REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/13035/2019-3 **CAPH/26/2021**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 11 FEVRIER 2020

Entre

A_____ SA, sise _____ [GE], appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 30 avril 2020 (JTPH/170/2020), comparant par M^e^ Philippe GORLA, avocat, avenue de Champel 24, 1206 Genève, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____ [GE], comparant en personne.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 11 février 2021.

EN FAIT

A. **a.** A_____ SA est une société anonyme inscrite au Registre du commerce genevois, qui a pour but la fabrication, la distribution et la vente de produits à base de _____.

C_____ en est l'administrateur directeur.

b. B_____, domicilié à Genève, allègue s'être engagé au service de A_____ SA en qualité de responsable développement opérationnel à compter du 7 mars 2019.

Il a produit à l'appui de son allégué copie d'un document intitulé "contrat de travail", non signé, prévoyant un taux d'occupation de 60% et un salaire mensuel fixe de 6'000 fr. versé douze fois l'an, ainsi que divers documents ("Conditions générales de travail", "Règlement relatif au remboursement des frais", "Livret d'accueil pour les salariés", non signés) et un organigramme au 11 mars 2019, où son nom figure dans une case intitulée "département commercial" (où se trouvent également les noms de D_____ en regard de "commercial et marketing" et d'une tierce personne), en regard de la mention "développement opérationnel".

L'exemplaire de contrat produit mentionne de nombreuses fois "le collaborateur" et à une reprise "la collaboratrice"; il fait état d'un salaire versé "sous déduction des différentes charges sociales et de l'impôt à la source".

B_____ a également versé un courrier électronique reçu de C_____ le 7 mars 2019, sous le sujet "statistiques ventes" qui comporte notamment la phrase suivante: "[mot caviardé] fut jadis notre principal client, mais ce dernier a précipité la rupture de collaboration de votre prédécesseur, Monsieur E_____ […]".

Il a déclaré au Tribunal qu'il avait proposé ses services comme directeur commercial, après avoir appris par un investisseur potentiel dans la société que E_____ qui avait occupé ce poste l'avait quitté en décembre 2018. Il lui avait été répondu que le poste avait été repourvu en la personne de D_____, qui ne convainquait pas parce qu'elle ne parlait pas allemand. Le 17 février 2019, C_____ l'avait informé qu'il disposait d'un budget de 6'000 fr. (en raison d'une assistante administrative en congé maternité), et qu'il ne voulait pas que B_____ ait une autre activité. Celui-ci avait alors proposé de travailler à 60%, avec trois mois d'essai et salaire et taux d'activité à revoir à l'issue de cette période. Le 11 mars 2019, C_____ lui avait remis le contrat de travail et les autres documents produits, il avait signé mais pas réclamé de copie signée.

Les témoins D_____, G_____, H_____ ont déclaré avoir reçu une copie signée de leur contrat de travail respectif.

c. A_____ SA conteste avoir conclu un contrat de travail avec B_____, conteste avoir remis à celui-ci les documents de conditions générales, règlement et livret d'accueil, et argue de faux les contrats de travail et organigramme précités. Elle a déposé plainte pénale de ce chef notamment.

Elle allègue avoir conféré à B_____, qui lui avait été présenté comme consultant et entrepreneur, un mandat portant sur l'analyse de sa clientèle, pour une durée de trois mois.

Selon elle, B_____ n'a pas succédé à E_____, qui était directeur commercial jusqu'en novembre 2018, et remplacé par D_____ (ce que celle-ci a confirmé dans son témoignage).

Elle a produit notamment quatre organigrammes, datés des 8 octobre 2018, 10 décembre 2018, 25 février 2018 et 8 avril 2019. Dans les deux derniers figure, dans la case "développement commercial", le nom de D_____ en regard de la mention "responsable commerciale et marketing", ainsi que celui d'une tierce personne. Dans le dernier figure le nom de B_____ dans la case "ressources externes" en regard de la mention "développement opérationnel".

A_____ SA a déclaré au Tribunal que B_____ avait annoncé qu'un audit en lien avec la taille de l'entreprise pouvait durer entre un et trois mois, et qu'il pratiquait la facturation à quinzaine. Les parties avaient convenu 3'000 fr. par quinzaine. B_____ avait été présenté en tant que mandataire pour une durée de trois mois maximum mais renouvelable tous les quinze jours, donc pouvant prendre fin tous les quinze jours.

c. B_____ allègue avoir commencé son activité dans les bureaux de A_____ SA le 11 mars 2019, où il avait à sa disposition un poste de travail, un numéro de téléphone interne, un ordinateur pc et l'accès aux serveurs de l'entreprise.

