

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/21050/2011-4

CAPH/107/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 5 NOVEMBRE 2013

Entre

A_____ **SARL**, sise Rue _____ Fribourg, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 23 avril 2013 (JTPH7139/2013), comparant par M^c Roland BURKHARD, avocat, Boulevard Georges-Favon 13, 1204 Genève, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

d'une part,

Et

Monsieur B_____, domicilié _____ (Genève), intimé, comparant par M^c Agrippino RENDA, avocat, Route des Acacias 6, Case postale 588, 1211 Genève 4, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 6 novembre 2013.

EN FAIT

- A. A_____ SARL (ci-après A_____ SARL) est une société à responsabilité limitée, dont le siège est à Fribourg. Elle a notamment pour but le courtage dans les prêts bancaires, le courtage en biens immobiliers, le courtage en assurances.

Elle a pour associé gérant C_____.

Elle dispose de bureaux, à Fribourg, pour son personnel fixe, au bénéfice de contrat de travail, mais affirme ne pas avoir de locaux pour ses agents indépendants, au nombre de trente à quarante. Elle a une adresse à Genève, où personne n'est actif.

- B. B_____ affirme qu'au début de l'année 2010, alors qu'il n'avait pas d'emploi fixe, il avait rencontré C_____ qui lui avait proposé de travailler pour lui, et avait insisté dans ce but. Il avait ainsi été engagé en février, ou mars, 2010 par A_____ SARL, alors devenu son employeur. Depuis cette date, il n'avait plus eu d'activité avec D_____, à laquelle il avait été lié par un contrat de courtier depuis 2005 et qui avait déduit des cotisations sur les commissions versées.

A_____ SARL soutient, pour sa part, qu'elle était entrée en relation avec B_____ qui travaillait déjà comme courtier et avait déclaré être en mesure d'apporter ses propres clients.

- C. A teneur d'un "rapport mensuel février 2010", et un "rapport mensuel février 2011" à l'entête de A_____ SARL, B_____ a été actif entre le 25 mars 2010 et le 11 février 2011. Il soutient qu'il a conclu davantage d'affaires que celles qui ressortent de ces relevés; A_____ SARL le conteste.

B_____ a affirmé, dans sa demande en justice, qu'il travaillait selon un horaire journalier convenu de 8h.00 à 18h.00, lors de l'audience du Tribunal du 1^{er} octobre 2012, selon un horaire imposé entre 8h.00 et 19h.00 chaque jour, avec une certaine flexibilité, mais contrôlé par C_____, et lors de l'audience de la Cour du 15 octobre 2013 qu'il ne travaillait pas chaque jour entre 8h00 et 19h00 ("c'était flexible") et que C_____ ne lui disait ni à quelle heure commencer ni à quelle heure terminer mais ce qu'il avait à faire.

Il a en outre déclaré qu'il n'allait pas à Fribourg tous les jours, bien qu'il y ait eu un bureau où il pouvait laisser ses affaires, qu'il avait l'obligation de suivre certaines formations à des moments précis, que C_____ l'appelait certains jours à une dizaine de reprises, et lui demandait un rapport oral, une à deux fois par semaine.

Selon A_____ SARL, aucun horaire n'était imposé; ce qui l'intéressait c'est que les agents indépendants apportent des affaires. B_____ était contacté deux à trois fois par semaine par téléphone, pour obtenir par exemple des documents manquant dans le cadre de l'apport d'une affaire; les contacts étaient liés avec des affaires. Comme B_____ avait apporté environ deux affaires par mois, les parties avaient été en contact à deux ou trois reprises mensuellement. Les formations

n'étaient pas obligatoires, elles étaient organisées trois à quatre fois par an pour les courtiers, aucune liste de présence n'était tenue. B_____ était également actif pour d'autres sociétés, dont D_____.

Un conseiller de E_____ a déclaré que B_____ bénéficiait d'un horaire flexible, qu'il commençait tôt et finissait tard, et avait beaucoup de rendez-vous, mais ne savait pas quand celui-ci commençait et finissait sa journée de travail (témoin F_____).

Selon une employée de bureau de A_____ SARL, B_____ faisait partie de cette entreprise, avait une carte de visite. Il avait des choses à faire, mais elle ne savait pas s'il avait des horaires. Il ne travaillait pas à Fribourg mais à Genève, où elle avait aussi été active à son domicile. Il aurait été mal vu qu'il ne participe pas à des formations (témoin G_____).

