

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/23996/2011-4

CAPH/110/2014

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre des prud'hommes**

**DU 31 JUILLET 2014**

Entre

**A**\_\_\_\_\_, sise \_\_\_\_\_, appelante et intimée d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 17 janvier 2014 (JTPH/17/2014), comparant par Me Andrea RUSCA, avocat, quai Gustave Ador 2, 1207 Genève, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

d'une part,

et

**B**\_\_\_\_\_, domicilié \_\_\_\_\_, appelant et intimé, comparant par Me Damien BLANC, avocat, rue Saint-Joseph 43, 1227 Carouge, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 4 août 2014.

---

### **EN FAIT**

- A.** Par décision du 17 janvier 2014 notifiée aux parties respectivement les 17 et 20 février 2014, le Tribunal des prud'hommes (ci-après : le Tribunal) a, à la forme, déclaré recevable la demande formée le 12 mars 2012 (recte : le 14 mars 2012) par B\_\_\_\_\_ (ch. 1 du dispositif), renoncé à l'audition de C\_\_\_\_\_ et de D\_\_\_\_\_ (ch. 2 et 3), et, au fond, condamné A\_\_\_\_\_ à payer à B\_\_\_\_\_ la somme brute de 21'991 fr. ainsi que la somme nette de 900 fr. avec intérêts à 5% fr. l'an dès le 1<sup>er</sup> septembre 2011 (ch. 4 et 5).

Le Tribunal a en outre arrêté les frais de la procédure à 1'000 fr., mis lesdits frais à la charge de A\_\_\_\_\_ (ch. 6) et condamné cette dernière à verser à son adverse partie 1'000 fr. à titre de frais (ch. 7).

Le Tribunal n'a pas alloué de dépens (ch. 9) et les parties ont été déboutées de toutes autres conclusions (ch. 10).

- B. a.** Par actes expédiés le 17 février 2014 au greffe de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice (ci-après : la Cour), A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ appellent de cette décision.

A\_\_\_\_\_ (ci-après : l'appelante) sollicite l'annulation des chiffres 2 à 10 de son dispositif. Elle conclut, préalablement, à l'audition de C\_\_\_\_\_ et de D\_\_\_\_\_, principalement, à ce qu'elle soit condamnée à verser à B\_\_\_\_\_ 10'500 fr. à titre de salaire brut, subsidiairement à ce que la cause soit renvoyée au Tribunal pour nouvelle décision dans le sens des considérants, et en tous les cas, à la condamnation de B\_\_\_\_\_ en tous les frais et dépens de première et seconde instance.

B\_\_\_\_\_ (ci-après : l'intimé) conclut au rejet de l'appel de son adverse partie.

Lui-même sollicite l'annulation du chiffre 4 du dispositif de la décision querellée et conclut à ce que A\_\_\_\_\_ soit condamnée, avec suite de frais, à lui verser 51'240 fr. avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> septembre 2011.

A\_\_\_\_\_ n'a pas exercé son droit de réponse.

**b.** Dans sa réplique du 28 avril 2014, A\_\_\_\_\_ persiste dans ses conclusions.

**c.** Par avis du 23 mai 2014, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

- C. a.** La société A\_\_\_\_\_ a été fondée le 6 avril 2010 par D\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_, dans le but de reprendre l'activité menée jusqu'alors par le premier des

précités, consistant dans l'assistance d'entreprises, soit, principalement, dans la mise à disposition de ces dernières de locaux équipés.

D\_\_\_\_\_ est détenteur du 10% des actions de la société. Inscrit au Registre du commerce en tant qu'administrateur unique jusqu'au 9 novembre 2010, il a occupé le poste de directeur général jusqu'au mois de février 2011.

La société exerce son activité dans les mêmes locaux que ceux précédemment utilisés par D\_\_\_\_\_, dont la surface s'élève à environ 1'200 m<sup>2</sup>.

Le bail y relatif a été repris par C\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_.

**b.** B\_\_\_\_\_, père de D\_\_\_\_\_, s'est occupé du nettoyage des locaux de A\_\_\_\_\_ ainsi que de divers autres travaux.

Les parties n'ont signé aucun contrat en relation avec cette activité.

**c.** Le 16 décembre 2010, A\_\_\_\_\_ a informé B\_\_\_\_\_ qu'elle lui verserait 2'610 fr. 20 "en remboursement des différents frais avancés".

**d.** Le 7 janvier 2011, D\_\_\_\_\_ a adressé sa lettre de démission à A\_\_\_\_\_.

Il y a "observé" que son père travaillait en qualité de concierge pour la société depuis six mois, étant notamment en charge de toute la maintenance du site (nettoyage, poste, coursier et autres tâches), et qu'aucun salaire ne lui avait été versé. Il a dès lors sommé la société de payer à B\_\_\_\_\_ 25'000 fr. d'ici le 31 janvier 2011, correspondant à un salaire mensuel de 4'250 fr. nets, charges incluses.

D\_\_\_\_\_ a ajouté que lui-même et son père assumeraient leurs tâches pendant encore cinq jours. Passé ce délai, sans réponse positive de A\_\_\_\_\_, ils se réservaient "le droit d'agir en conséquence".

**e.** Le 14 janvier 2011, A\_\_\_\_\_ a invité B\_\_\_\_\_ à prendre contact avec son administrateur pour discuter "des prestations effectuées et de leur rémunération".

