



RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

Juridiction des prud'hommes
Cause n° C/25561/2005-3

* COUR D'APPEL*

(CAPH/227/2006)

Madame T _____
c/o Syndicat SIT
Rue des Chaudronniers 16
Case postale 3287
1211 Genève 3

E _____ SA
c/o FER-SAJEC
Rue de Saint-Jean 98
Case postale 5278
1211 Genève 11

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 22 novembre 2006

Mme Renate PFISTER-LIECHTI, présidente

MM. Pierre-Jean-BOSSON et Tito VILA, juges employeurs

MM. Jean-Pierre SEYDOUX et Victor TODESCHI, juges salariés

Mme Laurence KEEL, greffière d'audience

EN FAIT

- A. Par jugement du 15 juin 2006, notifié de suite, le Tribunal des prud'hommes a déclaré irrecevable la demande en paiement formée le 8 novembre 2005 par T_____ à l'encontre de E_____ SA.

Le Tribunal a considéré, sur la base des écritures des parties, des pièces produites et après un interrogatoire sommaire lors de l'audience du 10 février 2006 (sic), qu'elles n'avaient pas été liées par un contrat de travail, mais probablement par une relation de type mandat.

Le Tribunal a en particulier considéré que T_____ n'avait pas travaillé à heures fixes, qu'elle était libre d'effectuer plus ou moins d'heures, de rendre les services promis ou de ne pas les rendre, de sorte que le rapport de subordination, caractéristique du contrat de travail, faisait défaut. De plus, elle avait facturé ses prestations au nom de son entreprise A_____.

Il est à noter que le Tribunal n'a pas estimé nécessaire d'entendre les témoins dont l'audition avait été requise. Bien que dûment convoqués, ces témoins ont été renvoyés.

- B. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 7 juillet 2006, T_____ a appelé de ce jugement, sollicitant son annulation et concluant que E_____ SA soit condamnée à s'acquitter de la totalité des charges sociales relatives aux montants payés à titre de salaire, ainsi qu'à lui verser 1'812 fr. 50 à titre de salaire pour septembre 2005, 5'835 fr. 40 nets à titre de salaire durant le délai de congé, 11'670 fr. 80, à titre d'indemnité pour licenciement avec effet immédiat, 3'651 fr. nets à titre d'indemnité de vacances et 1'090 fr. 60 à titre d'heures supplémentaires, le tout avec intérêts à 5 % dès le 28 septembre 2005.

T_____ a contesté l'appréciation du Tribunal des prud'hommes concernant la nature des rapports juridiques liant les parties et a demandé la réouverture (sic) des enquêtes et l'audition des témoins cités en première instance.

E_____ SA, dans son mémoire de réponse du 27 juillet 2006, a également sollicité la réouverture des enquêtes, concluant au fond à la confirmation du jugement entrepris.

L'argumentation des parties sera examinée ci-après, dans la mesure utile.

- C. Les éléments pertinents suivants ressortent du dossier soumis à la Cour d'appel ainsi que des témoignages recueillis :

- a) E_____ SA exploite à Genève une entreprise de transport de marchandises, d'entreposage, ainsi que de toutes opérations en relation avec ce but. Elle est inscrite au registre du commerce depuis le 19 janvier 2005. Elle a pour administrateur et président B_____. Toutefois, l'entreprise existait déjà bien avant 2005, selon les déclarations du témoin C_____, chargé de la comptabilité à titre indépendant.
- b) E_____ SA emploie pour l'essentiel des chauffeurs-livreurs, mais son organisation requiert les services d'au moins un ou d'une magasinier/ère, le total de l'effectif s'élevant à environ 25 - 30 personnes (témoin C_____).

Le poste de magasinier a été occupé pendant une relativement longue période par D_____, précédemment employée comme chauffeur-livreur, s'agissant d'une activité nocturne comportant 11 heures de travail ininterrompu, soit de 18 heures du soir à 5 heures du matin.

D_____ a expliqué que son travail de magasinière salariée lui avait rapporté environ 6'000 fr. bruts par mois, ce salaire tenant compte du caractère nocturne du poste. Il consistait à décharger les camions, à trier la marchandise selon sa destination et à la remettre aux chauffeurs livreurs en vue de la distribution. Selon la masse de travail à accomplir, elle avait pu prendre une pause pour manger ou non. Elle n'avait disposé d'aucune liberté d'organisation dans son travail qui était simple à faire.

