



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 le 25 juillet 2003, T_____ appelle d'un jugement rendu le 26 mars 2003, expédié le 26 juin 2003, jugement par lequel le Tribunal des prud'hommes se déclare 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 168'461 fr.45.

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_____ effectuait des travaux sur divers chantiers, notamment au Lignon et au Boulevard Carl-Vogt. Le rapport de subordination faisait toutefois 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 et avec 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.

- 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, car il ne remplissait aucun critère pour être indépendant, en particulier si l'on se réfère aux critères établis par l'AVS et la SUVA ; ce dernier lui a versé, irrégulièrement, un salaire mensuel net de l'ordre de 2'000 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 193'823 fr.30, avec intérêts à 5% l'an, du 16 mai 1999, date moyenne. L'appelant majore en effet ses conclusions de première instance, de 25'370 fr.80, pour obtenir une indemnité en raison d'un licenciement immédiat injustifié (total 193'823 fr.30).

L'appelant – qui en première instance n'avait pas rédigé d'écritures ni, partant, formulé d'offre de preuve déterminée - fournit dans ses écritures en appel diverses explications complétant celles qu'il avait données jusque-là. Il indique être ressortissant équatorien, médecin généraliste, qu'il est venu en Suisse le 15 février 1995, où il a été contraint d'accepter tout type de

travail. Un parquetier, A_____, lui avait présenté E_____ au début de 1996. Il avait ainsi commencé, sans contrat écrit ni salaire de base convenu, comme peintre en bâtiment. Du 25 juillet au 8 août 1998, T_____ et E_____ ont fait ensemble un voyage à Pescara/Italie, pour y faire des travaux dans la maison de la belle-famille de ce dernier. Fin octobre 1998, ils s'étaient rendus en Equateur, où ils étaient restés deux semaines environ, T_____ servant d'interprète, cependant que E_____ prospectait le marché de l'or. En 1999 E_____ lui a proposé de loger dans un studio sis 28 rue de la Cité, en échange de quoi il devait s'occuper du nettoyage de l'immeuble. C'est à cette époque que T_____ lui a présenté B_____, qu'il a engagé aussi, depuis le 1^{er} mai 1999, comme peintre en bâtiment. Pendant toute la période où il avait travaillé pour le précité, celui-ci lui avait versé, en tout 211'000 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 il avait, avec B_____, 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 les logements mis à disposition. Ensuite, E_____ les avait dénoncés à la police, ce qui avait valu à T_____ d'être conduit au poste de police de Cornavin, puis contrôlé et relâché.

Par courrier déposé deux mois après l'appel, soit le 30 septembre 2003, au greffe de la juridiction des Prud'hommes, T_____ a déposé une liste de vingt témoins, censés donner des explications à propos de multiples 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, et pendant la première moitié de 2002, il était libre de ses horaires et indépendant ; il lui a versé en tout un montant de 15'000 fr. pour ses activités en 2001 et 6'000 fr. en 2002. Jamais il ne lui a proposé de le loger, et, d'une manière générale son argumentation relève de l'affabulation. L'intimé 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 par rapport à son écriture 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 avait travaillé pour lui de février 1996 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_____ louait pour lui. 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 connaître ni B_____ ni 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 141'537 fr.07 pour le complément de salaire entre 1996 et 2002, un poste de 16'923 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 23 janvier 2003 le SIT adressa au greffe de la juridiction des Prud'hommes une liste de dix témoins qu'elle entendait faire entendre, soit des personnes ayant assisté aux travaux de T_____ à différentes périodes. Le greffe ayant émis des réserves quant à la recevabilité de cette liste, le demandeur en déposa une nouvelle, comportant trois noms ; le défendeur fit également citer trois témoins.

Le Tribunal convoqua ces six personnes lors de sa seconde audience, du 26 mars 2003. Il entendit préalablement les parties. T_____ confirma sa demande. Il avait travaillé pour E_____ sur de multiples chantiers, dont il présenta au Tribunal la liste manuscrite ; aucun salaire déterminé n'avait été convenu au départ ; il avait reçu 2'000 fr. le premier mois et un an après il était payé 3'000 fr. par mois. Il ne travaillait que pour le précité, semaine et jours fériés, sans prendre de vacances.

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 et la demande. Pour lui, T_____ était un « tâcheron », qui fixait lui-même le prix de son travail et prenait des personnes pour travailler avec lui. Le plus gros chantier

qu'il avait fait se situait au Pré Jérôme, et avait duré six à sept semaines ; E_____ avait fourni le matériel et avait payé 9'000 fr. Il n'avait jamais mis de logement à la disposition de T_____.

- c. Les témoins entendus par le Tribunal ont apporté les éléments suivants : C_____, témoin du demandeur, a indiqué que T_____ avait travaillé dans son immeuble (rue Daubin) voici 4 ou 5 ans, ou plus, à des travaux de rénovation et de peinture, au 2^{ème} et au 6^{ème} étage. E_____, qui était le patron, et son père venaient sur le chantier. D_____, témoin du demandeur, a indiqué que T_____ avait effectué des travaux de peinture dans l'immeuble de l'Organisation Mondiale des Scouts (43 Bd. Carl-Vogt) de juillet à octobre 2001. Il travaillait même le samedi et était avec un collègue péruvien. E_____ venait et lui donnait des ordres. F_____, témoin du demandeur, a déclaré que T_____ avait travaillé dans son immeuble (av. du Lignon), soit dans trois appartements dont le sien, parfois avec son frère parfois avec une autre personne ; E_____ apportait le matériel. A_____, témoin du défendeur, a déclaré avoir présenté T_____ à E_____ à fin 1999, car il cherchait du travail. G_____, détective privé, a confirmé avoir mené une enquête sur les activités de T_____ sur demande de E_____ au courant d'octobre et novembre 2002 ; il avait fait des constatations sporadiques et observé que ce dernier avait travaillé pendant une heure et demie à Coppet, et six heures et demie rue le Corbusier.

A l'issue de cette audience du 26 mars 2003 le Tribunal a rendu la décision présentement déferée.

- d. 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 témoins dont il demandait l'audition en appel pourraient attester de travaux qu'il avait effectués pour E_____ dans les immeubles où ils habitent ; certains avaient déjà été entendus, mais il souhaitait leur poser des questions complémentaires, quant aux témoins représentant les régies d'immeubles, ils pouvaient s'exprimer sur les multiples chantiers où il avait aussi travaillé, chantiers qu'il avait énumérés en 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 chantiers, à partir de 2000, mais en aucun cas sur tous ceux énumérés. Ils étaient indépendants ; 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 T_____ aurait obtenu ladite autorisation actuellement. B_____ fait l'objet d'une mesure d'expulsion du territoire suisse ensuite de procédures pour violation de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers.

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, 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/23228/2002-1.

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