Selon A_____ SA, B_____ avait un accès informatique restreint aux dossiers commerciaux (pas d'accès au "nouveau système" selon attestation écrite de l'installateur du serveur informatique F_____), nécessaire pour l'accomplissement de son mandat, et la jouissance d'un bureau (soit celui d'une collaboratrice en arrêt-maladie, partagé avec des employés temporaires), d'un ordinateur et d'un téléphone.

B_____ a déclaré au Tribunal qu'il avait un horaire fixé (mardi de 8h00 à 17h00, lundi, mercredi, jeudi et vendredi de 13h00 à 17h30), qu'il utilisait le poste informatique d'une collaboratrice sauf le mardi matin où il utilisait son ordinateur portable vu la présence d'un comptable au poste précité. Il avait été présenté aux collaborateurs comme responsable développement opérationnel; il prenait des commandes chaque jour. D_____ lui avait donné quelques instructions le premier jour, puis ne s'était pas montrée collaborante.

A_____ SA a déclaré au Tribunal que B_____ avait une adresse de courrier électronique au nom de l'entreprise pour raisons de confidentialité. Aucun jour de présence, ni horaire, n'était exigé, même s'il avait été convenu qu'au début B_____ serait présent trois jours par semaine, puis ensuite plus de jours mais moins longtemps. Il n'avait jamais été question de donner la fonction de directeur commercial au précité.

Les organigrammes étaient faits par C_____. Celui produit par B_____, qui lui était soumis, la surprenait en ce sens qu'il laissait penser que ce dernier était son supérieur hiérarchique; elle ne pouvait pas dire si ce document lui avait été montré par C_____. L'organigramme déposé par A_____ SA, daté du 25 février 2019, correspondait à la réalité de janvier 2019 au jour de son audition. B_____ avait un numéro de téléphone interne; il prenait des commandes de clients, il faisait partie du département commercial, et "tout le monde fait tout" même les externes, notamment dans le département commercial. B_____ avait assisté à une formation qu'elle avait dispensée.

Selon le témoin G_____, responsable qualité au service de A_____ SA, la fonction exacte de B_____, rattaché au département commercial, consistait à développer la partie opérationnelle; elle ne savait pas qu'il était chargé de procéder à un audit de l'entreprise. Il était présent à temps partiel l'après-midi, dans un bureau, c'était un externe à l'entreprise, comme il avait été présenté, notamment à travers l'organigramme, soit une "ressource externe". Celui au 8 avril 2019, qui lui était soumis, était exact. L'organigramme produit par B_____, qui lui était également soumis, ne lui disait rien.

Pour le témoin H_____, directeur d'exploitation de A_____ SA depuis 2016, B_____ était un conseiller externe, ce qui était mentionné dans un organigramme. Celui produit par B_____, qui lui était soumis, ne lui disait rien.

Le témoin I_____, directeur administratif de A_____ SA en 2018, puis au bénéfice de mandats de celle-ci pour la gestion des ressources humaines, a déclaré bénéficier d'une adresse email de l'entreprise. Il avait reçu une copie signée de son contrat de travail. Il était présent lors de l'entretien durant lequel il avait été mis fin aux relations contractuelles entre les parties, parce que le mandat n'était pas rempli.

d. B_____ allègue qu'à fin mars 2019, n'ayant pas perçu son salaire, il a questionné des collègues, lesquels lui auraient indiqué que le versement n'intervenait souvent qu'après le 20 du mois suivant, et qu'il a alors requis de A_____ SA qu'elle le paie tous les quinze jours sur présentation d'une facture, durant la période d'essai, soit six fois 3'000 fr., "quitte à régulariser la situation avec fiches de salaire et paiement des charges sociales par la suite", ce que la société aurait accepté.

Au Tribunal, il a déclaré qu'il avait questionné D_____ qui lui avait indiqué que son salaire de janvier lui avait été versé le 22 février 2019. Le responsable logistique lui avait dit que les personnes qui quittaient l'entreprise ne recevaient pas leur dernier salaire. Il avait établi des factures spontanément, pour la comptabilité de l'entreprise; il n'avait pas pensé à demander une avance de salaire.

Le 28 mars 2019, B_____ a établi, sur papier à entête "B_____ CONSULTING" une facture à l'adresse de A_____ SA, portant sur "projet analyse restructuration vente logistique 1 paiement sur 6 comme convenu 3'000 fr.".

Cette facture a été acquittée le 1er avril 2019 par A_____ SA.

Le 12 avril 2019, B_____ a émis une deuxième facture de 3'000 fr. pour "projet analyse restructuration vente et logistique 2. Paiement sur 6 comme convenu".

