



POUVOIR JUDICIAIRE

C/23270/2015-1

CAPH/131/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 5 SEPTEMBRE 2017

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____, appelant d'un jugement JTPH/455/2016 rendu par le Tribunal des prud'hommes le 19 décembre 2016, comparant par M^c Marco CRISANTE, avocat, rue du Conseil-Général 18, 1205 Genève, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

d'une part,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, intimé, comparant par le Syndicat SIT, rue des Chaudronniers 16, case postale 3287, 1211 Genève 3, auprès duquel il fait élection de domicile,

d'autre part.

EN FAIT

A. a. A_____ exploite une entreprise individuelle à l'enseigne C_____, sise à Genève, active dans la gypserie-peinture, décoration et pose de papier-peint.

b. B_____ a été engagé oralement par A_____ en qualité de peintre, pour une durée indéterminée en 2013.

Le salaire horaire brut convenu était de 26 fr.

c. Le 4 octobre 2013, la Commission paritaire du second œuvre de Genève a visité un chantier sur lequel B_____ travaillait. Selon le rapport n° 1_____ dressé à la suite de ce contrôle, B_____ avait été engagé le 3 octobre 2013 pour une activité à 100%, mais n'avait pas été déclaré au moment du contrôle. Il avait en revanche été déclaré à la Caisse de compensation bâtiment le 7 octobre 2013 en tant que peintre en bâtiment avec un salaire de la classe C.

d. Selon les déclarations des témoins entendus par le Tribunal des prud'hommes, B_____ a travaillé sur un chantier à X_____ en 2014, un chantier du D_____, un chantier à Y_____ et un chantier à Z_____ ou W_____ (témoins E_____, plombier; F_____, poseur de faux-plafonds, employé par une entreprise tierce; G_____, poseur de plafonds, indépendant; H_____, cliente de A_____; I_____, menuisier, indépendant; J_____, carreleur, indépendant; K_____, peintre, indépendant; L_____, plâtrier-peintre).

F_____ a précisé avoir vu B_____ sur le chantier précité du D_____ en mai 2014.

Plusieurs de ces témoins n'étaient pas présents en permanence sur lesdits chantiers et, de ce fait, n'ont pas été en mesure d'affirmer si B_____ avait travaillé tous les jours ni s'il avait travaillé des journées complètes (témoins G_____; H_____; J_____; M_____; K_____).

E_____, qui a travaillé sur le chantier de X_____, a déclaré avoir vu B_____ environ deux fois par semaine à tout le moins, travailler toute la journée. Toutefois, le témoin ne savait pas si, lorsqu'il avait été absent du chantier, B_____ était présent ou non. F_____, qui a travaillé deux semaines sur le chantier précité, a confirmé avoir vu B_____ deux ou trois jours travailler huit heures par jour. I_____, qui avait travaillé un mois environ sur ce même chantier, a déclaré avoir vu B_____ travailler la plupart du temps sur le chantier.

F_____, qui a travaillé sur le chantier de Y_____ pendant deux jours, a vu B_____ travailler pendant ces deux jours. I_____, qui a également travaillé sur ce chantier, n'a pas été en mesure d'indiquer si B_____ avait travaillé tous les jours toute la journée. L_____, qui a aussi travaillé sur ledit chantier huit heures par

jour pendant une période discontinue de deux semaines, a déclaré avoir vu B_____ pratiquement tous les jours sur ce chantier.

e. Selon les fiches de salaire, B_____ a perçu de A_____ les montants bruts suivants :

- 681 fr. 50 en 2013 (416 fr. pour 16 heures de travail et 34 fr. d'indemnités forfaitaires [octobre 2013], 208 fr. pour 8 heures de travail et 17 fr. d'indemnités forfaitaires [novembre 2013], et 57 fr. 50 à titre de 13^{ème} salaire pour l'année 2013 [décembre 2013]) et
- 4'997 fr. 75 en 2014 (520 fr. pour 20 heures de travail et 51 fr. d'indemnités forfaitaires [mars 2014], 2'080 fr. pour 80 heures de travail et 170 fr. d'indemnités forfaitaires [septembre 2014], 1'976 fr. pour 76 heures de travail et 170 fr. d'indemnités forfaitaires [octobre 2014] et 421 fr. 75 à titre de 13^{ème} salaire pour l'année 2014 [décembre 2014]).

Le travailleur n'a perçu aucun salaire en janvier et février, ainsi que d'avril à août 2014.

f. Selon les certificats de salaire émis par A_____, B_____ a perçu un salaire brut de 681 fr. 50 en 2013 et de 4'997 fr. 75 en 2014.

g. Dans sa déclaration fiscale 2013, B_____ a mentionné une interruption de travail non payée et sans indemnité entre le 23 mai et le 30 septembre 2013.

Dans sa déclaration fiscale 2014, B_____ a indiqué travailler selon les besoins de son employeur, A_____, et une interruption de travail non payée et sans indemnité de janvier à mars 2014, d'avril à septembre 2014 et partiellement en octobre 2014.

Selon les déclarations d'impôts précitées, et les taxations fiscales y relatives, le salaire du travailleur correspond aux salaires déclarés dans les fiches et les certificats de salaire mentionnés ci-dessus (cf. *supra* lettres A.e et A.f).

h. Le 17 octobre 2014, dans la matinée, B_____ a été victime d'un accident de travail et s'est trouvé en arrêt depuis cette date.

i. Le 4 novembre 2014, A_____ a annoncé ce sinistre à son assurance-accident, la SUVA. Dans le formulaire de déclaration de sinistre LAA, il était indiqué que le taux d'occupation du travailleur était de 10%, soit 4 heures de travail par semaine et 26 heures mensuelles, et que l'occupation du travailleur était irrégulière.

j. Par courrier du 7 novembre 2014, la SUVA a informé B_____ que le montant de l'indemnité journalière lui revenant s'élevait à 128 fr. 45 par jour calendaire et serait versée à partir du 20 octobre 2014.

k. Par télécopie du 27 avril 2015, le travailleur a transmis à la SUVA, suite à sa demande, ses décomptes de salaire depuis octobre 2013.

l. Par courrier du 15 juin 2015, la SUVA, qui avait recalculé le montant de l'indemnité journalière sur la base des décomptes de salaire du travailleur, a informé ce dernier que le montant de l'indemnité lui revenant était corrigé à 32 fr. 60 par jour, avec effet rétroactif au 20 octobre 2014.

m. Par courrier du 30 juin 2015, B_____ a mis en demeure son employeur de rectifier sa situation auprès de la SUVA en déclarant qu'il effectuait un travail à temps plein (100%) dans l'entreprise et non à temps partiel (10%).

n. Par courrier du 8 juillet 2015, A_____ a rejeté la demande de son employé. Il a fait valoir qu'il avait fait appel aux services de son employé entre octobre 2013 et octobre 2014 de manière irrégulière et que celui-ci était libre d'accepter le travail proposé. L'employé, qui avait effectué quelques heures par mois pendant cette période et encore seulement pendant cinq mois, n'avait donc jamais travaillé à temps complet.

o. Par acte déposé auprès de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice le 18 septembre 2015, B_____ a formé recours à l'encontre de la décision de la SUVA du 15 juin 2015, laquelle avait été confirmée sur opposition le 18 août 2015.

Par arrêt du 17 novembre 2015, la Chambre des assurances sociales a annulé les décisions de la SUVA des 15 juin et 18 août 2015, pris acte de la proposition faite par la SUVA de reprendre l'instruction du dossier et renvoyé la cause pour reprise de l'instruction.

p. Selon un courrier de la Caisse de compensation du bâtiment et de la gypserie-peinture du 25 novembre 2015, un réviseur AVS-SUVA de ladite caisse a contrôlé la comptabilité de l'entreprise le 11 novembre 2015 pour la période de janvier 2010 à décembre 2014. Il ressortait notamment de ce contrôle que toutes les transactions passaient par un compte bancaire et que le chiffre d'affaires était réalisé principalement par A_____, le solde l'étant par quelques sous-traitants et ouvriers à temps partiel. Aucune trace de travail au noir n'avait été trouvée.

B. a. Par requête de conciliation du 5 novembre 2015, déclarée non conciliée le 14 décembre 2015 et introduite par le biais d'une demande simplifiée devant le Tribunal des prud'hommes le 23 février 2016, B_____ a conclu au paiement par A_____ d'un montant total de 28'257 fr. 65 à titre de salaire, indemnité pour vacances non prises en nature, 13^{ème} salaire et indemnités forfaitaires pour la période du 6 août 2013 au 17 octobre 2014, déduction faite d'un montant de 45'305 fr. nets que le travailleur reconnaissait avoir perçu de A_____.

Il a allégué que son emploi au sein de l'entreprise de A_____ avait débuté le 6 août 2013 avec un horaire de travail de 8 heures par jour, cinq jours par semaine et qu'il n'avait pas été tout de suite déclaré aux assurances sociales. A la suite du contrôle de chantier du 4 octobre 2013, il avait été déclaré à partir du 10 octobre 2013. Toutefois, il avait convenu avec son employeur qu'il travaillerait à 100%, mais ne serait déclaré qu'à 10%, tout en percevant son salaire non déclaré de la main à la main sans signer de quittance. La différence de salaire entre le temps plein et le temps partiel lui avait été versée de la main à la main à hauteur de 25 fr. nets par heure, soit 200 fr. par jour. Selon la Convention collective de travail romande du second œuvre (CCT-SOR), il aurait dû être rémunéré en classe de salaire B, mais n'avait perçu une rémunération qu'à hauteur des montants prévus par la classe C. Pendant les périodes creuses, il n'avait pas travaillé pour d'autres employeurs et s'était tenu à la disposition de l'entreprise. Les vacances ne lui avaient pas été payées.

b. Par réponse du 18 avril 2016, A_____ a conclu au déboutement d'B_____ de toutes ses conclusions, avec suite de frais.

