



T_____ **Dom élu** : Me Mike HORNUNG
Place du Bourg-de-Four 9
1204 Genève

E_____ SA **Dom élu** : Me Claude ULMANN
Rue du Conseil Général 14
1205 Genève

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 24 février 2006

Mme Marguerite JACOT-DES-COMBES , présidente

M.M. Michel BOCHET et , Ladislas KLEMENT, juges employeurs

Mme Danielle SALABERRY et M. Robert STUTZ, juges salariés

M. Philippe GORLA greffier d'audience

EN FAIT

Par acte du 30 juin 2005, T_____ appelle d'un jugement TRPH/394/2005, rendu le 27 mai 2005 et communiqué par plis du 30 du même mois, aux termes duquel le Tribunal des Prud'hommes déclare irrecevable la demande en paiement d'un arriéré de salaire de fr. 22'172 et de fr. 800.- à titre de remboursement de frais de véhicule, avec intérêts à 5% l'an dès le 6 août 2004, dirigée contre E_____ SA, étant précisé que lors de l'audience du 17 février 2005, T_____ a confirmé sa demande à hauteur de 22'172 fr. 20 avec intérêts et renoncé aux frais de véhicule.

En substance, le Tribunal des Prud'hommes a nié l'existence, entre les parties, d'un contrat de travail.

L'appelant conclut, ce jugement étant mis à néant, à la condamnation d'E_____ à lui verser fr. 25'783.70 à titre d'arriéré de salaire, avec intérêts à 5% l'an dès le 30 août 2004.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement déféré.

Les éléments suivants résultent du dossier :

- A. E_____, société genevoise administrée par A_____, lequel en est l'unique actionnaire, est active dans le secteur du nettoyage. Jusqu'au début de l'année 2004, elle employait une personne chargée de la gestion des affaires administratives, soit B_____, un ou deux nettoyeurs fixes, et faisait pour le surplus appel à une comptable pour quelques heures et à des nettoyeurs intérimaires.

Début 2004, T_____, qui travaillait alors comme représentant de deux sociétés, dont l'une avait E_____ comme cliente, a été approché par A_____ et B_____, qui lui ont demandé s'il souhaitait travailler pour la société.

S'en sont suivies des négociations, auxquelles a également participé C_____, lequel était pour sa part entré en contact avec A_____ par l'intermédiaire d'une connaissance commune.

Lors de ces discussions, l'appelant et C_____ admettent qu'il leur a été proposé de gérer entièrement E_____, en échange de quoi ils devaient ultérieurement recevoir le 98% des actions d'E_____. Entendu par les premiers juges, T_____ a admis la réalité de ce projet de rachat. A_____ a déclaré que la contrepartie du travail de T_____ et C_____ devait être la remise ultérieure d'une grande partie des actions d'E_____, sans qu'il puisse se souvenir de la proportion exacte. D'autre part, toujours selon A_____, T_____ et C_____ pouvaient « se payer » sur le bénéfice de la société, à savoir qu'ils

pouvaient prélever « ce qu'ils voulaient et combien ils voulaient, pourvu que les comptes de la société le permettent », sans qu'un minimum ou un maximum ait été prévu. Selon C_____ et T_____ au contraire, il avait été convenu oralement d'une rémunération précise.

Les parties n'ont pas abordé, lors de ces négociations préalables, les questions telles que durée des vacances, horaires de travail, délais de résiliation. T_____ n'a pas davantage consulté les comptes de la société, considérant agir « sur une base de confiance », puisqu'il connaissait E_____ de longue date, qu'il s'agissait d'une société bien cotée à Genève et qu'il n'avait ainsi pas imaginé qu'elle puisse connaître des difficultés financières.

B. Aucun contrat de travail écrit ou lettre d'engagement n'ont été établis.

Le 8 mars 2004, T_____ a déposé à l'Office cantonal de la population, service des frontaliers, une demande de permis pour frontalier et s'est acquitté de l'émolument administratif y relatif. Ce document mentionne E_____ sous la rubrique « employeur » et T_____ sous la rubrique « employé ». Il est indiqué que ce dernier est engagé comme directeur commercial, moyennant un salaire mensuel brut AVS de 8'000 fr. et selon un horaire de travail « selon convention ».

Ce formulaire est signé de A_____. Ce dernier affirme l'avoir signé « en blanc », les mentions y figurant ayant été apposées par T_____, sans qu'il ait connaissance de leur contenu. T_____, pour sa part, affirme avoir rempli ce formulaire en présence de B_____ et A_____, les indications y figurant rencontrant l'accord de ce dernier. L'autorisation délivrée par le Service des frontaliers ne figure en revanche pas au dossier.

T_____ a expliqué, s'agissant du dépôt de cette demande, que la conclusion d'un contrat de travail lui était indispensable en raison de son statut de frontalier. A_____ a pour sa part indiqué que T_____ lui avait dit que cette formalité était nécessaire pour « son changement d'employeur ».

C. T_____ a été inscrit au Registre du Commerce pour E_____, en qualité de porteur de procuration avec signature collective à deux le 19 mars 2004. Il en a été de même de C_____.

T_____ a commencé son activité pour E_____ le 1^{er} mars 2004, à l'instar de C_____, ce dernier s'occupant des comptes et de l'administration et T_____ du contact avec la clientèle et de l'organisation du travail des nettoyeurs.

A_____ savait que le premier nommé travaillait à plein temps et le second nommé à mi temps.

T_____ considère A_____ comme son supérieur hiérarchique. Toutefois, selon son propre dire, il organisait son travail sans en référer à ce dernier. Ainsi, il « travaillait toute la journée à l'extérieur et ne rendait pas de comptes de cette activité-là »; il ne faisait pas davantage l'objet d'une surveillance, s'agissant du respect d'un horaire de travail: celui-ci dépendait des nécessités du service, il n'avait jamais compté ses heures ni fait de décomptes d'heures supplémentaires. Selon son dire, A_____ ne venait qu'environ une fois par mois, et cela essentiellement pour s'enquérir des résultats financiers de l'exploitation. A_____ affirme, quant à lui, être venu sur les lieux environ une fois tous les quinze jours/trois semaines.

- D. Chaque mois, T_____ s'est vu remettre une fiche de salaire, établie par C_____, qui s'occupait de la comptabilité. Ces fiches mentionnent un salaire mensuel brut de fr. 7'500.-, auquel s'ajoutent fr. 500.- de frais de voiture et de temps en temps le remboursement d'autres frais. Viennent en déduction les retenues légales et sociales (AVS, assurances maternité, accident et chômage, LPP et impôts à la source). Lesdites fiches mentionnent également les acomptes reçus et le solde restant dû en définitive.

Il n'est en effet pas contesté que T_____, dès le début de son engagement, n'a pas perçu de salaire en fin de mois; il a en revanche prélevé des acomptes sur les fonds de la société, dans la limite des possibilités financières de la société et après paiement des autres engagements de celle-ci, étant précisé qu'il en a été de même pour C_____. Selon son dire, A_____ était au courant, puisqu'il avait un accès direct, par internet, aux comptes de la société, ce que ce dernier conteste toutefois, affirmant n'avoir pas consulté les comptes d'E_____ pendant tout le temps durant lequel T_____ a déployé son activité.

C'est le lieu de préciser que T_____ et C_____ ont ouvert pour E_____, de leur propre initiative, un compte bancaire auprès de la D_____, sans en informer A_____ au préalable. Ils ont expliqué cette décision par le fait que A_____ avait à plusieurs reprises bloqué le CCP de la société. Selon leur dire, A_____ en aurait été informé environ quinze jours plus tard, ce que ce dernier conteste. Cet allégué n'est pas étayé de preuves.

T_____ affirme avoir protesté dès avril 2004 auprès de A_____ au sujet du non-paiement de son salaire, alléguation contestée par A_____ et non étayée de preuves. Devant la Cour, il a expliqué que le but de ces protestations était d'obtenir un investissement de A_____ pour assainir la société.

Il n'est pas contesté que la remise d'actions convenue n'a jamais été effectuée. T_____ s'est dit « surpris et déçu de n'avoir finalement qu'un statut d'employé ».

- E. Le 5 juillet 2004, T_____ a écrit à un tiers, sur papier à en-tête d'E_____, sollicitant des renseignements au sujet d'un versement relatif à des travaux de nettoyage, invoquant comme motif de sa demande « les agissements louches de notre administrateur A_____ ».
- F. A fin août 2004, A_____ a radié les pouvoirs de T_____ au Registre du Commerce. Il a fait de même, s'agissant de C_____. A_____ a motivé sa décision par le fait qu'il venait de s'apercevoir que ces deux personnes avaient à son insu ouvert un compte pour E_____ à la D_____. A_____ admet que, de ce fait, l'activité de T_____ pour E_____ devenait impossible.

Par courrier du même jour contresigné par C_____, T_____ a indiqué à A_____ qu'il venait d'apprendre la radiation de ses pouvoirs; de ce fait, il n'avait plus la signature bancaire et sa responsabilité était dérogée. Il considérait ce retrait, exécuté sans concertation ni avertissement, comme un licenciement immédiat et abusif et « laissait le soin » à A_____ d'« établir les feuilles de salaire pour les ouvriers et de les honorer, y compris la sienne »; dans le cas contraire, « les tribunaux en seront immédiatement informés ».

Ce courrier fait état de réclamations antérieures, relatives au passif inattendu de la société, que lui-même et C_____ avaient comblé « au mieux en parant au plus pressé », ainsi que d'un refus de A_____ de leur céder E_____ « seule », étant précisé que A_____ exploitait encore, dans les mêmes locaux, une seconde société de nettoyage « Genève Propre ». T_____ et C_____ rappellent en outre qu'il avait été convenu de leur céder 98% des parts d'E_____, mais qu'il n'en avait rien été et considèrent n'avoir été que « des employés habilement manœuvrés (...) pour remonter la société ». Ce courrier ne fait en revanche état d'aucun arriéré éventuel de salaire.

Le 3 septembre 2004, E_____ a contesté l'existence d'un contrat de travail entre les parties, au motif que le demandeur était chargé d'assurer la gestion de la société en tant qu'indépendant; ce mandat avait été rompu par T_____, puisque celui-ci ne s'était plus présenté sur sa place de travail.

- G. Par demande parvenue au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 14 septembre 2004, T_____ a assigné E_____ en paiement de fr. 22'175.20, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 6 août 2004 au titre d'arriéré de salaire au 31 août 2004; il réclamait par ailleurs le versement de ses cotisations AVS et LPP ainsi que le remboursement de ses frais de véhicule à hauteur de fr. 800.-, prétention à laquelle il a toutefois renoncé par la suite. A l'appui de sa demande, il a en particulier déposé la fiche de salaire qui lui avait été remise à fin août 2004 et qui faisait état d'un arriéré de fr. 22'175.20; à teneur des explications de T_____, ce montant comprend fr. 11'463.80 à titre d'arriéré de salaire

au 31 juillet 2004, le salaire du mois d'août en fr. 7'500.-, le 13ème salaire et l'indemnité vacances pour la période du 1^{er} mars au 31 août 2004 au prorata temporis.

E_____ s'est opposée à la demande, contestant l'existence d'un contrat de travail.

- H. Le jugement attaqué retient en substance que l'existence de la demande d'autorisation de permis frontalier n'apparaît pas déterminante, compte tenu des circonstances dans lesquelles elle a été établie. Il en est de même de l'existence de fiches de salaire, établies par C_____. T_____ disposait d'une grande indépendance dans son travail et de pouvoirs lui permettant d'engager la société, pouvoirs dont l'existence était déterminante à ses yeux, puisqu'il a quitté ses fonctions dès qu'il a appris leur radiation. Le but premier des relations nouées entre les parties était de déterminer si T_____ et C_____ étaient à même d'assurer la gestion de la société pour savoir si à terme ils pourraient la reprendre. Le lien de subordination, élément essentiel du contrat de travail, faisait dès lors défaut, ce qui conduisait à déclarer la demande irrecevable au regard de l'art. 1 LJP.

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

EN DROIT

1. L'appel est recevable, pour avoir été déposé dans le délai et suivant la forme prescrite par la loi.

La Cour dispose d'une cognition complète.