Selon une autre collaboratrice de A_____ SARL, B_____ venait au bureau pour la formation où elle l'avait vu à cinq reprises, n'était pas indépendant, déployait son activité surtout à l'extérieur, et recevait des instructions de C_____ uniquement. Il était libre d'arranger ses horaires, mais avait un certain nombre d'heures à effectuer par mois, contrôlé par le précité. S'il ne suivait pas les formations, il risquait d'être licencié. A son avis, B_____ était employé de la société; elle n'avait pas vu les contrats. Il n'avait jamais parlé d'une activité pour une autre entreprise.

D. Les parties n'ont pas formalisé leurs relations avant juillet 2010. Selon A_____ SARL, B_____ tardait à être d'accord avec le contrat de courtage qui lui était proposé, répétait qu'il était indépendant sans fournir de réponses claires, de sorte qu'il avait fallu verser des charges sociales par précaution. B_____ affirme au contraire qu'il avait dès le début réclamé qu'une convention soit signée, n'avait jamais dit qu'il était indépendant et s'était vu demander sa carte AVS dès le mois de février 2010 lui semblait-il.

E. Le 21 juillet 2010, B_____ (désigné comme "l'apporteur" et A_____ SARL (désignée comme "société de courtage ou courtier") ont conclu une convention.

Le préambule de cette convention est ainsi rédigé: "L'apporteur pourrait être en mesure de diriger vers le courtier un nombre impressionnant de clients (ci-après les Clients) désireux d'obtenir une avance sous forme d'un crédit à la consommation moyennant une rémunération équitable. La proposition de l'apporteur retenant l'attention du courtier, les parties conviennent de conclure un contrat de courtage soumis aux articles 412ss du Code des obligations suisse [...]".

La rémunération de l'apporteur était, selon l'art. 1.2 de la convention, fixée à 6% sur les intérêts du crédit auprès de trois banques, et à 8,5% auprès d'une quatrième banque; un plan de bonus pour 2010 était en outre prévu, ainsi que la clause suivante: "Dans le cas où les charges sociales ser[ai]ent à la charge de la société

de courtage, le 12,1% des commissions à verser à l'apporteur seront retenues à titre de participation aux charge sociales".

L'art. 2 de l'accord, intitulé "assurances sociales, prévoyance et statut AVS" stipulait: "L'apporteur doit dès la signature de la présente convention, mais au plus tard avant le premier versement d'une créance de commission, justifier son statut d'indépendant en matière d'assurances sociales. [...] L'apporteur est considéré, selon le droit des assurances sociales, comme travailleur indépendant lorsqu'il exerce son activité pour le courtier, au titre d'activité principale ou annexe, en mettant à disposition et en recourant à sa propre infrastructure, et le cas échéant, en engageant des intermédiaires sous-traitants (agents ou courtiers). Il doit prouver ce statut en justifiant son enregistrement par une caisse de compensation en tant que travailleur indépendant dans ce genre d'activité de vente de produits d'assurance [...]. Dans le cas où l'apporteur est une personne physique, son activité est également considérée comme activité lucrative indépendante lorsque l'apporteur exerce une activité principale avec le statut de travailleur indépendant dans un autre domaine et qu'il est enregistré par une caisse de compensation comme tel pour des activités dans le domaine du conseil, de l'entremise [...]". Si l'apporteur ne pouvait justifier de son statut dépendant, il était "considéré comme travailleur non indépendant exerçant une activité annexe [...]. Dans ce cas, le mandant déduit les cotisations AVS AI APGI AC et les verse à la caisse de compensation correspondante pour autant que le total des commissions versées durant l'année civile dépasse le montant de 2'000 fr."

Un for à Fribourg était prévu.

B_____ a déclaré qu'il n'avait peut-être pas lu avec l'attention nécessaire cette convention, et qu'il se rappelait surtout la clause de prohibition de concurrence.

- F.** B_____ affirme que sa rémunération ne lui a été versée que de manière irrégulière, sans établissement de fiche de salaire mensuelle et de décompte, de sorte qu'il n'aurait perçu que 9'347 fr. 36 sur le montant total de 19'680 fr. 55 qu'il considère lui avoir été dû.

Il attendait sa rémunération pour la fin du mois ou jusqu'au 10 du mois suivant. Il soutient qu'il réclamait régulièrement à C_____, quand il le voyait ou par téléphone. Il n'avait pas d'autres sources de revenus à l'époque, et vivait alors avec son ex-femme.