Toujours selon D_____, elle avait suggéré à son employeur, à un moment donné (au début de l'année 2005), de recruter un ou une remplaçant(e) pour les périodes de vacances ou d'éventuelles absences pour cause de maladie ou d'accident. Elle avait ainsi formé T_____ dans ce but. En raison d'un accident, elle avait effectivement dû être remplacée par T_____ qui avait effectué la totalité de son travail, fait confirmé par le témoin F_____. Après son congé accident, elle avait été licenciée, B_____ considérant que T_____ faisait bien son travail. Elle n'était pas au courant de la nature juridique des relations entre sa remplaçante et l'entreprise.

C_____ a expliqué avoir discuté, lors de la survenance de cet accident, avec B_____, de la manière de rémunérer T_____, pressentie comme remplaçante. L'engagement de celle-ci était prévu comme un dépannage, sans être forcément limité dans le temps. L'entreprise avait besoin d'une personne acceptant de travailler la nuit. Elle avait suggéré à B_____ de rémunérer T_____ sur la base de factures, étant donné que l'intéressée avec une entreprise. Sur question, C_____ a précisé avoir été consciente qu'il n'y avait aucun rapport entre l'activité de l'entreprise de T_____ -- placement de machines distribuant du café -- et celle effectuée pour E_____ SA. Dans son esprit, l'activité de T_____ n'était pas prévue dans la durée. Elle n'avait jamais vu de carte AVS au nom de

T_____ et aucune TVA n'avait été payée pour les services de cette dernière. Elle avait remarqué que les factures ne comportaient pas de numéro de TVA. Après le départ de T_____ de l'entreprise, son poste avait été pourvu par une personne salariée, comme l'avait été D_____.

Le témoin G_____, à l'époque des faits inspecteur à l'OCIRT, a expliqué qu'une employée de E_____ SA – i. e. D_____ -- était venue se plaindre du fait qu'elle devait effectuer un nombre d'heures trop élevé de nuit. Cette plainte avait déclenché un contrôle complet de cette entreprise, contrôle qui s'était étendu du 8 janvier 2005 au 8 mars 2006, à raison de 8 à 10 visites. Au cours de ce contrôle, il avait appris que l'employée plaignante avait été remplacée par T_____, raison pour laquelle il s'était enquis du statut de celle-ci, étant donné qu'elle effectuait exactement la même activité que la précédente employée. Il lui avait été répondu que T_____ travaillait en qualité d'indépendante et qu'elle pouvait accomplir le nombre d'heures qu'elle voulait. Il avait alors cherché à obtenir, au cours du mois d'août 2005, une attestation d'affiliation à une caisse de pension de la part de l'intéressée, en vain. Il avait finalement atteint T_____ en téléphonant à E_____ SA. T_____ ne lui avait pas dit qu'elle souhaitait exercer son activité en qualité d'indépendante, mais avait évoqué des discussions avec une fiduciaire en vue de la création d'une société.

Toujours selon ce témoin, dès lors que l'activité déployée par D_____ n'était pas conforme à la loi sur le travail en raison du trop grand nombre d'heures de travail nocturne qu'elle impliquait, l'entreprise avait le choix, après le départ de D_____, d'engager une deuxième personne ou alors de recourir aux services d'une personne indépendante. L'OCIRT n'aurait pas accepté que quelqu'un occupe ce poste sous le couvert d'une entreprise individuelle. E_____ SA lui avait fourni des factures établies au nom d'une entité appelée A_____, mais ces factures ne comportaient aucune référence du type "Siret" ou "Siren", ce qui aurait permis de prouver l'affiliation de la personne employée à une caisse de compensation en France.

Un courrier électronique du 23 août 2005, adressé à T_____, atteste de la demande de l'inspecteur G_____ d'obtenir une attestation de la caisse de compensation en vue du contrôle de son statut d'indépendante.

- c) Il est admis par les deux parties que celles-ci sont entrées en contact à l'occasion de la location, par E_____ SA, d'une machine distribuant du café, placée dans les locaux de l'entreprise par T_____, qui exerçait cette activité sous l'enseigne A_____.

Devant le Tribunal des Prud'hommes, T_____ a déclaré, sans être contredite, que E_____ SA avait été l'une de ses premières clientes et que son activité n'était pas rentable, d'où sa disponibilité pour faire un autre travail.

