



RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

**POUVOIR JUDICIAIRE**

Juridiction des prud'hommes  
Cause n° C/22570/2006 - 4

\* COUR D'APPEL\*

(CAPH/99/2008)

E\_\_\_

\_\_\_Genève

T\_\_\_

**Dom. élu:** Me Arun CHANDRASEK-  
HARAN  
Avenue de Champel 4  
1206 Genève

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du 24 juin 2009

M. Daniel DEVAUD, président

MM. Liano FONTI et Gérard GROLIMOND , juges employeurs

Mme Paola ANDREETTA et M. Raymond FONTAINE, juges salariés

Mme Samantha WEIL, greffière d'audience

**EN FAIT**

A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des Prud'hommes le 23 juin 2008, E\_\_\_ appelle d'un jugement rendu suite à la délibération du 15 mai 2008 par le Tribunal des Prud'hommes et expédié le 19 mai 2008, dont le dispositif est le suivant :

Préalablement :

1. déclare recevable la demande formée le 22 septembre 2006 par T\_\_\_ contre E\_\_\_ ;

Cela fait :

2. condamne E\_\_\_ à payer à T\_\_\_ la somme brute de fr. 300'000.- (trois cent mille francs), plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 22 septembre 2006 ;
3. invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles ;
4. déboute les parties de toute autre conclusion.

B. Sur la base du dossier et des pièces produites, la Cour d'appel retient les faits pertinents suivants :

a) E\_\_\_ est une société anonyme dont le siège est à Genève et dont les buts sociaux sont les opérations financières et comptables, la fourniture de services et conseils en matière commerciale, plus particulièrement dans les domaines de l'aviation, de la production et de la fourniture d'énergies, l'administration de sociétés et d'autres structures légales.

A\_\_\_ en était directeur général et administrateur avec signature collective à deux jusqu'au 4 avril 2007. Il percevait un salaire mensuel de fr. 10'000.-, payé douze fois l'an.

Les comptes audités de E\_\_\_ au 31 décembre 2005 ne mentionnent aucun produit, mis à part des intérêts bancaires. Les charges de personnel se montent à fr. 100'490.- et les honoraires juridiques à fr. 32'175.-.

b) A teneur d'un écrit daté du 7 mars 2006, A\_\_\_ certifiait que T\_\_\_ était conseiller juridique pour E\_\_\_ avec un salaire annuel moyen d'environ fr. 240'000.-. A\_\_\_ conteste être l'auteur de cette attestation.

c) Par pli daté du 9 mars 2006, T\_\_\_ a fait part à A\_\_\_ de son sentiment d'avoir été trahi, lui reprochant de n'avoir pas respecté son engagement de partager les profits de E\_\_\_ en deux parts égales. T\_\_\_ a indiqué qu'il rendrait les clés de E\_\_\_ après avoir repris ses affaires dans une dizaine de jours.

d) Par demande du 22 septembre 2006, T\_\_\_ a assigné E\_\_\_ en paiement de fr. 300'000.-, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 22 septembre 2006.

A l'appui de sa demande, T\_\_\_, alléguait en substance, avoir travaillé pour E\_\_\_ en qualité de conseiller juridique du 1<sup>er</sup> janvier 2005 à fin mars 2006. Selon lui, il avait été convenu qu'il percevrait un salaire annuel de l'ordre de fr. 240'000.-, sous forme de partage des profits réalisés par cette société.

Toujours selon lui, il avait, dans le cadre de cette activité, notamment géré les relations de E\_\_\_ avec des avocats externes, dont Me B\_\_\_, négocié des contrats d'achat de matières premières, était intervenu dans des projets de vente d'une île sarde, de valorisation d'un site d'eau gazeuse et de recherches d'avions de location.

Pour cette activité, il avait disposé d'un bureau dans les locaux de E\_\_\_, d'une adresse électronique et de cartes de visite.

