



Monsieur T _____
Dom. élu: Syndicat SIT - Réf: ____
Rue des Chaudronniers 16
Case postale 3287
1211 Genève 3

Partie appelante

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

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 12 mai 2006

Mme Martine HEYER, présidente

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

MM. Chadli MASTOURA et Pierre-André REBETEZ, juges salariés

M. Michael KAESER, greffier d'audience

EN FAIT

- A. Par acte déposé au greffe de la Cour d'appel, T_____ a appelé d'un premier jugement, rendu le 26 mars 2003, jugement par le Tribunal des prud'hommes s'est déclaré incompétent 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 des témoins, avaient 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 A_____ et au Boulevard B_____. 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 incompétent pour connaître de la demande.

- B. La Cour d'appel, après audition des parties, a statué en date du 9 juin 2004 et renvoyé la cause aux premiers juges, afin qu'ils complètent l'instruction sur la nature du contrat passé entre les parties et, le cas échéant, sur le bien fondé des prétentions de l'appelant. Plusieurs audiences s'ensuivirent, les 15 septembre, 10 novembre et 1^{er} décembre 2004, ainsi que 19 janvier 2005, à l'issue desquelles le Tribunal des prud'hommes a rendu, le 30 mai 2005, une nouvelle décision, confirmant la première. Il a considéré que les nouveaux témoins entendus avaient fourni des informations partielles, ne permettant pas de retenir l'existence d'un lien de subordination, ni, partant, celle d'un contrat de travail entre les parties.
- C. Par acte posté le 30 juin 2005 T_____ appelle de ce second jugement. Il persiste dans l'argumentation qu'il avait déjà développée dans son précédent appel et qui doit être rappelée ici, à savoir qu'il avait bien été l'employé de E_____ en qualité de peintre; il ne remplissait aucun critère pour être considéré comme indépendant, en particulier si l'on se référait à ceux établis par la législation en matière d'AVS et par la SUVA. E_____ lui avait 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. T_____ a expliqué que E_____ lui avait proposé de loger dans un studio lui appartenant, au C_____, moyennant un loyer de 900 fr. par mois, qu'il lui avait versé. Pendant toute la pé-

riode 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. En août 2002, T _____, avec D _____ qu'il appelle « son frère », et qui travaillait aussi pour E _____, il avait demandé à son patron une revalorisation de son salaire et aussi la possibilité 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 leur 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 écroué quatre jours. Une ordonnance de condamnation a été 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.

Dans le cadre du présent appel, T _____ ajoute à cette argumentation que, contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges, l'ensemble des témoignages recueillis suffit à démontrer l'existence d'un contrat de travail; il s'agit en particulier des dires des témoins F _____, G _____, H _____, I _____ et J _____; à cela s'ajoute que l'intimé lui-même, au fil de la procédure, a bien dû admettre avoir engagé les intéressés, alors qu'initialement il affirmait ne pas les connaître. Le rapport de subordination découlait du fait que l'intimé donnait ses instructions, fournissait le matériel et encaissait les paiements auprès des clients. L'appelant admet toutefois que les dénégations persistantes de l'intimé et l'absence de pièces rendent difficile une démonstration concernant la durée du contrat et le montant du salaire restant dû. Il persiste néanmoins à réclamer un solde de salaire de 125'756 fr. 60, montant qui inclut des indemnités de transport et de repas, soit 8'646 fr.; des indemnités pour licenciement injustifié, soit respectivement 10'001 fr. 40 et 25'370 fr.

- D. Dans son mémoire de réponse, l'intimé demeure également sur la position développée dans ses précédentes écritures, Il y exposait avoir rencontré T _____ à la fin de l'année 1999; il lui avait fourni sporadiquement du travail, en 2001. Il effectuait des tâches sporadiques et ponctuelles et il était libre de ses horaires et indépendant. Il lui a versé en tout un montant de 15'000 fr. pour ses activités, mais aucun salaire déterminé et périodique n'avait été convenu. En 2002, l'intimé indique avoir présenté T _____ au propriétaire d'un immeuble de la rue des C _____, qui cherchait un peintre; ce dernier l'avait directement engagé et payé. L'intimé a contesté avoir mis un appartement à disposition de l'appelant et il a soutenu que les allégués de l'appelant relevaient de l'imagination et ses conclusions ne reposaient sur aucun fondement.

E _____ ajoute présentement que le second appel de T _____ est irrecevable, faute d'une argumentation claire et de critiques déterminées à l'encontre du jugement. Sur les quinze témoins entendus en complément d'enquête par le Tribunal, une seule personne a déclaré que l'appelant était employé de l'intimé, et elle déduisait cela pour avoir vu ce dernier venir s'enquérir de l'avancement des

travaux dans son immeuble, ce qui n'était pas déterminant. L'existence d'un contrat de travail n'était ainsi manifestement pas démontrée. Le calcul des prétentions de l'appelant était en outre erroné et une partie de ces prétentions étaient prescrites. L'appelant devait donc être intégralement débouté.

E. 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. Le Tribunal entendit les parties en comparution personnelle. 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. Il exposa les faits de la manière suivante : son « frère » D _____, lui avait présenté E _____, pour lequel il commença à travailler comme peintre en mai 1999. Auparavant, soit depuis juin 1998 jusqu'à fin 1999, il avait travaillé de nuit dans un restaurant thaïlandais. T _____ étant en situation irrégulière en Suisse, il a indiqué au Tribunal que par deux fois, pendant la présente 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 de précis 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.

E _____ exploite une entreprise individuelle de peinture inscrite au Registre du Commerce, à l'enseigne « Le Peintre, E _____ », sise rue _____ 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 K_____ à fin 1999. Il avait effectué une unique mission pour lui en 2002, à la rue des C_____ ; il n'avait jamais travaillé dans sa maison en France. E_____ a indiqué avoir aussi donné sporadiquement du travail à D_____. 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.

c. Les témoins entendus par le Tribunal ont apporté les éléments suivants : G_____, a indiqué que T_____, D_____ et une autre personne avaient travaillé dans son appartement en mars 2001, pendant une journée et aussi dans deux autres appartement de l'immeuble (av. du A_____). T_____ disait que E_____ était son patron; celui-ci apportait des matériaux dans son camion mais il ne venait pas sur le chantier. L_____ a dit n'avoir jamais vu T_____ faire des travaux de peinture dans l'immeuble où il habite (rue de M_____). K_____ 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. N_____ a indiqué connaître T_____, qui en 2002 effectuait des travaux de peinture dans son immeuble (Bd B_____) et qui lui avait dit que son patron était un portugais. O_____, 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 D_____. Il avait constaté que T_____ était resté six heures à travailler le 15 novembre 2002 dans un immeuble sis au 7ème étage, à la rue P_____.

d. A l'issue de cette audience du 19 mars 2003 le Tribunal a rendu sa première décision, annulée par arrêt de la Cour d'appel du 9 juin 2004, puis il a complété son instruction, conformément à cet arrêt, avant de rendre la décision présentement querellée.

e. Les témoignages complémentaires recueillis par le Tribunal apportent les éléments suivants :

Q_____, employé de la régie R_____, a déclaré que celle-ci avait confié des travaux à l'entreprise de E_____ et de son père, mais qu'il n'avait jamais vu les deux demandeurs. S_____, employé de la régie U_____, a déclaré que celle-ci avait confié des travaux à E_____ pour les immeubles rue de M_____ ; il n'y avait pas vu D_____. Il avait toutefois vu ce dernier au début 2002 sur un chantier attribué à E_____, au quai V_____ - _____, mais il ne savait pas s'il travaillait comme tâcheron ou comme salarié. Le témoin a encore précisé qu'il avait personnellement confié des travaux à D_____, pour son appartement; E_____ avait fourni le matériel contre paiement, et S_____ avait payé directement D_____.

W_____, ancien employé de la régie X_____, a déclaré que celle-ci avait confié des travaux à E_____ pour l'immeuble rue de M____, mais il n'a jamais vu les demandeurs sur ce chantier. Y_____, ancien employé de la régie Z____ et actuellement régisseur, a dit travailler avec E_____ mais ne pas connaître les deux demandeurs. AA_____, électricien, qui travaille de temps en temps avec E_____ depuis 1999, a dit ne pas connaître les deux demandeurs. BB_____, restaurateur, avait demandé à E_____ en 2001 d'exécuter des travaux, mais il a estimé son devis trop élevé, et ce dernier lui a alors proposé les services de D_____, auquel il a confié le travail, fourni le matériel, et qu'il a payé. H_____, commerçant, a fait rénover son appartement « au travers » de E_____ ; le devis a été établi par T_____, le témoin lui a fourni le matériel et il l'a payé. CC_____, qui a été l'employé de E_____ de 2000 à 2003, connaît par ailleurs les deux demandeurs, mais il a dit ignorer s'ils ont travaillé pour le précité. DD_____, plombier, et FF_____, installateur sanitaire, connaissent tous deux depuis plusieurs années E_____, mais ne connaissent pas les demandeurs. F_____, déjà entendue précédemment, a confirmé son premier témoignage; elle a précisé que les deux demandeurs avaient travaillé pour E_____ - _____ dans l'immeuble où ils habitent, dont elle est concierge; ce dernier venait voir comment les employés travaillaient et son père apportait le matériel. I_____, informaticien, a dit avoir vu T_____ peindre une chambre de l'appartement dans lequel le témoin allait emménager, en 2001, mais il ne connaît pas E_____. GG_____, mécanicien, a vu D_____ travailler durant quatre à sept semaines en 2000 ou 2001, dans le parking du HH____; son patron était E_____, qu'il connaît parce qu'il exploitait alors un bar au Quai du HH____. Une personne apportait le matériel, dont le témoin suppose qu'il s'agissait du père de E_____. Il a encore indiqué que D_____ - _____ lui avait donné sa carte en lui demandant s'il connaissait des personnes qui avaient des travaux à faire exécuter. J_____, employée de bureau, a vu souvent T_____ dans l'immeuble où elle habite, C_____ ; il était vêtu de salopettes et elle a supposé qu'il y travaillait et y habitait; elle n'a pas pu préciser le nom de l'entreprise pour laquelle il travaillait. II_____, comptable, a dit connaître T_____, qui a travaillé en 2002 dans l'immeuble où elle habite, JJ_____, durant six mois; elle l'a vu discuter avec une personne qu'elle a supposé être son patron, mais elle a aussi dit ne reconnaître personne d'autre que T_____ parmi les personnes présentes à l'audience.

