



Monsieur T _____

ETAT DE GENEVE
OFFICE DU PERSONNEL DE L'ETAT
Administration cantonale
Hôtel des Finances
Rue du Stand 26
1204 Genève

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET PRESIDENTIEL

du mercredi 18 août 2004

M. Christian MURBACH, président

Mme Florence OTTESEN, greffière

Vu, EN FAIT, la demande de T_____, déposée le 4 juin 2003 au greffe de la Juridiction des prud'hommes contre ETAT DE GENEVE, OFFICE DU PERSONNEL DE L'ETAT en paiement de fr. 100'664.55, avec intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 15 août 1997, à titre de remboursement de la part patronale AVS et prévoyance professionnelle;

Vu l'échec de l'audience de conciliation du 15 juillet 2003 et le renvoi de la cause au Tribunal des prud'hommes;

Vu la réponse de l'ETAT DE GENEVE, OFFICE DU PERSONNEL DE L'ETAT, reçue au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 13 août 2003, concluant à l'irrecevabilité de la demande pour incompétence à raison de la matière;

Vu l'audience de comparution personnelle des parties du 2 octobre 2003, au cours de laquelle T_____ a déclaré avoir été inscrit comme indépendant à la Fédération des Syndicats patronaux, soit la CIAM AVS depuis 1984, être en possession d'un numéro de TVA et n'avoir entrepris les démarches visant à sa radiation que bien après la fin de sa collaboration avec l'ETAT DE GENEVE;

Vu le jugement du jeudi 2 octobre 2003, notifié le 16 mars 2004, aux termes duquel le Tribunal des prud'hommes, groupe 5, s'est déclaré incompétent à raison de la matière pour connaître de la présente cause, vu l'absence de contrat de travail et la compétence du Tribunal cantonal des assurances sociales pour les prétentions découlant des assurances sociales;

Vu l'appel interjeté contre ledit jugement par T_____ par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 14 avril 2004, concluant à l'annulation de la décision querellée et au renvoi de la cause au Tribunal des prud'hommes pour qu'il statue au fond;

Que selon l'appelant, malgré la qualification de mandat, son activité avait toutes les caractéristiques d'une activité salariée au service de l'intimé; qu'un rapport de subordination existait, les organigrammes produits établissant qu'il était sous l'autorité du directeur de la formation et du développement, lui-même soumis à l'au-

torité du directeur général de l'OFFICE DU PERSONNEL de l'ETAT DE GENEVE, dont il suivait les instructions, transmises par la voie hiérarchique; qu'il occupait un bureau précis et disposait d'une ligne téléphonique et d'un ordinateur; que ses heures de présence étaient contrôlées par timbreuse et ses heures supplémentaires et jours de vacances étaient payés; qu'il recevait une rétribution mensuelle régulière et de montant invariable qui avait toutes les caractéristiques d'un salaire *de facto* malgré l'existence de factures;

Vu la réponse de l'ETAT DE GENEVE, OFFICE DU PERSONNEL DE L'ETAT, reçue au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 23 juin 2004, concluant à la confirmation du jugement entrepris et à la mise à la charge de l'appelant de l'émolument de mise au rôle ainsi que des frais de justice;

Attendu que l'intimé soutient qu'un accord de collaboration entre l'Institut de Hautes Etudes en Administration Publique (ci-après : IDHEAP) et lui-même avait été conclu, prévoyant notamment la mise à disposition de l'OFFICE DU PERSONNEL d'un coordinateur pour la mise en œuvre expérimentale du concept de nouvelle politique publique, ce qui résulte également du préambule du contrat de consultance; que le traitement de l'appelant n'avait aucune commune mesure avec celle d'un employé de l'ETAT DE GENEVE exerçant la même fonction, rangée en classe 22 de l'échelle des traitements; qu'enfin les prétentions de l'appelant en paiement de la part patronale des cotisations AVS et LPP ne ressortissent pas à la compétence de la Juridiction des prud'hommes;

CONSIDERANT EN DROIT que T_____ a formé appel dans la forme et les délais prescrits par les articles 56 et 59 de la loi sur la Juridiction des prud'hommes (ci-après : LJP) et qu'il s'est acquitté de l'émolument de mise au rôle dû (art. 60 al. 1 LJP; art. 42 du Règlement fixant le tarif des greffes en matière civile);