Le 25 avril 2019, il a émis une troisième facture de 3'000 fr. pour "projet analyse restructuration vente et logistique 3. Paiement sur 6 comme convenu". Il s'est adressé à A_____ SA par courrier électronique en ces termes: "Comme la deuxième facture n'a pas encore été réglée, j'apprécierais de recevoir les deux paiements en même temps au plus tard lundi prochain 29 avril 2019".

Selon le témoin D_____, le salaire était acquitté le 10 du mois suivant, comme convenu; il arrivait qu'il soit versé après la date convenue.

e. Le 25 avril 2019, selon A_____ SA, le 26 avril 2019 selon B_____, les parties ont eu une entrevue, au cours de laquelle la première a déclaré mettre fin à leurs relations contractuelles avec effet immédiat.

B_____ allègue que A_____ SA lui a annoncé qu'elle verserait 6'000 fr. en plusieurs tranches pour solde de tout compte dans les jours à venir.

A_____ SA allègue qu'elle a mis fin aux rapports contractuels avec effet immédiat, en raison de ce qu'elle venait d'apprendre que B_____ avait transmis des informations commerciales et financières à des tiers, ce que ce dernier aurait reconnu. Elle allègue avoir déposé une main-courante à la police de ce chef.

B_____ a déclaré au Tribunal que, lors de l'entretien, il lui avait été reproché des erreurs commises lors de la prise de commandes, ce qu'il avait réfuté.

f. Le 29 avril 2019, B_____ a fait parvenir à A_____ SA un document intitulé "Analyse de la clientèle de A_____ et réflexions sur la stratégie commerciale".

Au Tribunal, il a déclaré que le texte se trouvait sur son ordinateur personnel.

g. Le 14 juin 2019, à la requête de B_____, l'Office des poursuites a fait notifier à A_____ SA un commandement de payer poursuite n° 1_____ portant sur 7'800 fr. avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 27 mai 2019, pour "salaires de mars, avril et mai 2019".

La poursuivie a formé opposition.

h. Après avoir obtenu le 8 juillet 2019 de l'Autorité de conciliation du Tribunal des prud'hommes, qu'il avait saisie le 4 juin 2019, une autorisation de procéder, B_____ a déposé le 8 octobre 2019 une demande au Tribunal, par laquelle il a conclu à ce que A_____ SA soit condamnée à lui verser 7'800 fr. bruts avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 27 mai 2019, représentant le salaire dû du 11 mars au 3 mai 2019, sous déduction de 3'000 fr. déjà versés.

Par ordonnance du 18 octobre 2019, le Tribunal a transmis à A_____ SA un exemplaire de la demande et des pièces de B_____ et lui a imparti un délai pour répondre.

Par mémoire-réponse, A_____ SA a conclu à l'irrecevabilité de la demande, avec suite de frais et prononcé d'une amende pour téméraire plaideur.

A l'issue de l'audience du Tribunal du 5 février 2010, les parties ont plaidé; le procès-verbal ne fait pas mention de leurs conclusions.

Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

B. Par jugement du 30 avril 2020, expédié pour notification aux parties le même jour, le Tribunal a condamné A_____ SA à verser à B_____ 7'800 fr. nets avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 28 mai 2019 (ch. 4), prononcé la mainlevée définitive de l'opposition formée par A_____ SA au commandement de payer poursuite n° 1_____ (ch. 5), et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 8).

Il a retenu que B_____ avait allégué l'existence d'un contrat de travail (fait doublement pertinent), que les témoins entendus avaient déclaré que le précité avait déployé son activité comme mandataire externe et qu'ils avaient tous reçu copie du contrat écrit qu'ils avaient signé, que la société avait déclaré qu'aucune horaire n'avait été arrêté, que B_____ n'était "pas véritablement incorporé dans l'entreprise", qu'il n'avait pas accès au système informatique et utilisait son propre ordinateur même s'il disposait d'une adresse email de la société, qu'il n'avait pas de bureau, qu'il avait établi des factures dont l'une avait été acquittée sans déduction de charges sociales, qu'il n'y avait pas d'élément de durée, que B_____ s'était montré contradictoire dans ses déclarations en évoquant un "mandat" réalisable par un "employé", ainsi qu'en évoquant une copie de contrat signée dont il avait admis qu'il ne disposait pas, que la société avait coutume de recourir aux

services de mandataires externes, que dès lors les parties avaient été liées par un contrat de mandat, que, par référence à l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_484/2018 du 10 décembre 2019 il lui revenait de statuer sur les prétentions reposant sur un tel fondement, que le mandataire avait rempli son mandat en adressant son rapport le 29 avril 2019, que la rémunération convenue était de 3'000 fr. par quinzaine, que les relations contractuelles avaient duré du 7 mars au 29 avril 2019, soit 54 jours, que le jour devait être rémunéré 200 fr. (soit 3'000 fr. divisé par 15 jours), ce qui donnait un total de 10'800 fr. dont à déduire 3'000 fr. déjà versés.

