

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/22054/2011-1

CAPH/47/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 4 JUIN 2013

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____ (Genève), appelant d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 17 décembre 2012 (JTPH/130/2012), comparant par M^e Yves MAGNIN, avocat, Rue de la Rôtisserie 2, Case postale 3809, 1211 Genève 3, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

d'une part,

Et

Monsieur B_____, domicilié _____, FRANCE, intimé, comparant par M^e Mélanie MATHYS DONZE, avocate, Collectif de défense, Bd. Saint-Georges 72, 1205 Genève, en l'Étude de laquelle il fait élection de domicile,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 5 juin 2013.

EN FAIT

A. Par jugement du 17 décembre 2012, notifié le lendemain à A_____, le Tribunal des prud'hommes a condamné ce dernier à payer à B_____ la somme brute de 18'242 fr. 45 avec intérêts à 5% dès le 7 mars 2011, sous déduction d'une somme nette de 4'538 fr. 95, et a débouté les parties de toutes autres conclusions.

Par acte déposé le 29 janvier 2013 à la Cour, A_____ appelle de ce jugement. Il conclut à son annulation et au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions.

B_____ conclut à la confirmation du jugement entrepris.

B. Les faits sont les suivants :

a. A_____ exploite à Genève sous la raison individuelle "C_____" une entreprise d'installation et d'entretien de ventilation.

b. A_____ et B_____, domicilié en France voisine, ont signé un contrat, non daté, aux termes duquel ce dernier s'est engagé à travailler au service de A_____ en qualité d'aide-monteur à compter du 1^{er} novembre 2009 à raison 173,3 heures par mois, soit 40 heures par semaine réparties sur cinq jours, pour un salaire mensuel brut de 5'632 fr. 25 par mois. Les parties se réfèrent pour le surplus au Code des obligations et à la Convention collective de travail pour les métiers du chauffage, de la ventilation, climatisation et isolation.

c. Entendu en qualité de témoin par le Tribunal, D_____ a déclaré avoir travaillé huit ans au sein de l'entreprise de A_____ qu'il a quittée fin septembre 2011. Supérieur hiérarchique de B_____, il a indiqué qu'au début de son engagement l'intimé travaillait occasionnellement de manière ponctuelle, c'est-à-dire à temps très partiel. Par la suite, B_____ était intervenu plus régulièrement sur les chantiers. Les horaires de travail étaient les mêmes pour tous les employés.

E_____, également entendu en qualité de témoin, a travaillé au service de A_____ de mars 2010 à septembre 2011. Chef d'un chantier sur lequel B_____ était intervenu, E_____ a déclaré que ce dernier avait travaillé à plein temps durant leurs deux mois de collaboration sur le chantier. E_____ a également déclaré que B_____ était présent sur le chantier en fonction des besoins de l'entreprise et qu'à plusieurs reprises il avait fait défaut sur le chantier. Les absences de B_____ avaient perturbé la planification du travail.

d. A_____ a versé à B_____ les salaires suivants :

Mois	Montants bruts	Montants nets perçus
Novembre 2009	4'830 fr. 58	4'089 fr. 58
Décembre 2009	1'985 fr.75	1'681 fr.14
Janvier 2010	492 fr.92	357 fr.73
Février 2010	1'352 fr.	1'166 fr .50
Mars 2010	4'881 fr.28	4'211 fr.56

Avril 2010	4'881 fr.28	3'657 fr.53
Mai 2010	4'881 fr.28	3'716 fr.11
Juin 2010	4'881 fr.28	3'716 fr.11
Juillet 2010	4'881 fr.28	3'716 fr.11
Août 2010	3'754 fr.62	2'858 fr.38
Septembre 2010	4'881 fr.28	3'698 fr.21
Octobre 2010	4'409 fr.64	3'000 fr.
Novembre 2010	4'881 fr.28	3'042 fr.59
Décembre 2010	4'881 fr.28	3'500 fr.
Janvier 2011	4'881 fr.28	3'500 fr.
Février 2011	225 fr.33	189 fr.11

B_____ a reçu chaque mois des décomptes de salaire dont la formule couvrait une année entière et qui étaient complétés de mois en mois selon les données relatives au mois écoulé (cf. pièces N° 37 à 40 int.).