Qu'à teneur de l'article 57 al. 1 LJP, le Président de la Cour d'appel statue seul et sans audience sur les appels portant sur toute question de nature procédurale et, notamment, comme en l'espèce, sur les questions de compétence;

Que selon l'article 1^{er} al. 1^{er} let. a et d LJP, sont jugées par la Juridiction des

prud'hommes les contestations entre employeurs et salariés pour tout ce qui concerne leurs rapports découlant d'un contrat de travail, au sens du titre dixième du Code des obligations (ci-après : CO), ainsi que les contestation qu'une autre loi attribue à cette juridiction;

Que le juge doit prendre en considération en premier lieu le contenu du contrat pour déterminer si les rapports de travail entre les parties présentent ou non les caractéristiques d'un contrat de travail (ATF 99 II 313) et ne s'arrêtera pas aux termes utilisés par les parties mais recherchera leur réelle et commune intention (art. 18 CO; SJ 1990, p. 185), examinant ensuite le comportement de chacune d'elles dans le cadre de l'exécution du contrat (Aubert, La compétence des Tribunaux genevois de prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente, *in* SJ 1982, p. 202-203).

Que quatre éléments caractérisent le contrat de travail, à savoir une prestation personnelle de travail, la mise à disposition par le travailleur de son temps pour une durée déterminée ou indéterminée, un rapport de subordination et un salaire (art. 319 al. 1^{er} CO; SJ 1990, p. 185; SJ 1982, p. 202; Rehbinder, Berner Kommentar, p. 46; Schweingruber, Commentaire du contrat de travail selon le code fédéral des obligations, p. 20);

Que le contrat de travail se différencie du mandat avant tout par l'existence d'un rapport de subordination et de dépendance, en vertu duquel le travailleur est tenu de se soumettre aux instructions de l'employeur, à qui il doit en principe tout son temps (Rehbinder, Berner Kommentar, n. 49 *ad* art. 319 CO; Tercier, Les contrats spéciaux, 2^{ème} éd., n. 3943 et les références citées; voir aussi l'ATF 112 II 41 consid. 1a/aa, p. 46);

Que le rapport de subordination revêt une importance primordiale dans la qualification du contrat de travail; qu'il présuppose que le travailleur est soumis à l'autorité de l'employeur pour l'exécution du contrat et cela au triple point de vue personnel, organisationnel et temporel; que le droit de l'employeur de donner des directives et des instructions constitue un élément caractéristique du contrat de travail; que ce droit appartient aussi au mandant et au maître de l'ouvrage, de sorte qu'il y a lieu de déterminer l'existence d'un contrat de travail selon l'image glo-

bale donnée par les relations entre les parties, en fonction aussi des usages de la profession (SJ 1990, p. 185; Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 1988, p. 30, ch. 2);

Que, pour savoir s'il y a un rapport de dépendance, caractéristique du contrat de travail, il convient d'examiner l'ensemble des circonstances concrètes; qu'il faut se demander si le débiteur de la prestation de travail est intégré dans l'entreprise du créancier, si des directives et des instructions contraignantes (art. 321d CO) déterminent l'accomplissement de son travail; que, dans le mandat comme dans le contrat de travail, le créancier peut donner des instructions contraignantes et que le débiteur a le devoir d'avertir le créancier si les instructions ne permettent pas d'atteindre le but poursuivi; qu'en fin de compte, l'employé est tenu d'agir conformément aux instructions, même s'il les estime inappropriées (ATF du 6 mars 2000 en la cause 4C.331/1999 et les références citées);

Qu'en l'espèce, T_____ et l'IDHEAP ont conclu un contrat de consultance, qu'ils qualifient de contrat de mandat (art. I al. 2 du contrat);

Qu'aux termes de l'article I al. 3 dudit contrat, « le Mandant n'assume aucune responsabilité en matière de couverture sociale obligatoire (assurance vieillesse et survivant, assurance chômage, assurance accidents, caisse de retraite, etc.) »;

Que selon l'article II du contrat précité, la rémunération prévue se fait sous forme d'honoraires forfaitaires mensuels, les frais annexes faisant l'objet d'une facturation séparée; que l'appelant a régulièrement facturé ses honoraires à l'IDHEAP, auxquels il ajoutait la TVA au taux légal; qu'il était en possession d'un numéro de TVA et qu'il était inscrit comme indépendant auprès de la Fédération des Syndicats patronaux;

