de résiliation du contrat de travail, est donc plutôt favorable à l'appelant, par rapport à une situation où il serait considéré en demeure, et sera confirmée.

7. Au surplus, les autres considérants du jugement entrepris ne sont pas contestés, en particulier les calculs relatifs à la différence de salaire, de sorte qu'il sera intégralement confirmé.
8. Les frais judiciaires d'appel seront mis à la charge de l'appelant, qui succombe intégralement (art. 106 al. 1 CPC). Compte tenu de la valeur litigieuse, les frais judiciaires seront arrêtés à 800 fr. (art. 71 RTFMC). Ils seront compensés avec l'avance de frais de même montant, versée par l'appelant, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

Il n'est pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,  
La Chambre des prud'hommes, groupe 3 :**

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté le 15 novembre 2019 par A\_\_\_\_\_ contre le jugement JTPH/393/2019 rendu le 15 octobre 2019 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/19061/2017-3.

**Au fond :**

Confirme le jugement entrepris.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Sur les frais :**

Arrête les frais judiciaires de la procédure d'appel à 800 fr., les met à charge de A\_\_\_\_\_ et les compense avec l'avance qu'il a versée et qui demeure acquise à l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

**Siégeant :**

Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Monsieur Claudio PANNO, juge employeur; Madame Agnès MINDER-JAEGER, juge salariée; Madame Chloé RAMAT, greffière.

**Indication des voies de recours et valeur litigieuse :**

*Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.*

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

---

*Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000 fr.*