



POUVOIR JUDICIAIRE

C/25388/2016-4

CAPH/86/2019

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 10 MAI 2019

Entre

A_____ SA, EN LIQUIDATION, sise _____ appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 13 septembre 2018 (JTPH/281/2018), comparant par M^e Marc MATHEY-DORET, avocat, MDC Avocats, rue de Candolle 34, 1205 Genève, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

d'une part,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, intimé, comparant par M^e Claude LAPORTE, avocat, De Cerjat & Associés, rue Sautter 29, case postale 244, 1211 Genève 12, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 13 mai 2019.

EN FAIT

A. Par jugement JTPH/281/2018 du 13 septembre 2018, le Tribunal des prudhommes a, déclaré recevables la demande formée le 24 mars 2017 par A_____ SA, EN LIQUIDATION contre B_____ ainsi que la demande reconventionnelle du 23 mai 2017 et les diverses amplifications et modifications de la demande principale (chiffres 1 à 6 du dispositif), débouté A_____ SA, EN LIQUIDATION de toutes ses conclusions (ch. 7), débouté B_____ de toutes ses conclusions (ch. 8) et débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 9). Le Tribunal a par ailleurs arrêté les frais de la procédure à 4'890 fr. (ch. 10), mis à raison de 3'600 fr. à la charge de A_____ SA, EN LIQUIDATION et à raison de 1'290 fr. à la charge de B_____ (ch. 11), dit que le montant de 3'600 fr. était partiellement compensé par l'avance de frais effectuée par A_____ SA, EN LIQUIDATION, qui restait acquise à l'Etat de Genève (ch. 12), condamné A_____, EN LIQUIDATION à verser un montant supplémentaire de 190 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire (ch. 13), dit que le montant de 1'290 fr. était compensé par l'avance de frais effectuée par B_____, qui restait acquise à l'Etat de Genève (ch. 14), n'a pas alloué de dépens (ch. 15) et a débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 16).

B. a. Le 10 octobre 2018, A_____ SA, EN LIQUIDATION a formé appel contre le jugement du 13 septembre 2018, reçu le 14 septembre 2018. Elle a conclu à l'annulation des chiffres 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14 et 16 de son dispositif, à ce qu'il soit dit et constaté que la juridiction des prud'hommes est compétente à raison de la matière pour connaître du litige, au renvoi de la cause au Tribunal des prud'hommes pour les plaidoiries finales et nouveau jugement sur le fond et à ce que l'intimé soit débouté de toutes autres ou contraires conclusions, les frais devant être mis à la charge de l'intimé ou de l'Etat de Genève.

Subsidiairement, A_____ SA, EN LIQUIDATION a conclu à l'annulation des chiffres 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14 et 16 du dispositif du jugement attaqué, à ce qu'il soit dit que la juridiction des prud'hommes est compétente à raison de la matière pour connaître du litige et, cela fait, à ce qu'il soit ordonné à B_____ de produire les relevés complets de tous les comptes bancaires qu'il détient à titre personnel ou dont il est l'ayant-droit économique pour la période du 1^{er} janvier 2014 à ce jour, à ce qu'il lui soit ordonné de produire ses déclarations fiscales pour les années 2014 à 2017 et, sur demande principale, à la condamnation de B_____ à payer à A_____ SA, EN LIQUIDATION, différentes sommes pour un total, en capital, de 437'815 fr. 75, sous déduction de 71'810 fr. 45 à la date valeur du 27 juin 2017, avec suite de frais. Sur demande reconventionnelle, A_____ SA, EN LIQUIDATION a conclu au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions avec suite de frais.

b. Dans sa réponse du 16 novembre 2018, B_____ a conclu au déboutement de sa partie adverse de toutes ses conclusions, avec suite de frais. Il a par ailleurs

formé un appel joint, concluant à l'annulation des chiffres 8, 9, 10, 11, 12 et 16 du dispositif du jugement du 13 septembre 2018, à ce qu'il soit dit et constaté que la juridiction des prud'hommes est compétente à raison de la matière pour connaître du litige et cela fait, à la condamnation de A_____ SA, EN LIQUIDATION à lui payer la somme de 129'166 fr. 50 plus intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2015, avec suite de frais. Subsidiairement, B_____ a conclu à l'annulation des chiffres 8, 9, 10, 11, 12 et 16 du dispositif du jugement du 13 septembre 2018, à ce qu'il soit dit et constaté que la juridiction des prud'hommes est compétente à raison de la matière pour connaître du litige, au renvoi de la cause au Tribunal des prud'hommes pour les plaidoiries finales et nouveau jugement sur le fond, avec suite de frais et dépens à la charge de sa partie adverse ou de l'Etat de Genève; dans tous les cas et sur demande principale, il a conclu au déboutement de A_____ SA, EN LIQUIDATION de toutes ses conclusions.

B_____ a produit des pièces nouvelles, soit un courriel du 18 décembre 2014 (pièce A) et des courriels du 25 novembre au 19 décembre 2014 (pièce B). Il a allégué que la question de la nature des relations qui liaient les parties n'avait pas fait l'objet d'une instruction complète en première instance, de sorte que les pièces nouvelles produites en appel étaient recevables.

c. Dans sa réponse à l'appel joint, A_____ SA, EN LIQUIDATION a conclu à ce que les nouveaux allégués et les pièces produites en appel par B_____ à l'appui de son appel joint soient déclarés irrecevables, de même que ses nouveaux allégués et commentaires en réponse à l'appel; sur le fond, elle a conclu au déboutement de B_____ des fins de son appel, avec suite de frais.

d. Les parties ont respectivement répliqué et dupliqué, persistant dans leurs conclusions.

e. Elles ont été informées par avis du 20 mars 2019 du greffe de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier soumis à la Cour.

a. A_____ SA, EN LIQUIDATION (ci-après: A_____ ou la société), constituée le 28 avril 2012, avec siège à C_____ [GE], au capital social de 100'000 fr. constitué de 100 actions nominatives liées de 1'000 fr. chacune, a pour but l'exécution de tous mandats pouvant faire partie d'une société fiduciaire, notamment l'organisation et la tenue de comptabilités, l'administration de sociétés, l'exercice de la qualité d'organe de contrôle, le conseil en matière d'économie d'entreprise et de fiscalité. Son administrateur actuel est D_____, lequel dispose d'une signature individuelle. Jusqu'au 30 octobre 2014, D_____ était administrateur président de la société avec signature collective à deux; jusqu'à la même date B_____ était également administrateur de A_____ avec signature collective à deux.

Les actions de A_____ sont détenues à 34% par D_____, à 33% par B_____ et à 33% par E_____.

b. Par jugement du 15 février 2018, le Tribunal de première instance a prononcé la dissolution de la société.

c. Le 28 septembre 2012, A_____ et B_____ ont conclu un contrat intitulé "contrat de travail de durée indéterminée" aux termes duquel la première engageait le second en qualité de spécialiste en finance et comptabilité dès le 1^{er} octobre 2012, pour une durée indéterminée. Le salaire de B_____ était fixé à 155'000 fr. bruts par année pour une durée de travail de 40 heures par semaine et cinq semaines de vacances par année, la période d'essai étant fixée à trois mois. Il était prévu que B_____ serait assuré auprès de F_____ pour la couverture des accidents professionnels et non professionnels. Le contrat prévoyait par ailleurs les délais de congé suivants: un mois pendant la première année de service, deux mois de la deuxième à la troisième année et trois mois ultérieurement.

D_____ est également employé par A_____, son contrat de travail n'ayant toutefois pas été produit.

Il n'est pas contesté que le salaire versé à B_____ était soumis aux prélèvements sociaux obligatoires et que ceux-ci ont été régulièrement opérés.

d. Il est admis par les parties qu'au début de l'année 2014 les relations entre D_____ et B_____ se sont dégradées, le premier reprochant au second d'avoir encaissé pour son propre compte des honoraires qui auraient dû revenir à la société.

e. Lors d'une assemblée générale extraordinaire du 30 octobre 2014, les pouvoirs de B_____ ont été révoqués, D_____ demeurant administrateur président de A_____ avec signature individuelle.

f. Par courrier recommandé du 31 octobre 2014, B_____ a résilié son contrat de travail avec effet au 31 décembre 2014. A_____ a indiqué avoir accepté cette résiliation pour le 31 décembre 2014, quand bien même elle n'avait reçu la lettre de résiliation que le 3 novembre 2014.

g.

g.a Une première plainte pénale pour gestion déloyale et escroquerie a été déposée par A_____ à l'encontre de B_____ le 5 août 2014.

Le 28 novembre 2014, A_____ et D_____ ont déposé une seconde plainte pénale dirigée contre B_____ pour vol, détérioration de données, violation de domicile et dommage à la propriété.

Le 4 février 2015, A_____ et D_____ ont déposé une troisième plainte pénale mettant en cause B_____ pour faux dans les titres. Il était reproché à ce dernier

d'avoir tenté d'obtenir du Registre du commerce la radiation de l'inscription de D_____ en qualité d'administrateur unique de A_____ et sa propre inscription en tant qu'administrateur en se prévalant d'un procès-verbal relatif à une assemblée générale du 18 décembre 2014 laquelle n'avait toutefois pas, selon les plaignants, été valablement tenue.

g.b Par jugement du 9 août 2017 rendu par le Tribunal de police, B_____ a été déclaré coupable de gestion déloyale aggravée, faux dans les titres et dommage à la propriété d'importance mineure et condamné à une peine pécuniaire de 150 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 150 fr., avec sursis pendant trois ans, ainsi qu'à une amende de 100 fr. B_____ a par ailleurs été condamné à verser à A_____ la somme de 22'902 fr. 05 à titre d'indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure, la plaignante étant renvoyée à agir par la voie civile s'agissant de son dommage matériel.

Par arrêt du 9 mai 2018, la Chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice a déclaré irrecevable l'appel formé par B_____ contre le jugement rendu le 9 août 2017 par le Tribunal de police et a dit qu'il n'y avait pas lieu à restitution du délai pour la déclaration d'appel.

h. Le 24 mars 2017, A_____ a déposé devant le Tribunal des prud'hommes une demande en paiement dirigée contre B_____ portant sur différents montants pour un total de 341'428 fr. 75, ce dépôt faisant suite à la délivrance de l'autorisation de procéder le 24 janvier 2017.

En substance, A_____ réclamait à B_____ le paiement de factures ouvertes impayées par ses clients en raison des agissements de ce dernier (129'319 fr. 20), le gain manqué sur le mandat perdu que la société G_____ SA avait renoncé à confier à A_____ (151'200 fr.) et ses frais de défense (60'909 fr. 55). A_____ a allégué, dans sa demande, que les montants réclamés étaient dus en vertu du contrat de travail et des obligations de l'employé en découlant.

i. B_____ a répondu le 23 mai 2017 et a formé une demande reconventionnelle, concluant au paiement de la somme brute de 129'166 fr. 50 correspondant à neuf mois de salaire impayés, dû pour la période allant du 1^{er} avril au 31 décembre 2014.

j. Dans sa réponse à la demande reconventionnelle, A_____ a conclu au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions, considérant que ce dernier n'avait ni établi, ni même allégué, avoir exécuté ou offert d'exécuter sa prestation de travail durant la période pour laquelle il réclamait le paiement d'un salaire. Au contraire, durant ladite période il avait agi pour son propre compte, de manière à causer un important préjudice à A_____. Dès lors, aucun salaire ne lui était dû. Subsidiairement, A_____ a excipé de compensation avec ses propres créances à l'encontre de B_____.

k. A l'appui de sa réplique sur demande reconventionnelle, B_____ a produit divers documents visant à démontrer l'activité qu'il avait déployée pour le compte de A_____ pendant la période pour laquelle il réclamait le paiement d'un salaire.

l. Dans sa duplique sur demande reconventionnelle, A_____ a sollicité, à titre préalable, la production par B_____ de toutes pièces attestant des montants qu'il avait facturés, respectivement encaissés de clients dûment listés, ainsi que les relevés complets de tous les comptes bancaires détenus à titre personnel ou dont il est l'ayant-droit économique depuis le 1^{er} janvier 2014 et ses déclarations fiscales pour les années 2014 à 2017. Sur le fond, A_____ a persisté à conclure au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions, indiquant que ce dernier demandait à être rémunéré pour une activité qu'il avait déployée non pas en étant au service de son employeur, mais dans le but de détourner les clients à son seul profit, au détriment de A_____.

m. Le 16 janvier 2018, A_____ a formé une demande complémentaire et amplifié ses conclusions, réclamant, en sus, le paiement de différentes sommes que B_____ avait encaissées de la société H_____ (15'038 fr.; 16'638 fr.; 19'638 fr.; 13'558 fr.), ainsi que le montant de 1'500 fr. encaissé de I_____ SA et qui auraient dû, selon A_____, lui revenir.

A_____ a à nouveau amplifié ses conclusions le 10 avril 2018, réclamant les sommes supplémentaires de 29'215 fr. et de 1'800 fr. encaissées directement par B_____ alors qu'elles auraient dû revenir à A_____.

Le 7 juin 2018, A_____ a toutefois déclaré réduire ses conclusions d'un montant de 71'810 fr. 45, correspondant au montant net qu'elle avait reçu dans le cadre de la liquidation de la société H_____.

n. Le Tribunal des prud'hommes a tenu une audience de débats principaux le 10 avril 2018, puis une seconde le 3 mai 2018, au cours desquelles il a entendu les parties, A_____ étant représentée par D_____. Il ressort de ces auditions que chaque actionnaire de A_____ avait apporté 20'000 fr. à la société. D_____ s'occupait de la fiscalité des personnes physiques, alors que B_____ s'occupait de la comptabilité; E_____ n'était qu'un investisseur et intervenait épisodiquement en tant que consultant.

La répartition du bénéfice de la société n'avait pas été discutée, la réflexion s'étant portée sur les salaires; celui de D_____ avait été fixé à 130'000 fr. par année. Ce dernier avait accepté que B_____ soit mieux payé que lui, car il disposait de meilleures compétences comptables. En 2014, B_____, qui estimait rapporter le 80% du chiffre d'affaires de la société, avait sollicité le versement d'un bonus, auquel D_____ s'était opposé, E_____ n'ayant pas pris position.

D_____ ne se considérait pas comme le patron. Les locaux occupés par la société comprenaient trois bureaux distincts et une salle de conférence; deux bureaux

étaient sous-loués à des tiers, dans le but de réduire les charges de A_____. B_____ travaillait pour sa part depuis son domicile. Selon D_____, tous deux tentaient d'organiser une réunion hebdomadaire, mais n'entretenaient pas de contacts fréquents. Toujours selon D_____, les clients appartenaient pour la plupart à son réseau, ce qui a été contesté par B_____ ; il arrivait fréquemment que les clients déposent au bureau des documents à l'attention de B_____. Il avait été convenu depuis le début que D_____ et B_____ ne rempliraient pas de *time-sheets*, les factures s'établissant "au forfait", après discussion avec les clients.

Selon B_____, les salaires du mois de mars 2014 avaient été payés avec du retard, soit à son souvenir au mois de mai 2014. Il avait proposé, à la fin du mois de mai ou en juin 2014, qu'un médiateur fasse un audit de la situation de la société, afin qu'une décision puisse être prise sur le futur de celle-ci. Il n'avait pris ni vacances ni congés payés durant l'année 2014. En 2013, il avait pris deux semaines de vacances. Il ne sollicitait pas l'avis de D_____ pour prendre des vacances et réciproquement. Les bulletins de salaire étaient établis par B_____.

D_____ a expliqué qu'au mois de mai 2014 B_____ lui avait dit qu'il en avait "marre de payer son salaire et que les choses allaient changer". Dans la mesure où il détenait la signature sur le compte bancaire de la société, il avait décidé de ne plus verser les salaires et de n'acquitter que les charges de A_____. D_____ n'avait pas non plus perçu de salaire pendant neuf mois, sous réserve d'un montant de l'ordre de 8'000 fr. qu'il s'était versé une fois devenu administrateur unique.

o. Lors de l'audience du 7 juin 2018, le Tribunal des prud'hommes a entendu un témoin, soit J_____, directeur de G_____ SA, dont les déclarations sont sans pertinence à ce stade du litige.

p. Le Tribunal des prud'hommes a convoqué les parties à une audience devant porter sur la question de sa compétence *ratione materiae*, qui s'est tenue le 3 juillet 2018 et au cours de laquelle les parties ont plaidé sur cette question, concluant à ce que le Tribunal admette sa compétence à raison de la matière. La cause a été gardée à juger sur ce point à l'issue de l'audience.

D. a. Dans son jugement du 13 septembre 2018, le Tribunal des prud'hommes a, en substance, considéré qu'il avait affaire à des faits doublement pertinents, l'existence d'un contrat de travail étant un fait doublement pertinent. Ainsi, dans la mesure où A_____ avait fondé ses prétentions sur le titre X^{ème} du Code des obligations et en application de la théorie susmentionnée, la demande du 24 mars 2017 devait être déclarée recevable, tout comme la demande reconventionnelle. Après avoir réglé les problèmes de recevabilité des différentes modifications de la demande initiale, le Tribunal s'est penché sur la qualification juridique de la relation contractuelle nouée par les parties, pour parvenir à la conclusion que celle-ci ne pouvait être qualifiée de contrat de travail, de sorte que tant

A_____ que B_____ devaient être déboutés de leurs conclusions principales et reconventionnelles. Le Tribunal a en effet considéré qu'il n'existait pas de lien de subordination entre B_____ et la société puisque le premier était libre dans l'organisation de son travail, qu'il pouvait notamment moduler ses horaires, choisir d'exercer son activité dans les locaux de la société ou depuis chez lui et fixer la date de ses vacances. D_____ avait par ailleurs expliqué qu'il ne se considérait pas comme "le patron". Le comportement de B_____, qui avait notamment déclaré en "avoir marre de payer le salaire de D_____" ne s'inscrivait pas dans un rapport de subordination; ceci était d'autant plus flagrant que B_____ avait bloqué les comptes bancaires de la société. Le Tribunal a également retenu le caractère personnel de la société.

b. Tant A_____ que B_____ ont contesté l'analyse faite par le Tribunal des relations entre les parties. Il convenait de considérer que dans une société de petite taille, au caractère "personnel" et au sein de laquelle les employés jouissaient d'une grande autonomie d'organisation, le critère du lien de subordination devait s'examiner de manière différenciée et non pas "au pied de la lettre". L'existence d'un contrat de travail aurait dû être retenue.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel principal est dirigé contre une décision finale de première instance rendue dans le cadre d'un litige portant sur une valeur litigieuse de plus de 10'000 fr. au dernier état des conclusions de première instance (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

Il a été déposé dans le délai imparti par la loi (art. 311 al. 1 CPC) et respecte au surplus la forme prescrite (art. 130, 131 et 311 CPC).

L'appel principal est ainsi recevable.

L'appel joint est également recevable pour avoir été déposé dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 312 et 313 al. 1 CPC).

Par souci de simplification, A_____ sera désignée ci-après comme l'appelante et B_____ comme l'intimé.

1.2 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 310 CPC) dans les limites posées par la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC) et de disposition (art. 58 al. 1 CPC) applicables à la présente cause, laquelle est régie par la procédure ordinaire (art. 243 al. 1 a contrario CPC), dans la mesure où elle porte sur une valeur litigieuse supérieure à 30'000 fr.

2. L'intimé a produit des pièces nouvelles (A et B) à l'appui de son appel joint.

2.1 A teneur de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils

ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b).

2.2 Compte tenu de l'issue de la procédure d'appel, la recevabilité des pièces nouvelles produites devant la Cour peut demeurer indécise, celles-ci étant par ailleurs sans pertinence en l'état.

3. Les deux parties font grief au Tribunal des prud'hommes de ne pas avoir retenu l'existence d'un contrat de travail.

3.1.1 La qualification juridique d'un contrat est une question de droit (ATF 131 III 217 consid. 3 p. 219). Le juge détermine librement la nature de la convention d'après l'aménagement objectif de la relation contractuelle, sans être lié par la qualification même concordante donnée par les parties (ATF 84 II 493 consid. 2 p. 496).

3.1.2 Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixe d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO).

Les éléments caractéristiques de ce contrat sont une prestation de travail, un rapport de subordination, un élément de durée et une rémunération (DUNAND, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n° 9 ss ad art. 319 CO).

Le critère de subordination doit être relativisé en ce qui concerne les personnes exerçant des professions typiquement libérales ou ayant des fonctions dirigeantes. Comme l'indépendance de l'employé est beaucoup plus grande, la subordination est alors essentiellement organisationnelle (arrêt du Tribunal fédéral 4A_194/2011 du 5 juillet 2011 consid. 5.6.1). Dans un tel cas, plaident notamment en faveur du contrat de travail la rémunération fixe ou périodique, la mise à disposition d'une place de travail et des outils de travail, ainsi que la prise en charge par l'employeur du risque de l'entreprise (arrêt du Tribunal fédéral 4A_592/2016 du 16 mars 2017 et les références citées); le travailleur renonce à participer au marché comme entrepreneur assumant le risque économique et abandonne à un tiers l'exploitation de sa prestation, en contrepartie d'un revenu assuré. D'autres indices peuvent également militer en faveur du contrat de travail: il s'agit du prélèvement de cotisations sociales sur la rémunération due ou la qualification d'activité lucrative dépendante par les autorités fiscales ou les assurances sociales (arrêt du Tribunal fédéral 4A_602/2013 du 27 mars 2014 consid. 3.2).

3.1.3 On ne saurait en aucun cas retenir un rapport de subordination entre l'administrateur ou le dirigeant d'une entreprise et cette dernière lorsqu'il y a identité économique entre la personne morale et celui qui assume la fonction d'organe dirigeant de cette société. Dans une telle situation, on admet plutôt l'existence d'un contrat innomé, analogue au mandat. Inversement, lorsque la

personne concernée se trouve dans un rapport de dépendance avec la société et qu'elle est organe, il se crée un double rapport de droit du travail et de droit des sociétés et non pas un rapport juridique uniforme (WYLER, Droit du travail, 2014, p. 29 et 30).

3.2.1 Dans le cas d'espèce, il ressort de la procédure que l'appelante a été constituée en avril 2012 dans le but d'exercer les tâches généralement dévolues à une fiduciaire et qu'elle a engagé, pour ce faire, l'intimé et D_____, tous deux étant par ailleurs membres fondateurs de la société et administrateurs de celle-ci.

L'intimé en particulier a été mis au bénéfice d'un contrat intitulé "contrat de travail de durée indéterminée" aux termes duquel il était engagé en qualité de spécialiste en finance et comptabilité dès le 1^{er} octobre 2012. Pendant toute la durée de son activité, il a été plus spécifiquement chargé de s'occuper des problématiques comptables des différents clients de l'appelante, alors que D_____ s'occupait pour sa part des questions fiscales. L'intimé, selon les termes du contrat, devait effectuer 40 heures par semaine, bénéficier de cinq semaines de vacances par année et percevoir un revenu annuel brut de 155'000 fr. Le contrat prévoyait également des délais de congé et faisait état d'une couverture pour les accidents professionnels et non professionnels.

Il découle de ce qui précède que les éléments caractéristiques suivants du contrat de travail sont indubitablement présents: la prestation de travail que devait assurer l'intimé, à plein temps, au service de l'appelante, un élément de durée, le contrat liant les parties n'étant pas limité dans le temps mais résiliable selon des délais dûment mentionnés et une rémunération fixe, effectivement versée à tout le moins jusqu'au 31 mars 2014 et sur laquelle les charges sociales ont été prélevées.

Le Tribunal des prud'hommes a toutefois nié l'existence d'un contrat de travail au motif de l'absence de lien de subordination entre l'appelante et l'intimée.

3.2.2 Il convient en premier lieu de relever que bien que l'intimé ait été administrateur de l'appelante, il n'y a jamais eu identité économique entre lui-même et la société, dans la mesure où il était détenteur d'un peu moins d'un tiers des actions, les autres étant détenues par E_____ et, majoritairement, par D_____. Par ailleurs et conformément à la jurisprudence citée ci-dessus sous 3.1.2, le critère de subordination doit être relativisé en ce qui concerne l'intimé, celui-ci ayant eu une fonction dirigeante au sein de la société dont il était l'un des administrateurs. Il bénéficiait par conséquent d'une grande indépendance dans l'organisation de son activité, préférant notamment travailler depuis son domicile que dans les locaux loués par la société et pouvant fixer ses vacances sans devoir en référer à quiconque. Il n'en demeure pas moins qu'il existait, entre l'appelante et l'intimé, un lien de subordination organisationnel, la première rémunérant le second de manière fixe et régulière et fournissant le travail, les clients dont

s'occupait l'intimé étant ceux de la société et non les siens propres. Par ailleurs, l'appelante et non l'intimé prenait le risque de l'entreprise, le second ayant renoncé à exercer son activité en tant qu'indépendant et ayant préféré céder à la première l'exploitation de sa prestation, en contrepartie d'un revenu régulier et assuré, assujetti au prélèvement des cotisations sociales; c'est également l'appelante qui assurait l'intimé contre les accidents professionnels et non professionnels.

Il ressort en outre du dossier que l'intimé, bien que jouissant d'une grande indépendance dans l'organisation de son travail, ne pouvait néanmoins pas agir, de manière générale, selon son bon vouloir; il n'a ainsi pas obtenu le bonus auquel il considérait avoir droit.

Au vu des circonstances du cas d'espèce, il y a lieu d'admettre que l'intimé était lié à l'appelante par un double rapport juridique, l'un relevant du droit des sociétés en sa qualité d'administrateur et l'autre du droit du travail en sa qualité d'employé de la société. L'existence d'un contrat de travail aurait par conséquent dû être retenue par le Tribunal des prud'hommes.

Les chiffres 7 à 16 du dispositif du jugement attaqué seront par conséquent annulés et la cause renvoyée aux premiers juges pour suite d'instruction et décision au fond.

4. Compte tenu du renvoi de la cause en première instance, la Cour n'examinera pas les conclusions préalables de l'appelante en production de pièces. Il appartiendra au Tribunal des prud'hommes de déterminer si les documents requis sont pertinents ou pas pour trancher le litige au fond.
5. Les frais de l'appel et de l'appel joint seront, au total, arrêtés à 3'000 fr. et, vu l'issue de la procédure, mis à la charge de l'Etat.

Les avances de frais fournies par les parties (5'000 fr. par l'appelante et 1'500 fr. par l'intimé) leur seront par conséquent restituées.

Il ne sera pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevables l'appel formé par A_____ SA, EN LIQUIDATION et l'appel joint formé par B_____ contre le jugement JTPH/281/2018 rendu le 13 septembre 2018 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/25388/2016-4.

Au fond :

Annule les chiffres 7 à 16 du dispositif du jugement attaqué et cela fait:

Retourne la cause au Tribunal des prud'hommes pour suite d'instruction et décision au fond.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais de la procédure d'appel à 3'000 fr. et les laisse à la charge de l'Etat de Genève.

Invite en conséquence les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer à A_____ SA, EN LIQUIDATION la somme de 5'000 fr. et à B_____ la somme de 1'500 fr.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Madame Paola CAMPOMAGNANI, présidente; Madame Nadia FAVRE, juge employeur; Monsieur Thierry ZEHNDER, juge salarié; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

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

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

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