- G.** B_____ avait une adresse email à son nom, de même que des cartes de visite, fournies par A_____ SARL.
- H.** Le 13 décembre 2010, les parties se sont liées par un accord intitulé "convention de mise à disposition d'un véhicule d'entreprise, prêt à usage – art. 305 et suivants du CO". Il était notamment convenu que les frais d'entretien, de leasing, et de d'assurance du véhicule étaient à charge de l'utilisateur.

B_____ affirme avoir assumé 4'500 fr. de frais en relation avec le véhicule ainsi mis à sa disposition.

Cette voiture était ornée de publicités pour A_____ SARL.

- I.** Par courrier non daté, A_____ SARL a indiqué à B_____ "Nous portons à votre connaissance que nous mettons un terme avec effet immédiat aux relations d'affaires que nous entretenons avec vous. Dès lors, nous vous accordons un ultime délai mardi 22 février 2011 à 17 heures pour nous restituer le véhicule [...]".

Par lettre du 1^{er} mars 2011, B_____ a déclaré former "opposition au licenciement reçu le 23 février 2011 par une lettre non datée", ajoutant: "Ce "licenciement immédiat" est totalement contesté. Je réfute l'ensemble de vos affirmations. Vous m'avez donné congé en raison de ma réclamation de mes droits dont mes commissions. Ce licenciement est par conséquent abusif. Je vous met en demeure de verser sans délai mon salaire du mois de février 2011 qui est encore impayé à ce jour".

- J.** Selon A_____ SARL, à fin mars 2011, B_____ restait redevable envers elle d'un montant de 344 fr. 35.

- K.** Le 30 septembre 2011, B_____ a saisi l'autorité de conciliation du Tribunal des prud'hommes d'une demande en paiement de 48'773 fr. 20, dirigée contre A_____ SARL. Après avoir obtenu une autorisation de citer en date du 24 novembre 2011, il a conclu, par requête postée le 23 février 2013 à l'adresse du Tribunal des prud'hommes, à ce que A_____ SARL soit condamné à lui verser 52'273 fr. 20 avec intérêts à 5% dès le 30 avril 2011, soit 10'933 fr. 19 à titre de salaires et/ou commissions impayés, 10'440 fr. à titre de remboursement des frais, dommage-intérêts et réparation du préjudice subi, 10'500 fr. à titre de salaires pour les mois de février à avril 2011, et 21'000 fr. nets à titre d'indemnité pour congé immédiat injustifié, avec suite de frais et dépens.

Par mémoire-réponse du 26 avril 2012, A_____ SARL a conclu à l'irrecevabilité de de la demande faute de compétence ratione materiae.

Par ordonnance du 16 août 2012, le Tribunal a limité les débats à la question de la compétence du Tribunal, et ordonné l'audition de témoins dans cette limite.

Par déterminations respectives des 30 et 31 janvier 2013, les parties se sont prononcées: A_____ SARL a persisté dans ses conclusions antérieures tandis que B_____ a conclu à ce que le Tribunal se déclare compétent ratione materiae pour connaître de la demande.

- L.** Par jugement du 23 avril 2013, expédié pour notification aux parties le même jour, le Tribunal des prud'hommes s'est déclaré compétent ratione materiae pour connaître de la demande, a déclaré celle-ci recevable, et a réservé la suite de la procédure.

En substance, les premiers juges ont retenu que la convention signée entre les parties comportait une clause de non-concurrence, à la manière d'un contrat de travail, qu'il était ressorti des enquêtes que B_____ était subordonné à A_____ SARL pour les horaires de travail et les tâches à effectuer, que ses horaires étaient contrôlés et ses vacances validées, qu'il bénéficiait d'un véhicule de fonction et formait le personnel.

- M. Par acte du 23 mai 2013, A_____ SARL a formé appel contre cette décision. Elle a conclu à son annulation, cela fait à ce que la Juridiction des prud'hommes se déclare incompétente *ratione materiae* et/ou *ratione loci*, et dise en conséquence que la demande est irrecevable, avec suite de frais et dépens. A titre préalable, elle a conclu à ce qu'il soit ordonné à B_____ la production de tous les contrats de mandat et de courtage passé entre lui et plusieurs entités.

Par mémoire-réponse du 10 juillet 2013, B_____ a conclu à la confirmation de la décision attaquée, avec suite de dépens.

Les parties ont été entendues lors de l'audience du 15 octobre 2013, à l'issue de laquelle la cause a été gardée à juger, d'entente entre les parties.

EN DROIT

1. Les jugements finaux de première instance sont susceptibles d'appel si l'affaire est non pécuniaire ou si, pécuniaire, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant le Tribunal atteint 10'000 fr. (art. 308 CPC), ce qui est le cas en l'espèce.

Interjeté contre une décision finale (308 al. 1 let. a CPC) auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ) dans le délai utile de 30 jours et selon la forme prescrite par la loi (art. 311 CPC), l'appel est recevable.

2. L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir admis leur compétence *ratione materiae*.

2.1. 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 du contrat individuel de travail sont donc une prestation de travail, un rapport de subordination, un élément de durée et une rémunération (AUBERT, Commentaire romand, no 1 ad art. 319 CO).

Aucun de ces critères pris isolément n'est déterminant. Par exemple, l'objet de l'activité peut être le même dans un contrat de travail ou dans d'autres formes de contrats; le temps à consacrer n'est pas non plus déterminant, le contrat de travail pouvant être limité à une seule prestation. Le mode de rétribution peut dépendre des circonstances et ne consister qu'en des commissions (cf. art. 322a CO). En outre, l'absence de clause sur le salaire n'exclut pas que les parties soient liées par

un contrat de travail, la rémunération du travailleur pouvant se déterminer en fonction de l'usage, voire de l'équité (Aubert, op. cit., no 17 ad art. 319 CO).

Le lien de subordination constitue le critère distinctif essentiel. Le travailleur est placé dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, fonctionnel, temporel, et dans une certaine mesure, économique (ATF 121 I 259 consid. 3c). Le travailleur est assujéti 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. Le critère de la subordination doit être relativisé dans le cas des personnes exerçant des professions typiquement libérales ou des dirigeants. L'indépendance de l'employé est beaucoup plus grande et la subordination est alors essentiellement organisationnelle. Dans un tel cas, plaident notamment en faveur du contrat de travail la rémunération fixe, 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_194/2011 du 5 juillet 2011 consid. 5.6.1).

Pour déterminer l'existence d'un contrat de travail, le juge doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1 CO), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices ; cette recherche débouchera sur une constatation de fait. S'il ne parvient pas à établir avec sûreté cette volonté effective, ou s'il constate que l'un des contractants n'a pas compris la volonté réelle exprimée par l'autre, il recherchera le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques ; il résoudra ainsi une question de droit (application du principe de la confiance : ATF 125 III 435 consid. 2a ; 122 III 118 consid. 2a).

Le sens d'un texte apparemment clair n'est pas forcément déterminant, de sorte que l'interprétation purement littérale est prohibée; même si la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu; Il n'y a cependant pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les intéressés lorsqu'il n'existe aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (ATF 136 III 186 consid. 3.2.1 p. 188).

Le juge établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées (art. 157 CPC). La libre appréciation des preuves permet ainsi au juge de tenir compte non seulement des preuves matérielles proprement dites mais également de celles, plus subjectives ou psychologiques, telles que l'attitude des parties et des témoins, le degré de crédibilité de leurs déclarations, les difficultés rencontrées par les parties dans l'administration des preuves, etc. (SJ 1984, p. 29).

Par ailleurs, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC).

2.2. En l'espèce, il est établi que les parties ont été en relation durant environ douze mois, et ont conclu un contrat écrit, environ six mois après le début de celles-ci.

Ce contrat indique expressément que les parties sont respectivement un apporteur [d'affaires] et une société de courtage ou courtier, qu'elles conviennent de conclure un contrat de courtage soumis aux art. 412ss CO, que l'apporteur a droit à une commission pour les affaires qu'il apporte au courtier. La question des assurances sociales est également réglée, en ce sens que l'apporteur peut être soit considéré comme indépendant, soit comme dépendant, en fonction de sa production de documents.

Il s'agit d'un indice que les parties ont entendu se lier par un accord qui ne relevait pas du contrat de travail. Celui-ci a d'autant plus de portée que l'intimé a déclaré qu'il avait auparavant été lié par un contrat de courtier à un tiers; il était donc rompu à cette figure juridique, et par là même susceptible d'appréhender le contenu de l'accord qu'il a signé en juillet 2010.