C. Par acte du 4 juin 2020, A_____ SA a formé recours contre le jugement susmentionné. Elle a conclu à l'annulation de celui-ci, cela fait à l'irrecevabilité de la requête.

A titre préalable, elle a requis la suspension de l'effet exécutoire attaché à la décision attaquée, ce à quoi la Cour a fait droit par arrêt du 10 juin 2020, retenant notamment que, *prima facie*, le recours n'apparaissait pas dénué de chances de succès.

Elle a conclu préliminairement à la suspension de la procédure jusqu'à" décision de la direction de la procédure pénale concernant la plainte pénale complémentaire".

Elle a produit des pièces nouvelles et allégué des faits nouveaux.

B_____ a conclu au rejet du recours. Il a formé des allégués nouveaux.

Les parties ont répliqué et dupliqué, persistant dans leurs conclusions respectives.

Par avis du 28 août 2020, elles ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. **1.** La décision attaquée est une décision finale de première instance rendue dans le cadre d'un litige portant sur une valeur litigieuse inférieure à 10'000 fr. au dernier état des conclusions de première instance (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC), de sorte que la voie du recours est ouverte.

1.2 Interjeté dans le délai prescrit et selon la forme requise, le recours est recevable (art. 130, 131 et 321 CPC).

1.3 Les faits allégués et les pièces déposées par les parties devant la Cour, qui ne l'avaient pas été devant le Tribunal, sont nouveaux et, partant, irrecevables (art. 326 al. 1 CPC).

1.4 Le recours peut être formé pour la violation du droit et la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC). «Manifestement inexacte» signifie ici «arbitraire» (ATF 140 III 115 consid. 2; 135 III 397 consid. 1.5; arrêt du Tribunal fédéral 4A_282/2019 du 4 novembre 2019 consid. 2.1).

1.5 En matière de litiges de travail dont la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr., la maxime inquisitoriale sociale s'applique, le juge établissant ainsi les faits d'office (art. 247 al. 2 let. b CPC; TAPPY, Commentaire romand, Code de procédure civile, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, 2019, n. 22 et 23 ad art. 247 CPC).

La cause est soumise à la procédure simplifiée (art. 243 al. 1 CPC).

2. La recourante conclut, sans motivation sur ce point – ce qui le rend irrecevable – à la suspension de la procédure dans l'attente d'une décision dans la procédure pénale relative à sa plainte complémentaire.

En tout état, la décision ordonnant la suspension de la cause (art. 126 al. 1 CPC) doit être compatible avec le droit constitutionnel d'obtenir un jugement dans un délai raisonnable (art. 29 al. 1 Cst.). Elle ne doit être admise qu'exceptionnellement, en particulier lorsqu'il se justifie d'attendre la décision d'une autre autorité, ce qui permettrait de trancher une question décisive (ATF 135 III 127 consid. 3.4).

En l'absence d'explications plus précises de la recourante, rien n'indique que les éléments de la procédure pénale seraient décisifs à ce stade, de sorte que la suspension requise ne se justifie pas.

3. La recourante reproche tout d'abord au Tribunal une constatation manifestement inexacte des faits.

Les éléments relevés par la recourante, découlant du dossier de première instance, ont été intégrés dans l'état de fait dressé ci-dessus dans la mesure de leur pertinence.

4. La recourante fait ensuite valoir une violation du droit en lien avec la circonstance que les premiers juges n'ont pas d'entrée de cause retenu leur incompétence *ratione materiae* et déclaré la demande de l'intimé irrecevable.

4.1 Les faits doublement pertinents sont des faits déterminants non seulement pour la compétence du tribunal mais aussi pour le bien-fondé de l'action (ATF 142 III 466 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_368/2016 du 5 septembre 2016 consid. 2.2). Lorsqu'un canton - tel le canton de Genève (let. B.a supra) - institue une juridiction spécialisée pour connaître des litiges découlant d'un contrat de

travail, ledit contrat constitue un fait doublement pertinent (ATF 137 III 32 consid. 2.3; arrêt précité 4A_10/2017 consid. 1).