- E. Dans le cadre du second appel, dirigé par T_____ contre la décision du 9 juin 2004, la Cour d'appel a convoqué les parties pour le 18 janvier 2006; les parties persistèrent chacune dans leurs conclusions. E_____ précisa n'avoir jamais contesté connaître l'appelant, qu'il aurait rencontré pour la première fois en 2000 ou 2001, mais avoir ignoré son identité.

Il convient de relever ici que, selon les explications fournies en cours de procédure par le représentant du SIT, l'appelant et son « frère » n'avaient jamais été dé-

clarés et ils n'avaient jamais cotisé à l'AVS. Ils avaient demandé une autorisation de séjour à Genève, pour le temps de la procédure, puis ils avaient travaillé comme peintres, pour un employeur dont ils ne souhaitaient pas donner le nom. D _____ n'a pas obtenu de permis et il a dû quitter la Suisse. T _____, qui fait l'objet d'une mesure d'expulsion, se trouve toutefois encore à Genève; lors de l'audience du 18 janvier 2006 il a indiqué à la Cour d'appel : « je fais des petits boulots dans la peinture, je fais des téléphones. Quand je n'ai pas de travail je vis des économies que je me suis constituées du temps où je travaillais pour E _____ ».

EN DROIT

1. L'appel est recevable, pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits par l'article 59 LJP. Contrairement à ce que soutient l'intimé, cet appel est suffisamment motivé pour permettre à la Cour et à la partie adverse de comprendre le grief fondamental qui est adressé au Tribunal, à savoir d'avoir mal interprété les témoignages recueillis, et il ne se justifie pas de le déclarer irrecevable pour défaut de motivation.
2. La question demeure de savoir 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.

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).

Les quatre éléments constitutifs du contrat de travail sont la prestation personnelle de travail; la mise à disposition par le travailleur de son temps pour une durée déterminée ou indéterminée; un rapport de subordination et un salaire (art. 319 al. 1 CO; SJ 1990 p. 185; SJ 1982 p. 202; Rehbinder, Commentaire bernois, p. 46; Schweingruber, Commentaire du contrat de travail selon le code fédéral des obligations, p. 20) La prestation en travail consiste en une activité physique ou intellectuelle, fournie durant un certain temps, à plein temps ou à temps partiel (Bruner/Bühler/Waerber, Commentaire du contrat de travail, p. 7 et 8; Rehbinder, Commentaire bernois, p. 28 et 31). Le rapport de subordination revêt une importance primordiale, il présuppose que le travailleur est soumis à l'autorité de l'employeur pour l'exécution du contrat du point de vue personnel, organisationnel et temporel (SJ 1990 p. 185 et 189; Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht,

1988 p. 30 ch. 2). La rémunération peut être déterminée en fonction du temps consacré ou du travail fourni (art. 319 al. 1 CO in fine).

3. En l'espèce, les parties n'ayant pas établi de documents écrits, la Cour d'appel se fondera sur l'ensemble des témoignages recueillis et sur les dires de ces dernières, qui seront appréciés en fonction du contexte dans lequel a pris naissance et s'est déroulée la relation litigieuse. Les appelants ont rencontré l'intimé alors qu'ils se trouvaient à Genève en situation irrégulière; depuis lors, et jusqu'à ce que commence la présente procédure, aucune démarche n'a été tentée, ni d'une part ni de l'autre, pour légaliser dite situation. Il ne pourra dès lors être attaché qu'une foi toute relative aux dires des parties elles-mêmes, certainement peu enclines à révéler aujourd'hui l'intégralité d'une réalité qu'elles ont voulu garder secrète durant plusieurs années.

Cela étant, l'intimé a tout de même, au fil de la présente procédure, admis clairement qu'il connaissait l'appelant et avait travaillé avec lui; l'appelant soutient avoir rencontré l'intimé en 1996, et celui-ci, lors de la dernière audience devant la Cour d'appel, a dit ne l'avoir rencontré qu'en 2000 ou 2001. Une telle déclaration n'est pas crédible. En effet, il avait admis en première instance avoir d'abord fait la connaissance de l'appelant, puis par la suite, en 1999, celle de son « frère ». Il doit être tenu compte de cet aveu, et la Cour d'appel retiendra donc que les parties se sont rencontrées avant 1999 et que leur relation s'est prolongée sur un laps de temps important, puisqu'elle a pris fin en août 2002, lorsque l'appelant a fait l'objet d'une interpellation par la police, en raison de son statut irrégulier.

L'intimé admet aussi avoir fourni du travail à l'appelant, mais qu'il se serait agi selon lui d'une activité indépendante, dite de « tâcheron ». Il est en effet possible que l'appelant ait travaillé soit dans d'autres domaines que celui de la peinture, soit comme peintre pour son propre compte, auprès de clients que lui signalait l'intimé, ou qu'il trouvait lui-même, clients qui lui fournissaient le travail, le matériel et qui le rémunéraient directement. Certains témoins ont déposé en ce sens (témoins BB _____, KK _____ et GG _____). Cela ne signifie pas encore que l'appelant n'a jamais travaillé sous les ordres de l'intimé. En effet, il convient tout d'abord de rappeler qu'une relation de travail peut ne s'exercer qu'à temps partiel; par ailleurs en l'occurrence, certains autres témoins ont observé que l'appelant travaillait bien pour le compte de l'intimé, sous ses ordres ou sous sa surveillance, et avec la matériel que ce dernier – via son père – lui fournissait (témoins F _____, LL _____, G _____ et S _____). La Cour d'appel retiendra donc que l'appelant a exercé, durant la période susmentionnée, une activité sporadique de peintre, pour le compte de l'intimé, auquel il était lors subordonné. Les parties avaient aussi convenu que cette activité serait rétribuée par l'intimé. Celui-ci admet en effet avoir remis de l'argent à l'appelant pour ses services.

De ce qui précède il peut être admis qu'une relation de travail a lié les parties, qui s'est exercée de manière sporadique, à côté d'autres activités de l'appelant, dans un laps de temps qui a débuté avant 1999 et qui s'est terminé en août 2002. Pour le surplus, l'instruction ne permet pas de retenir de faits plus précis, quant à l'horaire pratiqué, au temps exactement consacré par l'appelant au service de l'intimé, ni quant au salaire qui avait été convenu. L'appelant admet avoir rétribué l'intimé à hauteur de 15'000 fr. en tout pour ses services, mais il est impossible de vérifier l'exactitude de cette affirmation, ni de déterminer à quelle activité ces salaires se rapportaient ni non plus ce qui resterait éventuellement dû à l'appelant à ce titre.

Il s'ensuit que ce dernier doit être débouté de toutes ses prétentions, avec suite d'émolument, fixé à 2'000 fr. en application de l'art. 42 du Règlement sur le tarif de greffes dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2005, étant précisé que l'appelant s'est déjà acquitté d'un montant de 1'100 fr. qui sera imputé sur la somme précitée.

A teneur des art. 5 al. 2, 51 et 87 LAVS (RS 831.10), l'intimé était tenu de prélever sur le salaire versé à son personnel les cotisations AVS, de sorte qu'en ne déclarant pas ce personnel il a éludé cette obligation et il encourt les pénalités visées par la loi, soit l'emprisonnement pour six mois au plus ou l'amende allant jusqu'à 30'000 fr., les deux peines pouvant être cumulées. Copie de la présente décision sera ainsi adressée au Procureur général, pour qu'il statue comme il lui appartient.

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/23238/2002 - 1.

Au fond :

Annule ledit jugement.

Dit que la juridiction des Prud'hommes est compétente à raison de la matière pour connaître des prétentions de T_____.

Déboute T_____ de ces prétentions.

Condamne T_____ à un émolument de 2'000 fr., sous imputation des montants de 800 fr. versé le 27 août 2003 et de 300 fr. versé le 23 août 2005, qui restent acquis à l'Etat.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Transmet copie de la présente décision au Procureur général dans le sens des considérants.

La greffière de juridiction

La présidente