A partir d'août 2010, B_____ a également reçu des décomptes de salaire, y compris ceux des mois précédents, établis distinctement pour chaque mois (cf. pièce N° 1 app.).

Les décomptes de salaire mentionnent le nombre d'heures de travail accomplies, un salaire horaire de 26 fr. et la rémunération afférente au treizième salaire.

Les décomptes relatifs aux mois de novembre et décembre 2010 ainsi que janvier 2011 mentionnent le salaire afférent à respectivement 16, 72 et 70 heures de vacances.

En sus des salaires, A_____ a reversé à B_____ en mars 2010 la somme de 4'538 fr. 95 payée par la SUVA à titre d'indemnités relatives à l'accident subi par B_____ en février 2010.

e. Par message électronique du 14 février 2011, A_____ a fait parvenir à B_____ un courrier, daté par erreur du 14 janvier 2010, aux termes duquel son contrat de travail était résilié, en tenant compte du délai de congé prévu par la convention collective de travail applicable à la profession.

Par courrier recommandé du 2 mars 2011, A_____ a précisé à B_____ que le délai de résiliation était de deux mois. Il lui a reproché de ne s'être pas présenté au travail, sauf le 7 février 2011, malgré ses appels téléphoniques réitérés, ainsi que ceux de ses chefs d'équipe. A_____ le mettait en demeure de se présenter le lundi suivant ou de lui fournir un justificatif d'absence, à défaut de quoi il retiendrait à son encontre un abandon d'emploi.

B_____ a admis qu'il n'avait travaillé en février 2011 que le 7 du mois et que lorsque A_____ lui avait demandé après le 14 février 2011 de venir travailler, il avait refusé craignant de ne pas être payé.

Par courrier du 14 mars 2011 à l'adresse de B_____, A_____ constatait qu'il ne s'était pas présenté à son poste de travail, sans fournir de justificatifs d'absence. En

conséquence, A_____ résiliait le contrat de travail avec effet immédiat pour abandon d'emploi. B_____ a déclaré qu'il ne lui semblait pas avoir reçu ce courrier.

f. Par acte déposé le 23 septembre 2011 en vue de conciliation, B_____ a assigné A_____ devant le Tribunal des prud'hommes en paiement de 46'031 fr. 55 à titre de solde du salaire et 7'450 fr. à titre du salaire afférent aux vacances, les deux sommes portant intérêts à 5% dès le 1^{er} mai 2011.

A l'introduction de la demande devant le Tribunal le 8 décembre 2011, B_____ a réduit son chef de conclusion en paiement de 7'450 fr. à 5'896 fr. 30.

A_____ a conclu au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions.

g. Dans le jugement entrepris, le Tribunal a retenu que la Convention collective de travail pour les métiers du chauffage, de la ventilation et de la climatisation du canton de Genève (ci-après CCT) était applicable au litige. Le salaire stipulé dans le contrat signé par les parties avait été simulé. La question de l'horaire de travail de B_____ pouvait demeurer ouverte. Par ailleurs, les rapports contractuels avaient pris fin le 7 mars 2011 par actes concluants.

B_____ avait été engagé à un salaire horaire de 26 fr. Il était cependant douteux qu'il ait travaillé à plein temps, au vu des déclarations de D_____ et de E_____. B_____ avait été engagé de manière occasionnelle sur appel de A_____, ce que confirmaient les fiches de salaire d'où ressortait expressément le nombre d'heures travaillées effectivement. Ce système violait toutefois les art. 2.01 et 2.02 CCT, de sorte que B_____ aurait dû bénéficier d'un horaire mensuel de travail de 173,3 heures, soit 40 heures hebdomadaires réparties sur cinq jours.