Devant la Cour d'appel, T_____ a expliqué que lorsqu'elle avait commencé à remplacer D_____ suite à son accident, elle avait indiqué le nombre d'heures travaillées sous la forme d'un récapitulatif établi sur du papier blanc. B_____ n'avait pas accepté ce document et lui avait dit qu'elle devait impérativement fournir une facture au nom de son entreprise. Cela expliquait que les relevés d'heures figuraient sur du papier à en-tête de A_____.

C'est le lieu d'observer que les factures en question comportent l'appellation A_____, le dessin d'un couvert à café et l'indication « succursale sociale, rue de Z_____ 19, 1207 Z_____ (sic) ». Aucun numéro de TVA n'est indiqué, pas plus que le nom de la société mère.

Selon la facture couvrant la période du 31 janvier au 26 février 2005, le nombre d'heures travaillées varie entre 5 heures au minimum et 12 heures au maximum, rémunérées au tarif de 25 fr. /heure, ce qui représente un montant total de 4'500 fr.

La facture couvrant la période du 28 février au 26 mars 2005 s'élève à 5'500 fr., le nombre d'heures travaillées s'élevant au minimum à 11 h 30 et au maximum à 13 heures.

La facture couvrant la période du 29 mars au 28 avril 2005 s'élève à 6'762 fr. 50, le nombre d'heures travaillées s'élevant au minimum à 11 h 30 et au maximum à 15 heures.

La facture couvrant la période du 29 avril au 27 mai 2005 s'élève à 5'637 fr. 50, le nombre d'heures travaillées s'élevant au minimum à 11 h 30 et au maximum à 13 heures.

La facture couvrant la période du 30 mai au 28 juin 2005 s'élève à 6'087 fr. 50, le nombre d'heures travaillées s'élevant au minimum à 11 h 30 et au maximum à 18 heures.

La facture couvrant la période du 29 juin au 28 juillet 2005 s'élève à 6'525 fr., le nombre d'heures travaillées s'élevant au minimum à 4 (une seule nuit) et au maximum à 14 heures, la moyenne étant de 11 h 30.

La facture du mois d'août 2005 concerne, pour 8 heures, un supplément d'heures effectuées au cours du mois de juillet 2005 ; elle recouvre pour le reste les nuits des 29 juillet, 2 août, 3 août et 5 août, à raison de 13 heures travaillées.

Il n'est pas contesté que toutes ces factures ont été payées sans discussion, tout comme il n'est pas contesté que le travail effectué n'a donné lieu à aucune plainte.

Devant la Cour d'appel, B _____ a affirmé qu'au retour de D _____, il n'avait pas reparlé avec T _____ du statut de celle-ci. Pour lui, il n'y avait pas de différence de la payer 25 fr./heure comme indépendante ou de lui verser un salaire horaire de 21 fr.

T _____ a encore expliqué, sans être contredite, qu'elle avait pris ses vacances au mois d'août 2005, ce qui expliquait sa faible activité durant cette période, ainsi que le fait que l'inspecteur de l'OCIRT n'avait pas réussi à l'atteindre.

La dernière facture établie couvre les nuits des 13 septembre (11 h 30), 19 septembre (9 h 30), 21 septembre (13 heures), 23 septembre (13 heures) et 24 septembre (12 h 30) et représente un montant de 1'812 fr. 50.

- d) La fin des relations contractuelles entre les parties est litigieuse. T _____ affirme avoir été renvoyée par E _____ SA, en date du mercredi 28 septembre 2005, alors que cette dernière soutient que T _____ a simplement renoncé à effectuer le travail qui lui avait été confié.

Par courrier du 3 octobre 2005, T _____, par l'intermédiaire du Syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs (SIT), a fait savoir à E _____ SA qu'elle réclamait le paiement des charges sociales et de la rémunération durant le délai de préavis.

- e) Par décision du 31 août 2006, la Caisse interprofessionnelle de la Fédération des entreprises romandes a sommé E _____ SA de verser les cotisations paritaires sur le montant brut de 42'110 fr. ou net de 39'512 fr. payé à T _____ pour un travail dépendant effectué du 1er janvier au 24 septembre 2005.

T _____ a été informée de cette décision par courrier de ladite caisse du 27 septembre 2006 et son attention a été attirée sur sa faculté de former opposition.

Devant la Cour d'appel, T _____ a déclaré ne pas s'être opposée à la décision de la caisse. Quant à E _____ SA, celle-ci a produit l'opposition motivée formée par l'intermédiaire de son avocat en date du 20 septembre 2006.

