



Madame T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Pierre SCHERB  
Rue de Lausanne 36  
1201 Genève

E \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : FER-SAJEC  
Me Georges MONTICELLI  
Rue de Saint-jean 98  
Case postale 5278  
1211 Genève 11

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 22 novembre 2006

M. Guy STANISLAS, président

MM. Claude LECHENNE et Denis MATHIEU, juges employeurs

MM. David MUNGALL et Serge PASSINI, juges salariés

Mme Larissa ROBINSON, greffière d'audience

**EN FAIT**

- A. Par acte déposé au greffe le 12 avril 2006, T\_\_\_\_\_ appelle d'un jugement du Tribunal des Prud'hommes du 9 mars 2006, statuant sur compétence, déclarant irrecevable la demande en paiement formulée par T\_\_\_\_\_ à l'encontre de la E\_\_\_\_\_.

En substance, le Tribunal des Prud'hommes a retenu que les relations entre les parties ne ressortaient pas d'un contrat de travail mais d'un contrat de mandat.

T\_\_\_\_\_ conclut que le jugement sur compétence du Tribunal des Prud'hommes du 9 mars 2006 soit annulé et qu'E\_\_\_\_\_ soit condamnée à lui payer la somme de 45'262,40 fr. avec intérêts 5 % dès le 10 mai 2005.

- B. Par mémoire de réponse du 1<sup>er</sup> juin 2006, E\_\_\_\_\_ a conclu à la confirmation du jugement entrepris et au déboutement de l'appel.

- C. Il ressort de la procédure les faits essentiels suivants :

1. E\_\_\_\_\_ est une association avec siège dans le Canton de Genève.
2. A compter de l'année 1981, l'association a confié la tenue de sa comptabilité à une fiduciaire, dans laquelle travaillait T\_\_\_\_\_.
3. Courant 1983, T\_\_\_\_\_ a quitté cette fiduciaire, s'étant vu proposer par les dirigeants de E\_\_\_\_\_ de continuer à s'occuper de la tenue de la comptabilité de l'association, aux mêmes conditions que celles précédemment convenues avec la fiduciaire.

Aucun document écrit n'a formalisé cette collaboration. Dans le courant de l'année 1987, alors qu'elle avait besoin d'un justificatif de revenus, l'association a établi une « convention » datée du 1<sup>er</sup> mai 1987 indiquant que « T\_\_\_\_\_ a la charge de la tenue de la trésorerie et de la comptabilité de la E\_\_\_\_\_. Les prestations versées à T\_\_\_\_\_ sont de 5'300.- fr. par trimestre ».

4. L'activité de T\_\_\_\_\_ pour le compte de l'association s'étendait sur deux jours par semaine au début puis sur un jour toutes les deux semaines dès que la comptabilité a été informatisée. L'informatisation de la comptabilité a été réalisée à l'initiative et par les soins de T\_\_\_\_\_.
5. T\_\_\_\_\_ avait acquis son propre ordinateur pour l'exercice de son activité auprès de E\_\_\_\_\_.

6. A côté de son activité de comptable, T\_\_\_\_\_ exploitait une boutique de prêt-à-porter.

T\_\_\_\_\_ ne bénéficiait pas d'une adresse électronique au sein de l'association mais utilisait sa propre adresse électronique « T\_\_\_\_\_@xxxxxxxxxxx.xxx »

7. T\_\_\_\_\_ faisait figurer, dans la comptabilité de l'association, sa rémunération dans le compte « frais de comptabilité et contrôle » et non dans la rubrique « salaires et charges sociales ».

8. T\_\_\_\_\_ s'était de sa propre initiative affiliée à la Caisse de Compensation de l'E\_\_\_\_\_ le 1<sup>er</sup> mai 1987 puis à la Caisse de Prévoyance Professionnelle le 1<sup>er</sup> janvier 1999.

9. Par lettre du 28 janvier 2005, T\_\_\_\_\_ a indiqué au directeur général d'E\_\_\_\_\_, A\_\_\_\_\_, qu'elle cesserait son activité le 28 février 2005 au motif qu'elle ne figurait pas dans le nouvel organigramme de l'association et qu'elle en concluait que son poste semblait ainsi avoir été supprimé en dépit des 24 années de loyauté au service de l'association; elle indiquait dès lors que « la seule solution qui s'impose est de cesser mes relations de travail avec l'E\_\_\_\_\_ ».

10. Par lettre de son conseil du 10 mai 2005, T\_\_\_\_\_ a fait valoir diverses réclamations salariales auprès de l'association.

- D. Par demande déposée le 29 juillet 2005 au greffe de la juridiction des prud'hommes, T\_\_\_\_\_ a assigné l'E\_\_\_\_\_ en paiement des montants suivants :

- 5'802.45 fr. à titre de salaires pour les mois de février et mars 2005, avec intérêts moratoires,
- 3'864.25 fr. à titre d'indemnités pour vacances non prises en 2004 et 2005, avec intérêts moratoires,
- 8'280.- fr. à titre de rémunération de 40 heures supplémentaires, avec intérêts moratoires,
- 4'115,70 fr. à titre de remboursement d'achat de deux ordinateurs portables, avec intérêts moratoires,
- 23'200.- fr. à titre d'indemnité de départ, correspondant à huit mois de salaires, avec intérêts moratoires.

A l'appui de sa réclamation, T\_\_\_\_\_ a indiqué avoir travaillé pour le compte de l'association sur la base d'un contrat de travail de durée indéterminée depuis 1981. La démission notifiée le 28 janvier 2005 prenait ainsi effet le 30 avril 2005 compte tenu du délai de congé. Elle a en outre indiqué que les dépenses inconsidérées de la nouvelle direction l'avaient amenée à attirer l'attention de l'associa-

tion sur cette anomalie, situation qui avait été très mal perçue et qui avait eu un effet de *mobbing* à son encontre.

- E. Par mémoire de réponse du 20 septembre 2005, E \_\_\_\_\_ a conclu à l'irrecevabilité de la demande de T \_\_\_\_\_ au motif que le tribunal était incompétent *ratione materiae*. L'association a indiqué que tous ses employés étaient au bénéfice d'un contrat de travail écrit qu'ils devaient retourner dûment signé, que l'activité de consultante de T \_\_\_\_\_ répondait à ses souhaits dès lors qu'elle ne désirait pas être liée par une relation de travail, qu'elle bénéficiait dans son activité d'une large liberté de mouvement puisqu'elle n'avait aucun honoraire de travail à respecter et aucune obligation d'annoncer ses vacances, et que T \_\_\_\_\_ avait d'autres occupations, notamment celles relatives à la gestion d'une boutique de prêt-à-porter pour laquelle elle utilisait une adresse électronique personnelle « T \_\_\_\_\_@xxxxxxxxxxx.xxx » également utilisée dans le cadre de son activité avec l'association alors que tous les employés avaient une adresse électronique professionnelle. E \_\_\_\_\_ a également relevé que T \_\_\_\_\_ s'était de sa propre initiative affiliée à la caisse de compensation de l'association le 1<sup>er</sup> mai 1987 puis auprès de la caisse de prévoyance professionnelle le 1<sup>er</sup> janvier 1989 et qu'elle faisait figurer dans la comptabilité de l'association sa rémunération dans le compte « frais de comptabilité et contrôle ».

Enfin l'association a relevé que T \_\_\_\_\_ avait toujours été considérée comme une consultante et que sa prise de position le 25 janvier 2005 faisant état d'un contrat de travail avait suscité une réaction de la direction s'étonnant de ce nouveau statut qui ne correspondait pas aux accords convenus.

- F. Dans le cadre de l'instruction du litige devant le tribunal des prud'hommes, il est ressorti que, après le déménagement de l'association à Z \_\_\_\_\_, la présence de T \_\_\_\_\_ s'étendait sur un jour tous les quinze jours, en général le mercredi, bien que ce jour ne soit pas fixe; T \_\_\_\_\_ ne disposait pas de signature sociale et les paiements comptables étaient signés par le trésorier et le directeur général. Tous les certificats de salaire concernant les employés, ainsi que les attestations-quittance pour l'administration fiscale, étaient signés par T \_\_\_\_\_ qui avait également signé son propre certificat de salaire pour la déclaration d'impôt établi le 18 janvier 2005 pour l'année 2004.
- G. Le tribunal des prud'hommes a procédé à des enquêtes en auditionnant plusieurs témoins. Le témoin A \_\_\_\_\_ a indiqué que T \_\_\_\_\_ avait travaillé au sein de l'association en qualité de consultante à raison d'une demi-journée tous les quinze jours. Elle n'avait pas d'horaire régulier et ne recevait pas d'instructions directes de sa part, le témoin n'ayant au demeurant aucune connaissance de ses vacances.

Le témoin B \_\_\_\_\_ a déclaré avoir collaboré avec T \_\_\_\_\_ de 1986 à 2004, cette dernière ayant été mandatée par l'association en qualité de comptable. Le témoin a précisé que les tâches qui lui avaient été confiées avaient été « outsourcées », raison pour laquelle elle avait un statut différent de celui des autres employés qui étaient au bénéfice d'un contrat de travail établi lors de leur engagement. Selon le témoin, T \_\_\_\_\_ n'avait pas d'horaires de travail particulier et utilisait son propre matériel informatique dont l'achat avait été effectué à son initiative et qui n'avait fait l'objet d'aucun remboursement.

Le témoin C \_\_\_\_\_, adjointe au directeur général de l'association, a indiqué que T \_\_\_\_\_ ne faisait pas partie du staff de l'association, dont tous les membres possédaient un contrat de travail alors que les externes étaient au bénéfice d'un contrat de mandat. Le témoin a précisé que les employés disposaient également d'une adresse électronique professionnelle et qu'il n'y avait jamais eu de décompte de vacances pour T \_\_\_\_\_.

Le témoin D \_\_\_\_\_, trésorier de l'association, a précisé qu'à sa connaissance, T \_\_\_\_\_ était consultante –, soit avec un statut différent de celui des autres employés. T \_\_\_\_\_ venait une ou deux fois par semaine à l'association mais ne faisait pas partie du personnel et le témoin s'est souvenu avoir vu un contrat spécifiant qu'elle était au bénéfice d'un rapport de mandat.

Le témoin F \_\_\_\_\_ a déclaré ignorer le statut de T \_\_\_\_\_ au sein de l'association mais savoir qu'elle venait un peu plus qu'une demi-journée toutes les deux semaines et ne pas connaître l'adresse professionnelle de T \_\_\_\_\_.

- H.** Par jugement sur compétence du 9 mars 2006, le tribunal des prud'hommes a déclaré irrecevable la demande en paiement déposée par T \_\_\_\_\_ à l'encontre de l'E \_\_\_\_\_. En substance, le tribunal a relevé que les éléments recueillis dans le cadre de l'instruction du litige permettaient de retenir que T \_\_\_\_\_ n'était pas liée à l'association par un contrat de travail mais par un contrat de mandat. L'absence de hiérarchie avec le directeur général, l'organisation de son emploi du temps, la libre prise de ses vacances, l'utilisation de son propre matériel informatique, l'adresse électronique personnelle ainsi que la rubrique comptable de sa rémunération plaident en faveur d'une relation de mandat. Le tribunal a également fustigé T \_\_\_\_\_ qui avait signé, par pure convenance personnelle, les documents administratifs concernant sa position au sein de l'association, qui auraient dû revêtir la signature d'un responsable de l'association.
- I.** Dans son appel du 12 avril 2006, T \_\_\_\_\_ reproche au tribunal d'avoir mal apprécié les faits du litige et les témoignages recueillis dans la procédure. Elle sollicite notamment l'audition de l'ancien directeur général de l'association, G \_\_\_\_\_ et d'une ancienne employée de l'association, H \_\_\_\_\_. T \_\_\_\_\_ se plaint également du comportement de A \_\_\_\_\_ et de B \_\_\_\_\_.

à son encontre qui relevait de mobbing au motif qu'elle avait révélé certains dysfonctionnements au sein de l'association.

- K.** Dans son mémoire de réponse du 1<sup>er</sup> juin 2006, l'E \_\_\_\_\_ a rappelé les différents témoignages recueillis dans la procédure et les pièces versées au dossier pour obtenir que l'activité de T \_\_\_\_\_ relevait d'un contrat de mandat.
- L.** A l'audience de ce jour, la Cour d'appel des prud'hommes a procédé à l'audition de H \_\_\_\_\_, l'audition de G \_\_\_\_\_ n'ayant pu être recueillie compte tenu de son grand âge et l'appelante ayant de ce fait renoncé à son audition. H \_\_\_\_\_ a indiqué avoir été employée de l'association depuis août 1993 jusqu'en 2006 en qualité d'assistante de direction. Elle a précisé avoir signé un contrat de travail et avoir été en contact avec T \_\_\_\_\_ qui, pour elle, ne bénéficiait pas d'un statut particulier; elle était la comptable de l'association où elle venait à intervalles réguliers exercer son activité. Elle a précisé qu'elle était informée de la venue de T \_\_\_\_\_ qui, au même titre que le directeur général, ne présentait pas de décompte de vacances. Elle a également précisé que T \_\_\_\_\_ avait, dans le cadre de ses attributions, tiré la sonnette d'alarme en 2005 et que cette situation avait conduit à sa séparation avec les instances dirigeantes de l'association.

### EN DROIT

1. Interjeté dans le délai et la forme prescrits par la loi, l'appel de T \_\_\_\_\_ est recevable (art. 59 LJP).
2. Par le contrat de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci s'engage à lui payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO). Les quatre éléments constitutifs du contrat de travail sont donc les suivants (cf. SJ 1990, p. 185; SJ 1982, p. 292; Wylér, Droit du travail, 2002, p. 41 ss; Aubert, Commentaire romand, 2003, n° 1.14 ad. art. 319 CO; Engel, Contrats de droit suisse, 2<sup>ème</sup> édition, p. 292; Schweingruber, Commentaire du contrat de travail selon le code fédéral des obligations, p. 20) :
  - 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.

Le rapport de subordination revêt une importance primordiale dans la qualification du contrat de travail. 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, fonctionnel et économique. La dépendance personnelle réside en ceci que le travailleur s'engage à développer une activité dont la nature, l'importance, les modalités et l'exécution ne sont souvent déterminées que de manière très générale dans le contrat de travail et doivent être précisées et concrétisées par le biais d'informations et d'instructions particulières, données au fil du temps par l'employeur. Le travailleur s'engage ainsi à respecter les instructions et avis de l'employeur, et à se soumettre aux mesures de supervision que celui-ci ordonne. La notion de rapport fonctionnel implique le fait que le travailleur est incorporé dans l'entreprise de l'employeur et se voit attribuer une position déterminée au sein de son organisation. La dépendance économique réside, quant à elle, dans le fait que le salaire permet au travailleur d'assurer sa subsistance (SJ 1990, p. 185; Stahelin, Zurcher Kommentar, n° 27 à 30 ad. art. 319 CO; Aubert, loc. cit., n° 6 à 13 ad. art. 319 CO).

L'existence du rapport de dépendance et de subordination doit être appréciée à la lumière de faits matériels et de critères formels. Les premiers sont notamment l'intensité du devoir d'obéissance, l'obligation de respecter les horaires prédéfinis, l'éventuelle autorisation d'accomplir sa prestation en un lieu donné, sans que celui-ci ne soit imposé par la nature de la prestation, l'accomplissement de tâches en collaboration avec d'autres employés et l'accomplissement d'une activité subordonnée qui, par nature, implique une occupation dépendante. Les indices formels sont notamment la qualification du contrat de contrat individuel de travail, le mode de rémunération appliqué et le fait d'avoir procédé aux déductions légales usuelles, tant sociales que fiscales (Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, n° 47, p. 40).

Le critère de la subordination doit cependant être relativisé pour les employés de professions typiquement libérales ou pour les cadres dirigeants. En effet, dans ces situations, l'activité fournie par le travailleur s'exerce plus librement. Seule demeure en l'occurrence une subordination purement organisationnelle du travailleur aux directives de l'employeur (CAPH du 11 septembre 1996 en la cause X/1326/95; Rehbinder, Berner Kommentar n° 42, ad. art. 319 CO).

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, loc. cit. n° 49 ad. art. 319 CO; Tercier, Les contrats spéciaux, 2<sup>ème</sup> éd. N° 3943 et les références citées). Pour savoir s'il y a un rapport de dépendance, caractéristique du contrat de travail, il convient d'examiner l'ensemble des circonstances concrètes. Il faut se demander si le débiteur de la prestation de travail est intégré dans l'entreprise du créancier et si des directives et des instructions contraignantes déterminent l'accomplissement de son travail. Sur ce point, on relèvera 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. Mais, 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).

Un indice en faveur de l'existence d'un contrat de travail peut également être trouvé dans le fait que le créancier déduit les cotisations sociales de la rémunération due au travailleur et les ajoute à ses propres prestations patronales versées aux assurances sociales (ATF du 6 mars 2000 en la cause 4C.331/1999). De même, les clauses prévoyant un délai de congé, des vacances, un salaire en cas de maladie ou une interdiction de concurrence sont considérées comme typiques du contrat de travail (Aubert, loc. cit. n° 19 ad. Art. 319 CO, cf. ég. Wylser, loc. cit p. 3 ss).

3. Il ressort des faits rapportés à la procédure que T\_\_\_\_\_ a commencé son activité pour l'association sous couvert d'un statut d'employée d'une fiduciaire qui était liée à E\_\_\_\_\_ par un contrat de mandat. Il ressort également des débats que, lorsque T\_\_\_\_\_ a quitté cette fiduciaire en 1983 ou 1984, les représentants de l'association ont souhaité que cette collaboration perdure sous les mêmes conditions, T\_\_\_\_\_ recevant la rémunération qui était jusqu'alors dévolue à la fiduciaire. Il découle également des débats que T\_\_\_\_\_ n'était pas au bénéfice d'un contrat de travail écrit alors que les relations de service avec tous les employés de l'association étaient régies par un contrat de travail écrit. Le seul document établi entre les parties réside dans la convention du 1<sup>er</sup> mai 1987 dont l'interprétation conduit à admettre que son contenu relève plus d'un contrat de mandat que d'un contrat de travail.

Les débats ont en outre démontré que T\_\_\_\_\_ exerçait une activité annexe en qualité d'exploitante d'une boutique de prêt-à-porter, qu'elle utilisait son propre matériel informatique pour l'exécution de ses tâches auprès de l'association, qu'elle n'avait jamais demandé le remboursement du matériel informatique ainsi acquis pour son activité, qu'elle bénéficiait d'une adresse électronique privée alors que l'ensemble des employés utilisaient une adresse professionnelle, qu'elle ne sauvegardait pas les données informatiques sur le serveur central de l'association et qu'elle avait elle-même fait figurer sa rémunération, dans les comptes de l'association, sous une rubrique « comptabilité et contrôle » et non sous la rubrique « salaires et charges sociales » qui était utilisée pour les employés de l'association.

Les témoignages recueillis à la procédure ont en outre démontré que T\_\_\_\_\_ n'était pas soumise hiérarchiquement au directeur général de l'association, qu'elle organisait son temps de travail librement qu'elle venait un jour par quinzaine en fonction de ses disponibilités même si le mercredi était généralement retenu et qu'elle n'était pas soumise à un contrôle de ses vacances qu'elle prenait en fonction de ses souhaits.

Toutes ces considérations conduisent la Cour d'appel à nier l'existence d'une relation de travail dont les éléments caractéristiques, notamment celui relatif au lien de subordination, font en l'espèce défaut.

La Cour d'appel relève en outre que T\_\_\_\_\_ ne pouvait ignorer son statut de consultante dès qu'elle était parfaitement au courant des procédures internes de l'association puisqu'elle établissait et signait – bien que ne bénéficiant pas de la signature sociale – tous les documents administratifs liés au personnel de la société. Ce faisant, T\_\_\_\_\_ ne pouvait ignorer qu'elle ne bénéficiait pas du même statut que les autres employés. T\_\_\_\_\_ ne peut tirer aucun argument du certificat de salaire établi pour l'année 2004 et produit à la procédure dès lors que ce document a été signé par ses seuls soins et ne porte pas la signature d'un représentant autorisé de l'association. La Cour d'appel ne peut donc inférer de cette seule circonstance l'existence d'une relation de travail. Enfin, T\_\_\_\_\_ ne peut tirer argument des témoignages de D\_\_\_\_\_, F\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_ qui ont dit ignorer le statut de T\_\_\_\_\_ au sein de l'association mais qui ont néanmoins rappelé leurs propres obligations d'employés, obligations qui n'étaient pas opposables à T\_\_\_\_\_.

4. La Cour d'appel retiendra ainsi que la collaboration de T\_\_\_\_\_ et d'E\_\_\_\_\_ ne peut être qualifiée de contrat de travail et le jugement du tribunal des prud'hommes sera confirmé.

### **PAR CES MOTIFS**

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

#### **A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté par T\_\_\_\_\_ à l'encontre du jugement sur compétence produit par la Juridiction des prud'hommes le 9 mars 2006 dans la cause C/17477/2005-4.

#### **Au fond :**

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président