En présence de tels faits, la jurisprudence prescrit en principe le procédé suivant, intitulé «théorie des faits doublement pertinents» ou à double pertinence:

- le juge saisi examine sa compétence sur la seule base des allégués, moyens et conclusions de la demande, sans tenir compte des contestations du défendeur et sans procéder à aucune administration de preuves. Les faits allégués (censés établis) doivent être concluants, c'est-à-dire permettre juridiquement d'en déduire le for invoqué par le demandeur (ATF 141 III 294 consid. 5.2 p. 298 et 6.1 p. 301). Si la qualification du rapport contractuel pose une question délicate de délimitation, celle-ci devra être élucidée lors de l'examen du bien-fondé de la prétention au fond, en même temps que celle de savoir si un contrat a réellement été passé (ATF 142 III 466 consid. 4.1; 137 III 32 consid. 2.4.2; arrêt 4A_510/2019 du 29 octobre 2019 consid. 2).

Si, en fonction de l'examen restreint aux éléments précités, le juge arrive à la conclusion qu'il n'est pas compétent, il doit rendre une décision d'irrecevabilité (ATF 141 III 294 consid. 5.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_73/2015 du 26 juin 2015 consid. 4.1.2).

On précisera encore qu'il est fait exception à l'application de la théorie de la double pertinence notamment en cas d'abus de droit de la part du demandeur, par exemple lorsque la demande est présentée sous une forme destinée à en déguiser la nature véritable, lorsque les allégués sont manifestement faux, que la thèse de la demande apparaît d'emblée spécieuse ou incohérente, ou se trouve réfutée immédiatement et sans équivoque par la réponse et les documents de la partie défenderesse (ATF 141 III 294 consid. 5.3; 136 III 486 consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 4A.484/2018 du 10 décembre 2019 consid. 5.2).

4.2 En l'occurrence, les allégués, formés dans le cadre d'une procédure simplifiée, et pièces produites par l'intimé ne permettaient pas au Tribunal, à leur simple lecture, de se déclarer incompétent d'entrée de cause.

Rien ne conduisait à ce stade à anticiper que le contrat de travail, fût-il non signé, et l'organigramme déposés par l'intimé seraient argués de faux. Certes des factures ont été versées à l'appui de la requête, ce qui est insolite en lien avec des prétentions relevant de rapports de travail, mais l'intimé a formé un allégué à ce sujet, qui contrairement à l'avis de la recourante, n'apparaît pas en lui-même incohérent. Enfin, la production du résultat d'une activité, sous forme de rapport, n'est pas concluante s'agissant de la qualification de ladite activité.

Il n'y a dès lors pas lieu de reprocher au Tribunal d'avoir retenu sa compétence (implicitement, en requérant une réponse de la recourante par son ordonnance du

18 octobre 2019) lors du premier examen restreint, imposé par l'application de la théorie des faits de double pertinence.

Le grief de la recourante est ainsi infondé.

5. A bien la comprendre, la recourante reproche ensuite aux premiers juges, qui ont correctement selon elle, qualifié de mandat les relations entre les parties, de ne pas avoir rejeté les prétentions de l'intimé sans en examiner le bien-fondé, sur la base des principes dégagés dans l'ATF 142 III 294, mais d'être entrés en matière, en faisant une application qui l'a surprise de l'arrêt du Tribunal fédéral non publié 4A_484/2018, rendu postérieurement à sa réponse de première instance.

5.1 S'il admet sa compétence au regard des allégations du demandeur, le juge procède alors à l'administration des preuves puis à l'examen du bien-fondé de la prétention au fond. S'il conclut finalement que le fait doublement pertinent censé fonder sa compétence n'est pas réalisé, il doit rejeter la demande par une décision sur le fond, revêtue de l'autorité de chose jugée (ATF 142 III 467 consid. 4.1; 141 III 294 consid. 5.2). Ainsi, le tribunal des prud'hommes, respectivement le tribunal des baux doit rejeter la demande si, en examinant le fond, il constate l'inexistence d'un contrat de travail, respectivement d'un contrat de bail à loyer (arrêts précités 4A_73/2015 consid. 4.1.2 et 4A_10/2017 consid. 1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_186/2017 du 4 décembre 2017 consid. 2).

Dans son arrêt 4A_484/2018 du 10 décembre 2019, le Tribunal fédéral a relevé que l'espèce qui lui était soumise avait pour particularité qu'un autre fondement [i.e que le contrat de travail] était invoqué pour les prétentions émises. Ce cas de figure n'était pas envisagé dans la jurisprudence précitée. Toutefois, sous l'empire de l'ancienne loi d'organisation judiciaire (OJ), il avait été retenu qu'une juridiction spécialisée, qu'elle soit instituée par une loi cantonale (prud'hommes) ou fédérale, ne saurait refuser d'étendre son examen aux moyens de droit fédéral invoqués concurremment avec le droit particulier qui fonde la compétence spéciale. Le principe de l'application d'office du droit fédéral (*iura novit curia*) s'oppose au partage d'une cause civile en procès distincts, selon les moyens de droit fédéral invoqués, et impose dans cette mesure une attraction de compétence, dont la loi ou la jurisprudence doivent dégager les règles (ATF 92 II 305 consid. 5 cf. aussi ATF 91 II 63 consid. 3; 95 II 242 consid. 3; 125 III 82 consid. 3 et les arrêts cités; plus récemment, ATF 137 III 311 consid. 5.2.1). Dans le cas d'espèce, le noeud du litige était bel et bien le contrat de travail. Par attraction, la juridiction spécialisée tenue d'appliquer d'office le droit fédéral (art. 57 CPC) était aussi compétente pour examiner si les conclusions pouvaient s'appuyer sur un autre fondement juridique que le contrat de travail (consid. 5.4, 5.5).

Cet arrêt a fait l'objet de divers commentaires. Pour BOHNET (Le double paradoxe de la théorie des faits de double pertinence; commentaire de l'arrêt du

Tribunal fédéral 4A_484/2018 in newsletter droitdutravail.ch février 2020), le juge doit lorsque sa compétence a été retenue sur la base de la théorie des faits de double pertinence, examiner les prétentions du demandeur quel que soit leur fondement, même s'il s'avère finalement qu'il n'y a pas de relations de travail. Si le fait doublement pertinent est finalement nié, la demande doit être rejetée, "à moins qu'un autre fondement puisse fonder la prétention du demandeur". Le commentateur relève deux paradoxes à la théorie: d'une part le défendeur souhaite que la demande soit jugée irrecevable – et non infondée – peu important que la demande puisse être redéposée, d'autre part, un tribunal spécialisé doit examiner une prétention selon un fondement pour lequel il n'est en principe pas compétent matériellement. _____ (Concours d'actions – La juridiction spécialisée doit sortir de son domaine de compétence, in CPC Online – Sélection du 31 janvier 2020) approuve la solution du Tribunal fédéral, relevant que le juge spécialisé ne peut pas, après avoir instruit les faits de double pertinence et constaté que le fondement juridique invoqué, qui fonde sa compétence, n'est en définitive pas prouvé, se limiter à déclarer la demande irrecevable, ni contourner l'art. 57 CPC en rejetant la demande au fond uniquement en ce qui concerne le fondement juridique qui relève de sa compétence sans examiner d'autre fondement juridique de la prétention invoquée. La solution consistant à admettre que l'autorité de la chose jugée ne s'étend alors qu'au fondement juridique examiné par le tribunal et non à tout autre fondement juridique possible n'est pas compatible avec la notion – de droit fédéral – d'identité du litige telle qu'elle ressort de la théorie de l'objet du litige binôme.

5.2 La qualification juridique d'un contrat est une question de droit (ATF 131 III 217 consid. 3). Le juge détermine librement la nature de la convention d'après l'aménagement objectif de la relation contractuelle (*objektive Vertragsgestaltung*), sans être lié par la qualification même concordante donnée par les parties (ATF 84 II 493 consid. 2). La dénomination d'un contrat n'est pas déterminante pour évaluer sa nature juridique (art. 18 al. 1 CO; ATF 129 III 664 consid. 3.1).

Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO). Les éléments caractéristiques de ce contrat sont une prestation de travail, un rapport de subordination, un élément de durée et une rémunération (arrêts du Tribunal fédéral 4A_200/2015 du 3 septembre 2015 consid. 4.2.1 et 4P.337/2005 du 21 mars 2006 consid. 3.3.2).

Le contrat de travail se distingue avant tout des autres contrats de prestation de services, en particulier du mandat, par l'existence d'un lien de subordination (ATF 125 III 78 consid. 4; 112 II 41 consid. 1a/aa p. 46 et consid. 1a/bb), qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel, et dans une certaine mesure économique. Le

travailleur est assujetti à la surveillance, aux ordres et instructions de l'employeur; il est intégré dans l'organisation de travail d'autrui et y reçoit une place déterminée (arrêt du Tribunal fédéral précité du 3 septembre 2015 consid. 4.2.1 et les arrêts cités). Pour sa part, le mandataire doit certes suivre les instructions du mandant, mais il agit indépendamment et sous sa seule responsabilité, tandis que le travailleur se trouve au service de l'employeur. D'autres indices peuvent également aider à la distinction, tels l'élément de durée propre au contrat de travail, alors que le mandat peut n'être qu'occasionnel (arrêt du Tribunal fédéral précité du 21 mars 2006 consid. 3.3.2 et les références citées), le fait que les conditions de temps et de lieu dans lesquelles le travail doit être exécuté soient fixées dans le contrat (arrêt du Tribunal fédéral 4C.276/2006 du 25 janvier 2007 consid. 4.4.1), la mise à disposition des instruments de travail et le remboursement des frais (même arrêt consid. 4.5.1) ainsi que l'indépendance économique; ce dernier critère doit toutefois être relativisé, dès lors qu'une dépendance économique peut exister dans d'autres types de contrats que le contrat de travail, d'une part, et qu'elle n'existe pas nécessairement dans tous les contrats de travail, d'autre part (même arrêt consid. 4.6.1).

Les critères formels, tels l'intitulé du contrat, les déclarations des parties ou les déductions aux assurances sociales, ne sont pas déterminants. Il faut bien plutôt tenir compte de critères matériels relatifs à la manière dont la prestation de travail est effectivement exécutée, tels le degré de liberté dans l'organisation du travail et du temps, l'existence ou non d'une obligation de rendre compte de l'activité et/ou de suivre les instructions, ou encore l'identification de la partie qui supporte le risque économique (arrêt du Tribunal fédéral 2C_714/2010 du 14 décembre 2010 consid. 3.4.2). En principe, des instructions qui ne se limitent pas à de simples directives générales sur la manière d'exécuter la tâche, mais qui influent sur l'objet et l'organisation du travail et instaurent un droit de contrôle de l'ayant droit, révèlent l'existence d'un contrat de travail plutôt que d'un mandat (cf. arrêt 4C.216/1994 du Tribunal fédéral du 21 mars 1995 consid. 1a).

Le critère de la subordination doit être relativisé en ce qui concerne les personnes exerçant des professions typiquement libérales ou ayant des fonctions dirigeantes. Comme l'indépendance de l'employé est beaucoup plus grande, la subordination est alors essentiellement organisationnelle (arrêt du Tribunal fédéral 4A_194/2011 du 5 juillet 2011 consid. 5.6.1). Dans un tel cas, plaident notamment en faveur du contrat de travail la rémunération fixe ou périodique, la mise à disposition d'une place de travail et des outils de travail, ainsi que la prise en charge par l'employeur du risque de l'entreprise […]; le travailleur renonce à participer au marché comme entrepreneur assumant le risque économique et abandonne à un tiers l'exploitation de sa prestation, en contrepartie d'un revenu assuré (arrêt du Tribunal fédéral 4A_602/2013 du 27 mars 2014 consid. 3.2).

Seul l'examen de l'ensemble des circonstances du cas concret permet de déterminer si le travail est effectué de manière dépendante ou indépendante (ATF 129 III 664 consid. 3.2; 112 II 41 consid. 1a/aa).

5.3 La rémunération du mandataire est due en vertu de l'art. 394 al. 3 CO. En cas de violation du mandat, la jurisprudence distingue entre la totale inexécution et l'exécution défectueuse de celui-ci.

En cas d'inexécution totale, soit lorsque le mandataire demeure inactif ou que ses prestations se révèlent inutiles ou inutilisables (*vollständig unbrauchbar*), celui-ci perd son droit à la rémunération (ATF 124 III 423 consid. 4a; arrêt du Tribunal fédéral 4A_89/2017 consid. 5.2.3).

En revanche, même en cas d'exécution défectueuse, le droit du mandataire à des honoraires subsiste, mais le montant des honoraires convenus (*Honorarforderung*) peut être réduit pour rétablir l'équilibre des prestations contractuelles. En effet, la rémunération due au mandataire représente une contre-prestation pour l'activité diligente qu'il exerce dans l'affaire dont il est chargé et s'il n'agit pas avec le soin requis, il ne peut prétendre, au titre de l'art. 394 al. 3 CO et de la convention des parties, à l'entier des honoraires convenus, c'est-à-dire à la rémunération qui serait équitablement due à un mandataire diligent (ATF 124 III 423 consid. 3b, rappelant un principe généralement admis dans la jurisprudence antérieure; arrêts du Tribunal fédéral 4A_89/2017 précité consid. 5.2.2; 4A_287/2015 du 22 juillet 2015 consid. 2.1). Le droit du mandant à la réduction existe même lorsque les honoraires ont été fixés de manière forfaitaire (arrêt du Tribunal fédéral 4A_287/2015 précité consid. 2.1 *in fine*).

5.4 En l'espèce, la recourante approuve la qualification juridique donnée par le Tribunal aux relations entre les parties, tandis que l'intimé, dans sa réponse, persiste à considérer que celles-ci relevaient du contrat de travail.

Il s'agit d'une question de droit (le juge n'étant pas lié par les déclarations des parties sur ce point) qui, de surcroît, est décisive en ce qui concerne la compétence *ratione materiae*, examinée d'office (art. 59 al. 2 let. b CPC).

Divers critères développés par la jurisprudence rappelée ci-dessus permettent de la trancher. Dans le cadre d'une procédure simplifiée comme en l'occurrence, dans laquelle l'existence d'un contrat de travail est prétendue, le juge établit les faits d'office sous l'angle de la maxime inquisitoriale sociale, ce que le Tribunal n'a effectué que de façon partielle in casu.

S'il a, dans son appréciation des éléments de la relation contractuelle, accordé un poids important à l'existence des factures établies par l'intimé, il n'a pas recueilli de déclaration suffisante de la recourante sur l'allégué qui y était lié, contesté en bloc, selon lequel l'intimé exposait pourquoi il aurait procédé de la sorte avec

l'accord prétendu de sa partie adverse. Le Tribunal n'a pas non plus complètement investigué les circonstances relatives au rapport de subordination, lequel est central ainsi que le rappelle la jurisprudence citée ci-dessus; en particulier les critères de liberté d'organisation, de l'obligation de rendre compte, du risque économique n'ont pas fait l'objet d'une instruction véritable, par exemple sous la forme d'une déposition des parties au sens de l'art. 192 CPC. Or, ces critères ont un poids plus décisif que ceux, formels, investigués par les premiers juges, notamment les données résultant d'organigrammes ou les présentations de l'intéressé, soit l'essentiel des points évoqués par les témoins, ou encore la perception de charges sociales. Au demeurant, les déclarations des témoins D_____ et G_____ ne sont pas aussi univoques que l'ont retenu les premiers juges, puisque, outre la qualification d'"externe", sont évoquées les responsabilités de développement de marché (voire de prises de commande citées par la première des témoins précités) par l'intimé qui "faisait partie du département commercial" respectivement "était affilié au département commercial", ce qui ne semble *prima facie* pas en lien avec l'audit allégué par la recourante.

Il apparait ainsi que la décision du Tribunal sur la qualification du contrat liant les parties était prématurée.

En tout état, les premiers juges ont retenu non seulement qu'ils étaient compétents pour connaître de la demande de l'intimé, mais encore ont statué sur celle-ci, sans avoir recueilli de détermination de la recourante, s'agissant en particulier de l'application au cas présent de l'espèce du Tribunal fédéral rendue en décembre 2019, soit postérieurement à la réponse (mais antérieurement à la date des plaidoiries finales). Cette espèce était d'ailleurs différente de la présente, qui ne comporte qu'un chef de conclusions en paiement d'une rémunération et non plusieurs; les commentateurs cités ci-dessus paraissent toutefois ne pas opérer une telle distinction et approuver, fût-ce avec nuances, le principe du jugement d'une prétention ne relevant pas de la compétence matérielle de la juridiction spécialisée. Sur ce point, les premiers juges ont procédé à un calcul de prétentions sur des bases temporelles et financières qu'aucune des parties n'avaient proposées et qui paraissent étrangères au mode de rémunération d'un mandataire supposé.

Au vu des éléments précités qui ne sont pas conformes au droit, le recours est fondé.

La décision attaquée sera ainsi annulée, et la cause renvoyée aux premiers juges (art. 327 al. 3 let. a CPC). Ceux-ci poursuivront l'instruction, et veilleront à procéder dans le respect de la maxime inquisitoriale sociale, à tout le moins tant qu'il s'agit de déterminer si les rapports contractuels entre les parties relèvent du contrat de travail, et du droit d'être entendues des parties.

6. Il n'est pas perçu de frais (art. 114 let. c CPC), au vu de la valeur litigieuse et en tant que le litige porte sur un contrat de travail, ce qui, en l'état de la procédure est une condition encore réalisée.

Il n'est pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 CPC).

Au vu de l'issue du recours, il n'est pas nécessaire de statuer sur la conclusion de la recourante liée à une amende pour téméraire plaideur.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 3 :

A la forme :

Déclare recevable le recours formé par A_____ SA contre le jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 30 avril 2020.

Au fond :

Annule ce jugement.

Renvoie la cause au Tribunal des prud'hommes pour instruction complémentaire et nouvelle décision.

Dit qu'il n'est pas perçu de frais judiciaires et qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente; Monsieur Claudio PANNO, juge employeur; Madame Agnès MINDER-JAEGER, juge salariée; Madame Chloé RAMAT, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF inférieure à 15'000 fr.