- f) A l'issue de la procédure diligentée par la Cour d'appel, E _____ SA a demandé, pour le cas où la demande serait considérée comme recevable, que la cause soit renvoyée au Tribunal des prud'hommes pour nouvelle décision, afin de bénéficier du double degré de juridiction.

EN DROIT

1. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, l'appel est recevable (article 57 de la loi sur la juridiction des prud'hommes).
2. La seule question que la Cour d'appel doit trancher est celle de la nature juridique des relations contractuelles ayant existé entre les parties.

A cet égard, force est de constater que le Tribunal des prud'hommes n'a pas déployé une grande activité, l'instruction effectuée étant pour le moins sommaire et lacunaire. Au vu des pièces produites de part et d'autre, il est en effet évident que la situation juridique est peu claire et que l'audition des témoins, au demeurant convoqués, avant d'être renvoyés, aurait pu fournir des éclaircissements précieux, ce que la procédure d'appel a d'ailleurs démontré.

C'est sans parler du fait qu'il a fallu quatre mois pour notifier un jugement de deux pages.

3.
 - 3.1. Le contrat de travail, au sens de l'art. 319 CO, est celui par lequel une personne, appelée « travailleur », s'oblige envers une autre, appelée « employeur », à fournir, dans un état de subordination, des services contre le paiement d'un salaire, pendant une période déterminée ou indéterminée (ENGEL, Contrats de droit suisse, 2^{ème} édition, p. 290 ss). De cette définition ressortent quatre éléments constitutifs essentiels : une prestation personnelle de travail ; la mise à disposition, par le travailleur, de son temps pour une durée déterminée ou indéterminée ; un rapport de subordination entre l'employeur et le travailleur ; un salaire (ENGEL, loc. cit., p. 292 ; AUBERT, La compétence des tribunaux genevois de prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente in SJ 1982 p. 193 ss, 202). L'élément caractéristique du contrat de travail, qui permet de le différencier notamment du contrat de mandat, est le rapport de subordination juridique qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur, sous l'angle personnel, organisationnel et temporel (ATF 125 III 78 consid. 4 ; 121 I 259 consid. 3a et les auteurs cités). A cet égard, seul l'examen de l'ensemble des circonstances du cas particulier permettra de déterminer si le travail était effectué de manière dépendante ou indépendante (ATF 112 II 41 ss, consid. 1a/aa p. 46 et les références).

L'élément essentiel de la distinction entre contrat de travail et mandat réside donc dans le fait qu'il existe entre l'employeur et le travailleur un rapport de dépendance, qui est absent sous cette forme du contrat de mandat. Le mandataire doit certes suivre les instructions du mandant, mais il agit indépendamment et

sous sa seule responsabilité. En revanche, le travailleur est tenu de se soumettre aux instructions de l'employeur, à qui il doit en principe tout son temps; il agit non pas indépendamment, mais pour le compte et sous la responsabilité de l'employeur. Ce dernier assume à l'égard du travailleur des obligations particulières, notamment en ce qui concerne sa sécurité et le respect de sa personnalité. Lorsque la distinction est délicate, notamment lorsque le travailleur jouit d'une grande indépendance, il faut examiner l'existence d'indices complémentaires, tel l'élément de durée (TERCIER, Les contrats spéciaux, nos 3943-3945, Schulthess, 1995).

Dans ce contexte, il convient de rappeler la règle prévue à l'article 394 al. 2 CO, selon laquelle les dispositions du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis à celles régissant d'autres contrats, s'agissant du principe de la subsidiarité.

- 3.2. En l'espèce, plusieurs éléments objectifs plaident en faveur d'un contrat de travail. Il y a tout d'abord le type de travail accompli par l'appelante, s'agissant d'une activité contraignante quant au lieu et quant aux heures travaillées. Contrairement à ce que le Tribunal des prud'hommes a retenu, la liberté d'organisation de l'appelante était nulle et on ne voit pas comment, avec le nombre d'heures accomplies par nuit, elle aurait pu s'adonner à d'autres occupations. À cet égard, il y a lieu de se fonder sur les indications ressortant des factures établies par l'appelante et qui n'ont jamais été contestées par l'intimée, qui les a, au contraire, toutes acquittées. Il faut préciser sur ce point que si l'appelante n'a que peu travaillé durant le mois d'août 2005, c'est en raison du fait qu'elle a pris des vacances durant cette période. L'examen des autres factures, de mars à juillet 2005, est tout à fait concluant quant à l'importance du travail accompli.