La rémunération convenue, dont il n'a pas été allégué qu'elle aurait été différente dans la réalité (étant précisé que les montants générés étaient plus que modiques), ne consistait qu'en des commissions, sans aucune rémunération fixe, ce qui représente également un indice en défaveur d'un contrat de travail.

En ce qui concerne tant la question des horaires que celle des instructions à suivre, les parties soutiennent des thèses opposées, l'intimé se montrant lui-même peu précis sur ses heures de travail, qu'il a fixées de façon diverse au fil de la procédure. Contrairement à l'avis du Tribunal, les témoignages recueillis à cet égard ne sont pas décisifs. Ainsi, le témoin F_____, qui ne travaillait pas dans l'entreprise, a fait une déposition contradictoire, en ce sens qu'il a déclaré d'abord qu'il savait que l'intimé commençait tôt et finissait tard et ensuite qu'il ne savait pas quand il commençait et quand il finissait sa journée de travail, n'ayant pas participé à ces "événements"; rien de pertinent ne peut donc en être retiré. Le témoin G_____ a déclaré ne pas savoir si l'intimé avait des horaires, ni s'il pouvait partir en vacances, et a supposé que celui-ci aurait perdu son travail s'il ne s'était pas rendu à des formations; elle avait entendu C_____ donner des objectifs. Ce dernier élément ne paraît pas particulièrement caractéristique d'un contrat de travail; il peut en particulier s'inscrire dans le cadre d'un mandat. Enfin, le témoin H _____ a relevé que l'intimé était libre de son horaire, même s'il était contrôlé par C_____ qui lui disait ce qu'il devait faire, notamment en l'appelant par téléphone; il a toutefois précisé qu'il n'avait vu que cinq fois l'intimé. Cette dernière précision a pour conséquence que le témoin n'a pas été en mesure de faire des constatations, sur une durée suffisante, de l'horaire accompli par l'intimé, ni du genre et de la fréquence des instructions reçues.

Des charges sociales ont été retenues sur la rémunération versée à l'intimé, à en croire le "rapport mensuel février 2010"; en revanche, le "rapport mensuel" février 2011 indique que c'est au destinataire de retenir et verser l'AVS. Ces cas de figure différents étaient prévus dans l'accord signé entre les parties, et sont conformes à la législation sociale, de sorte qu'ils ne constituent pas, en tant que tels, des indices militant en faveur d'un contrat de travail.

L'intimé admet encore qu'il n'était que sporadiquement présent dans les locaux de l'entreprise à Fribourg, où il n'avait pas l'obligation d'aller, si ce n'est pour des formations.

Enfin, il est constant que l'intimé disposait d'une adresse email, de cartes de visite et d'une voiture comportant le nom de l'appelante. On ne voit pas en quoi ces points, qui établissent assurément l'existence de relations contractuelles entre les parties, seraient des éléments propres à fonder spécifiquement l'existence d'un contrat de travail.

Au vu de ce qui précède, l'intimé n'est pas parvenu à démontrer qu'il aurait été lié par un contrat de travail, au sens des art. 319ss CO, avec l'appelante.

Il s'ensuit que le Tribunal des prud'hommes n'était pas compétent pour connaître de la demande de l'intimé (art. 1 al. 1 LTPH).

Le jugement attaqué sera donc annulé et cette demande déclarée irrecevable.

3. L'intimé, qui succombe, supportera les frais d'appel (art. 106 al. 1 CPC), arrêtés à 250 fr. (art. 71 RTFMC) et couverts par l'avance déjà opérée, acquise à l'Etat. Il remboursera ce montant à l'appelante, étant rappelé que l'assistance judiciaire qui lui a été octroyée ne concerne pas la procédure d'appel.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 4 :**

À la forme :

Déclare recevable l'appel formé par A_____ SARL contre le jugement rendu le 23 avril 2013 par le Tribunal des prud'hommes.

Au fond :

Annule ce jugement.

Cela fait,

Déclare irrecevable la demande déposée le 27 février 2012 par B_____ contre A_____ SARL.

Déboute les parties de toutes autres conclusions d'appel.

Sur les frais :

Met à la charge de B_____ les frais d'appels, arrêtés à 250 fr. et couverts par l'avance déjà versée par l'appelante.

Condamne B_____ à verser 250 fr. à A_____ SARL.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente, Madame Nadia FAVRE juge employeur, Madame Christiane VERGARA-PIZZETTA, juge salariée, Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

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

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à fr. 15'000.-.