Par conséquent, il y avait lieu de calculer son salaire mensuel brut jusqu'au 7 mars 2011, augmenté du 13^{ème} salaire, sur la base d'une durée mensuelle de travail de 173,3 heures et d'un salaire horaire de 26 fr. Après déduction du salaire perçu, le solde du salaire brut dû à B_____ s'élevait à 18'242 fr. 45 sous imputation d'un montant net de 4'538 fr.95 à titre d'indemnités de la SUVA.

EN DROIT

1. Contre une décision finale rendue dans une cause présentant une valeur litigieuse supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC), seule la voie de l'appel écrit introduit dans un délai de 30 jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC) est ouverte.

Interjeté en temps utile et selon la forme prescrite, l'appel est recevable.

2. L'instance d'appel revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC; HOHL, Procédure civile, tome II, 2010, n. 2314 et 2416; RETORNAZ, L'appel et le recours, in Procédure civile suisse, 2010, p. 349 ss, n.

121). 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, in JdT 2010 III p. 115 ss, p. 137; REETZ/THEILER, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [éd.], 2013, n° 38 ad Art. 311).

Les maximes de procédure qui ont prévalu en première instance s'appliquent également en appel (VOLKART, in Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [éd.], 2011, n° 7 ff. ad Art. 316; REETZ/HILBER, op. cit., n° 16 ad Art. 316 CPC; JEANDIN, in CPC, Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/ SCHWEIZER/TAPPY [éd.], 2011., n° 6 ad art. 316 CPC), soit en l'espèce, les maximes de disposition (art. 58 al. 1 CPC) et des débats (art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC *a contrario*).

3. La question de savoir si les parties avaient convenu d'un salaire mensuel brut de 5'632 fr. 25, comme le soutenait l'intimé, n'est plus litigieuse en appel. En effet, bien que les premier juges aient retenu un salaire horaire brut de 26 fr., allégué par l'appelant, l'intimé n'a pas formé appel joint et s'en est remis à l'appréciation du Tribunal relative au salaire horaire (cf. réponse, ad 16 à 24 i.f., p. 6).
4. En revanche, les parties divergent sur la question du temps de travail convenu, l'intimé se prévalant du temps de travail stipulé dans le contrat signé par les parties, soit 173,3 heures mois, tandis que l'appelant soutient que ledit contrat était simulé et que le temps de travail correspondait aux heures de travail effectivement accomplies en fonction d'une part, des besoins de l'entreprise et d'autre part, de la disponibilité de l'intimé.

Il y a lieu de déterminer la durée de travail convenue.

4.1 La durée du temps de travail résulte en premier lieu du contrat individuel de travail ou de la convention collective de travail applicable (STEIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 2012, n° 9 ad art. 321 CO p. 168).

Un acte est simulé au sens de l'art. 18 CO lorsque les deux parties sont d'accord que les effets juridiques correspondant au sens objectif de leur déclaration ne doivent pas se produire et qu'elles n'ont voulu créer que l'apparence d'un acte juridique à l'égard des tiers (ATF 123 IV 61 consid. 5c/cc p. 68; ATF 112 II 337 consid. 4a p. 343; ATF 97 II 201 consid. 5 p. 207; arrêt du Tribunal fédéral 4A_362/2012 du 28 septembre 2012 consid. 4.1). Leur volonté véritable tendra soit à ne produire aucun effet juridique, soit à produire un autre effet que celui de l'acte apparent; dans ce dernier cas, les parties entendent en réalité conclure un second acte dissimulé (ATF 123 IV 61 consid. 5c/cc p. 68; ATF 112 II 337 consid. 4a p. 343; arrêt du Tribunal fédéral 4A_362/2012 du 28 septembre 2012 consid. 4.1). Juridiquement inefficace d'après la volonté réelle et commune des parties, le contrat simulé est nul (ATF 123 IV 61 consid. 5c/cc p. 68; ATF 97 II