2. Ainsi que l'ont retenu les premiers juges, l'art. 1 al. 1 LJP soumet à la juridiction des prud'hommes les litiges entre employeurs salariés, pour tout ce qui a trait à leurs rapports découlant d'un contrat de travail au sens du titre dixième du Code des Obligations, ce qui conduit à examiner si les rapports ayant existé entre les parties peuvent ou non être qualifiés de contrat de travail.
 - 2.1. 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, procèdera à une interprétation objective du contrat selon le principe de la con-

fiance (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).

L'existence d'un contrat de travail présuppose que le travailleur s'engage à mettre tout ou partie de sa force de travail au service de l'employeur, moyennant paiement d'un salaire et ce dans un rapport de subordination. Les parties conviennent ainsi d'un rapport durable, d'une durée indéterminée ou déterminée, qui ne s'éteint pas par l'échange unique d'une prestation et d'une contre-prestation et qui prévoit en principe quelle temps hebdomadaire ou mensuel le travailleur doit mettre à disposition de son employeur (ATF 112 II 41; SJ 1990 p. 185; 1982 p. 202).

Lorsque les parties n'ont conclu ni expressément ni tacitement de contrat de travail, la cause doit encore être examinée la lumière de l'article 320 al. 2 CO. A teneur de cette disposition légale, le contrat est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire. L'acceptation d'un travail aux conditions posées ci-dessus entraîne la présomption irréfragable de l'existence d'un contrat de travail. Dès que les conditions de l'art. 320 al. 2 CO sont objectivement réunies, la cause du travail fourni est présumée être le contrat de travail et non un autre rapport de droit. Ainsi entendu, l'art. 320 al. 2 CO permet d'apporter, en équité, un tempérament à la rigueur de la situation de celui qui n'a pas réclamé de salaire parce qu'il comptait être rétribué ultérieurement d'une autre manière et qui voit déçue cette attente légitime à la suite d'un événement imprévu (ATF 95 I 131; 90 II 443).

Toutefois, une activité fournie contre rémunération peut également être caractéristique d'autres contrats, tels le contrat de mandat, d'entreprise ou d'agence. Le contrat de travail, outre l'obligation de fournir un travail et le paiement d'un salaire, suppose ainsi, contrairement aux autres contrats sus rappelés, un rapport de subordination de l'employé à l'égard de son employeur. La liberté d'organiser son travail et corrélativement, de disposer de son temps à sa guise, est un élément qui permet d'exclure une relation basée sur un contrat de travail. L'absence de cette liberté en revanche implique une subordination qui permet de conclure à l'existence d'un contrat de travail. Ce lien de subordination se manifeste également dans l'existence de directives et d'instructions données par l'employeur. L'obligation d'adresser des rapports périodiques est également un élément permettant de conclure à l'existence d'un contrat de travail (ATF 99 II 313). Le mode de rémunération à lui seul n'est pas déterminant, pas plus que le mode de paiement des charges sociales (SJ 1960 p. 157). Les relations contractuelles doivent en effet être examinées dans leur ensemble (Aubert, La compétence des Tribunaux genevois de prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente, in SJ 1982 p. 199. not. 201; Streiff/Von Kaenel, Arbeitsvertrag 1992, ad art. 319 no 2).

- 2.2 En l'espèce, il n'est pas contesté que T_____ a, du 1^{er} mars au 31 août 2004, mis sa force de travail au service d'E_____, laquelle admet qu'il travaillait à plein temps.

Il résulte des déclarations concordantes des parties que cette activité s'inscrivait dans le cadre d'un accord conclu entre l'appelant et A_____, aux termes duquel ce dernier devait céder au premier nommé les actions d'E_____, cession qui devait en quelque sorte représenter la contrepartie du travail fourni, cession qui ne s'est toutefois pas concrétisée. Il n'en découle toutefois pas nécessairement que les rapports entre les parties doivent être qualifiés de contrat de travail en application de l'art. 320 CO.

Il résulte en effet des déclarations mêmes de l'appelant que, lors des négociations préalables, des questions telles que les horaires, la durée des vacances ou du délai de résiliation n'ont pas été évoquées par les parties.

Par ailleurs, élément prépondérant, l'appelant disposait d'une totale liberté, non seulement dans l'organisation de son temps, mais également dans celle de son travail, puisqu'il ne subissait de contrôle s'agissant ni de ses horaires, ni de la manière d'effectuer ses tâches. L'appelant, bien qu'il ait considéré A_____ comme son supérieur hiérarchique, admet lui-même que ce dernier ne lui donnait aucune instruction et se contentait de passer de temps en temps (soit moins de deux fois par mois), et ceci uniquement pour s'enquérir des résultats financiers de l'entreprise. Les pouvoirs dont l'appelant bénéficiait en tant que porteur de procuration inscrit au Registre du Commerce lui permettaient d'ailleurs de gérer et d'engager la société en toute indépendance, sous la seule réserve d'obtenir l'accord du second porteur de procuration (au bénéfice d'un statut identique au sien), mais pas nécessairement celui de A_____, ce dont atteste en particulier l'ouverture du compte D_____ au nom de la société, sans l'aval de ce dernier.

A cela s'ajoute que l'appelant n'a, durant toute la durée de son activité pour E_____, jamais réclamé le paiement du salaire qu'il considère avoir été le sien, ni protesté auprès de A_____ au sujet du fait que celui-ci ne lui aurait pas été payé régulièrement. L'appelant a en effet admis en appel que ses protestations avaient pour but d'obtenir de A_____ un investissement pour assainir la société et s'est contenté de prélever une rémunération sur les fonds de l'entreprise, lorsque ceux-ci le permettaient, attitude qui rend crédible les explications de A_____, à teneur desquelles l'appelant pouvait se payer « ce qu'il voulait et combien il voulait » sur le bénéfice de l'entreprise, pour autant que les fonds de cette dernière le permettent. Sur le sujet, même le courrier de l'appelant à A_____ du 31 janvier 2005, s'il y est fait référence au paiement des salaires du mois d'août, ne fait état d'aucun arriéré salarial.

Il y a également lieu de relever que l'appelant a cessé son travail dès qu'il a appris, à fin août 2005, la radiation de ses pouvoirs au registre du Commerce, ceci sans attendre que le contrat de travail dont il se prévaut soit formellement résilié.

Enfin, l'appelant admet implicitement lui-même que l'accord des parties ne portait pas sur la conclusion d'un contrat de travail, lorsqu'il déclare devant la Cour qu'il a été « surpris et déçu » de constater qu'il n'était finalement qu'un employé, puisque ce n'était pas ce qui avait « été décidé à l'origine avec A_____ »..

Compte tenu de l'ensemble de ces circonstances, la demande de permis frontalier, aurait-elle été signée par A_____ en toute connaissance des mentions y apposées par l'appelant, ne paraît pas déterminante. Ne l'est pas davantage le fait que l'appelant ait reçu chaque mois des fiches de salaire, faisant mention du paiement des charges légales et sociales. Ces éléments doivent en effet être mis en relation avec la nécessité administrative, invoquée par l'appelant lui-même, de bénéficier d'un contrat de travail formel pour pouvoir bénéficier d'un permis pour frontalier.

Les premiers juges ont ainsi correctement retenu que les rapports entre les parties ne relevaient pas des dispositions sur le contrat de travail et leur décision doit être confirmée, par substitution partielle de motifs toutefois.

La solution qui précède rend inutile l'audition de B_____ comme témoin, sollicitée par l'appelant, dans la mesure où la question de savoir si A_____ était ou non présent au moment où la demande d'autorisation pour frontalier a été remplie par l'appelant est sans pertinence pour l'issue du litige.

3. Ce qui précède conduit à la confirmation du jugement attaqué.

Compte tenu de la valeur litigieuse, inférieure à fr. 30'000.-, la procédure reste gratuite.

Il ne sera pas alloué de dépens, aucune des parties n'ayant plaidé de manière téméraire.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 5

A la forme :

- reçoit l'appel interjeté par T_____ à l'encontre du jugement TRPH/394/2005 rendu le 27 mai 2005 par le Tribunal des Prud'hommes, groupe 5, dans la cause C/20871/2004.

Au fond :

- confirme ce jugement.
- dit que la procédure reste gratuite.
- déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente