



T _____
Dom. élu : SIT – Réf. JK
Rue des Chaudronniers 16
Case postale 3287
1211 GENEVE 3

E _____
Dom. élu : Me Serge ROUVINET
Rue du Marché 3
Case postale 3649
1211 GENEVE 3

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

rendu suite à la délibération du 9 juin 2004

Mme Martine HEYER, présidente

MM. Gérard LAEDERACH et Jean-François TERRIER, juges employeurs

MM. Chadli MASTOURA et Alain TRACHSEL, juges salariés

Mme Anne ETIENNE, greffière d'audience

EN FAIT

- A. Par acte déposé au greffe de la juridiction des Prud'hommes le 25 juillet 2003, T_____ appelle d'un jugement rendu le 26 mars 2003, expédié le 26 juin 2003, jugement par lequel ledit tribunal se déclare incompetent à raison de la matière pour connaître de la demande formée par le précité contre E_____, en paiement d'un solde de salaire et de diverses indemnités, le tout ascendant à 100'385 fr. 80, majoré en cours d'instance de 25'756 fr.60 (total 125'756 fr.60).

En substance, les premiers juges, après audition des parties et de témoins, ont considéré que T_____ avait travaillé en 2001, sporadiquement, pour E_____, en qualité de tâcheron indépendant; E_____, entrepreneur en peinture, mettait à sa disposition le matériel nécessaire, avec lequel T_____ avait effectué des travaux sur divers chantiers, notamment au Lignon et au Boulevard Carl-Vogt. Le rapport de subordination faisait défaut, car T_____ était libre d'organiser son horaire et était rémunéré de manière variable, selon l'ampleur des travaux réalisés. En outre, il avait parallèlement travaillé pour son propre compte, sur d'autres chantiers, ou pour d'autres personnes, notamment pour un restaurant thaïlandais. Il n'existait dès lors pas de contrat de travail entre les parties et le Tribunal des Prud'hommes était incompetent à raison de la matière.

- B. A l'appui de son appel T_____ maintient son argumentation de première instance, à savoir qu'il a bien été l'employé de E_____ en qualité de peintre ; rien ne permettait de retenir qu'il était indépendant, en particulier si l'on se réfère aux critères établis par l'AVS et la SUVA ; E_____ lui a versé, irrégulièrement, un salaire mensuel net de l'ordre de 2'000 à 3'000 fr. et il l'a licencié avec effet immédiat sans justes motifs. L'appel ne comporte pas d'explications précises concernant les chantiers sur lesquels aurait travaillé T_____, ni ne fait référence à des témoins à cet égard ; il ne comporte pas non plus de critique à l'égard des premiers juges concernant le fait que ces derniers auraient limité les enquêtes. Les conclusions de l'appel tendent uniquement à l'annulation du jugement et à la condamnation de E_____ à payer à T_____ la somme de 125'756 fr.60, avec intérêts à 5% l'an, du 28 décembre 2000, date moyenne.

L'appelant – qui en première instance n'avait pas rédigé d'écritures ni, partant, formulé d'offre de preuve déterminée - fournit dans son écriture en appel diverses explications complétant celles qu'il avait données jusque-là en audience. Il indique en particulier que E_____ lui avait proposé de loger dans un studio lui appartenant, au 3 rue des Caroubiers, moyennant un loyer de 900 fr. par mois qu'il lui versait. Pendant toute la période où il avait travaillé pour le précité, celui-ci lui avait versé, en tout 100'000 fr. nets à

titre de salaire ; il n'avait jamais reçu d'indemnités de repas ou de déplacement et n'avait jamais pris de vacances. L'appelant précise aussi qu'en août 2002 , avec A_____ qu'il appelle son frère, et qui travaillait aussi pour E_____, il avait demandé à son patron une revalorisation de son salaire et aussi de ne plus travailler les samedis et dimanches. En guise de réponse, tous deux avaient été licenciés sur le champ, et contraints de quitter le logement mis à disposition. Ensuite, E_____ les avait dénoncés à la police, ce qui avait valu à T_____ d'être arrêté et conduit à Champ-Dollon où il était resté quatre jours.

Par courrier déposé deux mois après l'appel, soit le 24 septembre 2003, au greffe de la juridiction des Prud'hommes, T_____ dépose une liste de neuf témoins, censés donner des explications à propos de trente-huit chantiers, sur lesquels il aurait travaillé pour le compte de E_____, témoins qu'il demande à la Chambre d'appel de convoquer à l'audience.

- C. Dans son mémoire de réponse, l'intimé conclut à la confirmation du jugement. Il expose avoir rencontré T_____ fin 1999 ; il a fourni sporadiquement du travail à ce dernier en 2001, il était libre de ses horaires et indépendant, et il lui a versé en tout un montant de 15'000 fr. pour ses activités. En 2002 il avait présenté T_____ au propriétaire d'un immeuble de la rue des Caroubiers, qui cherchait un peintre ; ce dernier l'avait directement engagé et payé. L'intimé conteste avoir mis un appartement à disposition de l'appelant ; il s'oppose formellement à la réouverture des enquêtes, en application de l'article 59 al. 3 LJP. Il fait valoir que l'appelant a eu la possibilité de faire entendre ses témoins en première instance et que sa liste du 24 septembre 2003 est de toute manière tardive, puisque déposée après le mémoire d'appel.

L'intimé souligne que l'instruction a confirmé ses dires, à savoir qu'aucun contrat de travail n'existait entre les parties ; T_____ effectuait des tâches ponctuelles, sporadiquement ; il était libre de son horaire ; aucun salaire déterminé et périodique n'avait été convenu ; aucun engagement n'avait été pris sur la durée. Les allégués de l'appelant relevaient de l'imagination et ses conclusions ne reposaient sur aucun fondement.

- D. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :
- a. T_____ a consulté le Syndicat Interprofessionnel de Travailleuses et Travailleurs (SIT) en octobre 2002 ; le SIT a écrit le 8 octobre 2002 à E_____ en lui rappelant que T_____ avait travaillé pour lui de mai 1999 au 28 août 2002, date à laquelle il avait été licencié avec effet immédiat sans aucun motif valable, et également contraint de quitter sans délai le logement que E_____ mettait à sa disposition. Le salaire qui lui avait été versé ne

respectait pas les usages professionnels auxquels le précité avait pourtant adhéré. Comme il ressortait d'un entretien téléphonique entre le SIT et E_____ que ce dernier disait ne pas connaître T_____, le SIT indiquait dans sa lettre qu'il saisissait les Prud'hommes d'une demande tendant au paiement d'un complément de salaire, d'indemnités pour frais de transport et repas et au paiement du salaire pendant le délai de congé.

La demande fut déposée le 4 octobre 2002. Elle comporte un poste de 81'738 fr.42 pour le complément de salaire entre 1999 et 2002, un poste de 8'646 fr. d'indemnités pour frais de transport et de repas et un poste de 10'001 fr.38 pour le salaire pendant le délai de congé.

- b. Une première audience fut convoquée pour le 22 janvier 2003 ; elle fut reportée, vu l'absence légitimement excusée du défendeur. Le 20 février 2003 le SIT – se référant à un courrier du 14 février 2003 du greffe de la juridiction des Prud'hommes, faisant état du caractère tardif de la liste de témoins – explique vouloir faire entendre des personnes ayant assisté aux travaux de T_____ à différentes périodes, soit Messieurs B____, C____ et D____. Par courrier du 12 mars 2003 le conseil du défendeur – se référant à de précédents courriers et à son opposition à de enquêtes, vu la tardiveté de la liste de sa partie adverse – déposa, à toutes fins utiles, une liste comportant les noms de F____, G____ et H_____.

Le Tribunal convoqua ces six personnes lors de sa seconde audience, du 19 mars 2003. Il entendit préalablement les parties. T_____ persista dans les termes de sa demande et y ajouta une prétention en paiement d'une indemnité pour congé immédiat in justifié et la demande d'un certificat de travail et d'une attestation de salaire annuelle.

- c. La version présentée par T_____ à l'audience est la suivante : son « frère » A_____, lui avait présenté E_____, pour lequel il commença à travailler comme peintre en mai 1999. T_____ est en situation irrégulière en Suisse et il a indiqué au Tribunal que par deux fois, pendant la procédure, E_____ avait tenté de le faire expulser de Suisse par les autorités. Lorsqu'il travaillait pour lui, il recevait des acomptes, soit parfois 2'100 fr. parfois 2'500 ou 3'000 fr. de la main à la main ; il avait tenu une liste de ces versements, mais rien n'avait été convenu entre les parties, initialement, à cet égard. Il avait aussi travaillé comme homme à tout faire (travaux de jardinage en particulier) en fin de semaine, entre janvier et juin 2002 dans la résidence secondaire d'E_____ en France. Auparavant, soit depuis juin 1998 jusqu'à fin 1999, il avait travaillé de nuit dans un restaurant thaïlandais.
- d. E_____, de nationalité italienne, exploite une entreprise individuelle de peinture inscrite au Registre du Commerce, à l'enseigne « E_____ » à l'adresse _____ à Genève. Il est signataire des usages de l'OCIRT. Il

a donné au Tribunal une version différente des faits et il a d'emblée intégralement contesté l'exposé de fait de sa partie adverse ainsi que la demande. Pour lui, T_____ était un « tâcheron », qui lui avait été présenté par F_____ à fin 1999. Il avait effectué une unique mission pour lui en 2002, à la rue des Caroubiers; il n'avait jamais travaillé dans sa maison en France, maison dont il n'avait eu les clés qu'à fin février 2002. Il avait aussi donné sporadiquement du travail à A_____. Il avait payé ces deux personnes de la main à la main, pour le travail effectué. Un jour, une femme lui avait téléphoné pour lui dire que les « deux frères » préparaient un mauvais coup à son encontre et qu'il ne fallait pas leur donner du travail. Il avait alors fait faire une enquête par un détective privé, sur leurs activités.

- e. Les témoins entendus par le Tribunal ont apporté les éléments suivants : D____, témoin du demandeur, a indiqué que T____, A_____ et une autre personne avaient travaillé dans son appartement en mars 2001, pendant une journée et aussi dans deux autres appartements de l'immeuble (10 av. du Lignon). T_____ disait que E_____ était son patron ; celui-ci apportait des matériaux dans son camion mais il ne venait pas sur le chantier. B____, autre témoin du demandeur, a dit n'avoir jamais vu ce dernier faire des travaux de peinture dans l'immeuble où il habite (36, rue de Lyon). Le troisième témoin du demandeur, H_____ ne s'est pas présenté. F____, témoin du défendeur, a déclaré avoir présenté T_____ et son frère à E_____. Ils cherchaient du travail et il avait pensé que E_____ pourrait leur en donner. Le témoin a dit ignorer s'il leur en avait effectivement donné ou non. C____, deuxième témoin du défendeur, a indiqué qu'il ne connaissait pas ce dernier. Il connaissait T_____, qui en 2002 effectuait des travaux de peinture dans son immeuble (Bd. Carl-Vogt) et qui lui avait dit que son patron était un portugais. Le troisième témoin du défendeur, G____, détective privé, a confirmé avoir mené une enquête en fin d'été 2002 à la demande de E_____, sur les activités de T_____ et de A_____. Il avait constaté que T_____ était resté six heures à travailler le 15 novembre 2002 dans un immeuble sis à la rue Le-Corbusier.

A l'issue de cette audience du 19 mars 2003 le Tribunal a rendu la décision présentement déferée.

- f. En date du 21 janvier 2004 la Cour d'appel a entendu les parties, qui ont persisté dans leurs conclusions. T_____ a précisé que les six premiers témoins dont il demandait l'audition en appel pourraient attester de travaux qu'il a effectués pour E_____ dans les immeubles où ils habitent (rue de Lyon, rue Daubin, rue des Caroubiers, chemin des Fraisiers, et rue du Collège) ; quant aux témoins 7 à 9, soit les représentants des régies, ils pouvaient s'exprimer sur les 38 chantiers où il avait travaillé, chantiers que l'appelant avait énumérés sur un document annexe à sa liste de témoins. E_____ a dit avoir eu des chantiers à certaines de ces adresses, mais pas partout, et il s'agissait souvent de chantiers anciens. De mémoire et au vu de

cette liste, E_____ a dit que T_____ et son « frère » avaient dû travailler sur une dizaine de ces chantiers, à partir de 2000, mais en aucun cas sur tous ceux qui étaient énumérés. Il a maintenu qu'ils étaient indépendants et qu'il ignorait qui payait leurs charges sociales. Le représentant du SIT a expliqué que l'appelant et son « frère » n'avaient jamais été déclarés et n'avaient jamais cotisé à l'AVS. Ils avaient demandé une autorisation de séjour à Genève, pour le temps de la procédure et ils travaillaient actuellement comme peintres, pour un employeur dont ils ne souhaitaient pas donner le nom.

De fait, seul A_____ paraît avoir obtenu ladite autorisation actuellement. T_____ pour sa part fait l'objet d'une mesure d'expulsion du territoire suisse.

T_____ a déclaré que E_____ avait mis un logement à sa disposition, 3 rue des Caroubiers, au loyer mensuel de 1'000 fr. ; il y était resté trois mois, Il a aussi produit une déclaration écrite de sa main, en espagnol, non signée, et traduite en français, où il explique ses démêlés avec E_____, qui selon lui l'aurait dénoncé à la police en raison de sa situation irrégulière à Genève ; ces manoeuvres avaient abouti à son incarcération et au prononcé d'une ordonnance de condamnation rendue par le juge d'instruction le 12 novembre 2002 à la peine de deux mois d'emprisonnement avec sursis pendant trois ans pour infraction à la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers.

T_____ a derechef contesté tous ces allégués, réitérant qu'il n'avait jamais engagé l'appelant et son « frère » ; sur ce point il pouvait faire témoigner un ouvrier qui avait travaillé pour lui pendant trois ans ; il n'avait jamais plus revu T_____ et A_____ depuis qu'il ne travaillait plus avec eux ; ceux-ci étaient inatteignables car ils changeaient constamment de numéro de téléphone.

EN DROIT

1. L'appel est recevable, pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits par l'article 59 LJP. L'objet de l'appel consiste à déterminer si la juridiction des Prud'hommes est compétente à raison de la matière pour connaître du litige, soit si les parties ont été liées ou non par un contrat de travail.
 - a) Il appartient en principe au demandeur, respectivement, ici, à l'appelant, de prouver les faits offerts en preuve (art. 8 CC) ; le juge apprécie librement les preuves (art. 11 LJP et 196 LPC), ce qui lui permet de tenir compte non seulement de la matérialité de celles-ci mais aussi d'éléments plus

subjectifs, tels notamment l'attitude des parties et celle des témoins (SJ 1984 p. 29). En règle générale l'appréciation des preuves n'intervient qu'à l'épuisement des moyens disponibles pour découvrir la vérité. Il est toutefois admis que le juge procède à une appréciation anticipée et refuse d'administrer une preuve s'il est convaincu que le moyen, à supposer même qu'il aboutisse, ne serait pas de nature à influencer le résultat des mesures probatoires ; cette faculté doit être utilisée avec prudence et réserve (ATF 114 II 289 = JdT 1989 I 86 ; ATF 109 II 31 = JdT 1983 I 264 ; Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la loi genevoise de procédure civile, ad art. 196 LPC n° 3).