**f.** Le 15 janvier 2011, B\_\_\_\_\_ a résilié avec effet immédiat ses rapports avec A\_\_\_\_\_.

**g.** Le 17 janvier 2011, A\_\_\_\_\_ a proposé à B\_\_\_\_\_ un salaire brut totalisant 10'500 fr. pour les six mois de travail effectués, soit la rémunération horaire de 25 fr. pour une activité mensuelle de 70 heures. Selon les explications de la société, lesdites 70 heures correspondaient à la durée de l'intervention considérée comme nécessaire par l'entreprise qu'elle avait nouvellement engagée pour nettoyer ses locaux. Elle avait en outre choisi un tarif horaire situé entre le salaire fixé par la Convention collective de travail du

---

secteur du nettoyage de 20 fr. 90 et la rémunération de l'entreprise précitée de 31 fr. 85.

**h.** Sur réquisition de B\_\_\_\_\_, un commandement de payer 25'500 fr. avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> février 2011 a été notifié à A\_\_\_\_\_ le 16 février 2011.

Cette dernière a formé opposition le 18 février 2011.

**i.** Le 1<sup>er</sup> septembre 2011, B\_\_\_\_\_ a mis en demeure A\_\_\_\_\_ de lui payer le montant total de 100'400 fr. avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> septembre 2011.

Se prévalant d'une activité menée d'avril 2010 à janvier 2011, du lundi au vendredi de 7h30 à 11h30 et de 14h à 19h ainsi que le samedi durant 4 heures, devant être rémunérée à hauteur de 25 fr. 82 selon la Convention collective de travail pour les concierges édition 2010, B\_\_\_\_\_ exigeait le versement de 44'650 fr. au titre de salaire.

A cela s'ajoutait la rémunération mensuelle de 13 heures supplémentaires en semaine devant être rétribuées à 125% et de 17.5 heures supplémentaires le week-end devant être rétribuées à 150%, totalisant 10'350 fr.

B\_\_\_\_\_ a également comptabilisé un 13<sup>ème</sup> salaire au pro rata de 3'720 fr., une indemnité pour vacances du même montant, deux mois de salaire totalisant 9'400 fr. afférents au délai de résiliation ordinaire, ainsi qu'une indemnité de 28'200 fr. correspondant à six mois de salaire, dès lors qu'il avait dû mettre fin au contrat de travail.

**j.** Se référant à sa proposition du 17 janvier 2011 à laquelle B\_\_\_\_\_ n'avait pas répondu, A\_\_\_\_\_ a contesté les prétentions de ce dernier.

**k.** Après le départ de B\_\_\_\_\_, A\_\_\_\_\_ a fait appel aux services d'une société externe pour assurer le nettoyage de ses locaux, moyennant un montant forfaitaire mensuel de 2'229 fr.

**D. a.** Au bénéfice d'une autorisation de procéder du 16 décembre 2011, B\_\_\_\_\_ a, le 14 mars 2012, saisi le Tribunal des prud'hommes d'une demande en paiement contre A\_\_\_\_\_, portant sur la somme de 100'400 fr. avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> septembre 2011, avec suite de frais.

**b.** A\_\_\_\_\_ s'est opposée à la demande, ne reconnaissant être débitrice que de 10'500 fr. au titre de salaire brut.

**c.** Dans le cadre des débats principaux de première instance, plusieurs témoins ont été entendus.

Durant la plupart des audiences y relatives, dont celle du 17 avril 2013 consacrée notamment à l'audition de D\_\_\_\_\_, A\_\_\_\_\_ n'était ni présente ni représentée.

**c.a** D\_\_\_\_\_ a expliqué avoir lui-même proposé son père au poste de concierge, solution plus économique que le recours à une entreprise de nettoyage, qui avait été acceptée par ses associés. Aucun contrat écrit n'avait cependant été établi malgré son insistance à ce sujet. Il avait également rencontré des problèmes pour obtenir le versement de son propre salaire et s'était finalement fâché avec E\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_.

Son père avait travaillé tous les jours, débutant son activité à 7h-7h30, la terminant vers 18h30 et prenant une heure et demie à deux heures de pause à midi. Il n'était pas obligé de travailler le samedi mais venait souvent ce jour-là pour s'assurer que tout était en ordre.

Il devait notamment nettoyer les locaux, s'assurer de la propreté des sanitaires trois à quatre fois par jour, accueillir les personnes, s'occuper des courriers, parfois faire office de chauffeur pour les investisseurs, vérifier la présence de papier dans les imprimantes, remplacer les ampoules et arroser les plantes.

C\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ se comportaient en chefs et donnaient des ordres tant à lui-même qu'à son père. Il ne savait pas pour quelle raison ils avaient constamment refusé de rémunérer ce dernier pour son travail et pensait qu'il s'agissait d'une pratique consistant à "presser le citron".

D\_\_\_\_\_ a précisé être en litige avec la société, aucune action n'étant toutefois pendante à ce sujet devant la Juridiction des prud'hommes.

**c.b** F\_\_\_\_\_, administrateur de la bailleuse des locaux occupés par A\_\_\_\_\_, a expliqué connaître B\_\_\_\_\_ depuis longtemps, avant même la présente affaire. Il l'avait vu dans lesdits locaux s'occuper "du courrier, des poubelles, d'un peu de tout", depuis la création de l'entreprise, pendant environ un an selon son souvenir.

**c.c** G\_\_\_\_\_, propriétaire de la société H\_\_\_\_\_, laquelle a loué une partie des locaux de A\_\_\_\_\_ en 2010 puis en 2011, a confirmé que B\_\_\_\_\_ s'occupait de la conciergerie. Les locaux étaient "maintenus et nettoyés". Il n'avait pas eu beaucoup de relation avec le précité mais l'avait vu en activité dans les locaux, surtout le matin et le soir, moins souvent la journée. Il était arrivé au témoin de travailler parfois le samedi mais il ne se souvenait pas s'il avait vu B\_\_\_\_\_ à ces occasions-là.

Le bail dont il était titulaire comprenait un service d'entretien et de conciergerie. Il n'avait jamais sollicité B\_\_\_\_\_ pour des courses ou d'autres prestations.

Après le départ de ce dernier, la qualité de l'entretien des locaux était devenue aléatoire.

**c.d** I\_\_\_\_\_, employé de la fiduciaire chargée de la comptabilité de A\_\_\_\_\_, a confirmé bien connaître C\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ comme les propriétaires de la société. A ce titre, ils prenaient toutes les décisions et lui donnaient en particulier des instructions en matière de paiement.

Le témoin connaissait également B\_\_\_\_\_ et savait qu'il "donnait un coup de main pour l'entretien" mais, n'occupant pas les locaux de la société, il ne l'avait pas "particulièrement" vu travailler.

Il avait été demandé à la fiduciaire de préparer un contrat pour B\_\_\_\_\_ à la mi-novembre 2010, lorsqu'un nouvel administrateur avait été nommé. Ledit contrat n'avait cependant jamais pu être finalisé, dans la mesure où les précisions requises à son sujet n'avaient pas été communiquées. Un cahier des charges précis était attendu de D\_\_\_\_\_. Un tel document devait être approuvé par les deux autres actionnaires et le témoin ne savait pas à quel niveau son envoi avait été bloqué.

I\_\_\_\_\_ a également confirmé l'intention de A\_\_\_\_\_ de rémunérer B\_\_\_\_\_. Elle avait par ailleurs remboursé à ce dernier les frais engagés dans le cadre de son activité.

Le cahier des charges était un élément important pour établir un contrat. B\_\_\_\_\_ et son père déclaraient une activité de huit heures par jour, du lundi au vendredi, et une demi-journée le samedi, mais la fiduciaire savait que le concierge n'était pas occupé dans une telle mesure, ce qui lui avait été ultérieurement confirmé par le devis d'une entreprise professionnelle.

Il n'y avait eu aucun accord préalable. A l'origine et selon D\_\_\_\_\_, son père donnait un simple coup de main; ce n'est que plus tard qu'il avait été question d'une activité exercée à plein temps.

Les prestations offertes par A\_\_\_\_\_ incluaient l'entretien et un service de courrier, mais le témoin ne savait pas si une présence constante était prévue.

Après le départ de B\_\_\_\_\_, certains clients avaient émis des plaintes durant le premier mois au sujet de la qualité du travail de l'entreprise externe.

**c.e** J\_\_\_\_\_, ancienne assistante administrative de A\_\_\_\_\_ ayant travaillé pour la société d'août 2010 à novembre 2011 à plein-temps, a expliqué qu'B\_\_\_\_\_ s'occupait de l'entretien et du nettoyage des locaux ainsi que des courses et des petites réparations.

Elle-même arrivant à 8h, elle pensait que B\_\_\_\_\_ débutait son activité à 6h. Il partait fréquemment vers 11h pour revenir vers 15h, puis restait après 17h ou 18h

pour nettoyer les locaux. Elle ignorait en revanche s'il était présent le samedi, elle-même ne travaillant pas ce jour-là.

Elle savait que B\_\_\_\_\_ attendait un contrat de travail et avait souvent entendu son fils réclamer un tel contrat par téléphone. Il y avait cependant beaucoup de "mensonges", dans le sens que C\_\_\_\_\_ prenait des engagements et faisait des promesses qu'il ne tenait pas.

Elle-même avait travaillé directement sous les ordres de C\_\_\_\_\_ qui, de fait, était également le supérieur de D\_\_\_\_\_.

Pour J\_\_\_\_\_, l'entreprise de nettoyage ayant remplacé B\_\_\_\_\_ devait être soumise à un contrat "très restreint", car il lui était arrivé de devoir elle-même nettoyer les toilettes, remplacer les ampoules ou les serviettes.

Elle a confirmé la description des tâches de B\_\_\_\_\_ telles que présentées dans la demande, mais non les horaires, le concierge étant selon elle rarement présent entre 11h et 15h.

En ce qui concernait l'occupation des locaux, entre 10 et 15 sociétés respectivement 25 à 30 personnes, étaient présentes.

J\_\_\_\_\_ a précisé que A\_\_\_\_\_ entendait offrir un service de qualité et en tout temps, cela faisant partie du contrat de location des locaux.

**c.f** K\_\_\_\_\_, dont la société a été l'un des premiers locataires de A\_\_\_\_\_, de juin 2010 à septembre 2012, a confirmé qu'il bénéficiait, en plus de la jouissance de locaux meublés et équipés, d'un service de nettoyage, de prestations de courrier et de la mise à disposition d'imprimantes et de photocopieuses.

Il avait rencontré B\_\_\_\_\_ dans les locaux de A\_\_\_\_\_ durant une longue période, pendant laquelle le précité s'était occupé de l'entretien des locaux et du nettoyage. Il offrait aussi certains services liés à l'aménagement des locaux. Il était disponible même s'il n'était pas là toute la journée. Il était régulièrement présent en début de soirée. Le témoin ne se souvenait en revanche pas s'il l'avait vu le samedi.

K\_\_\_\_\_ était satisfait des prestations de B\_\_\_\_\_. La qualité du service avait baissé de manière très significative "sur la fin". Le témoin avait l'impression que cela était "un peu" lié au départ du concierge, sans être toutefois en mesure de le certifier.

**c.g** Certains témoins n'ont au surplus pas pu être convoqués par le Tribunal, respectivement n'ont pas donné suite à ladite convocation.

