



T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu:** Me STOLLER  
FÜLLEMANN Monique  
Route de Florissant 64  
1206 Genève

**Partie appelante**

E \_\_\_\_\_  
**Dom. élu:** Me FISCHER Fabienne  
BM Avocats  
Quai Gustave Ador 26  
Case postale  
1211 Genève 6

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du 19 août 2010

M. François CHAIX, président

MM. Frédéric SCHMID et Pierre-Jean BOSSON, juges employeurs

Mme Agnès MINDER JAEGER et M. Philippe VACCARO, juges salariés

M. Olivier SIGG, greffier d'audience

**EN FAIT**

- A. Par jugement du 15 mars 2010, reçu par les parties le 17 mars 2010, le Tribunal des prud'hommes - statuant d'office sur sa compétence - a déclaré irrecevable la demande formée par T\_\_\_\_\_ contre E\_\_\_\_\_.

En substance, le Tribunal a considéré que les parties n'avaient pas été liées entre elles par un contrat de travail. En raison notamment de la grande liberté laissée à T\_\_\_\_\_ pour organiser son temps, l'élément de subordination inhérent au contrat de travail faisait défaut. En outre, le mode de rémunération convenu, à savoir 50% de la recette, était insolite pour un contrat de travail.

- B. Par acte déposé le 16 avril 2010 au greffe de la Juridiction des prud'hommes, T\_\_\_\_\_ forme appel de ce jugement dont elle demande l'annulation. A titre principal, elle conclut à ce que la Cour de céans constate l'existence d'un contrat de travail entre elle-même et E\_\_\_\_\_, renvoie la cause à la juridiction inférieure pour qu'elle se prononce sur les montants dus à titre de salaire, déboute E\_\_\_\_\_ de toutes autres conclusions et condamne cette dernière dans tous les dépens d'appel, y compris une équitable indemnité à titre de participation à ses honoraires d'avocat. A titre subsidiaire, elle prend des conclusions condamnatoires chiffrées à 30'800 fr. bruts avec intérêts à 5% dès le 31 mai 2008, sous déduction de 9'768 fr.

Dans sa réponse, E\_\_\_\_\_ conclut préalablement à l'audition de trois témoins et, principalement, à la confirmation du jugement entrepris.

Lors de l'audience du 12 juillet 2010 devant la Cour d'appel des prud'hommes, les parties et leurs conseils ont persisté dans leurs conclusions et confirmé les déclarations précédemment faites dans le cadre de la procédure. La Cour a procédé à l'audition des trois témoins cités par E\_\_\_\_\_. Le contenu de leurs déclarations est intégré ci-après, dans la mesure utile.

- C. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier.

a. Au bénéfice d'un diplôme d'esthéticienne depuis le 12 juillet 2006, T\_\_\_\_\_ a déployé cette activité au sein de l'Institut C\_\_\_\_\_, exploité en raison individuelle par E\_\_\_\_\_, de juin 2007 à mai 2008.

T\_\_\_\_\_ soutient que, lors de l'entretien d'embauche, E\_\_\_\_\_ lui avait indiqué qu'elle serait employée et qu'elle devrait verser 50% des recettes réalisées par le salon. Ayant auparavant travaillé en tant qu'indépendante et ne voulant pas répéter cette expérience, E\_\_\_\_\_ avait spécifiquement demandé à T\_\_\_\_\_ si elle serait employée, ce à quoi E\_\_\_\_\_ avait répondu par l'affirmative.

De son côté, E\_\_\_\_\_ prétend avoir expliqué à T\_\_\_\_\_ lors de cet entretien le principe de l'engagement à 50%: sachant que T\_\_\_\_\_ avait auparavant travaillé comme indépendante, elle ne s'était pas posée plus de question et avait essentiellement expliqué comment fonctionnait le salon de beauté; dans son idée, il s'agissait d'une véritable collaboration, devant notamment permettre à T\_\_\_\_\_ d'assurer un suivi lorsqu'elle serait absente en raison de sa grossesse. Elle ajoute avoir fait paraître en mars 2007 une annonce dans le journal GHI ayant la teneur suivante: "Urgent. Recherche esthéticienne pour collaboration au pourcentage". T\_\_\_\_\_ soutient ne pas avoir vu elle-même cette annonce: elle se trouvait à l'époque hospitalisée et c'est sa mère qui lui avait signalé la possibilité de travailler auprès de E\_\_\_\_\_.

**b. Aucun contrat écrit n'a été établi.**

Le 21 décembre 2007, E\_\_\_\_\_ a soumis à T\_\_\_\_\_ un document intitulé "*contrat de partenariat*" devant prendre effet au 1<sup>er</sup> janvier 2008. Ce contrat prévoyait notamment que E\_\_\_\_\_ mettait à disposition de T\_\_\_\_\_ les infrastructures ainsi que les produits de l'Institut C\_\_\_\_\_, en contrepartie de quoi T\_\_\_\_\_ s'engageait à rétrocéder à E\_\_\_\_\_ 50% de son chiffre d'affaires. Il était encore précisé que T\_\_\_\_\_ était inscrite en tant qu'indépendante auprès d'une caisse de compensation et payait ses charges sociales et assurances professionnelles. T\_\_\_\_\_ a refusé de signer ce document, estimant être au bénéfice d'un contrat de travail.

Par courrier du 8 avril 2008, E\_\_\_\_\_ a "*mis un terme*" à la collaboration avec T\_\_\_\_\_ "*moyennant un préavis d'un mois, soit pour le 31 mai 2008*" et précisé que cette décision était prise d'entente avec T\_\_\_\_\_. Était joint un certificat "*établi à la demande T\_\_\_\_\_ pour faire valoir à qui de droit*" et attestant que T\_\_\_\_\_ "*avait exercé sa profession d'esthéticienne, dans les locaux de C\_\_\_\_\_, entre le mois d'août 2007 et le mois de mai 2008 compris*".

Le 17 avril 2008, E\_\_\_\_\_ a établi les attestations de salaires 2007 et 2008 concernant T\_\_\_\_\_ pour la période allant du 1<sup>er</sup> juin 2007 au 31 mai 2008. Les salaires bruts versés sont respectivement de 4'650 fr. (2007) et de 3'029 fr. (2008) et les charges sociales ont été versées à la Caisse cantonale genevoise de compensation le 6 mai 2008. E\_\_\_\_\_ explique avoir annoncé ces salaires et payé ces charges sociales "*suite à des conseils alarmants*".

**c. Les déclarations des parties divergent sur la manière dont l'activité de T\_\_\_\_\_ était organisée au sein du salon de beauté et sur le déroulement de cette activité.**

En principe, T\_\_\_\_\_ travaillait trois jours par semaine. E\_\_\_\_\_ affirme s'être mise d'accord avec T\_\_\_\_\_ sur ce partage du temps de travail, celle-ci travaillant les trois autres jours. Deux témoins ont indiqué - pendant la période d'activité de T\_\_\_\_\_ - avoir vu que la porte du salon était fermée pendant la journée et avait un papier avec l'indication d'un numéro de téléphone et du prénom "T\_\_\_\_\_".

Enfin, la mère de T\_\_\_\_\_ a affirmé avoir régulièrement conduit sa fille à son travail à 8h30 le matin.

T\_\_\_\_\_ affirme avoir conservé certaines clientes, dont elle s'occupait pendant ces jours libres. Selon E\_\_\_\_\_, T\_\_\_\_\_ pouvait faire venir ses clientes au salon, ce qu'elle aurait d'ailleurs souhaité pour maintenir l'activité de celui-ci. Une cliente de E\_\_\_\_\_ a déclaré avoir fait l'objet de soins de la part de T\_\_\_\_\_ en août 2007.

T\_\_\_\_\_ soutient que le matériel était entièrement fourni par E\_\_\_\_\_. A quelques occasions, elle s'est approvisionnée dans des magasins, mais a payé ces produits avec l'argent de la caisse. Lorsqu'une femme de ménage travaillait, elle était payée avec l'argent de la caisse; après son départ, T\_\_\_\_\_ s'était chargée de cette tâche. Les factures de téléphone et le loyer du salon étaient acquittées par E\_\_\_\_\_ et il n'en a jamais été question entre T\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_.

Pendant la durée de l'activité de T\_\_\_\_\_ au sein du salon, E\_\_\_\_\_ lui a laissé la moitié des recettes, soit 9'768 fr.

**d.** En 2007 et 2008, deux autres esthéticiennes se trouvaient également dans l'institut C\_\_\_\_\_.

A\_\_\_\_\_ qui bénéficiait du même statut que T\_\_\_\_\_ et travaillait selon le même rythme, soit trois jours par semaine. Selon son témoignage, elle gérait seule son agenda et les soins qu'elle donnait en fonction des demandes des clientes; elle avait une petite caisse qui servait à ses recettes et elle remplissait régulièrement un cahier avec les soins, les dates, etc.; à la fin du mois, elle remettait la caisse et le cahier à E\_\_\_\_\_ qui, après vérification, rétrocédait 50% du chiffre d'affaires. Au dire du témoin, ce système fonctionnait sur la confiance et il n'y avait pas de contrôle.

La seconde esthéticienne, B\_\_\_\_\_, avait conclu, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2008, un contrat de sous-location portant sur une table d'onglerie et une cabine de soins pour un loyer mensuel de 600 fr.

**e.** Entendu comme témoin, le comptable de l'institut C\_\_\_\_\_ depuis 2005 a indiqué avoir recommandé à E\_\_\_\_\_ d'augmenter ses bénéficiaires, soit en sous-louant une partie des locaux, soit en engageant des personnes avec un contrat de partenariat. Selon ce comptable, il n'était pas possible d'engager des employés au vu des coûts que cela générerait.

S'agissant plus spécifiquement des contrats de partenariat, le comptable a précisé que, dans cette situation, il appartenait à la personne concernée d'entreprendre les démarches auprès de l'AVS pour avoir le statut d'indépendant. Il avait appris de la bouche de T\_\_\_\_\_ que celle-ci n'avait pas été admise en tant qu'indépendante par l'AVS, mais n'avait vu aucun document de cette administration à ce sujet.

Une connaissance professionnelle de E\_\_\_\_\_ a encore déclaré que vers les années 2005 elle lui avait proposé ses services en qualité d'esthéticienne. Comme elle savait que E\_\_\_\_\_ n'avait pas les moyens de verser l'entier du salaire, elle avait proposé d'être partiellement rémunérée par le chômage. En définitive, l'engagement n'avait pas eu lieu.

f. Le 15 mai 2009, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_ en paiement de la somme de 30'800 fr. brut avec intérêts à 5% dès le 31 mai 2008 sous déduction de 9'768 fr. Cette somme correspondait à un salaire mensuel brut de 3'500 fr. pendant la période concernée sous déduction de la moitié du chiffre d'affaires d'ores et déjà versée.

E\_\_\_\_\_ s'est opposée à la demande, concluant principalement à ce que la Juridiction des prud'hommes se déclare incompétente à raison de la matière.

Le Tribunal a rendu le jugement dont est appel après audition des parties et de trois témoins, dont la mère de T\_\_\_\_\_, entendue à titre de renseignements.

D. L'argumentation juridique des parties sera examinée ci-après, dans la mesure utile.

### **EN DROIT**

1. Interjeté en temps utile, l'appel est recevable (art. 59 al. 1 LJP). Le Tribunal ayant statué sur la compétence *ratione materiae*, s'est prononcé en premier ressort (art. 24 al. 1 let. a LJP), de sorte que l'appel est également recevable quant à son objet (art. 56 al. 1 LPJ).
2. La Juridiction des prud'hommes est compétente à raison de la matière lorsque la contestation opposant les parties concerne leurs rapports découlant d'un contrat de travail au sens du titre dixième du Code des obligations (art. 1 al. 1 let. a LPJ). Afin de déterminer si le Tribunal a à juste titre décliné sa compétence, il convient donc d'examiner si le contrat ayant lié les parties est un contrat de travail.

2.1 A teneur de l'art. 319 al. 1 CO, 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. Le contrat de travail est ainsi caractérisé par quatre éléments essentiels, à savoir le fait que l'employé fournit, contre rémunération et personnellement, le travail demandé, met à disposition son temps pour une durée déterminée ou indéterminée et se trouve par

rapport à son employeur dans un rapport de subordination (WYLER, Droit du travail, 2<sup>ème</sup> éd. 2008, p. 58).

Aucun de ces critères pris isolément n'est déterminant. Par exemple, l'objet de l'activité peut être le même dans un contrat de travail ou dans d'autres formes de contrats; le temps à consacrer n'est pas non plus déterminant, le contrat de travail pouvant être limité à une seule prestation. Le mode de rétribution peut dépendre des circonstances et ne consister qu'en des commissions (cf. art. 322a CO). Pour la jurisprudence et la doctrine, le critère décisif est en définitive l'existence d'un rapport de subordination du travailleur envers l'employeur: celui-là doit donc être soumis à l'autorité de celui-ci du point de vue personnel, organisationnel et temporel (TERCIER/FAVRE, Les contrats spéciaux, 4<sup>ème</sup> édition 2009, n. 3263 et les réf.).

Pour déterminer l'existence d'un contrat de travail, le juge doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1<sup>er</sup> CO), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices ; cette recherche débouchera sur une constatation de fait. S'il ne parvient pas à établir avec sûreté cette volonté effective, ou s'il constate que l'un des contractants n'a pas compris la volonté réelle exprimée par l'autre, il recherchera le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques ; il résoudra ainsi une question de droit (application du principe de la confiance : ATF 125 III 435 consid. 2a ; 122 III 118 consid. 2a).

**2.2** Dans la mesure où les parties n'ont pas passé de convention écrite et divergent aujourd'hui sur le contenu de l'entretien d'engagement ainsi que la manière dont le contrat a été exécuté par l'appelante, il convient d'apprécier les éléments à disposition pour déterminer l'objet du contrat.

Dans ce domaine, le juge apprécie librement le résultat des mesures probatoires (art. 343 al. 4 CO ; art. 196 LPC applicable à titre supplétif en vertu de l'art. 11 LJP). La libre appréciation des preuves permet ainsi au juge de tenir compte non seulement des preuves matérielles proprement dites mais également de celles, plus subjectives ou psychologiques, telles que l'attitude des parties et des témoins, le degré de crédibilité de leurs déclarations, les difficultés rencontrées par les parties dans l'administration des preuves, etc. (SJ 1984, p. 29).

**2.3** En l'espèce, les parties ont convenu que la rémunération de l'appelante équivaldrait à la moitié de ses recettes, ce qu'indiquait également l'annonce parue dans la presse en mars 2007. A teneur du dossier tel qu'il se présente en l'état, ce mode de rémunération a été appliqué durant toute la durée du contrat. Contrairement à ce qu'ont estimé les premiers juges, une telle rémunération n'est pas insolite dans le domaine des salons de beauté ou la coiffure (TERCIER/FAVRE, op. cit., n. 3441) et le code des obligations la prévoit expressément à l'art. 322a CO. Par conséquent, cet élément - non contesté - par les parties ne constitue pas un indice de l'existence d'un contrat différent du contrat de travail. Quant aux

termes utilisés dans l'annonce ("*collaboration au pourcentage*"), ils ne sont pas suffisamment précis pour exclure l'existence d'une relation basée sur un lien de subordination.

Il est établi que l'appelante devait être présente au salon de beauté trois jours par semaine. Hormis quelques absences très occasionnelles qu'ont rapportées deux témoins, sans préciser la durée de celles-ci, l'appelante se rendait régulièrement au salon et y passait la journée, ce que la mère de l'appelante a confirmé à satisfaction de droit. En outre, l'intimée n'a jamais fait part pendant la durée de la collaboration d'absentéisme ou de rendez-vous manqués avec des clientes du salon. La Cour de céans en déduit que l'appelante a accompli sa prestation selon un horaire fixé par l'intimée. L'une des collègues de l'appelante - ayant le même statut qu'elle - a certes décrit une certaine liberté dans la gestion de l'agenda et des soins qu'elle prodiguait aux clientes; elle a cependant aussi précisé qu'elle remplissait soigneusement le cahier des soins et qu'elle remettait la caisse à l'intimée pour que cette dernière vérifie la recette et procède à la rétrocession convenue. Un tel système, fondé sur la confiance entre les parties, n'exclut pas l'existence d'un contrat de travail.

L'appelante a allégué - sans véritablement être contredite sur ce point - qu'elle n'achetait pas elle-même les produits et le matériel utiles à la profession, qu'elle ne s'acquittait pas des factures de téléphones et qu'elle ne participait pas au paiement du loyer. Or, la fourniture des instruments de travail et des matériaux constitue un indice de l'existence d'un contrat de travail (cf. art. 327 al. 1 CO). Si, à certaines occasions, l'appelante a dû acheter elle-même certains produits qui manquaient dans le salon, elle a utilisé l'argent de la caisse, sans que cela ne provoque de réactions de la part de l'intimée.

Les circonstances dans lesquelles l'activité de l'appelante a pris fin plaident également en faveur de l'existence d'un contrat de travail. Dans son courrier du 8 avril 2008, l'intimée a pris l'initiative de mettre un terme à la collaboration avec l'appelante, tout en veillant à respecter le délai de congé de l'art. 335c al. 1 CO. Elle a également donné suite à la demande de l'appelante de recevoir un certificat, ce qui est conforme au droit du travail (art. 330a CO), mais insolite pour les autres domaines de collaboration. En outre, elle a établi des attestations de salaire pour la durée du travail de l'appelante et s'est acquittée auprès de la caisse de compensation des retenues sociales prévues pour une prestation de travail.

**2.4** En définitive, les éléments qui précèdent correspondent plus à une prestation de travail qu'à un partenariat tel que décrit dans le projet de contrat soumis à l'appelante en décembre 2007. L'appelante n'a d'ailleurs jamais entrepris les démarches auprès des services concernés pour acquérir le statut d'indépendante et l'intimée ne s'est apparemment inquiétée de cette situation que six mois après le début du travail, ce qui a donné lieu au projet de contrat précité. En cela, la situation de l'appelante est différente de celle d'une autre esthéticienne, au

bénéfice d'un contrat de sous-location qui impliquait nécessairement le statut d'indépendante.

Enfin, le comptable du salon a certes exposé que l'institut de l'intimée ne générerait pas suffisamment de bénéfices pour envisager d'engager des salariées. Cette circonstance connue de l'intimée ne peut cependant pas être opposée à l'appelante. Il en va de même des déclarations d'une connaissance de l'intimée qui savait que celle-ci n'était pas en mesure de lui verser un plein salaire pour un éventuel engagement.

3. Par conséquent, la Cour de céans arrive à la conclusion que la relation entre les parties relève du contrat de travail. La compétence de la juridiction des prud'hommes est donc donnée. Il convient ainsi d'annuler le jugement entrepris et de renvoyer la cause aux premiers juges pour aborder le fond du litige. Il leur appartiendra de déterminer si l'appelante a perçu la rémunération convenue pendant toute la durée du contrat; il faudra également statuer sur les allégués de l'appelante selon laquelle l'intimée lui aurait retiré des clientes du salon, diminuant d'autant le pourcentage convenu sur sa recette.

La procédure étant gratuite, il n'est pas alloué de dépens (art. 343 CO, 60 et 76 LJP).

**PAR CES MOTIFS**

**La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 3**

**A la forme :**

Reçoit l'appel du jugement TRPH/172/2010.

**Au fond :**

Annule ce jugement.

**Et statuant à nouveau :**

Constate l'existence d'un contrat de travail entre E\_\_\_\_\_ et T\_\_\_\_\_.

Renvoie la cause au Tribunal pour instruction et nouvelle décision.

Dit que la procédure est gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

Le président