201 consid. 5 p. 207; arrêt du Tribunal fédéral 4A_362/2012 du 28 septembre 2012 consid. 4.1), tandis que le contrat dissimulé - que, le cas échéant, les parties ont réellement conclu - est valable si les dispositions légales auxquelles il est soumis quant à sa forme et à son contenu ont été observées (ATF 117 II 382 consid. 2a p. 384 s.; ATF 96 II 383 consid. 3a p. 390; arrêts du Tribunal fédéral 4A_156/2009 du 10 juin 2009 consid. 3.3; 4A_96/2008 du 26 mai 2008 consid. 2.3 publié in SJ 2008 I p. 448). Il incombe à celui qui se prévaut de la simulation d'en apporter la preuve (art. 8 CC), étant précisé qu'on ne saurait admettre trop facilement que les déclarations ou attitudes des parties ne correspondent pas à leur volonté réelle; le juge doit se montrer exigeant en matière de preuve d'une simulation (ATF 112 II 337 consid. 4a p. 342; arrêts du Tribunal fédéral 4A_96/2008 déjà cité consid. 2.3; 4P.59/2002 du 6 juin 2002 consid. 2b). Des allégations de caractère général et de simples présomptions ne suffisent pas. Selon la jurisprudence, le comportement ultérieur des parties est un indice de leur intention réelle au moment de la conclusion du contrat (ATF 112 II 337 consid. 4a p. 343; arrêts du Tribunal fédéral 4A_362/2012 du 28 septembre 2012 consid. 4.1 et 4A_607/2010 du 14 février 2011 consid. 2.2.1).

4.2 Dans le cas du travail sur appel proprement dit (*echte Arbeit auf Abruf*), le travailleur a une obligation de fournir du travail en fonction des instructions de l'employeur, ce qui signifie que ce dernier peut faire appel au travailleur unilatéralement au gré de ses besoins momentanés. Dans le cas du travail sur appel improprement dit (*unechte Arbeit auf Abruf*), le travailleur n'a pas l'obligation de fournir une prestation de travail; sa mise en œuvre n'intervient que sur la base d'un accord réciproque (ATF 124 III 249 consid. 2a, JdT 1999 I p. 275; arrêt du Tribunal fédéral 4A_509/2009 du 7 janvier 2010 consid. 2.3, JAR 2011 p. 117).

4.3 En l'espèce, il n'est pas contesté que les relations contractuelles entre les parties se sont nouées en novembre 2009.

S'agissant des circonstances postérieures à la conclusion du contrat D_____, supérieur hiérarchique de l'intimé au sein de l'entreprise de l'appelant, a rapporté qu'au début de son engagement l'intimé travaillait occasionnellement de manière ponctuelle, c'est-à-dire à temps très partiel. Il était intervenu plus régulièrement par la suite. Le caractère irrégulier et variable de l'horaire de travail accompli par l'intimé constitue un indice en faveur d'un temps de travail déterminé en fonction des besoins de l'appelant.

E_____, chef d'un chantier sur lequel l'intimé était actif a déclaré que ce dernier avait travaillé à plein temps durant leurs deux mois de collaboration sur le chantier. Toutefois, ce témoin a également indiqué de manière contradictoire que l'intimé venait sur le chantier en fonction des besoins de l'entreprise et qu'à plusieurs reprises l'intimé avait fait défaut sur le chantier. Ce témoignage n'est par conséquent pas décisif pour déterminer le temps de travail convenu.

Cela étant, l'intimé a déclaré avoir reçu en août 2010 les décomptes de salaire produits par l'appelant sous pièce 1, y compris ceux relatifs aux mois précédents. L'intimé a également indiqué qu'il avait reçu chaque mois les décomptes de salaire qu'il a produits sous pièces N° 37 à 39. Outre les variations de revenus déjà connues de l'intimé en raison du versement de montants variables, lesdites fiches de salaires indiquaient le nombre d'heures de travail accomplies pour le calcul du salaire. Or, il n'est pas établi que l'intimé se soit plaint de l'inexactitude du nombre d'heures de travail mentionnées dans ces décomptes, les déclarations de celui-ci sur ce point devant être accueillies avec circonspection. Par conséquent, l'absence de contestation de l'intimé tend à démontrer que le temps de travail accompli indiqué dans les décomptes était conforme à la réalité.

Au vu de ce qui précède, il ressort des circonstances postérieures à la conclusion du contrat que l'intimé accomplissait son travail selon un horaire qui pouvait être variable; l'absence de protestations de l'intimé à la suite de la lecture des décomptes atteste que la variabilité de l'horaire était conforme à la réelle et commune volonté des parties. Par conséquent, la Cour retient que l'intimé fournissait sa prestation de travail à la demande de l'appelant en fonction des besoins de son entreprise.

Reste encore à déterminer si l'intimé ne s'est engagé à fournir sa prestation de travail qu'en fonction de ses propres disponibilités. A cet égard, il n'est pas établi que l'intimé travaillait pour d'autres employeurs que l'appelant, ni qu'il déployait une activité lucrative indépendante. Le fait que l'appelant ait mis en demeure l'intimé de se présenter le lundi suivant, par courrier du 2 mars 2011, au motif qu'il ne s'était pas rendu à son poste de travail, sauf le 7 février 2011, ne permet pas de tirer de conclusions sur le type de travail sur appel convenu.

L'appelant qui soutenait que les parties avaient convenu d'un contrat de travail sur appel improprement dit échoue dans la preuve des faits permettant d'en constater l'existence.

Il s'ensuit que les parties ont conclu un contrat de travail sur appel proprement dit.

5. Les parties s'accordent, à juste titre, sur l'application à leurs relations contractuelles de la CCT, étendue du 1^{er} janvier 2007 au 31 décembre 2010, puis à compter du 1^{er} février 2011. Il reste donc à examiner si la CCT prohibe le travail sur appel.

5.1 A teneur de l'art. 4 al. 1 de la loi permettant d'étendre le champ d'application des conventions collectives de travail (LECCT), les clauses de la convention prévues à l'art. 323 CO (actuellement art. 357 CO) et les obligations incombant aux employeurs et travailleurs liés par la convention envers les parties contractantes conformément à l'art. 323ter al. 1 CO (actuellement art. 357b CO) s'appliquent également aux employeurs et travailleurs auxquels la convention est étendue.

Le fait que l'extension n'ait pas eu d'effet en janvier 2011 n'y change rien, puisque lorsque l'effet direct et impératif d'une convention collective cesse, les parties aux contrats de travail conclus sous l'empire de la convention collective sont, sauf accord contraire, présumées l'appliquer, à titre indirect, jusqu'à une prochaine modification du contrat de travail (ATF 130 III 19 consid. 3.1; AUBERT, in Commentaire romand, THEVENOZ/WERRO [éd.], 2012, n° 16 ad art. 357 CO).

Selon l'art. 1 des arrêtés successifs d'extension de la CCT, toutes ses dispositions sont étendues, à l'exception de celles libellées en italique.

Parmi les dispositions imprimées en caractères normaux, l'art. 2.01 CCT prescrit que la durée hebdomadaire du temps de travail est de 40 heures (let. a). Sont admissibles des dérogations au temps de travail hebdomadaires entre 38 heures au minimum et 45 heures maximum, moyennant l'accord des travailleurs et de l'employeur (let. b). L'art. 2.03 CCT prévoit d'autres dérogations plus importantes, dans le limites de la loi sur le travail, et avec l'accord des parties contractantes à la CCT, seulement dans des cas d'absolue nécessité qui sont énumérés. L'art. 3.01 CCT prescrit que le salaire est payé à l'heure (al. 1) et interdit le travail à la tâche, sauf dérogations admises par la Commission paritaire (al. 4). Enfin, l'art. 3.03 prévoit que les travailleurs sont payés, dans la règle, tous les 14 jours. S'ils sont payés sur une base mensuelle, un mois correspond 173,3 heures pour le calcul du salaire. Le treizième salaire équivaut à une fraction de 8,33% du salaire payé (art. 3.13 CCT).