S'agissant du lien de subordination, il n'apparaît pas que l'appelante disposait d'une quelconque marge de manoeuvre ou d'autonomie dans la manière d'exécuter le travail dont elle était chargée. En ce qui concerne l'aspect de la prestation personnelle, l'on ne peut que se fonder sur les faits ressortant du dossier, à savoir qu'il n'a jamais été question que quelqu'un d'autre que l'appelante elle-même accomplisse le travail en question. L'appelante n'avait au demeurant aucun personnel, ce que l'intimée ne pouvait ignorer.

En ce qui concerne l'élément subjectif, plus précisément l'intention des parties au moment où l'appelante a commencé à travailler pour l'intimée, la situation est moins claire. Il ressort tant des explications de B _____ que du témoin C _____ que, au moins dans un premier temps, l'entreprise cherchait à remplacer la magasinière accidentée par une personne qui n'aurait pas le statut d'employée. Ceci explique sans doute qu'il a été demandé à l'appelante de remplacer les relevés d'heures établis sur du papier blanc par des factures à l'en-tête de A _____. L'appelante, pour sa part, semble avoir été d'accord avec cette façon de procéder ou, à tout le moins, ne pas s'être posé de questions particulières concernant son statut juridique, tant que D _____ se trouvait en congé accident.

En revanche, la situation est devenue toute autre au retour de cette employée. Le dossier révèle que celle-ci a été licenciée au profit de l'appelante, manifestement parce que cela arrangeait l'intimée, la solution de la personne dite indépendante lui permettant de contourner la problématique posée par le nombre d'heures de nuit excessif accompli par D_____, sous l'angle de la loi sur le travail. Les explications du témoin G_____ sont tout à fait édifiantes à ce sujet.

En revanche, l'intimée ne convainc pas lorsqu'elle prétend, par la bouche de son directeur, qu'il était indifférent pour elle de payer une personne indépendante ou de rétribuer une employée salariée, compte tenu du contrôle de l'OCIRT en cours en 2005.

Il est manifeste que l'intimée, soit son directeur B_____, savait parfaitement que A_____ n'était qu'une enseignante et que cette pseudo-entité – sans personnalité juridique – se confondait avec son animatrice, T_____. D'une part, l'appelante avait placé l'une des premières machines distribuant du café dans les locaux de l'intimée, ce qui signifie que cette dernière connaissait parfaitement la nature de l'activité de A_____ ; d'autre part, l'appelante ne pouvait vivre de cette activité très limitée, raison pour laquelle elle s'est mise à disposition de l'intimée dès fin janvier 2005, dans un tout premier temps dans l'idée de remplacer occasionnellement D_____. Point n'est d'ailleurs besoin d'être juriste pour comprendre que les factures établies par l'appelante ne l'ont été que pour la forme et, outre qu'elles ne correspondent à aucune activité dans le domaine du café, n'émanent manifestement pas d'une entité indépendante (succursale d'une société inexistante, adresse folklorique, la localité Z_____ n'existant pas dans le canton de Genève, absence de toute référence à un compte TVA).

Dans de telles circonstances, il faut retenir qu'à partir de la fin du congé-accident de D_____, un contrat de travail oral, voir tacite, a été conclu entre les parties.

Il s'ensuit que la juridiction des prud'hommes est bien compétente pour examiner les prétentions financières de l'appelante. À cet égard, le Tribunal des prud'hommes, auquel la cause sera renvoyée, devra notamment déterminer, sur la base des documents que l'intimée sera appelée à fournir, à quelle date le contrat de travail avec D_____ s'est terminé, puis élucider les circonstances précises dans lesquelles les relations contractuelles entre les parties ont pris fin. En fonction de l'instruction ainsi complétée, le Tribunal des prud'hommes devra examiner les prétentions financières de l'appelante issues de ce contrat et rendre un nouveau jugement.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 3

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par T _____ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 15 juin 2006 dans la cause C/25561/2005-3.

Au fond :

Annule ce jugement.

Admet la compétence des juridictions prud'homales pour connaître du présent litige.

Retourne la cause au Tribunal des prud'hommes au sens des considérants ci-dessus.

La greffière de juridiction

La présidente