Qu'il ressort en conséquence du texte clair du contrat ayant lié les parties que l'appelant a conclu un contrat de mandat avec l'IDHEAP aux termes duquel le mandataire était mis à disposition de l'intimé par l'IDHEAP, pour la mise en œuvre expérimentale du concept de nouvelle politique publique (ci-après NPP); qu'il n'apparaît pas que la réelle et commune intention des parties ne coïncide pas avec le texte du contrat; que les parties s'y sont toujours conformé, l'appelant

ayant mensuellement facturé des honoraires à l'IDHEAP et n'ayant pas contesté cette façon de faire lors des pourparlers ou durant les relations contractuelles;

Que le fait que l'appelant a disposé d'un bureau, a dû pointer et s'est trouvé dans l'organigramme de l'intimé ne constituent que des indices de l'existence d'un rapport de subordination temporel notamment, mais qu'ils ne sauraient être décisifs; qu'en particulier, l'appelant n'a produit aucune pièce démontrant l'existence de directives ou instructions contraignantes, usuelles dans le cadre d'un contrat de travail; que, bien au contraire, la fonction même de coordinateur NPP implique une grande indépendance vis-à-vis de l'intimé; que les pièces 23 à 26 produites par l'appelant à l'appui de sa demande montrent qu'il disposait d'une grande liberté organisationnelle; qu'il n'apparaît ainsi pas que les différents services concernés par son activité lui aient imposé des dates ou un contenu spécifique pour la formation d'accompagnement à la NPP; que l'intimé qualifiait la prestation de l'appelant de conseil (pièce 5 intimé), activité caractéristique du contrat de mandat et impliquant de l'indépendance; qu'ainsi, les relations entre les parties ont été caractérisées par une absence de rapport de subordination personnel et organisationnel contraignant;

Que, partant, il n'apparaît pas que l'appelant ait été lié à l'intimé par un contrat de travail au sens du titre dixième du Code des obligations; que l'intimé n'a en conséquence pas la légitimation passive;

Considérant par ailleurs que l'article 1 al. 2 let. b LJP prévoit que ne sont pas du ressort de la Juridiction des prud'hommes les contestations relatives à la prévoyance professionnelle, opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit (art. 331 à 331c CO; art. 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité);

Que l'article 56V al. 1^{er} let. a ch. 1^{er} de la loi sur l'organisation judiciaire (ci-après : LOJ) dispose que le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000, qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946;

Que selon l'article 56V al. 1^{er} let. b ch. 1^{er} LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit (articles 331 à 331e du Code des obligations; articles 52, 56a, alinéa 1, et article 73 de la Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité, du 25 juin 1982);

Qu'ainsi des conclusions, telles que celles prises par l'appelant, tendant au paiement des parts patronales AVS et LPP ne sauraient en aucun cas être assimilées au paiement de salaire; qu'il s'agit en revanche de cotisations sociales relevant de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants et de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle; qu'un litige de cette nature ressortit à la compétence exclusive du Tribunal cantonal des assurances sociales, peu importe que l'appelant ait payé avec ce qu'il estime être son salaire ce qu'il considère être l'équivalent de la part patronale; qu'en tout état de cause, la part patronale n'est jamais déduite du salaire d'un employé;

Que, dès lors, en l'absence de légitimation passive, de contrat de travail et d'une disposition légale attribuant à la Juridiction des prud'hommes la compétence de trancher des litiges relevant des assurances sociales, la Cour d'appel ne peut que confirmer le jugement entrepris déclarant la demande irrecevable faute de compétence à raison de la matière;

Qu'en tant qu'il succombe dans son appel, T_____ supportera l'émolument de mise au rôle qu'il a payé et qui reste ainsi acquis à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services Financiers du Pouvoir judiciaire.

PAR CES MOTIFS

Le président de la Cour d'appel des prud'hommes, groupe 5,

Statuant d'office, seul et sans audience :

- reçoit l'appel interjeté par T_____ contre le jugement sur compétence rendu le 2 octobre 2003, notifié le 16 mars 2004, par le Tribunal des prud'hommes, groupe 5, en la cause n° C/11708/2003 – 5;
- confirme ledit jugement;
- laisse à la charge de T_____ l'émolument de mise au rôle qu'il a payé;
- déboute les parties de toute autre conclusion.

La greffière de juridiction

Le président