T\_\_\_ a produit à la procédure diverses pièces, comprenant notamment :

- une attestation datée du 7 mars 2006 selon laquelle A\_\_\_ certifiait que T\_\_\_ était le conseiller juridique de E\_\_\_ pour un salaire annuel moyen de fr. 240'000.-;
- une carte de visite à l'en-tête de E\_\_\_ ;
- un courriel adressé par T\_\_\_ à A\_\_\_ le 28 novembre 2005 indiquant "*Cher Laurent [...] Notre conseil légal (nдр: legal counsel) ici, Mr T\_\_\_, traite de*

- l'affaire de UNCC. Puisque votre emploi du temps est chargé, je lui ai remis votre email et il va vous résumer la situation avant notre meeting [...] A\_\_\_* ;
- plusieurs courriels échangés entre T\_\_\_ et B\_\_\_, avec copie à A\_\_\_, au sujet d'un dénommé C\_\_\_, que T\_\_\_ présentait comme "*mon client*", et pour lequel il sollicitait l'intervention de B\_\_\_ ;
  - plusieurs courriels adressés par T\_\_\_ à un prénomné D\_\_\_, s'agissant de l'achat de sucre, riz et farine, et de la vente d'une source d'eau, qui portent la signature informatique de E\_\_\_ ;
  - plusieurs courriels envoyés par T\_\_\_ à un dénommé F\_\_\_, avec copie à A\_\_\_, s'agissant de la vente d'une île sarde, et indiquant intervenir sur demande de A\_\_\_ ;
  - un courriel envoyé par T\_\_\_ à G\_\_\_, avec copie à A\_\_\_, portant sur la location de quatre Boeing 747, et munie de la signature informatique de E\_\_\_ ;
  - un courriel envoyé par A\_\_\_ le 12 mai 2006 à un dénommé H\_\_\_, de la banque I\_\_\_, indiquant qu'il devait vérifier le statut du contrat de T\_\_\_ avec les ressources humaines et l'avocat suisse de la société ;
  - un courriel envoyé le 28 novembre 2005 à B\_\_\_ par A\_\_\_;
  - des décomptes de salaire à l'en-tête de E\_\_\_, au nom de G\_\_\_, indiquant un salaire mensuel net de fr. 16'500.-,.
  - plusieurs courriels échangés en 2004 entre Me J\_\_\_, A\_\_\_ et K\_\_\_, ancien président de E\_\_\_;
  - plusieurs courriels entre L\_\_\_, M\_\_\_ et A\_\_\_, mentionnant le versement d'une somme de \$ 7'600'000.-
  - une liste d'une quinzaine d'affaires dans lesquelles il estimait être intervenu, dont une concernant un dénommé M\_\_\_.

Lors de la comparution personnelle des parties, T\_\_\_ a expliqué que le salaire convenu n'avait pas été chiffré, mais devait être confortable, et additionné d'une participation aux résultats. Ce revenu devait être au moins égal au double de celui qu'il percevait précédemment ou équivalent à celui qu'il aurait pu réaliser en Jordanie, et serait augmenté à chaque affaire. Il a aussi expliqué que A\_\_\_ le présentait à ses partenaires commerciaux comme son associé. Selon lui, c'est A\_\_\_ qui lui donnait des instructions, notamment quant aux affaires à traiter, et qui décidait en dernier ressort. Aucun cahier des charges n'avait été établi, mais T\_\_\_ s'occupait de rédiger des projets de contrats, traiter la correspondance, rédiger des pro-

jets de réponses. Toujours selon lui, il a également présenté A\_\_\_ à des connaissances, afin qu'ils fassent des affaires. Dans un premier temps, T\_\_\_ avait fait confiance à A\_\_\_, qui lui promettait de lui payer un salaire dès que certaines affaires aboutiraient. Par la suite, il a découvert que certaines affaires avaient été conclues sans qu'un salaire ne lui soit versé. Il avait alors résilié son contrat le 9 mars 2006. S'agissant de l'attestation du 7 mars 2006, T\_\_\_ a indiqué qu'elle lui avait été faxée par E\_\_\_ pour les besoins d'un prêt hypothécaire.

Dans la suite de la procédure, T\_\_\_ a encore soutenu que les comptes versés à la procédure par E\_\_\_ avaient été arrangés pour les besoins de la cause, que A\_\_\_ percevait sur son compte personnel des revenus dus à la société, à laquelle il reversait un certain montant sous forme d'avance d'actionnaire.

e) En réponse, E\_\_\_ a conclu à l'irrecevabilité de la demande de T\_\_\_, subsidiairement à son déboutement, avec suite de dépens. Elle requérait également la production de l'original de l'attestation du 7 mars 2006.

En substance, E\_\_\_ contestait tout rapport de travail, expliquant que le demandeur avait uniquement été autorisé, à bien plaie et en qualité d'ami de A\_\_\_, à occuper un bureau et utiliser l'équipement informatique de la société; sa présence n'était d'ailleurs qu'occasionnelle. C'était de son propre chef, et sans autorisation, que T\_\_\_ avait commandé des cartes de visite et démarché des partenaires contractuels de E\_\_\_.

Les courriels produits concernaient des affaires privées de T\_\_\_, et non celles de E\_\_\_, cette dernière n'étant active ni dans l'immobilier, ni dans la valorisation de site d'eau gazeuse, ni dans la location d'avions.

E\_\_\_ soutenait également qu'elle n'avait nul besoin d'un conseiller juridique, utilisant les services de l'étude N\_\_\_ & Associés. Elle contestait la véracité de l'attestation du 7 mars 2006, relevant qu'il était invraisemblable que le salaire de T\_\_\_ puisse représenter le double de celui de A\_\_\_, directeur général.

Elle a produit un courriel envoyé par un dénommé O\_\_\_ à A\_\_\_ indiquant que T\_\_\_ avait personnellement commandé, pris livraison et payé des cartes de visites

indiquant qu'il était conseiller juridique de E\_\_\_. Celles-ci avaient été émises au motif qu'il était présumé être un représentant de E\_\_\_, nonobstant l'absence d'approbation de la société. Elle a également versé à la procédure un courriel adressé par T\_\_\_ à des partenaires contractuels de E\_\_\_ et demandant des informations sur les commissions payées à celle-ci.

Lors de la comparution personnelle des parties, E\_\_\_ a exposé qu'elle n'avait pour seul employé que A\_\_\_. Elle a aussi expliqué ne pas avoir affilié aux organismes sociaux, ni requis de permis de travail.

A\_\_\_ a en particulier contesté avoir signé l'attestation du 7 mars 2006 produite par T\_\_\_.

Selon E\_\_\_, le poste "honoraires juridiques" des comptes 2005 concernait les honoraires de l'étude N\_\_\_ & Associés. Toujours selon elle, T\_\_\_ ne payait aucun loyer pour le bureau qu'il occupait dans les locaux de la société. L'adresse électronique de T\_\_\_ avait été créée à sa demande, pour lui servir dans le cadre de ses activités de journaliste pour une revue jordanienne. A\_\_\_ avait uniquement recommandé Me B\_\_\_ à T\_\_\_, qui cherchait un avocat pour défendre certains de ses clients. Il n'était pas impliqué dans cette affaire et n'avait pas envoyé à B\_\_\_ le projet de courriel figurant sous pièce 9 dem.

E\_\_\_ a produit ses comptes audités 2006, qui montrent qu'elle n'avait eu, en 2006, que fr. 61.- de produits, sous forme d'intérêts bancaires, alors que les charges de personnel s'élevaient à fr. 134'049.- et les honoraires juridique à fr 28'273.-. Il était indiqué que la société ayant noué des contacts et signé des contrats, les premiers revenus devraient pouvoir être perçus en 2007. Elle a également versé la liste nominative des affaires réalisées, conclues ou payées à E\_\_\_ en 2005 et 2006, qui indiquait une seule affaire conclue en 2006 mais aucun revenu ni en 2006, ni en 2007.

E\_\_\_ a contesté l'implication de T\_\_\_ dans chacune des affaires figurant sur la liste que ce dernier a produite à la procédure. Elle a produit de son côté une liste d'affaires qu'elle aurait réalisées, conclues ou payées en 2007, qui mentionne uniquement deux contrats conclus, mais aucun revenu perçu. Elle n'a en revanche pas

produit comme demandé des extraits du compte bancaire de A\_\_\_, alléguant que celui-ci était un tiers à la procédure et qu'elle n'y avait dès lors pas accès.

f) Les premiers juges ont entendu cinq témoins :

- P\_\_\_, joailler, assermenté, a indiqué avoir rencontré T\_\_\_, qui lui avait été présenté par A\_\_\_ comme l'avocat de E\_\_\_. Il avait considéré que T\_\_\_ était employé de la société et non partenaire de A\_\_\_, du fait de leurs rapports distants. T\_\_\_ lui avait remis une carte de visite, en présence de A\_\_\_ ; le témoin ignorait toutefois si cette carte de visite correspondait à celle produite par le demandeur, et si elle portait l'en-tête de la société. Il avait cru comprendre que E\_\_\_ s'occupait d'aviation, d'immobilier et de choses similaires. Il n'avait pas fait d'affaires avec E\_\_\_, T\_\_\_ ou A\_\_\_.
- Q\_\_\_, expert comptable et réviseur de E\_\_\_, a indiqué qu'à sa connaissance, A\_\_\_ était le seul employé de E\_\_\_ ; il ne s'était toutefois jamais rendu dans les locaux de la société. En 2005, seules des démarches d'acquisition de clientèle avaient été faites, ce qui expliquait que les comptes 2005 de E\_\_\_ ne présentaient aucun produit. Ces démarches avaient abouti en 2006. Q\_\_\_ n'avait jamais eu de contact avec T\_\_\_.
- B\_\_\_, avocat, a exposé avoir été mis en contact avec T\_\_\_ et A\_\_\_, qui s'étaient rendus à son étude afin de lui confier un mandat provenant d'un client. Aucune précision ne lui avait été donnée quant à la fonction de T\_\_\_. Il n'avait pas de raison de douter d'avoir reçu le courriel de A\_\_\_ du 28 novembre 2005, indiquant la fonction de "*legal counsel*" de T\_\_\_.
- R\_\_\_, banquier, a pour sa part exposé avoir rencontré T\_\_\_ et A\_\_\_, ensemble, au motif qu'il finançait des achats d'avions. T\_\_\_ avait indiqué que sa carte de visite n'était pas encore prête, ce à quoi A\_\_\_, présent à la même table, n'avait pas réagi. Ce dernier lui avait remis sa propre carte de visite, en y inscrivant au verso le numéro de téléphone de T\_\_\_. R\_\_\_ avait eu l'impression que ces deux personnes travaillaient ensemble, mais que A\_\_\_ était la personne principale. Aucune affaire n'avait été faite avec E\_\_\_.

- G\_\_\_, assermenté, avait travaillé dans les locaux de E\_\_\_ en qualité de consultant indépendant, entre mars et octobre 2005. Les décomptes de salaire produits des 25 mars, 25 avril et 24 mai 2005 étaient des faux qu'il avait confectionnés à l'appui d'une demande de visa, mais qu'il avait renoncé à envoyer. Il était convenu que le témoin perçoive 50% des commissions réalisées ; or, faute de client, aucune affaire n'avait abouti. T\_\_\_ n'était présent qu'occasionnellement dans les locaux de E\_\_\_. Lorsque G\_\_\_ s'était occupé du site internet de la société, T\_\_\_ avait corrigé les textes anglais. C'était également G\_\_\_ qui avait commandé les cartes de visite à l'en-tête E\_\_\_ pour lui-même et A\_\_\_, mais non pour T\_\_\_. A\_\_\_ lui avait expliqué que T\_\_\_ n'était pas employé de E\_\_\_ mais un ami à qui un bureau était prêté. Il n'avait jamais vu ces deux personnes travailler ensemble.

E\_\_\_ avait reçu le mandat de valoriser un site d'eau gazeuse, mais n'avait pu trouver d'acheteur. Sans être actif, T\_\_\_ avait été présent à l'une des deux réunions tenues dans cette affaire, ce que le témoin avait attribué à sa qualité d'ami de A\_\_\_. G\_\_\_ avait également reçu des courriels de T\_\_\_ ayant trait à des locations ou des pièces détachées d'avions, mais ils n'avaient donné lieu à aucune affaire. Son activité pour E\_\_\_ visant à trouver des clients, il avait essayé d'exploiter chaque opportunité. Il préparait actuellement des affaires avec A\_\_\_.

g) T\_\_\_ et A\_\_\_ ont déposé un exemplaire de leurs cartes de visite à l'en-tête E\_\_\_. Celles-ci sont similaires, mis à part le gaufrage utilisé.

- C. L'appelante conclut à l'annulation du jugement du Tribunal des Prud'hommes et au déboutement de T\_\_\_ de toutes ses conclusions. Préalablement, l'appelante conclut à ce que T\_\_\_ soit condamné à produire l'original de l'attestation du 7 mars 2006.

Selon l'appelante, les premiers juges ont fait une application erronée de l'art. 319 CO en ce sens que l'intimé n'a jamais conclu avec elle un contrat de travail au sens de cette disposition, les mandats qu'il gérait étaient exclusivement ses affai-

res personnelles et ne relevaient pas de son domaine d'activité.

L'appelante soutient également que T\_\_\_ ne se trouvait pas dans un rapport de subordination avec l'intimée qui est le propre d'un contrat de travail.

S'agissant du montant du salaire, l'appelante relève encore qu'"*un salaire annuel d'un montant de CHF 240'000.-, soit 20'000, qui aurait dû être versé à Monsieur T\_\_\_ en tant que conseiller juridique de E\_\_\_, est tout à fait exorbitant*". Selon elle, un tel salaire représenterait le double du salaire perçu par A\_\_\_ qui lui était directeur général et président du conseil d'administration. Toujours selon elle, un tel salaire ne saurait être justifié par la formation professionnelle, l'expérience et l'âge de T\_\_\_. Sur ce point, l'appelant conclut que le salaire aurait dû être fixé conformément aux principes découlant de l'art. 322 al. 1 CO.

**D.** L'intimé conclut au déboutement de l'appelante et à la confirmation du jugement. Selon lui, les pièces versées à la procédure et les témoignages ont permis d'établir qu'il était employé de l'appelante et qu'à ce titre:

- il disposait d'un bureau dans les locaux de l'appelante, d'une adresse courriel et d'une ligne téléphonique;
- il écrivait des courriels pour le compte de son employeur et s'occupait des questions juridiques de l'entreprise;
- il participait aux affaires commerciales de l'appelante aux côtés de son directeur A\_\_\_.

Selon l'intimé, toutes les activités qu'il a déployées pendant la période où il travaillait pour l'appelante étaient aux seuls profits de celle-ci. Toujours selon lui, il est établi qu'il a remis sa carte de visite au logo de l'appelante à des clients potentiels de celle-ci en présence de A\_\_\_. Ce dernier a également à une occasion remis sa propre carte de visite à un client en y indiquant au verso le numéro de téléphone de l'intimé.

Pour l'intimé, les enquêtes ont permis d'établir, notamment par différents témoins, qu'il était soumis aux instructions de A\_\_\_:

L'intimé explique enfin avoir travaillé pour l'appelante de janvier 2005 à mars 2006 pour un salaire annuel de fr. 240'000.

Etait joint à la réponse de l'intimé, un chargé de pièces comprenant notamment un échange de courriels datés des 12 mai, 23 mai et 14 juin 2006 entre S\_\_\_ de la banque I\_\_\_ et A\_\_\_ dont la teneur est la suivante:

- *"Chère S\_\_\_, j'ai reçu votre demande à propos de la lettre de Mr T\_\_\_. Veuillez ne prendre aucune action avant que je ne voie l'état de ce contrat avec le service du personnel et l'avocat suisse de notre société (courriel du 12 mai 2006 de A\_\_\_ à S\_\_\_) ;*
- *"Cher A\_\_\_, Prière de noter que nous sommes toujours dans l'attente de vos commentaires sur la lettre de Mr T\_\_\_. Veuillez nous informer s'il est ou non votre partenaire" (courriel du 23 mai 2006, soit une dizaine de jours plus tard, de S\_\_\_ à A\_\_\_);*
- *"Chère S\_\_\_, Je voudrais vous informer que Mr T\_\_\_ n'a jamais travaillé pour E\_\_\_ ou n'y était partenaire. Me T\_\_\_ était autorisé à utiliser les locaux de E\_\_\_ à titre amical pour ces propres affaires. Nous comprenons que cette correspondance restera confidentielle entre notre société et votre respectable banque puisqu'il n'y a pas de lettre officielle que Mr T\_\_\_ vous a déjà présentée. Merci pour votre compréhension" (courriel du 14 juin 2006, soit plus d'un mois plus tard, de A\_\_\_ à S\_\_\_).*

**E.** La Cour a procédé à l'audition des parties qui ont persistés dans leurs conclusions respectives et on indiqué ce qui suit :

a) T\_\_\_ a expliqué qu'avant de travailler pour E\_\_\_ il avait travaillé pour le compte de l'ONU pendant environ huit ans. Il a aussi expliqué que c'était l'étude N\_\_\_ qui était chargé d'obtenir pour lui une autorisation de travail et de séjour à Genève.

b) A\_\_\_ a confirmé avoir eu un échange de courriels avec une collaboratrice de la banque I\_\_\_. Il reconnaît en particulier être l'auteur des deux courriels datés res-

pectivement des 12 mai et 14 juin 2006. Il a aussi confirmé que la lettre à laquelle se réfère son courriel du 12 mai 2006 correspond à l'attestation du 7 mars 2006. Il admet en outre qu'il n'existe aucun original de ce document. Il conteste en revanche en être l'auteur et l'avoir faxé. Il ignore de quelle manière sa signature a été portée sur ce document.

A\_\_\_ a indiqué que sa référence à un contrat dans son courriel du 12 mai s'explique par le fait qu'il avait reçu une demande d'une banque avec laquelle il n'était pas en relation d'affaires qui lui soumet un contrat dont il n'est pas l'auteur et dont il n'avait pas connaissance mais qui concerne une personne qui se trouve régulièrement dans ses bureaux, il souhaitait d'abord s'entretenir de cette question avec son avocat. Il explique aussi l'écoulement du mois qui a séparé entre les questions posées par la banque I\_\_\_ et sa réponse du 14 juin selon laquelle il n'était pas en relation contractuelle avec T\_\_\_ par le fait que cette réponse écrite du 14 juin est la confirmation d'un entretien téléphonique préalable.

A\_\_\_ a encore expliqué qu'il était le seul collaborateur de E\_\_\_ à Genève, que 5 autres personnes travaillaient comme consultants en Suisse, en Turquie et en Arabie-Saoudite. Il a finalement indiqué qu'il n'entendait pas verser à la procédure son compte privé à la banque U\_\_\_ comme le demandait T\_\_\_.

- F.** Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée dans la partie "en droit" ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige.

### **EN DROIT**

- 1.** **1.1** Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la Juridiction des prud'hommes ; ci-après LJP), l'appel est recevable.
- 2.** L'appelant conteste l'existence même d'un contrat de travail.
  - 2.1** Le contrat de travail – lequel peut être conclu expressément ou par actes concluants - présuppose l'obligation pour le travailleur de fournir une prestation de travail dans un temps mis à disposition de l'employeur, moyennant paiement d'un salaire (art. 319 CO).

Lorsque les parties n'ont conclu ni expressément ni tacitement de contrat de travail, la cause doit 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; Oser/Schönenberger, Comm. N° 3 à 6 ad art. 320; Brühwiler, Comm. N° 12 ad art. 320 CO; Brunner/Buhler/Waerber, Comm. N° 14 ad art. 320 CO).

**2.2** Le travailleur n'a pas à prouver la conclusion d'un tel contrat. Il peut se prévaloir de la *présomption irréfragable* de l'art. 320 al. 2 CO, qui s'applique même si la preuve de la conclusion d'un contrat de travail (i. e. par un échange de volontés) n'a pas été apportée ( ATF 4C.419/1999 du 19. 4. 2000 cons. 1c re SIG; ATF SJ 1986 p. 290; 4C. 346/1999 du 4. 2. 2000 cons. 2; Rehbinder, Berner Kommentar, 1983, N. 17 ad art. 320 CO).

Cela dit, la Cour examine d'office sur compétence *matérielle*; cela l'amène à examiner d'office la présence ou l'absence d'éléments permettant de retenir l'existence d'un contrat de travail. Elle n'est pas liée par la qualification faite ou proposée par les parties (ATF 4C.135/2000 du 1. 9. 2000, cons.3 b *in fine*).

**2.3** Le critère central dans la définition du contrat de travail, et partant, dans sa délimitation par rapports à d'autres contrats de services, est l'existence d'un lien de *subordination juridique* entre prestataire de service et donneur d'ordre (ATF 121 I 259; ATF JAR 1998 p. 104; 107 II 430; 95 I 21; 78 II 361; Rehbinder, BK, N. 18 ad art. 319 CO).

L'existence d'un lien de subordination juridique se déduit d'un ensemble d'indices, tels que la dépendance du prestataire de service du donneur d'ordre du point de vue *personnel, organisationnel et temporel* (ATF 121 I 259).

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, en ceci que le salaire permet au travailleur d'assurer sa subsistance (SJ 1990, p. 185 ; Staehelin, Zürcher Kommentar, n. 27 à 30 ad art. 319 CO ; Aubert, in Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, §§ 6 à 13 ad art. 319 CO, p. 1674s. ; Rehbindler, Schweizerisches Arbeitsrecht, 1988, p. 30, ch. 2).

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 des 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 (Rehbindler, op. cit., 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 travail-

leur aux directives de l'employeur (CAPH du 11 septembre 1996 en la cause X/1326/95 ; Rehbindler, Berner Kommentar, n. 42 ad art. 319 CO, p. 47).

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, op. cit., § 19 ad art. 319 CO, p. 1676 ; cf. ég. WYLER, op. cit., p. 43 et suivantes).

Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, le juge doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1er 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 ; ATF 122 III 118, consid. 2a ; ATF 118 II 342, consid. 1a ; ATF 112 II 245, consid. II/1c).

3. **3.1** Les premiers juges ont d'abord retenu que l'intimé occupait un bureau dans les locaux de l'appelante et qu'il y avait une adresse courriel au même format que celui utilisé par cette dernière. Ils ont aussi retenu la présence de l'intimé à des réunions professionnelles concernant les projets de l'appelante. Pour les premiers juges l'envoi de courriels de l'intimé à l'appelante relatifs à des affaires aéronautiques et la vente d'une île qui indique explicitement que l'intimé intervient pour A\_\_\_ montrent que l'intimé intervenait dans le but de permettre à l'appelante d'acquérir de nouveaux clients

Toujours selon les premiers juges, les enquêtes ont également permis d'établir que l'intimé a accompagné A\_\_\_ dans des rendez-vous extérieurs, plusieurs témoins ayant par ailleurs déclarés qu'ils avaient eu le sentiment que l'intimé travaillait sous la direction de celui-ci ou qu'il était employé de la société. Ils ont aussi relevé

qu'à deux reprises l'intimé avait remis sa carte de visite à l'entête de l'appelante en présence de A\_\_\_ sans que celui-ci ne réagisse. A\_\_\_ avait en outre à une reprise présenté l'intimé à un client comme l'avocat de la société. Il avait aussi désigné l'intimé comme "*legal counsel*" de l'appelante dans un courriel adressé à B\_\_\_.

Pour les premiers juges, l'ensemble de ces éléments corroborent l'attestation selon laquelle l'intimé était le "*legal counsel*" de l'appelante avec un salaire annuel moyen d'environ fr. 240'000.-, les allégations de l'appelante selon lesquelles l'intimé aurait piraté son système informatique et redirigé des courriels n'étant étayées par aucun élément de preuve.

Les premiers juges ont enfin considéré que la crédibilité des déclarations de G\_\_\_, consultant au service de l'appelante, selon lesquelles l'intimé n'était qu'occasionnellement présent dans les locaux de l'entreprise était sujette à caution.

**3.2** La Cour fera sienne cette appréciation qui se fonde sur des enquêtes approfondies. L'appelante n'a apporté aucun autre élément probant propre à remettre en cause cette appréciation. Certes, elle persiste à contester que A\_\_\_ soit l'auteur de l'attestation du 7 mars 2006 certifiant que l'intimé est le conseil légal de l'appelante pour une rémunération annuelle de fr. 240'000.-.

A ce sujet, A\_\_\_ a confirmé être l'auteur des courriels des 12 mai et 14 juin 2006 versés à la procédure en appel par l'intimé. Il a aussi admis que le contrat mentionné dans son courriel du 12 mai 2006 à S\_\_\_ était l'attestation du 7 mars 2006. Selon lui, bien que son courriel du 14 juin 2006 ne se réfère pas explicitement à un contact téléphonique entre le 23 mai et le 14 juin, il aurait informé S\_\_\_ de la teneur de ce dernier courriel avant le 14 juin 2006.

Concernant cet échange de courriels, au demeurant produit à la procédure d'appel par l'intimé, la Cour notera que ni dans son premier courriel du 12 mai 2006 ni dans celui du 14 juin 2006, A\_\_\_ ne conteste expressément être l'auteur de l'attestation du 7 mars 2006. Certes, le 14 juin 2006, il indique que l'intimé n'a jamais été lié par un contrat de travail ou partenaire de l'appelante mais dans le même temps il demande à S\_\_\_ la confidentialité sur leur échange de courriels.

La Cour considère que ces éléments documentaires supplémentaires dont la teneur a été confirmée par l'appelante corroborent l'appréciation des premiers juges tant il apparaît peu crédible qu'il faille attendre autant de temps (dans le cas le plus favorable à l'appelante plus de dix jours, mais vraisemblablement un mois) pour se déterminer sur l'existence ou non d'une attestation de travail dont on apparaît être le signataire.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, la Cour tient pour établi que l'attestation du 7 mars 2006 signée par A\_\_\_ a bien été établie par l'appelante.

4. L'appelante conteste encore le montant du salaire réclamé par l'intimée. Elle considère que les premiers juges auraient dû faire application de l'art. 322 al. CO et fixé le salaire de l'intimé selon l'usage en tenant compte de sa formation, de son expérience et de son âge.

**4.1** L'art. 322 al. 1 CO stipule que l'employeur paye au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective. Le montant du salaire, qui peut être fixé d'après le temps ou d'après le travail fourni, dépend ainsi d'abord de l'accord des parties, qu'il résulte directement d'un contrat ou indirectement d'une convention collective ou d'un contrat-type ; il n'existe actuellement pas de fixation générale de traitements minimaux, même si les conventions collectives édictent souvent des règles minimales en la matière.

**4.2** Lorsque les parties n'ont rien convenu et que la conclusion d'un contrat de travail n'est pas douteuse selon l'art. 320 al. 2 CO, la rémunération doit correspondre à ce qui est « usuel ». On entend par là le salaire qu'il est habituel de verser dans la région et la branche considérée pour des travaux comparables, compte tenu de la situation personnelle des intéressés (âge, situation de famille, formation, etc.) (Rehbinder, op. cit., n° 12, ad. art. 322 CO ; Streiff / von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5ème édition, n° 7 ad. art. 322 CO). Les conventions collectives de la profession constituent alors un élément de référence, même si elles ne lient pas les parties (Rehbinder, loc. cit. n° 12 art. 322 CO ; Streiff/von Kaenel, loc. cit. n° 7 ad. 322 CO ; pour la prédominance des conventions collecti-

ves cf. Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, 3<sup>ème</sup> édition, n° 2 ad. art. 322 CO). Selon Rehbindler (loc. cit. n° 13 ad. art. 322 CO), si un salaire usuel ne peut être établi, le juge doit fixer la rémunération selon son pouvoir d'appréciation. Parmi les critères à prendre en considération figurent la qualité et la quantité des prestations de l'employé, ses conditions de travail, son âge, sa situation de famille et sa position dans l'entreprise, ou encore la durée du contrat.

**4.3** Les premiers juges ont d'abord relevé que l'intimé avait expliqué que le montant du salaire n'avait pas été chiffré mais devait être confortable et inclure une répartition du bénéfice réalisé sur les affaires de l'appelante. Ils ont également observé que l'appelante soutenait n'avoir perçu aucun revenu en 2005 et 2006 alors qu'un courriel du 6 mars 2006 de A\_\_\_ à L\_\_\_ faisait état d'un versement de \$ 7'600'000.- sur son compte en relation avec un dossier concernant un dénommé M\_\_\_ dans lequel l'intimé indiquait être intervenu. Les premiers juges ont déduit de la réticence de l'appelante à fournir des informations permettant de calculer les profits réalisés mis en lien avec les autres éléments de la procédure ne pouvait être comprise que comme un aveu que des profits avaient été réalisés comme d'ailleurs le soutenait l'intimé. Le Tribunal des prud'hommes a considéré que le montant du salaire porté dans l'attestation du 7 mars 2006 signée par A\_\_\_ correspondait au salaire convenu.

**4.4** La Cour fera également sienne cette appréciation des premiers juges. Dès lors, qu'il a été admis que l'attestation du 7 mars 2006 émanait de A\_\_\_ pour l'appelante, il y a lieu de retenir que la rémunération annuelle contenue dans cette dernière correspond à la rémunération due à l'intimé, soit un salaire mensuel de fr. 20'000.-. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de rechercher un éventuel salaire usuel au sens de l'art. 320 al. 2.

Voudrait-on faire application de l'art. 320 al. 2 CO au motif que l'intimé lui-même admet qu'aucun montant précis de rémunération n'avait été convenu à la conclusion du contrat que la solution ne serait pas différente, l'appelante n'ayant pas démontré que la rémunération figurant dans son attestation du 7 mars 2006 différait de la rémunération usuelle d'un collaborateur juriste ayant une expérience spécifique de plusieurs années acquise au sein d'une commission spécialisée des

Nations Unies et au bénéfice de connaissances linguistiques, étant précisé que cette rémunération devait également prendre en considération un intéressement aux résultats de l'entreprise.

5. La valeur litigieuse de la présente cause étant supérieure à 30'000 fr., il se justifie de condamner l'appelante, qui succombe intégralement, à payer la totalité des émoluments de mise au rôle d'appel.

Ainsi, l'émolument d'appel de fr. 4'400.- versés par l'appelante reste acquis à l'Etat

### **PAR CES MOTIFS**

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

#### **A la forme**

Reçoit l'appel déposé par E\_\_\_ contre le jugement du Tribunal des Prud'hommes rendu suite la délibération du 15 mai 2008 et notifié aux parties le 19 mai 2008 en la cause n° C/22570/2006-4.

#### **Au fond**

Confirme ledit jugement.

Laisse les frais d'appel à la charge de E\_\_\_ et dit que l'émolument d'appel versé par ses soins est acquis à l'Etat de Genève.

Déboute les parties de toute autre conclusion.

Le greffier de juridiction

Le président