



T _____

Dom.élu : Me Benoît CHARBONNET

Rue Saint-Léger 8

1205 Genève

E _____ SA

Dom. élu : Me Charles PONCET

Cours des Bastions 14

Case postale 401

1211 Genève 12

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du lundi 26 septembre 2005

Mme Marguerite JACOT-DES-COMBES , présidente

MM. Alain SARACCHI. et Jean-François HUGUET, juges employeurs

Mme Pierette FISHER. et M. Richard JEANMONOD, juges salariés

Mme Iana MOGOUTINE CASTIGLIONI, greffière d'audience

EN FAIT

Par acte du 14 avril 2005, T_____ appelle d'un jugement rendu le 11 mars 2005, notifié à l'appelant le 15 du même mois, aux termes duquel le Tribunal des Prud'hommes, groupe 4, déclare irrecevable, pour cause d'incompétence *ratione materiae*, la demande en paiement de 89'300 fr. avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 15 mars 2003 à titre de « réévaluation de salaire » et de 74'669 fr. 50 avec intérêts moratoires dès le 11 novembre 2003, à titre d'indemnité pour résiliation immédiate injustifiée, qu'il a formée à l'encontre de la société E_____ SA

En substance, le Tribunal a considéré que l'appelant n'était pas lié à E_____ SA par un contrat de travail.

L'appelant conclut, ce jugement étant mis à néant, à ce que la Cour d'appel rejette l'exception d'incompétence *ratione materiae*, déclare sa demande recevable et renvoie la cause au Tribunal pour instruire sur le fond. Subsidiairement, il sollicite d'être acheminé à prouver les faits allégués à l'appui de son appel.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement déféré, et sollicite la réouverture des enquêtes pour l'audition d'un témoin, audition à laquelle elle a toutefois renoncé par la suite.

Les faits suivants résultent du dossier :

- A. E_____ SA, société anonyme inscrite au registre du Commerce de Genève et administrée par A_____, astrologue, a pour but social la production, la réalisation, l'impression, l'édition et la promotion de publications, d'émissions radiophoniques ou télévisées, de films, d'enregistrements, de vidéo cassettes, en particulier dans le domaine de l'astrologie.

T_____, de nationalité française et domicilié en France, est licencié en sciences politiques et économiques de l'Université de G_____ ; il affirme avoir en outre suivi des cours d'économie et de droit aux Universités de H_____ et d'I_____ (Paris). Avant de travailler pour E_____ SA, il a été salarié de plusieurs sociétés et a également travaillé comme consultant à titre indépendant.

- B. A une date non précisée, mais qui se situe en 2001 ou début 2002, les parties ont été mises en contact par une connaissance commune, B_____.

A cette époque-là, T_____ était à la recherche d'un emploi. Il n'avait pas de bureaux professionnels, ni en Suisse, ni en France, et n'était inscrit comme indépendant dans aucun de ces pays.

- C. Aux termes d'un courrier du 1^{er} mars 2002, E_____ SA a confirmé à T_____ son « désir » de lui confier des travaux de secrétariat.

Ce courrier a la teneur suivante :

« Cher Monsieur,

Suite à nos entretiens, nous vous confirmons par la présente notre désir de vous confier des travaux de secrétariat, et ce dès le 1^{er} mars 2002 et pour une période d'essai de trois mois.

Le volume de ces travaux – traductions en anglais de textes divers, courrier des lecteurs, lettres commerciales, saisie de données de naissance, constitution de dossiers de presse, classement de dossiers divers, corrections de textes, tenue du cahier de caisse, traitement de notre site internet – se définira au fur et à mesure en fonction des besoins, de vos disponibilités et de vos compétences. Il devrait se situer entre 15 et 25 heures par semaine, peut-être plus, à convenir ensemble.

Ainsi que nous vous l'avons signalé, votre souplesse, votre disponibilité sont pour nous un avantage certain, voire une nécessité, vu la nature de nos activités (rubriques journalistiques, manuscrits...).

Sur le plan financier, nous vous confirmons notre disposition à vous régler au tarif horaire de 30 FS (correspondant à un mi-temps de 20 h à 2'700 FS) pour commencer, un montant susceptible d'augmenter en fonction de la qualité de vos prestations à venir .

En espérant une collaboration agréable et féconde, recevez, cher Monsieur, nos salutations distinguées ».

Aucun contrat de travail n'a été établi, ni alors, ni au terme des trois mois stipulés.

Aucun témoin n'a assisté aux pourparlers entre les parties.