Il a allégué que son employé était un ami et qu'il avait décidé de l'embaucher de manière ponctuelle au sein de son entreprise dès lors qu'il ne trouvait plus d'emploi depuis longtemps. B_____ avait débuté son emploi le 10 octobre 2013 et, ce de manière irrégulière. Entre octobre 2013 et octobre 2014, il avait travaillé seulement cinq mois. Il avait ainsi travaillé sur appel pour un taux d'occupation à hauteur de 10%. L'employé était libre d'accepter du travail d'une autre entreprise et de refuser le travail qui lui était proposé. B_____ n'avait jamais contesté le salaire qu'il avait perçu ni ses décomptes de salaire. Ce n'était qu'une fois que la SUVA lui avait demandé le remboursement des prestations versées à tort qu'il avait émis de mauvaise foi ses prétentions financières à son encontre.

c. Le Tribunal a ordonné la production de divers documents et entendu les parties, ainsi que plusieurs témoins. Leurs déclarations et témoignages, ainsi que le contenu des documents précités sont déjà intégrés dans la partie en fait ci-dessus, dans la mesure de leur pertinence.

Il ressort en outre des enquêtes ce qui suit :

c.a B_____ a déclaré que contrairement à ce que les fiches de salaire indiquaient, il avait travaillé à 100% et avait perçu un salaire de la main à la main de 200 fr. par jour pour 8 heures de travail. Selon ses allégations, il a perçu de A_____, pour la période allant d'août 2013 à décembre 2014, un montant net total de 45'305 fr. 40, lequel se décomposait comme suit :

- les sommes nettes découlant des fiches de salaire mentionnées ci-dessus (cf. *supra* lettre A.e) pour un montant total de 4'494 fr. 20 (375 fr. 95 [octobre 2013], 187 fr. 95 [novembre 2013], 47 fr. 30 [décembre 2013], 477 fr. 90

[mars 2014], 1'877 fr. 70 [septembre 2014], 1'792 fr. 30 [octobre 2014] et 346 fr. 30 [décembre 2014]) et

- des sommes versées de la main à la main pour un montant total de 40'200 fr. (3'800 fr. [août 2013], 3'800 fr. [septembre 2013], 4'200 fr. [octobre 2013], 4'000 fr. [novembre 2013], 3'000 fr. [décembre 2013], 3'000 fr. [janvier 2014], 1'000 fr. [février 2014], 2'800 fr. [mars 2014], 800 fr. [avril 2014], 2'800 fr. [mai 2014], 4'000 fr. [juin 2014], 3'800 fr. [juillet 2014], 1'000 fr. [août 2014] et 2'200 fr. [septembre 2014]).

B____, qui a déclaré avoir consigné chaque jour dans un carnet le relevé des heures prétendument effectuées pour son employeur, a produit des extraits d'agenda pour les années 2013 et 2014. Ceux-ci sont détaillés ci-dessous et mis en regard des allégations du travailleur à propos du nombre de jours de travail effectués pour son employeur, lesquelles ont varié au cours de la procédure :

Année 2013

	Demande en paiement	Déclarations devant le Tribunal 13.09.2016		Agenda 2013
		Jours déclarés	Jours non déclarés	
octobre	21 jours	2 jours	21 jours	23 jours
novembre	20 jours	1 jour	20 jours	21 jours
décembre	15 jours	0 jour	15 jours	15 jours

Année 2014

	Demande en paiement	Déclarations devant le Tribunal 13.09.2016		Agenda 2014
		Jours déclarés	Jours non déclarés	
janvier	20 jours	0 jour	15 jours	15 jours
février	20 jours	0 jour	5 jours	5 jours

mars	21 jours	0 jour	2.5 jours	14 jours
avril	20 jours	0 jour	4 jours	4 jours
mai	20 jours	0 jour	14 jours	14 jours
juin	20 jours	0 jour	20 jours	20 jours
juillet	19 jours	0 jour	19 jours	19 jours
août	5 jours	0 jour	5 jours	5 jours
septembre	21 jours	10 jours	11 jours	21 jours
octobre	12.5 jours	9.5 jours	3 jours	12.5 jours

B_____ a admis qu'il prenait des vacances, en général au mois d'août trois semaines, voire un mois, mais celles-ci ne lui avaient pas été payées.

La SUVA n'avait toujours rendu aucune décision.

c.b A_____ a contesté avoir jamais remis d'argent de la main à la main à B_____. Il avait pu arriver que certains mois soient regroupés sur une même fiche de salaire avec l'accord du travailleur, mais tous les jours qui avaient été travaillés avaient été payés. Il a contesté que le travailleur se soit tenu à la disposition de l'entreprise. B_____ avait travaillé de manière ponctuelle pour l'entreprise. Au moment de l'engagement, le pourcentage n'avait pas été décidé entre les parties. Lorsque la SUVA avait demandé à quel pourcentage B_____ travaillait, A_____ avait repris les décomptes de salaire de son employé et il avait estimé qu'il s'agissait d'un taux de 10%. B_____ était encore son employé, mais se trouvait toujours en arrêt accident depuis le 17 octobre 2014.

d. Lors de l'audience du 19 octobre 2016, les parties ont plaidé et persisté dans leurs précédentes conclusions.

C. Par jugement JTPH/455/2016 du 19 décembre 2016, le Tribunal, statuant par voie de procédure simplifiée, a condamné A_____ à payer à B_____ la somme brute de 12'809 fr. 60 avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2014 (chiffre 2 du dispositif), la somme brute de 45'123 fr. 30 avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} novembre 2014 (ch. 3), la somme nette de 952 fr. avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2014 (ch. 6), la somme nette de 3'034 fr. 50 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1^{er} novembre 2014 (ch. 7), dit qu'un montant net de 37'705 fr. 40 déjà perçu par B_____ devrait être déduit des sommes brutes précitées (ch. 4), invité la partie qui en avait la charge à opérer les déductions

sociales et légales usuelles (ch. 5), débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 8) et dit qu'il n'était pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens (ch. 9).

Le Tribunal a retenu que les rapports de travail avaient débuté le 3 octobre 2013 et que l'employé avait travaillé à la tâche. Le Tribunal a émis des doutes quant à la véracité des notes inscrites dans les agendas du travailleur, dès lors que les jours travaillés étaient marqués par un trait et que sur le jour du 11 septembre 2014, soit un jour férié, figurait un trait ainsi que le mot "fériel", ce qui laissait penser que le travailleur avait rempli son carnet après coup pour les besoins de la cause. Le travailleur avait ainsi effectué un total de 436.80 heures du 3 octobre au 31 décembre 2013 et de 1'392.30 heures du 1^{er} janvier au 17 octobre 2014. Dans la mesure où la CCT-SOR prohibait cette forme de travail et que le travailleur n'avait pas démontré avoir effectué un travail à temps plein, le Tribunal a arrêté le temps de travail du travailleur à 39 heures hebdomadaires ou 7.8 heures par jour, en se référant à la durée minimale de travail hebdomadaire prévue par la CCT-SOR. Par ailleurs, l'employé avait travaillé pendant deux ans et dix mois en tant que peintre avant son engagement par A_____, de sorte qu'il devait être rémunéré selon la classe de salaire C (24 fr. 65 par heure) jusqu'au 31 décembre 2013, puis selon la classe de salaire B (26 fr. 70 par heure) dès le 1^{er} janvier 2014. Le travailleur avait ainsi droit au paiement de son salaire à hauteur de 47'941 fr. 55 bruts, dont il convenait de déduire la somme nette de 37'705 fr. 40 que le travailleur admettait avoir déjà perçue, les montants indiqués pour les mois d'août et de septembre 2013 ne devant pas être pris en considération.

Le travailleur avait pris ses vacances, mais celles-ci ne lui avaient pas été payées. Il avait donc droit au paiement de 1'145 fr. 60 bruts pour la période du 3 octobre au 31 décembre 2013 et de 3'955 fr. 35 bruts pour la période du 1^{er} janvier au 17 octobre 2014.

Le travailleur avait déjà perçu un 13^{ème} salaire au *pro rata* des salaires reçus, mais ces montants faisaient partie des 37'705 fr. 40 déduits du salaire dû. Le travailleur avait donc droit au paiement de 896 fr. 90 nets pour la période du 3 octobre au 31 décembre 2013 et de 3'096 fr. 65 nets pour la période du 1^{er} janvier au 17 octobre 2014.

Le travailleur avait déjà perçu des indemnités forfaitaires pour les jours de travail accomplis, mais ces montants faisaient partie des 37'705 fr. 40 déduits du salaire dû. Il avait donc droit au paiement d'un montant net de 952 fr. pour la période du 3 octobre au 31 décembre 2013 et de 3'034 fr. 50 pour la période du 1^{er} janvier au 17 octobre 2014.

D. a. Par acte déposé au greffe de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice le 1^{er} février 2017, A_____ appelle de ce jugement, qu'il a reçu le

20 décembre 2016. Il conclut à l'annulation de celui-ci, cela fait, au déboutement d'B_____ de toutes ses conclusions.

b. Par réponse du 2 mars 2017, B_____ conclut à la confirmation du jugement entrepris.

c. Par réplique du 27 mars 2017, A_____ persiste dans ses précédentes conclusions.

d. Par duplique du 18 avril 2017, B_____ conclut au rejet de l'appel, à l'annulation du jugement entrepris et, cela fait, à l'octroi de ses conclusions de première instance.

Il produit trois pièces nouvelles, soit un article de journal du 19 juillet 2015, un article du journal Le Courrier du 10 avril 2017, ainsi qu'une télécopie du 14 novembre 2014.

Il ressort de l'article du 10 avril 2017 qu'un nombre croissant d'employeurs du secteur du bâtiment ne déclareraient qu'à 10%, 20% voire 50%, des employés qui en réalité travaillent à 100%, dans le but de diminuer le montant des cotisations versées aux assurances sociales. La télécopie du 14 novembre 2014 figurait dans le bordereau produit à l'appui de la demande du 23 février 2016, mais avait, par erreur, été remplacée par une autre pièce.

e. Les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger par courrier du 20 avril 2017.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), dans les causes dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Ces conditions étant remplies, la voie de l'appel est donc ouverte.

1.2 Interjeté dans le délai utile eu égard notamment aux fêtes judiciaires de fin d'année et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 142 al. 1, 143 al. 1, 145 al. 1 let. c, 146 al. 1 et 311 al. 1 CPC), l'appel est recevable.

Dans sa duplique, l'intimé a modifié ses conclusions prises dans sa réponse, concluant désormais à l'annulation du jugement querellé et à l'octroi de ses conclusions de première instance. Ces conclusions sont irrecevables, car elles constituent un appel joint, lequel aurait dû être formé au stade de la réponse (art. 313 al. 1 CPC).

1.3 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

1.4 La procédure simplifiée est applicable au cas d'espèce, dans la mesure où la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 fr. (art. 243 al. 1 CPC). La maxime inquisitoire sociale est applicable (art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC; ATF 141 III 569 consid. 2.3).

2. 2.1 La parties ne contestent à juste titre pas la compétence *ratione loci* et *ratione materiae* des juridictions prud'homales genevoises pour connaître du présent litige au vu des domiciles genevois de l'employeur et de l'employé (art. 59 al. 2 let. b et 60 CPC; art. 34 al. 1 CPC; art. 1 al. 1 let. a LTPH; art. 124 let. a LOJ).

2.2 A raison, les parties ne remettent pas en cause le fait que la CCT-SOR, dans sa version de 2011, régit les rapports de travail entre les parties, l'intimé ayant exercé une activité de peintre à Genève pour le compte de l'appelant défendeur, qui exploite une entreprise active dans le domaine de la gypserie-peinture.

3. 3.1 Aux termes de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et qu'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise. Les deux conditions sont cumulatives (JEANDIN, in CPC, Code de procédure civile, BOHNET et al. [éd.], 2011, n. 6 ad art. 317 CPC). La Cour examine d'office la recevabilité des faits et les moyens de preuve nouveaux en appel (REETZ/HILBER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3^{ème} éd., 2016, n. 26 ad art. 317 CPC).

3.2 En l'espèce, l'article de journal du 19 juillet 2015 est antérieur au jugement entrepris et l'intimé n'allègue pas qu'il aurait été empêché de le produire en première instance, de sorte que ledit article est irrecevable.

Il en va de même pour la télécopie du 14 novembre 2014. En effet, cette pièce est antérieure au jugement entrepris et l'intimé admet implicitement ne pas avoir été empêché de la produire.

Dans la mesure où il est postérieur au jugement entrepris, l'article paru dans Le Courrier le 10 avril 2017 est recevable, quoique non déterminant pour l'issue du litige.

4. L'appelant reproche au Tribunal d'avoir arrêté l'horaire de l'intimé à 39 heures par semaine et d'avoir considéré que l'intimé avait droit à un salaire de catégorie B selon la Convention collective de travail du second-œuvre romand (ci-après : CCT-SOR) à compter du 1^{er} janvier 2014.

4.1.1 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. 1 CO).

Conformément à l'art. 357 al. 2 CO, les dispositions d'une convention collective relatives aux salaires sont impératives et il ne peut y être dérogé (VISCHER, Zürcher Kommentar, 4^{ème} éd., 2006, n. 11 ad art. 357 CO). Toutefois, selon la dernière phrase de la disposition précitée, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables (ATF 122 III 110; arrêt du Tribunal fédéral 4C_465/1999 du 31 mars 2000).

Lorsque la CCT-SOR s'applique, les travailleurs sont rémunérés selon différentes classes de salaire : la classe B correspond aux travailleurs sans certificat fédéral de capacité occupés à des travaux professionnels ou aux travailleurs titulaires d'une attestation fédérale de formation professionnelle (AFP); la classe C correspond aux manœuvres et travailleurs auxiliaires, étant précisé que ceux-ci passeront automatiquement de la classe C à la classe B après trois ans d'expérience dans la branche considérée, changement qui sera effectif au 1^{er} janvier qui suivra cette échéance (art. 18 al. 1 CCT-SOR).

En 2013 et 2014, le salaire horaire brut de la classe C s'élevait à 24 fr. 90, tandis que celui de la classe B s'élevait à 26.70 (annexe II de la CCT-SOR).

Le travail aux pièces ou à la tâche ou celui qui n'est pas rémunéré en fonction des heures travaillées est interdit (art. 33 al. 1 CCT-SOR).

La durée hebdomadaire moyenne de travail est de 41 heures (art. 12 ch. 1 let. a CCT-SOR).

L'entreprise a la faculté de fixer la durée hebdomadaire de travail à 39 heures au minimum et à 45 heures au maximum (art. 12 ch. 1 let. b CCT-SOR).

Afin de tenir compte des besoins économiques de l'entreprise, un horaire variable peut être introduit conformément à l'art. 12 ch. 2 CCT-SOR. Dans ce cas, les conditions suivantes doivent être remplies : paiement d'un salaire "mensuel-constant" (let. a), le salaire "mensuel-constant" s'applique au minimum pour 12 mois dès son introduction (let. b), le salaire "mensuel-constant" est calculé sur la base du salaire horaire multiplié par 177.7 heures (let. c), étant précisé que la durée hebdomadaire de travail peut être fixée à 32 heures au minimum sur quatre ou cinq jours et 47 heures au maximum sur cinq jours (let. e).

Le laps de temps s'écoulant entre l'accident et le début de l'indemnisation par la CNA/SUVA (jours de carence) doit être payé par l'employeur au taux d'indemnisation prévu par la CNA/SUVA, ceci pour les accidents professionnels et non professionnels (art. 35 ch. 5 CCT-SOR).

4.1.2 Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs (art. 20 al. 1 CO). Un contrat est illicite au sens de cette disposition lorsqu'il est contraire au droit positif suisse, fédéral ou cantonal, plus

spécifiquement lorsqu'il contrevient à la lettre ou au but d'une disposition légale, pour autant qu'elle soit impérative ou semi-impérative (ACJC/1246/2016 du 23 septembre 2016 consid. 1.2 et la réf. citée).

La nullité d'un contrat peut être invoquée en tout temps et le juge l'examine d'office (arrêt précité et les réf. citées).

Dans les cas où il est constaté que les parties auraient voulu conclure le contrat en sachant que certaines de ses clauses étaient nulles, le juge doit établir la volonté hypothétique des parties. Il doit ainsi rechercher ce dont les parties seraient convenues de bonne foi si elles avaient envisagé la possibilité de la nullité partielle et modifier le contrat en conséquence (GUILLOD/STEFFEN, in Commentaire romand CO I, 2012, n. 102 s. ad art. 19 et 20 CO et les réf. citées).

4.2.1 En l'espèce, le Tribunal, qui s'est référé au rapport de contrôle n° 1_____ de la Commission paritaire du second œuvre de Genève du 4 octobre 2013, a retenu à juste titre que le contrat de travail avait débuté le 3 octobre 2013. Cette appréciation sera confirmée en appel, dans la mesure où l'intimé, quoi qu'il en dise, n'a pas fait appel du jugement querellé.

4.2.2 Il ressort du dossier que l'intimé a travaillé de manière irrégulière pour l'appelant.

En effet, même si l'intimé a allégué dans sa demande en paiement avoir travaillé à 100% pour l'appelant, il a par la suite admis devant le Tribunal que certains mois, l'appelant n'avait eu aucun travail à lui confier. Le fait que l'intimé travaillait de manière irrégulière pour l'appelant est confirmé par la déclaration fiscale 2014 de l'intimé, lequel a indiqué travailler selon les besoins de son employeur. Ce fait est même confirmé par les extraits des agendas 2013 et 2014, qui semblent pourtant confectionnés pour les besoins de la cause, comme l'a relevé le Tribunal. De plus, même si certains témoins ont pu confirmer que l'intimé avait travaillé des journées entières, il ne saurait en être inféré que l'intimé a travaillé quotidiennement à temps plein pour l'appelant pendant toute la durée du contrat.

Certes, le rapport de contrôle n° 1_____ de la Commission paritaire du second œuvre de Genève du 4 octobre 2013 relève que l'intimé travaillait à temps complet. Toutefois, ce document ayant été rempli sur les seules indications de l'intimé, il n'est pas de nature à modifier l'appréciation qui précède.

Enfin, l'existence d'une pratique dans le secteur du bâtiment consistant à ne déclarer que partiellement les employés aux assurances sociales, alors qu'ils travaillent pourtant à temps plein, ne suffit pas à établir la véracité des allégations de l'intimé.

Au vu de ce qui précède, il n'apparaît pas que les parties aient voulu introduire un horaire variable au sens de l'art. 12 ch. 2 CCT-SOR, les conditions de cette disposition n'étant de toute façon pas remplies.

Par conséquent, il sera retenu que les parties étaient convenues de rémunérer le travailleur à la tâche. Or, cette forme de rémunération est prohibée par l'art. 33 al. 1 CCT-SOR, de sorte que le contrat est partiellement nul. Le fait que l'appelant n'ait pas eu connaissance de l'interdiction précitée n'y change rien.

4.2.3 Il convient donc de compléter le contrat en établissant la volonté hypothétique des parties, si ces dernières avaient eu connaissance de l'interdiction de l'art. 33 al. 1 CCT-SOR.

Dans cette hypothèse, elles auraient vraisemblablement eu l'intention de conclure un contrat portant sur une activité à temps partiel plutôt que sur une activité à temps plein. Cette conclusion s'impose du fait que, pour les raisons exposées ci-dessus (cf. *supra* consid. 4.2.2), le travailleur n'a pas travaillé à plein temps, ce dont il n'allègue pas s'être plaint à l'époque des faits auprès de son employeur.

Ensuite, la force probante des explications de l'intimé quant aux jours de travail qu'il prétend avoir accomplis est réduite par le fait qu'elles ont varié au cours de la procédure. En effet, dans sa demande, l'intimé a allégué avoir travaillé 20 jours par mois en janvier, février, avril et mai 2014, ainsi que 21 jours en mars 2014. Par la suite, il a déclaré avoir travaillé 15 jours en janvier, 5 jours en février, 2.5 jours en mars, 4 jours en avril et 14 jours en mai 2014. Par ailleurs, les explications de l'intimé sont encore décredibilisées par le fait qu'il n'a initié la présente procédure qu'après avoir appris qu'il devrait rembourser à la SUVA les indemnités journalières perçues en trop.

Pour autant, la thèse de l'appelant, selon laquelle le taux d'activité de l'intimé était de 10% et les heures accomplies correspondaient à celles ressortant des fiches de salaire, ne convainc pas pour les raisons qui suivent.

Certes, le réviseur de la Caisse de compensation du bâtiment et de la gypserie-peinture n'a constaté aucune trace de travail au noir dans la comptabilité de l'appelant lors de son contrôle de novembre 2014. Toutefois, le témoin F_____ a déclaré avoir vu l'intimé travailler pour le compte de l'appelant sur le chantier du D_____ en mai 2014, alors que, pourtant, selon la fiche de salaire du mois en question, l'intimé était censé ne pas avoir travaillé.

A cela s'ajoute que les montants versés au titre du 13^{ème} salaire selon les fiches de salaire émises par l'appelant découlent de salaires ne correspondant pas aux salaires totaux ressortant des fiches de salaire. Ainsi, selon la fiche de salaire de décembre 2013, le 13^{ème} salaire versé à l'intimé s'est élevé à 57 fr. 50 et a été calculé sur la base d'un salaire annuel de 690 fr. 40. Or, selon les fiches de salaire

de l'année 2013, le salaire annuel total de l'intimé avait été de 624 fr. (416 fr. [octobre 2013] + 208 fr. [novembre 2013]). De même, selon la fiche de salaire de décembre 2014, le 13^{ème} salaire versé à l'intimé s'est élevé à 421 fr. 75 et a été calculé sur la base d'un salaire annuel de 5'062 fr. 90. Or, selon les fiches de salaire de l'année 2014, le salaire annuel total de l'intimé avait été de 4'576 fr. (520 fr. [mars 2014] + 2'080 fr. [septembre 2014] + 1'976 [octobre 2013]).

Dans ces circonstances, il sera admis que les fiches ou les certificats de salaire ne reflètent pas complètement les heures de travail accomplies par l'intimé.

Compte tenu de ce qui précède, ni la thèse de l'intimé ni celle de l'appelant ne permettent de déterminer le taux d'occupation dont les parties seraient convenues si elles avaient eu connaissance de la nullité du contrat.

En l'absence d'indices plus précis, le taux d'occupation hypothétique de l'intimé sera arrêté comme suit en référence aux fiches de salaire.

L'horaire hebdomadaire à temps plein sera arrêté à 39 heures, comme l'a fait le Tribunal en se référant à l'art. 12 ch. 1 let. b CCT-SOR, ce qui correspond à un horaire mensuel de 170 heures environ (39 heures x 4.33 semaines). Selon les fiches de salaire, l'intimé a travaillé 200 heures pendant une période de cinq mois (16 heures [septembre 2013] + 8 heures [novembre 2013] + 20 heures [mars 2014] + 80 heures [septembre 2014] + 76 heures [octobre 2014]).

Par conséquent, il sera considéré que les parties seraient convenues d'une activité moyenne de 40 heures de travail par mois (200 heures ÷ 5 mois) pendant toute la durée du contrat, ce qui correspond à un taux d'occupation de 25% (40 heures ÷ 170 heures mensuelles pour un travail à temps plein).

4.2.3 L'appelant ne conteste pas l'expérience que l'intimé avait acquise en tant que peintre, soit deux ans et dix mois, avant de travailler à son service.

Le fait que l'intimé n'ait pas informé l'appelant qu'il remplissait les conditions pour bénéficier d'un salaire en classe B est sans pertinence. Il en va de même du fait que l'intimé n'ait que peu travaillé pendant les cinq années qui avaient précédé son engagement par l'appelant.

Partant, l'intimé devait être rémunéré selon la classe C jusqu'au 31 décembre 2013, puis selon la classe B dès le 1^{er} janvier 2014. Toutefois, dans la mesure où les parties étaient convenues d'un salaire horaire de 26 fr., c'est ce montant, plus favorable que celui de la classe C, qui sera appliqué pour la période allant jusqu'au 31 décembre 2013.

4.3.1 Compte tenu de ce qui précède, l'intimé avait droit à un salaire brut de 3'120 fr. (40 heures x 3 mois x 26 fr.) pour la période du 3 octobre au

31 décembre 2013 et de 10'146 fr. (40 heures x 9.5 mois x 26 fr. 70) pour la période allant du 1^{er} janvier 2014 au 17 octobre 2014, soit un total de 13'266 fr.

4.3.2 Le travailleur a droit à 25 jours ouvrables de vacances (art. 20 ch. 1 CCT-SOR).

Le salaire afférent aux vacances s'élève respectivement à 10.64% (5/47^{ème}) et 13.04% (6/46^{ème}) du salaire de base selon l'horaire moyen conventionnel des heures effectivement travaillées, y compris les heures supplémentaires, sans prise en compte des suppléments (art. 20 ch. 2 CCT-SOR).

En l'espèce, comme le contrat de travail a débuté le 3 octobre 2014, le travailleur a droit à un montant brut de 332 fr. (10.64% de 3'120 fr.) pour la période du 3 octobre au 31 décembre 2013 et de 1'079 fr. 55 (10.64% de 10'146 fr.) pour la période du 1^{er} janvier au 17 octobre 2014, soit un montant total brut de 1411 fr. 55.

4.3.3 Le travailleur a droit à un 13^{ème} salaire correspondant à une somme égale à 8.33% de son salaire annuel brut soumis à AVS (art. 19 al. 1 CCT-SOR).

Le travailleur quittant l'employeur en cours d'année a droit, au moment de son départ, à sa part du treizième salaire au prorata du salaire réalisé chez cet employeur (art. 19 al. 3 CCT-SOR).

En l'espèce, comme le contrat de travail a débuté le 3 octobre 2014, le travailleur a droit au paiement d'un 13^{ème} salaire à hauteur de 259 fr. 90 bruts (8.33% de 3'120 fr.) pour la période du 3 octobre au 31 décembre 2013 et de 845 fr. 15 bruts (8.33% de 10'146 fr.) pour la période du 1^{er} janvier au 17 octobre 2014, soit un montant total de 1'105 fr. 05 bruts.

4.3.4 Une indemnité forfaitaire par jour de travail de 17 fr. dès le 1^{er} janvier 2013, de transport professionnel, de repas pris à l'extérieur et d'outillage est due à tous les travailleurs (art. 23 ch. 2 CCT-SOR).

En l'espèce, pendant la période du 3 octobre au 31 décembre 2013, puis pendant celle du 1^{er} janvier au 17 octobre 2014, il y avait 56, respectivement 179 jours de travail, ce qui correspond à 14, respectivement 45 jours pour un taux d'activité de 25%.

Le travailleur a donc droit au versement d'indemnités forfaitaires à hauteur de 238 fr. nets (14 jours x 17 fr.) pour la période du 3 octobre au 31 décembre 2013 et de 765 fr. nets (45 jours x 17 fr.) pour la période du 1^{er} janvier au 17 octobre 2014, soit un montant total de 1'003 fr. nets.

4.4 L'intimé a admis avoir perçu de l'appelant la somme nette de 45'305 fr. 40, soit une rémunération totale dépassant les montants retenus ci-dessus.

Il en résulte qu'il n'a plus de prétentions à l'encontre de l'appelant.

Partant, les chiffres 2 à 7 du dispositif du jugement entrepris seront annulés et il sera statué à nouveau dans le sens que l'intimé sera débouté de toutes ses conclusions.

- 5. 5.1** Lorsque l'autorité d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de première instance (art. 318 al. 3 CPC).

Il ne sera pas perçu de frais judiciaires, dans la mesure où la cause est soumise à la juridiction des prud'hommes et que la valeur litigieuse n'excède pas 75'000 fr. (art. 114 let. c CPC; art. 24 al. 2 LTPH, art. 19 al. 3 let. c LaCC; art. 69 RTFMC).

Il ne sera pas non plus alloué de dépens (art. 116 al. 1 CPC; art. 22 al. 2 LaCC).

5.2 Il ne sera pas perçu de frais judiciaires d'appel (art. 114 let. c CPC; art. 71 RTFMC) ni alloué de dépens (art. 116 al. 1 CPC; art. 22 al. 2 LaCC).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 1^{er} février 2017 par A_____ contre le jugement JTPH/455/2016 rendu le 19 décembre 2016 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/23270/2015.

Au fond :

Annule les chiffres 2 à 7 du dispositif de ce jugement et, cela fait :

Déboute B_____ de toutes ses conclusions.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Dit que la procédure d'appel est gratuite.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente; Monsieur Pierre-Alain L'HÔTE, juge employeur; Monsieur Yves DUPRÉ, 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 des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000.- fr.