5.2 Selon l'art. 357 CO, sauf disposition contraire de la convention, les clauses relatives à la conclusion, au contenu et à l'extinction des contrats individuels de travail ont, pour la durée de la convention, un effet direct et impératif envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient (al. 1). En tant qu'ils dérogent à des clauses impératives, les accords entre employeurs et travailleurs liés par la convention sont nuls et remplacés par ces clauses; toutefois, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables (al. 2).

Les dispositions normatives d'une convention collective de travail doivent être interprétées de la même manière qu'une loi (ATF 136 III 283 consid. 2.3.1; ATF 127 III 318 consid. 2a). La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). On peut cependant s'écarter de cette interprétation s'il y a des raisons sérieuses de penser que le texte de la loi ne reflète pas la volonté réelle du législateur; de tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi. (ATF 136 III 283 consid. 2.3.1; ATF 135 I 198 consid. 1). Dans le domaine de l'interprétation des dispositions normatives d'une convention collective, il ne faut pas exagérer la distinction entre les règles sur l'interprétation des lois et les règles sur l'interprétation des contrats; la volonté des cocontractants et ce que l'on peut comprendre selon le principe de la bonne foi constituent également des moyens d'interprétation (ATF 136 III 283 consid. 2.3.1; ATF 133 III 213 consid. 5.2).

Si les parties ont convenu de déroger à la convention collective, on doit examiner, pour le rapport de travail en question, si les conditions contractuelles sont plus favorables pour le travailleur que celle de la convention collective. Il ne s'agit pas de savoir quelle est la réglementation préférée du travailleur concerné, mais on doit procéder de manière objective et se demander quelle serait l'appréciation d'un travailleur raisonnable compte tenu de la pratique dans la branche concernée (ATF 134 III 399 consid. 3.2.4.3, JdT 2008 I 535).

5.3 En l'espèce, selon la lettre de la CCT, la durée hebdomadaire de travail est en principe de 40 heures par semaine. Une durée minimum de 38 heures est envisageable; toutefois, à rigueur de texte, cela suppose l'accord de l'employeur et des travailleurs, ce qui signifie qu'il ne s'agit pas un accord intervenant dans le cadre d'un contrat individuel de travail, mais du consentement de l'ensemble des travailleurs de l'entreprise. Ainsi, même si la CCT n'interdit pas expressément le travail sur appel proprement dit, elle fixe néanmoins la durée minimum du travail à 38 heures par semaine. En outre, pareille dérogation présente un caractère exceptionnel en raison de l'accord de tous les travailleurs de l'entreprise qu'elle suppose. D'autres dérogations, hormis celles prévues par l'art. 2.03 CCT qui vise manifestement des horaires dépassant la limite maximale de 45 heures par semaine, paraissent ainsi exclues.

A cela s'ajoute que le travail à la tâche est expressément proscrit par la CCT (art. 3.01 al. 3 CCT). Or, le travail à la tâche présente une analogie avec le travail sur appel. Dans le travail à la tâche, le travailleur est dans une situation plus précaire que les autres salariés, puisque sa rémunération dépend de la quantité de travail fournie. Le risque du travailleur sur appel est le même, en raison de la flexibilité du temps de travail (BYRNE-SUTTON, *Le contrat de travail à temps partiel*, 2001, p. 104 - 105). Il s'ensuit qu'en prohibant le travail à la tâche, le but des parties à la CCT était d'empêcher l'exposition des travailleurs de la branche à la précarité que peut induire cette forme de travail, même si l'art. 326 al. 4 CO offre une protection au travailleur à cet égard (ATF 125 III 65 consid. 5). On conçoit dès lors mal que les parties contractantes ait eu la volonté de ne pas interdire le travail sur appel, tout en prohibant le travail à la tâche.

Par conséquent, bien que la lettre de la CCT n'interdise pas expressément le travail sur appel, son esprit et la fixation d'une durée hebdomadaire minimum de travail concourent à la prohibition du travail sur appel. Il n'existe pas, à la connaissance de la Cour, de travaux préparatoires qui révéleraient une intention contraire des parties contractantes à la CCT.

Le travail sur appel ne constituerait pas, d'un point de vue d'un travailleur raisonnable, une disposition contractuelle plus favorable que la réglementation de la CCT sur la durée du travail, en raison du risque susmentionné. Même si le travailleur doit être rémunéré pour le service de mise à disposition (ATF 124 III 249 consid. 3b), cette indemnisation ne compense pas ce risque, dès lors qu'il est

admis qu'en règle générale cette rétribution est inférieure à la rémunération pour le travail fourni (ATF 124 III 249 consid. 3b).

Il s'ensuit que les dispositions de la CCT sur le temps de travail sont applicables aux relations contractuelles entre les parties.

6. L'intimé réclame le solde de son salaire et soutient avoir effectivement travaillé à raison de 173,3 heures par mois conformément au contrat signé tandis que l'appelant prétend que ce dernier n'a exécuté que les heures de travail qui lui ont été rémunérées.

6.1 Le travailleur doit fournir sa prestation de travail alors que l'employeur reste tenu de payer le salaire. S'il n'exécute pas sa prestation de travail sans être empêché par un motif reconnu, le travailleur est en demeure (art. 102 ss CO) et l'employeur peut alors refuser de payer le salaire (art. 82 CO) (ATF 135 III 349 consid. 4.2).

De son côté, l'employeur peut également être en demeure. S'il empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, l'employeur doit payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir sa prestation (art. 324 al. 1 CO). En conséquence, lorsque pour des motifs économiques ou techniques, l'employeur refuse la prestation de travail dûment offerte, l'employeur tombe en demeure et reste devoir le salaire (ATF 125 III 65 consid. 5; ATF 124 III 346 consid. 2a). Cette règle est impérative et le travailleur ne peut valablement y renoncer pendant la durée du contrat et dans le mois suivant sa fin (ATF 125 III 65 consid. 5). L'employeur supporte en effet le risque commercial et le risque d'exploitation. Pour sa demeure, il n'est pas nécessaire que l'employeur soit en faute (ATF 124 III 346 consid. 2a).

La demeure de l'employeur suppose en principe que le travailleur ait offert ses services (ATF 135 III 349 consid. 4.2; ATF 115 V 437 consid. 5a; arrêts du Tribunal fédéral 4A_332/2007 du 15 novembre 2007 consid. 2.1, 4C.155/2006 du 23 octobre 2006 consid. 5.2 et 4C.189/2005 du 17 novembre 2005 consid. 3.3, JAR 2006 p. 366). L'offre du travailleur n'est subordonnée à aucune forme. Il faut toutefois que, d'après les circonstances, l'employeur doive de bonne foi comprendre que le travailleur a l'intention d'exécuter son travail, condition qui n'est pas remplie lorsque l'employeur sait seulement que le salarié est sans travail (arrêt du Tribunal fédéral 4A_332/2007 du 15 novembre 2007 consid. 2.1). Selon les principes généraux (art. 108 al. 1 CO par analogie), la mise en demeure n'est pas nécessaire lorsqu'il ressort de l'attitude de l'employeur qu'elle resterait sans effet (arrêt du Tribunal fédéral 4A_332/2007 du 15 novembre 2007 consid. 2.1) ou lorsqu'il n'aurait de toute manière pas accepté la prestation de travail offerte (ATF 135 III 349 consid. 4.2; arrêt du Tribunal fédéral 4C.155/2006 du 23 octobre 2006 consid. 5.2). Il appartient au travailleur de prouver les circonstances permettant d'admettre que l'employeur a renoncé définitivement de recourir à ses services (CARUZZO, Le contrat individuel de travail, 2009, p. 181).

En outre, la demeure de l'employeur suppose que le travailleur soit en mesure et prêt à exécuter sa prestation telle que prévue par le contrat (ATF 114 II 274 consid. 4, JdT 1989 I p. 7; arrêt du Tribunal fédéral 4C.189/2005 du 17 novembre 2005 consid. 3.3, JAR 2006 p. 366).

6.2 En l'espèce, abstraction faite de la durée conventionnelle du travail, les parties avaient convenu d'un travail sur appel, si bien que l'intimé pouvait s'attendre à une variation des heures de travail. En revanche, en cas de baisse importante et abrupte des heures de travail sollicitées par l'appelant, il lui incombait, conformément aux règles sur la demeure de l'employeur, d'offrir à l'appelant sa prestation de travail, étant précisé que cette obligation incombe également au travailleur dans le travail sur appel (STREIFF/VONKAENEL/RUDOLF, Arbeitsvertrag, 2012, n° 9 ad art. 324 CO).

Calculé sur une durée de travail mensuel de 173,3 heures (art. 3.03 CCT), le salaire de l'intimé pour un taux d'occupation à 100% serait de 4'505 fr. 80 (173,3 heures x 26 fr./heure). Avec la part du 13^{ème} salaire, la rémunération mensuelle brute s'élèverait 4'881 fr. 13. C'est là effectivement le revenu mensuel réalisé par l'intimé de mars 2010 à janvier 2011, à l'exception des mois d'août et d'octobre.

Au mois de novembre 2009, l'intimé a reçu un salaire brut légèrement inférieur (4'830 fr. 58) à celui correspondant à un taux d'occupation complet. En revanche, les salaires, respectivement les heures travaillées à la demande de l'appelant en décembre 2009, janvier et février 2010 ont diminué par rapport à celle de novembre 2009 de respectivement 60%, 90% et 70%. Or, l'intimé n'a pas proposé à l'appelant de lui fournir sa prestation de travail, ce qu'il ne soutient au demeurant pas.

Les salaires des mois d'août et d'octobre 2010, respectivement les heures travaillées à la demande de l'appelant durant ces mois ont été inférieures aux salaires réalisés et aux heures effectuées depuis mars 2010 (4'881 fr. 28) de respectivement 20% et 10%. Même si cette variation est moins importante que la précédente, elle n'en demeure pas moins sensible. Cependant, là encore, l'intimé n'a pas offert à l'appelant sa prestation de travail.

En ce qui concerne le mois de février 2011, l'intimé a cessé de travailler à partir du 7 de ce mois et a refusé de travailler à la suite de la demande de l'appelant formulée après le 14 février 2011, parce qu'il craignait de ne pas être payé. Ce motif de refus est injustifié, puisqu'il n'est pas établi que l'intimé n'avait pas été rémunéré auparavant pour des heures de travail effectivement accomplies. Ainsi, l'intimé n'était pas prêt à fournir une prestation de travail.

Par conséquent, la Cour retient que les conditions de la demeure de l'appelant ne sont pas réalisées et que le solde de salaire réclamé par l'intimé n'est pas dû.

Le jugement attaqué qui a condamné l'appelant au paiement de la somme de 18'242 fr. 45 sera donc annulé, et l'intimé débouté de toutes ses conclusions.

7. En raison d'une valeur litigieuse inférieure à 50'000 fr., il n'est pas perçu de frais judiciaires (art. 116 al. 1 CPC et 71 RTFMC).

Il n'est pas alloué de dépens dans les causes soumises à la Juridiction des prud'hommes (art. 116 al. 1 CPC et 22 al. 2 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 1 :**

À la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre le jugement JTPH/130/2012 rendu le 17 décembre 2012 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/22054/2011-1.

Au fond :

Annule ce jugement.

Statuant à nouveau :

Déboute B_____ de toutes ses conclusions.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente; Monsieur Roberto SPINELLI, juge employeur, Monsieur Ivo VAN DOORNIK, juge salarié, 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 au sens de la LTF supérieure ou égale à fr. 15'000.-.