Le dire d'A_____, aux termes duquel T_____ lui a indiqué qu'il travaillait comme indépendant et voulait le rester, n'est pas étayé de preuves. Celui de T_____, aux termes duquel il avait expressément demandé un statut de salarié, ne l'est pas davantage.

Précédemment, E_____ SA avait employé des secrétaires, au bénéfice de contrats de travail écrits. Il en a été de même après la cessation des rapports entre les parties. Elle a également eu recours en tous cas à un consultant, en la personne de C_____, compagnon d'A_____, lequel a émis en novembre 2002 une facture d'honoraires pour l'activité ainsi déployée.

- D. Après l'expiration du susdit délai de trois mois, la collaboration des parties s'est poursuivie.

T_____ admet que, malgré ses demandes d'obtenir un contrat de travail déclaré en Suisse, il n'a pu obtenir d'E_____ SA, ni à ce moment-là, ni par la suite, une modification des conditions d'engagement telles que stipulées dans la lettre du 1^{er} mars 2002 et que sa collaboration avec E_____ SA s'est donc poursuivie sur cette même base. La rémunération perçue par T_____ a toutefois, par la suite et à une date non précisée, été portée à 33 fr./heure selon T_____, à 38 fr./heure selon E_____ SA

T_____ a non seulement effectué les travaux décrits. Aux termes des factures qu'il a établies, et sur lesquelles il sera revenu ci-après, son activité a également consisté à concevoir et réaliser une page de publicité pour la revue « Votre Horoscope 2003 », à numériser et travailler des photos, à effectuer divers travaux de conception, réalisation et maintenance et de « back office » en relation avec le site web de la société, à effectuer des travaux en relation avec un « contrat Astrocenter », de préparation et mises à jour de dossiers « multi-médias », enfin en l'organisation d'un voyage d'A_____ aux Etats-Unis. Il résulte également de différents courriels que T_____ s'est également occupé de différentes affaires personnelles d'A_____ (tels que transmission de renseignements au sujet d'essayages chez Dior, contact avec des amis, etc.). Plus particulièrement, T_____ assurait la coordination technique de services, tels que l'audiotel, le minitel et internet, qui servaient à diffuser des prédictions astrologiques. Il a également établi diverses statistiques et projections financières relatives aux services susmentionnés.

Dans une correspondance adressée à un tiers, A_____ le présente comme son « assistant ».

T_____ effectuait ces différentes tâches, selon son dire, exclusivement dans les locaux d'E_____ SA et selon un horaire imposé par E_____ SA,

qui commençait d'abord à 10 h, puis à 9 h du matin, pour se poursuivre jusqu'au soir ; selon son dire également, il travaillait parfois également le week-end. E_____ SA conteste ces allégués, faisant valoir que partie du travail d'T_____ était exécuté à son domicile, où il disposait d'un ordinateur et qu'elle ne lui a jamais imposé d'horaires de travail.

D_____, ami du demandeur entendu comme témoin, a constaté que T_____ allait régulièrement travailler chez E_____ SA. F_____, assistante d'A_____ du 1^{er} mai au 30 juin 2003, a confirmé sous serment que l'appelant s'était longuement consacré à la création du site internet et qu'elle l'avait vu travailler dans les locaux d'E_____ SA, d'abord de manière soutenue puisqu'il devait la mettre au courant, puis de manière sporadique, sur demande d'A_____ « qui le faisait venir », dans les semaines suivantes.

Précédemment, ainsi qu'au printemps 2003, certaines des tâches décrites ci-dessus, mais pas toutes, étaient exécutées pour E_____ SA par une secrétaire salariée.

- E. T_____ tenait un décompte des heures travaillées, du moins au début, décompte qu'il dit avoir régulièrement soumis à A_____, administratrice d'E_____ SA. Il soutient que cette dernière tenait son propre décompte, auquel elle se tenait en général, bien que le nombre d'heures retenues soit inférieur à son propre calcul. A_____, pour sa part, fait valoir qu'elle établissait un décompte d'heures sur la base des informations fournies par T_____, car, étant fréquemment absente, elle ne pouvait exercer de contrôle à cet égard. Ces décomptes n'ont pas été produits à la procédure.

A intervalles plus ou moins réguliers, T_____ a établi des factures pour le travail effectué pour le compte d'E_____ SA, factures qu'il soumettait à A_____, afin qu'elle lui règle le montant par chèque. Pour l'année 2003, les factures de l'appelant ont ainsi représenté fr. 22'972.50 et pour l'année 2002, fr. 28'175.

Sur le sujet, T_____ affirme avoir établi des factures à la demande expresse d'A_____, pour servir de pièces comptables justificatives aux sommes qu'il recevait, et qui constituaient en réalité des avances sur salaire. E_____ SA le conteste, faisant valoir qu'il s'agissait d'honoraires, lesquels avaient été ponctuellement acquittés.

Il n'est pas contesté que pendant toute la durée des rapports contractuels, T_____ n'a jamais bénéficié d'un permis de travail valable. Sur le sujet, il soutient avoir demandé à plusieurs reprises à A_____ qu'elle régularise son statut d'employé auprès de l'Office cantonal de l'emploi. A_____, pour sa part, affirme avoir insisté auprès de T_____ pour qu'il régularise sa situation fiscale en déclarant ses honoraires aux autorités suisses et françaises.

Il n'est pas contesté qu'E_____ SA n'a versé aucune charge sociale et que T_____ n'a pas été inscrit dans une caisse AVS en qualité de salarié.

- F. A la fin du mois de janvier ou au début de février 2003, T_____ a présenté sa démission parce que, selon lui, A_____ n'avait effectué aucune démarche pour régulariser sa situation, et ne lui avait pas accordé d'augmentation de salaire en considération de ses fonctions et qualifications. A_____, soutient, quant à elle, que T_____ a résilié son mandat pour pouvoir se consacrer à ses autres activités professionnelles.

T_____ est ensuite revenu sur sa décision.

Après ce "faux départ" en février 2003, T_____ a continué son activité pour E_____ SA, travaillant toutefois durant quelques temps à temps partiel, pour une société Z_____, start up qu'il avait fondée avec un tiers.

- G. A la fin du mois de septembre ou au début du mois d'octobre 2003, les parties ont discuté d'une modification des conditions de travail de T_____. La teneur de ces discussions n'a pu être établie avec précision : A_____ dit avoir proposé à T_____ une rémunération horaire de 45 fr. s'il améliorerait la qualité de ses prestations. T_____ soutient quant à lui qu'E_____ SA lui a proposé une rémunération comprise entre fr. 3'000.- et fr. 3'500.- par mois, pour un temps de travail de 50%, avec un statut d'indépendant. A cette époque, il a proposé à E_____ SA de l'engager moyennant une rémunération de 4'000 fr. mensuelle, avec un intéressement 15% des sommes nettes perçues par la société en relation avec le chiffre d'affaires « multimédia ».

Dans le cadre de ces pourparlers, T_____ a établi un document (pce 11 int.), dans lequel il peignait la situation telle qu'elle serait s'il avait un statut d'indépendant (salaire : 65'00 fr. ; charges 0 fr. ; pas de vacances, pas de

salaire en cas de maladie, pas de chômage).

Il n'est pas contesté qu'aucun accord n'a pu alors être trouvé.

- H. Les rapports contractuels entre les parties ont pris fin en date du 11 novembre 2003. Chacune des parties reproche à l'autre d'être à l'origine de cette rupture : T_____ soutient avoir été licencié avec effet immédiat, alors qu'E_____ SA affirme qu'il a lui-même mis un terme aux relations contractuelles.
- I. Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 12 juillet 2004, T_____ a assigné E_____ SA en paiement de fr. 89'300.-, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 15 mars 2003, à titre de réévaluation de son salaire à partir du mois de juillet 2002, et fr. 74'669.50, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 11 novembre 2003, à titre d'indemnité pour résiliation immédiate injustifiée et d'indemnité pour vacances non prises en nature.

A l'appui de sa demande, T_____ a indiqué, en substance, qu'au vu du principe de l'égalité de traitement entre travailleurs indigènes et étrangers, ainsi qu'au regard de ses qualifications, de ses responsabilités et des tâches qui lui étaient attribuées, il pouvait prétendre à un salaire plus important que celui qu'il avait perçu pendant son engagement. Par ailleurs, la résiliation immédiate des rapports de travail par E_____ SA était injustifiée et qu'il n'avait pas pris de vacances pendant toute la durée des rapports de travail.

E_____ SA a conclu *in limine litis* à ce que le Tribunal des prud'hommes constate son incompétence *ratione materiae* et, sur le fond, au rejet de la demande. A ses yeux, les rapports entre les parties ne relèvent pas du contrat de travail, T_____ exerçant son activité à titre de consultant indépendant en son sein.

- K. Le Tribunal des Prud'hommes a procédé à l'instruction écrite de la cause, à l'audition des parties et de plusieurs témoins.

Sur quoi fut rendu le jugement présentement querellé. Pour exclure l'existence d'un contrat de travail, le Tribunal a en particulier retenu que T_____, même s'il travaillait essentiellement dans les locaux d'E_____ SA, était indépendant dans l'organisation de ses activités, et qu'aucun horaire ne lui était imposé. Les heures accomplies variaient

considérablement d'un mois à l'autre, comme le prouvaient ses factures, qui s'échelonnaient entre 1'000 fr. en avril 2002 et 8'200 fr. en novembre 2002. Dans son activité, en particulier dans celle relative à l'organisation du site internet, il avait fait preuve de beaucoup d'indépendance, personne au sein d'E_____ SA n'étant à même de contrôler son activité ou lui donner des ordres en ce domaine. Pendant toute la durée des rapports contractuels, E_____ SA n'avait en outre jamais prélevé d'impôt à la source ou payé de cotisations sociales, ni entrepris de démarche pour régulariser la situation de T_____ en Suisse. Enfin, dans un document établi par ses soins, T_____ se présentait lui-même comme un indépendant.

Les arguments des parties en appel seront repris ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

1. L'appel a été formé dans le délai et suivant la forme prescrite. Il est dès lors recevable.

La cognition de la Cour d'appel est complète.

2. Pour statuer sur sa compétence, le juge se fonde sur la véritable nature du droit déduit en justice, sur le vu des conclusions et des motifs de la demande, sans être lié par la qualification juridique donnée par le demandeur et sans avoir à se prononcer, à ce stade, sur le fondement de la demande (ATF 99 II 280). Les parties ne peuvent déroger à une règle de compétence *ratione materiae* (SJ 1953, p. 252).

La Juridiction des prud'hommes connaît des contestations entre employeurs et salariés pour tout ce qui concerne leurs rapports découlant d'un contrat de travail au sens du titre dixième du CO (art. 1 al. 1 LJP).

Pour déterminer si les rapports entre les parties présentent ou non les caractéristiques d'un contrat de travail, le juge doit prendre en considération en premier lieu le contenu du contrat (ATF 99 II 313). Il ne s'arrêtera pas aux termes utilisés par les parties mais recherchera leur réelle et commune intention et, s'il n'y arrive pas, procédera à une interprétation objective du contrat selon le principe de la confiance (art. 18 CO, SJ 1990 p. 185, 188). Il examinera 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, pp. 202 et 203).

Les quatre éléments constitutifs du contrat de travail mentionnés par l'article 319 al. 1^{er} CO sont les suivants : 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; un salaire (SJ 1990 p. 185; SJ 1982 p. 202; Rehbinder, Commentaire bernois, n° 42 ad art. 319 CO; Schweingruber, Commentaire du contrat de travail selon le code fédéral des obligations, p. 20). D'autres indices, tels que la stipulation d'un délai de congé, d'une clause de prohibition de faire concurrence, la retenue des charges sociales peuvent en outre être pris en compte pour la qualification du contrat de travail.

Le rapport de subordination revêt une importance primordiale dans la qualification dudit contrat. 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. Le droit de l'employeur de donner des directives et des instructions constitue un élément caractéristique du contrat de travail; 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 globale 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).

Pour apprécier la nature juridique du lien existant entre les parties, il convient de tenir compte des critères matériels véritablement constitutifs du rapport de travail et non des critères formels, qui ne sont que l'expression de la volonté apparente des parties sans être déterminants pour autant. Ainsi l'intitulé du contrat, la déduction des cotisations d'assurances sociales, la retenue d'impôts à la source ou le versement d'allocations familiales ne permettent pas à eux seuls de conclure à l'existence d'un contrat de travail.

Par ailleurs, en vertu du principe de la liberté contractuelle, les parties à un contrat sont libres, postérieurement à sa conclusion, d'en changer la nature.

3. En l'espèce, pour déterminer la volonté réelle et commune des parties, il faut se référer en premier lieu à la teneur de la lettre d'E_____ SA du 1^{er} mars 2002.

Aux termes de ce courrier, E_____ SA confie à T_____ des travaux de secrétariat et divers autres travaux non énumérés exhaustivement (tels traductions, courrier aux lecteurs, saisie de données, constitution de dossiers de presse, classement de dossiers, corrections de textes, traitement du site internet), moyennant une rémunération horaire de 30 fr. Ces diverses tâches doivent être définies par la suite en fonction non seulement des besoins de l'entreprise, mais aussi de « la disponibilité » et des compétences de l'appelant. Le temps de travail exact n'est pas précisé, mais « devrait se situer » entre 15 et 25 heures hebdomadaires. Ce document, enfin, ne contient aucune disposition topique s'agissant de la durée d'éventuelles vacances ou encore du délai de résiliation du contrat.

Les termes utilisés ne permettent ainsi pas de retenir l'existence d'un contrat de travail.

Ce qui précède est confirmé par l'attitude ultérieure des parties.

T_____ a, du 11 mars 2002 au 11 novembre 2003, effectué pour E_____ SA une prestation de travail, pouvant faire l'objet d'un contrat de travail, mais pouvant également s'exercer à titre indépendant. Son activité a en effet consisté en particulier à effectuer des tâches de secrétariat courant, ainsi qu'à assister A_____ dans diverses autres activités (création et maintenance d'un site internet, contrat avec les tiers, organisations de voyages, voire assistance dans des affaires strictement personnelles). Même si l'activité se déroulait pour l'essentiel dans les locaux d'E_____ SA, ce seul facteur n'est pas déterminant. Il en est de même du fait que, précédemment, E_____ SA ait recouru à une secrétaire salariée pour certaines des tâches confiées à l'appelant, n'est pas déterminant. La nature de l'activité réellement fournie ne permet ainsi pas de qualifier juridiquement les rapports entre les parties.

Si, pour l'exécution de certaines de ses tâches, T_____ recevait nécessairement des instructions d'A_____, il n'est pas établi que des horaires de travail lui aient été imposés, contrairement aux termes de la lettre du 1^{er} mars 2002, rappelés ci-dessus. A cela s'ajoute que T_____ n'a pas produit à la procédure les décomptes horaires qu'il dit avoir tenus en relation avec son activité, ce qui aurait permis d'étayer ses déclarations au sujet des horaires qu'il dit avoir été les siens. Au contraire, il résulte des factures établies par ses soins que l'activité déployée par T_____ variait

considérablement selon les mois, sans que l'existence d'un contrat de travail sur appel ait été alléguée ou puisse être retenue. L'existence d'un lien de subordination dans l'organisation temporelle et personnelle du travail (horaires, vacances etc.) n'est ainsi pas démontrée.

La rémunération perçue par T_____ ne saurait par ailleurs être qualifiée de salaire. Pendant toute la durée de son engagement, il a en effet établi, régulièrement sinon mensuellement, des factures pour l'activité déployée, lesquelles lui ont été réglées sans prélèvement d'impôt à la source ou de charges sociales. Les explications de T_____ devant la Cour, selon lesquelles ces factures auraient été établies uniquement pour servir de justificatif comptable pour les avances de salaire qui lui auraient ainsi été versées, ne sont pas crédibles et ne sont pas étayées d'éléments probants. En effet, une simple quittance, mentionnant que les sommes versées l'étaient à titre d'avance sur salaire, aurait été suffisante pour valoir pièce comptable justificative. Si les montants versés à l'appelant par E_____ SA l'avaient été à titre d'avance sur salaire, on ne comprend en outre pas pourquoi l'appelant n'a pas réclamé le solde de celui-ci pendant toute la durée de son activité pour l'intimée, soit pendant plus de 18 mois.

Certes, l'appelant a-t-il allégué qu'A_____ lui aurait promis un emploi salarié après l'expiration du délai de trois mois prévu dans le courrier du 1^{er} mars 2002. L'existence d'une telle promesse n'est toutefois pas étayée d'un quelconque élément de preuve.

Par ailleurs, l'appelant a lui-même admis, devant la Cour, que ses demandes pour obtenir un statut de salarié n'avaient pas été acceptées par l'intimée et qu'en définitive, son statut n'avait pas changé (sous réserve d'une augmentation de la rémunération horaire), par rapport à celui prévu dans la lettre d'engagement du 1^{er} mars 2002.

A l'instar du Tribunal, la Cour retient dès lors que la commune et réelle intention des parties n'était pas de conclure un contrat de travail.

Il s'ensuit que le Tribunal des Prud'hommes s'est à juste titre déclaré incompétent *ratione materiae* pour juger de la présente cause.

4. Il résulte de ce qui précède que l'appel est infondé.

Le jugement attaqué sera dès lors confirmé.

Vu l'issue du litige, l'émolument d'appel versé par l'appelant reste acquis à l'Etat.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 4

A la forme :

- Reçoit l'appel interjeté par T_____ contre le jugement TRPH/161/2005, rendu le 11 mars 2005 par le Tribunal des Prud'hommes, groupe 4, dans la cause C/15560/2004-4.

Au fond :

- Confirme ledit jugement.
- Dit que l'émolument d'appel versé par T_____ reste acquis à l'Etat.
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La présidente

La greffière de juridiction