C\_\_\_\_\_ ne s'est en particulier pas présenté à l'audience de débats principaux du 11 septembre 2013. Selon les explications données par A\_\_\_\_\_, il n'avait pas été en mesure de prendre l'avion ce jour-là.

**d.** B\_\_\_\_\_ a été interrogé. Il a confirmé avoir commencé par donner un coup de main à son fils gracieusement puis, au début du mois d'avril 2010, soit au moment où les meubles avaient été installés, il avait travaillé toute la journée, réclamant pour cela un salaire. A ce moment-là, 5 ou 6 bureaux étaient occupés sur 36, puis davantage en juillet-août 2010; environ la moitié des locaux était louée en novembre 2010. Sa présence était néanmoins indispensable dès le début, car il était nécessaire que quelqu'un nettoie les bureaux et les ferme après le départ des clients qui n'avaient pas encore les clefs.

Il arrivait vers 6h30/6h45 et partait vers 18h30 /19h.

A\_\_\_\_\_ a précisé que le service de nettoyage était désormais assuré par une entreprise faisant intervenir trois ou quatre personnes pendant 1h à 1h30 par soir, pour un montant de 2'646 fr. par mois tout compris.

**e.** A l'issue des débats, A\_\_\_\_\_ a persisté à demander l'audition de C\_\_\_\_\_. Il était selon elle susceptible d'éclairer le Tribunal sur les conditions de la reprise de l'activité d'Antonio et de D\_\_\_\_\_ et de répondre aux allégués selon lesquels il donnait des instructions au demandeur.

A\_\_\_\_\_ a également requis une nouvelle audition de D\_\_\_\_\_, afin qu'il confirme que son père avait travaillé bénévolement jusqu'à un certain moment qu'il devait être en mesure de déterminer.

B\_\_\_\_\_ ne s'est pas opposé à ces auditions, pour autant que celle de C\_\_\_\_\_ puisse avoir lieu rapidement.

Les parties ont au surplus plaidé et persisté dans leurs conclusions.

**E. a.** Dans le jugement querellé, le Tribunal a préalablement admis sa compétence à raison du lieu et de la matière, dans la mesure où B\_\_\_\_\_ avait accompli son activité à Genève, que les parties étaient liées par un contrat de travail et que les prétentions litigieuses en découlaient.

Le Tribunal a écarté la demande d'audition de D\_\_\_\_\_ et de C\_\_\_\_\_, au motif que A\_\_\_\_\_ n'avait pas été présente lors de l'audition du premier témoin sans se faire excuser ni représenter, que le second témoin n'avait prétendument pas été en mesure de se rendre à Genève le jour de son audition, sans qu'une telle impossibilité ait cependant été étayée, et que la procédure devait rester simple et rapide.

b. Sur le fond, le Tribunal a considéré, sur la base du résultat des enquêtes, que le contrat de travail entre les parties avait pris effet le 6 avril 2010 et avait été résilié le 15 janvier 2011. B\_\_\_\_\_ avait assuré le nettoyage et l'entretien des locaux ainsi que diverses petites tâches à mi-temps. Aucun accord concernant le salaire ne résultant du dossier, il y avait lieu de retenir la rémunération horaire brute de 25 fr., soit 100 fr. par jour et 20'300 fr. pour toute la période concernée, correspondant à la proposition par A\_\_\_\_\_ du 17 janvier 2011 ainsi qu'à la moyenne du tarif prévu par les deux conventions collectives topiques concernant le secteur du nettoyage ainsi que les concierges.

Les heures supplémentaires alléguées par B\_\_\_\_\_ ainsi que la stipulation d'un 13<sup>ème</sup> salaire n'étaient pas prouvées, en conséquence de quoi sa demande en paiement devait être totalement rejetée sur ces deux points.

B\_\_\_\_\_ pouvait en revanche prétendre à une indemnité de vacances, fixée à 8.33% du salaire total de 20'300 fr., ce qui correspondait à 1'691 fr. bruts.

Il avait également droit au remboursement des frais en 900 fr. que A\_\_\_\_\_ avait reconnu lui devoir, sans cependant démontrer les lui avoir versés.

Le Tribunal a enfin rejeté l'existence d'un juste motif en lien avec le congé de B\_\_\_\_\_, à défaut de mise en demeure préalable claire au sujet du paiement d'un salaire, respectivement d'un manquement de A\_\_\_\_\_, laquelle n'avait pas refusé le principe du versement d'un tel salaire et avait invité l'employé à en discuter. Pour la même raison, B\_\_\_\_\_ ne pouvait pas faire valoir un droit à une indemnité en relation avec la fin des rapports des parties, une telle indemnité n'étant en outre pas prévue dans le cas d'une résiliation du contrat par l'employé.

c. En ce qui concernait les frais judiciaires, devant être perçus au vu de la valeur litigieuse supérieure à 75'000 fr., le Tribunal les a fixés à 1'000 fr. et les a mis entièrement à la charge de A\_\_\_\_\_ dans la mesure où elle succombait en majeure partie.

### **EN DROIT**

1. **1.1** Les appels des parties sont dirigés contre une décision finale de première instance rendue dans le cadre d'un litige portant sur une valeur de plus de 10'000 fr. au dernier état des conclusions de première instance (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

Ils ont été déposés dans le délai de 30 jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC), et ils respectent au surplus la forme prescrite (art. 130, 131 et 311 CPC).

Les appels sont ainsi recevables.

Par économie de procédure, ils seront traités dans le même arrêt (cf. art. 125 CPC)

**1.2** L'instance d'appel revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

En vertu de la présomption de l'art. 150 al. 1 CPC, il est admissible dans le cadre de la maxime des débats de considérer comme non contestés les faits retenus dans la décision attaquée s'ils ne sont pas critiqués par l'appelant (TAPPY, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JdT 2010 III 115, p. 137; REETZ/THEILER, Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2013, n. 38 ad art. 311).

2. Il est en l'espèce établi et non contesté que l'intimé a exercé, à Genève, une activité au service de l'appelante en 2010, cessée le 15 janvier 2011, de sorte que les parties sont liées pour cette période par un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO.

Il n'est également pas contestable que l'intégralité des prétentions de l'intimé résulte de cette relation de travail.

La compétence de la Cour de céans est ainsi donnée aussi bien à raison de la matière que du lieu (art. 1 let. a LTPH et art. 34 al. 1 CPC).

3. L'appelante reproche au premier juge d'avoir violé son droit d'être entendue en refusant l'audition de C\_\_\_\_\_ et la réaudition de D\_\_\_\_\_.

**3.1** Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. accorde aux parties le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à leur détriment, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves et de se déterminer à leur propos (ATF 136 I 265 consid. 3.2; 135 II 286 consid. 5.1; 129 II 497 consid. 2.2). Cette garantie inclut le droit à l'administration des preuves valablement offertes, à moins que le fait à prouver ne soit dépourvu de pertinence ou que la preuve apparaisse manifestement inapte à la révélation de la vérité. Par ailleurs, le juge est autorisé à effectuer une appréciation anticipée des preuves déjà disponibles et, s'il peut admettre de façon exempte d'arbitraire qu'une preuve supplémentaire offerte par une partie serait impropre à ébranler sa conviction, refuser d'administrer cette preuve (ATF 136 I 229 consid. 5.3; 131 I 153 consid. 3; 130 II 425 consid. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_481/2013 du 26 mars 2014 consid. 3.2.1.1).

Une partie est défaillante lorsqu'elle omet d'accomplir un acte de procédure dans le délai prescrit ou ne se présente pas lorsqu'elle est citée à comparaître (art. 147

al. 1 CPC). Le tribunal peut accorder un délai supplémentaire ou citer les parties à une nouvelle audience lorsque la partie défaillante en fait la requête et rend vraisemblable que le défaut ne lui est pas imputable ou n'est imputable qu'à une faute légère (art. 148 al. 1 CPC). La requête est présentée dans les dix jours qui suivent celui où la cause du défaut a disparu (art. 148 al. 2 CPC).

L'art. 148 CPC permet une nouvelle audience bien qu'il n'en soit pas résulté une décision par défaut, par exemple lorsqu'est concernée l'administration d'une preuve, pour autant que le défaillant puisse invoquer un intérêt digne de protection (TAPPY, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 6 ad art. 148 CPC).

**3.2** En l'espèce, l'appelante a dûment requis l'audition des deux témoins en cause par-devant le premier juge.

Lors de l'audience relative à l'audition de D\_\_\_\_\_, elle n'était ni présente ni représentée. Elle n'a cependant pas justifié son absence et encore moins immédiatement demandé que le témoin soit reconvoqué en sa présence, ainsi que les règles de procédure civile lui en donnaient le droit (art. 148 al. 1 et 2 CPC).

Elle n'explique au surplus pas dans son appel sur quels points elle souhaite réentendre le fils de l'intimé et, plus généralement, en quoi sa réaudition pourrait influencer la solution du litige.

En première instance, elle a justifié sa demande par la nécessité que D\_\_\_\_\_ confirme que son père avait travaillé bénévolement jusqu'à un certain moment. Or, D\_\_\_\_\_ n'a pas mentionné lors de son audition ni dans ses échanges avec l'appelante une quelconque période durant laquelle, après la fondation de la société, son père aurait travaillé de manière bénévole. Une telle activité à titre gracieux ne ressort pour le surplus pas des autres témoignages.

En ce qui concerne C\_\_\_\_\_, il a été convoqué par le Tribunal mais ne s'est pas présenté à l'audience du 11 septembre 2013, sans justifier son défaut. Le fait qu'il n'aurait pas été en mesure de prendre l'avion ce jour-là selon les explications de l'appelante n'a en particulier été ni confirmé ni étayé par le témoin.

L'appelante n'explique par ailleurs pas en quoi son audition s'imposerait dans le cadre du présent litige. Elle a indiqué en première instance que l'actionnaire pourrait éclairer le Tribunal sur les conditions de reprise de l'activité de D\_\_\_\_\_ et de B\_\_\_\_\_ et répondre aux allégués selon lesquels il donnait des instructions à ce dernier. Or, ces points ne concernent pas directement les prétentions litigieuses de l'intimé relatives au salaire qui lui est dû.

La portée du témoignage de C\_\_\_\_\_ doit en outre être relativisée, dans la mesure où il résulte des enquêtes que de fait, en plus d'être actionnaire de l'appelante, il en est le dirigeant.

**3.3** Le droit d'être entendue de l'appelante a ainsi été respecté et ses griefs sur ce point doivent être rejetés.

- 4.** L'appelante considère ensuite que le Tribunal a erré en retenant que l'intimé avait débuté une activité à son service le 6 avril 2010, soit à compter de la création de la société. Selon elle, les rapports de travail entre les parties ont pris naissance au plus tôt le 1<sup>er</sup> juillet 2010. L'appelante en tire pour conséquence l'inexistence d'un contrat de travail et d'obligation de verser un salaire pour la période précédente.

**4.1** 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 (art. 319 al. 1 CO).

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

Il 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 (art. 320 al. 2 CO).

Néanmoins, les parties peuvent valablement convenir, de manière expresse ou tacite (art. 1er al. 2 CO), que l'activité est ou sera fournie gratuitement, avec cette conséquence que leur relation n'est pas soumise aux règles du contrat de travail (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_641/2012 du 6 mars 2013 consid. 2).

**4.2** En l'espèce, il résulte des enquêtes que l'intimé a débuté son activité pour l'appelante dès la fondation de cette dernière. Ce point a en effet été confirmé, de manière plus ou moins précise, par l'ensemble des témoins entendus en première instance.

Contrairement à la position de l'appelante, le simple fait que D\_\_\_\_\_ n'ait mentionné qu'une activité de six mois en relation avec l'activité de son père dans sa lettre de démission du 7 janvier 2011 ne suffit pas à renverser ces témoignages.

L'attestation de l'employeur à l'attention de l'assurance-chômage dont se prévaut également l'appelante, non datée ni signée, et indiquant une période d'emploi de l'intimé du 1<sup>er</sup> juillet 2010 au 31 janvier 2011, est quant à elle dépourvue de toute valeur probante. Mentionnant un horaire de 42 heures par semaine et une résiliation donnée par l'employé le 1<sup>er</sup> janvier 2011 pour le 31 janvier 2011, elle apparaît en outre entachée d'erreurs.

Enfin, la date du 6 avril 2010 correspond effectivement, selon l'extrait du registre du commerce concernant l'appelante, à la date de fondation de la société, soit à celle de ses statuts (cf. art. 629 CO). L'appelante tient à tort pour seule pertinente à cet égard l'inscription, trois jours plus tard, de la société au journal dudit registre.

Au surplus, aucun élément du dossier ne permet de faire une distinction entre l'activité de l'intimé avant et après le 1<sup>er</sup> juillet 2010, que ce soit sous l'angle de sa nature ou de son étendue, ni de déduire que les parties, de manière expresse ou par acte concluant, auraient exclu le versement d'un salaire jusqu'à la date précitée.

Les parties ne remettent par ailleurs pas en cause le constat du premier juge selon lequel l'intimé a assuré le nettoyage et l'entretien des locaux de l'appelante et a accompli diverses autres petites tâches.

Il est ainsi établi que dès le 6 avril 2010, l'intimé a exercé une activité au service de l'appelante qui, au vu des circonstances, soit un travail continu, de longue durée, consistant essentiellement dans l'entretien des locaux et effectué pour une société privée poursuivant un but lucratif, devait être fournie contre un salaire.

En conséquence, le salaire de l'intimé est dû dès la date précitée, indépendamment d'un accord effectif des parties au sujet d'un contrat de travail.

Contrairement à ce dont se prévaut l'appelante, le fait que l'intimé ait attendu le 7 janvier 2011 pour formellement, par la voix de son fils, réclamer le versement d'un salaire, n'infirme pas l'existence d'un contrat de travail.

**4.3** Il y a donc lieu de retenir que les relations de travail des parties ont débuté le 6 avril 2010 et pris fin le 15 janvier 2011.

- 5.** Les deux parties contestent l'analyse du Tribunal, qui a considéré que le taux d'activité de l'intimé durant la période considérée était de 50%. Selon l'appelante, ce taux doit être réduit à 40%, correspondant à 70 heures par mois, tandis que l'intimé considère avoir travaillé au minimum 8h par jour.

**5.1** L'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective (art. 322 al. 2 CO).

Selon l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Sur le plan du droit du travail, cette disposition implique qu'il incombe à l'employé émettant des prétentions salariales d'apporter la preuve de l'existence du contrat, du salaire convenu ou usuel ainsi que du taux d'occupation (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_743/2011 du 14 mai 2012 consid. 3.4; plus généralement : ATF 125 III 78 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral 4C.136/2002 du 20 juin 2013 consid. 2.2).

Par ailleurs, l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances (art. 329d al. 1 CO). Tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages (art. 329d al. 2 CO).

La durée minimale des vacances pour un travailleur est de quatre semaines par année civile, fixée proportionnellement lorsque l'année de service n'est pas complète (art. 329a al. 1 et 3 CO).

L'employeur doit établir qu'il a accordé ou rémunéré le temps libre et les vacances auxquels le travailleur a droit (ATF 128 III 271 consid. 2a)

**5.2** Le taux de travail précis de l'intimé ne résulte d'aucune pièce du dossier, les parties ne l'ayant pas fixé par écrit et n'ayant pas mis en place un moyen de comptabiliser les heures d'activité effectuées.

Le taux d'activité actuel de l'entreprise de nettoyage mandatée par l'appelante, de 70h par mois selon les explications de cette dernière, n'est pas déterminant. D'une part, le travail effectué par ladite entreprise est limité au strict entretien des locaux alors que l'intimé était chargé de tâches supplémentaires et, d'autre part, ce dernier était seul pour assumer le nettoyage des locaux, tandis que l'entreprise emploie trois ou quatre personnes. Il ressort en outre des enquêtes, soit des témoignages du propriétaire de la société H\_\_\_\_\_, de J\_\_\_\_\_ et de K\_\_\_\_\_, que la qualité du travail de l'entreprise externe n'est pas à la hauteur de celui accompli par l'intimé.

Selon les explications de J\_\_\_\_\_, l'intimé débutait tous les jours son activité à 6h, il faisait une pause entre 11h et 15h, puis travaillait jusqu'à 17h ou 18h passées.

Sur le principe, ce témoignage peut être retenu, au double motif que J\_\_\_\_\_ a travaillé à plein-temps dans les locaux de l'appelante d'août 2010 à novembre 2011 et que les autres témoignages, certes moins précis relativement aux horaires de l'intimé, ne le réfutent cependant pas. Tous les témoins qui se sont exprimés à cet égard ont en effet mentionné une activité constante de l'intimé, durant une grande partie des jours de la semaine, depuis la création de la société jusqu'à sa démission.

Il ressort parallèlement des enquêtes de première instance que, indépendamment du nettoyage et de l'entretien d'une surface de 1'200 m<sup>2</sup> ainsi que des autres tâches dévolues à l'intimé, celui-ci se tenait à la disposition des entreprises une grande partie de la journée pour leur fournir toute l'assistance nécessaire en relation avec l'utilisation des locaux.

Le témoignage de J\_\_\_\_\_ est formel en ce qui concerne la pause régulière de l'intimé entre 11h et 15h. Il manque toutefois de précision en relation avec le début de l'activité du concierge le matin. J\_\_\_\_\_ a en effet seulement été en mesure de confirmer la présence de B\_\_\_\_\_ lorsqu'elle-même arrivait à 8h et a dès lors uniquement supposé qu'il était sur place depuis 6h.

L'intimé a indiqué en première instance qu'il arrivait dans les locaux de l'appelante vers 6h30 – 6h45. D\_\_\_\_\_ a quant à lui affirmé que son père débutait son activité à 7h – 7h30. Cette heure-ci, qui recoupe le témoignage de J\_\_\_\_\_, sera retenue.

Pour ce qui est de l'heure de départ de l'intimé, dans la mesure où il résulte des enquêtes qu'il était présent en fin de journée et que, selon J\_\_\_\_\_, il partait soit après 17h, soit après 18h, l'heure médiane de 17h30 sera retenue.

Il résulte ainsi du dossier que l'intimé a, au minimum, travaillé du lundi au vendredi de 7h30 à 11h et de 15h à 17h30, ce qui représente un horaire journalier de six heures.

**5.3** Conformément à ce qui a été retenu ci-dessus, l'intimé a débuté son activité le 6 avril 2010 et a donné sa démission avec effet immédiat le 15 janvier 2011.

Il n'est pas contesté que cette période, conformément au calcul du Tribunal, comporte 203 jours (19 jours + 21.75 jours × 8 mois + 10 jours).

Le salaire horaire de 25 fr. arrêté par les premiers juges sur la base du montant articulé par l'appelante dans son courrier du 17 janvier 2011, correspondant à la moyenne des salaires prévus par les conventions collectives de travail potentiellement applicables, n'est pas non plus remis en cause en appel.

L'intimé peut ainsi prétendre au versement de 30'450 fr. (25 fr. × 6 heures × 203 jours) au titre de salaire brut.

**5.4** Il n'est au surplus pas contesté que l'intimé n'a pas pris de vacances durant son activité.

Le taux usuel du 8.33% (1/12<sup>ème</sup>) pour calculer l'indemnité due à l'intimé au titre de vacances non prises n'est pas remis en cause en tant que tel. Il n'est par ailleurs pas contestable dans la mesure où il est fondé sur un droit à quatre semaines de vacances pendant une année de travail, équivalant à un mois entier (4.33 semaines) après une année de travail.

L'intimé a ainsi droit à une telle indemnité devant être fixée à 2'537 fr. 50 (1/12<sup>ème</sup> de 30'450 fr).

**5.5** Au vu de ce qui précède, l'appelante sera condamnée à verser à l'intimé un montant total de 32'987 fr. 50 bruts au titre de salaire et d'indemnité pour vacances non prises (30'450 fr. + 2'537 fr. 50).

Le jugement querellé sera ainsi annulé et réformé sur ce point.

En ce qui concerne les intérêts de 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> septembre 2011, ils ne sont pas remis en cause et seront donc confirmés.

6. L'intimé reproche au Tribunal d'avoir violé l'art. 337 CO en refusant de condamner l'appelante à lui verser une indemnité, équivalant à ce qu'il aurait gagné jusqu'à l'échéance de son délai de congé à la fin du mois de février 2011 et chiffrée en appel à 6'700 fr. Il fonde sa prétention sur le fait qu'il a été contraint de résilier le contrat de travail avec effet immédiat le 15 janvier 2011.

**6.1** L'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (art. 337 al. 1 CO). Sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO).

Si les justes motifs de la résiliation immédiate du contrat consistent dans son inobservation par l'une des parties, celle-ci doit réparer intégralement le dommage causé, compte tenu de toutes les prétentions découlant des rapports de travail (art. 337b al. 1 CO).

Le dommage couvert par l'art. 337b al. 1 CO correspond à l'ensemble des préjudices financiers qui sont dans un rapport de causalité adéquate avec la fin anticipée du contrat de travail (ATF 123 III 257 consid. 5a). Le travailleur peut ainsi réclamer la perte de gain consécutive à la résiliation des rapports de travail, ce qui équivaut au montant auquel peut prétendre un salarié injustement licencié avec effet immédiat en application de l'art. 337c al. 1 et 2 CO (ATF 133 III 657 consid. 3.2).

Lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée (art. 337c al. 1 CO). On impute sur ce montant ce que le travailleur a épargné par suite de la cessation du contrat de travail ainsi que le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a intentionnellement renoncé (art. 337c al. 2 CO).

La jurisprudence considère que si, malgré une mise en demeure claire, l'employeur refuse de payer le salaire dû, le travailleur peut résilier le contrat avec effet immédiat (arrêt du Tribunal fédéral 4C.203/2000 du 2 avril 2001 consid 4c). Cette mise en demeure est le pendant de l'avertissement préalable imposé à l'employeur lorsque le manquement imputable au travailleur n'est pas assez grave pour justifier un licenciement immédiat sans avertissement. L'avertissement n'est cependant pas nécessaire lorsqu'il résulte de l'attitude de l'autre partie qu'une telle démarche serait inutile (ATF 127 III 153 consid. 1b; arrêt du Tribunal fédéral 4C.2/2003 du 25 mars 2003 consid. 5.2).

**6.2** En l'espèce, il ressort du dossier que l'intimé, le 7 janvier 2011, par la voix de son fils, a formellement requis l'appelante de lui verser un salaire total de 25'000 fr., en lui fixant un délai à cet effet au 31 janvier 2011. Il a parallèlement indiqué qu'il cesserait quoi qu'il en soit son activité cinq jours plus tard.

Le 15 janvier 2011, il a effectivement résilié son contrat de travail avec effet immédiat.

L'appelante a quant à elle invité l'intimé à prendre contact avec elle pour discuter de son salaire le 14 janvier 2011. Dans la mesure où cette invitation a été clairement alléguée par l'appelante en première instance sans que l'intimé ne soulève la moindre objection à ce sujet, ce dernier n'est pas recevable à contester, au stade de l'appel, l'avoir reçue avant sa démission.

L'appelante a, trois jours plus tard, offert de lui payer 10'500 fr. au titre de salaire brut. L'intimé n'a cependant donné aucune suite à cette proposition. Il a ensuite mis en demeure l'appelante de lui verser, toutes prétentions confondues, 100'400 fr. le 1<sup>er</sup> septembre 2011.

Ainsi, l'intimé a démissionné non seulement avant l'échéance de sa première mise en demeure, mais en outre, à un moment où les parties n'étaient pas convenues du montant de son salaire et débutaient leurs discussions à ce sujet.

L'intimé ne peut de surcroît pas se prévaloir de l'inutilité d'une mise en demeure, dès lors que l'appelante a montré être disposée, sur le principe, à lui verser un salaire.

**6.3** Au vu de ce qui précède, le grief de l'intimé tiré d'une violation de l'art. 337 CO doit être rejeté.

- 7.** L'appelante remet en cause la répartition des frais judiciaires de première instance. Chacune des parties conclut au surplus à la condamnation de l'autre aux frais en appel.

**7.1** Les frais comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC).

Les frais judiciaires sont fixés et répartis d'office (art. 105 al. 1 CPC).

Les frais sont mis à la charge de la partie succombante (art. 106 al. 1 CPC). Lorsqu'aucune des parties n'obtient gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause (art. 106 al. 2 CPC).

Dans les litiges prud'homaux, il est perçu un émolument de décision fixé entre 200 fr. et 10'000 fr. lorsque la valeur litigieuse excède 75'000 fr. devant le Tribunal et 50'000 fr. devant la Cour (art. 114 let. c et 116 al. 1 CPC; art. 19 al. 3

let. c LaCC). Il n'est en outre pas alloué de dépens ni d'indemnité pour la représentation en justice (art. 22 al. 2 LaCC).

Les frais judiciaires sont compensés avec les avances fournies par les parties. La personne à qui incombe la charge des frais verse le montant restant (art. 111 al. 1 CPC). La partie à qui incombe la charge des frais restitue à l'autre partie les avances que celle-ci a fournies et lui verse les dépens qui lui ont été alloués (art. 111 al. 2 CPC).

Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de première instance (art. 318 al. 3 CPC).

**7.2** Compte tenu d'une valeur litigieuse de 90'000 fr. en première instance (100'400 fr. – 10'500 = 89'900 fr.), l'émolument de décision y relatif a été correctement fixé à 1'000 fr. par les premiers juges (art. 69 RTFMC). Ils sont par ailleurs compensés avec l'avance de frais du même montant effectuée par l'intimé.

Ce dernier étant en partie débouté de ses conclusions, en particulier en ce qui concerne la rétribution d'heures supplémentaires et l'indemnité pour résiliation immédiate justifiée des rapports de travail, chacune des parties supportera la moitié des frais judiciaires.

En appel, les conclusions litigieuses sont réduites à 40'740 fr. (51'240 fr. – 10'500 fr.). Elles sont donc inférieures à 50'000 fr., de sorte que la procédure est gratuite.

Au surplus, l'octroi de dépens est exclu par le droit cantonal en première comme en seconde instance.

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,  
La Chambre des prud'hommes, groupe 4 :**

**À la forme :**

Déclare recevables les appels interjetés par A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ le 17 février 2014 contre la décision JTPH/17/2014 rendue le 17 janvier 2014 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/23996/2011.

**Au fond :**

Annule les chiffres 4, 7 et 8 du jugement entrepris.

**Cela fait, statuant à nouveau :**

Condamne A\_\_\_\_\_ à verser à B\_\_\_\_\_ le montant brut de 32'987 fr. 50 avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> septembre 2011, à charge pour l'employeur d'opérer les déductions sociales légales et usuelles.

Confirme la décision entreprise pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Sur les frais de première instance et d'appel :**

Arrête les frais judiciaires de première instance à 1'000 fr. et les met à la charge des parties par moitié chacune.

Dit qu'ils sont compensés par l'avance de frais fournie par l'intimé, ladite avance demeurant acquise à l'Etat.

Condamne A\_\_\_\_\_ à verser à B\_\_\_\_\_ 500 fr. au titre de remboursement des frais judiciaires de première instance.

Dit que la procédure d'appel est gratuite.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

**Siégeant :**

Madame Paola CAMPOMAGNANI, présidente; Monsieur Olivier GROMETTO, juge employeur, Madame Christine PFUND, juge salariée, Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, 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.