- b) Le juge d'appel ne peut statuer sur aucun chef de demande qui n'a pas été soumis aux premiers juges (art. 11 LJP et 312 LPC, qui régissent le principe de l'immutabilité du litige et du respect du double degré de juridiction). Le litige soumis au juge d'appel doit être le même que celui dont le premier juge a été saisi : mêmes caractéristiques de personnes, de conclusions, d'allégués de fait et de preuves (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, op. cit. ad art. 312 LPC).
2. En l'espèce, les premiers juges ont justement rappelé les éléments essentiels du contrat de travail (prestation personnelle du travail, mise à disposition par le travailleur de son temps, pour une durée déterminée ou indéterminée, rapport de subordination et salaire) et ils sont parvenus à la conclusion que le demandeur – respectivement l'appelant – n'avait pas rapporté la preuve de l'existence d'un tel contrat. En effet, les quelques témoignages recueillis fournissent de indications trop partielles et imprécises à propos des activités déployées par l'appelant et surtout de la nature de la relation entre ce dernier et l'intimé.
3. Le problème n'en est pas pour autant résolu, car l'instruction de la cause est incomplète. En effet, le demandeur n'a pas pu administrer complètement ses preuves. Certes, il a déposé sa liste de témoins tardivement au sens de l'article 31 ch. 2 LJP, ce que le greffe de la juridiction lui a justement fait remarquer, mais cette carence ne privait pas les premiers juges de procéder à l'instruction complète de la cause, comme il leur revenait de le faire, puisqu'ils procèdent selon la maxime des débats. Au lieu de cela, ils se sont contentés de l'audition de quelques témoins, ce qui apparaît, au vu des circonstances de ce dossier, manifestement insuffisant. Tout d'abord, si le demandeur n'avait pas formulé d'offre de preuve écrite et circonstanciée, il n'en avait pas moins déjà établi la liste des chantiers sur lesquels il prétend avoir travaillé au service de l'intimé, et ces éléments, nécessaires à la solution du litige, devaient être éclaircis ; d'autre part, compte tenu de la position de la partie adverse, qui niait alors toute relation avec le demandeur, ce dernier voyait sa tâche se compliquer sensiblement au niveau

de l'administration des preuves, ce dont le Tribunal devait tenir compte, en faisant application de l'article 29 LJP, qui prescrit la maxime d'office ; enfin, l'évolution de la position de la partie adverse tout au long de la procédure – laquelle d'abord nie connaître le demandeur, puis ensuite admet qu'il a travaillé pour lui sur un seul chantier, et ensuite encore, en examinant finalement la liste des chantiers, admet qu'il aurait travaillé sur une dizaine d'entre eux - constitue un indice supplémentaire de la nécessité d'administrer complètement les preuves, sans faire application de la faculté d'apprécier de manière anticipée lesdites preuves.

4. Ainsi, compte tenu de ces éléments, l'instruction doit être complétée par l'audition des témoins que les parties veulent faire entendre, cas échéant réentendre, et afin de respecter le double degré de juridiction, la décision entreprise sera annulée et la cause retournée en première instance, pour complément d'enquête sur la nature du contrat et, le cas échéant, sur le bien fondé des prétentions de l'appelant.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des Prud'hommes, Groupe 1,

A la forme :

Reçoit l'appel déposé le 25 juillet 2003 par T_____ contre le jugement rendu le 26 mars 2003 par le Tribunal des Prud'hommes dans la cause n° C/23227/2002-1.

Au fond :

Annule ledit jugement.

Renvoie la cause au Tribunal des Prud'hommes pour enquêtes et nouvelle décision dans le sens des considérants.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente