



Monsieur T_____

Dom. élu : Me André MALEK-ASCHAR
Rue de l'Athénée 4
Case postale 330
1211 Genève 12

E_____ SA

Dom. élu : Me Arun CHANDRASEKHARAN
Avenue de Champel 4
1206 Genève

Partie appelante

Partie intimée

Caisse de chômage A_____

Partie intervenante

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 14 mai 2009

Mme Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente

Mme Sophie SCHINDLER et M. Lorin VOUTAT, juges employeurs

Mme Corinne SULLIGER et M. Serge PASSINI, juges salariés

Mme Nathalie ARTUR, greffière d'audience

EN FAIT

Par acte du 10 décembre 2008, T_____ appelle d'un jugement TRPH/677/2008, rendu le 3 novembre 2008 et notifié aux parties par plis du lendemain, aux termes duquel le Tribunal des Prud'hommes, groupe 4, déclare irrecevables tant sa demande en paiement formée contre E_____ SA (ci-après E_____) que l'intervention de la Caisse de chômage A_____ vaudoise. En substance, le Tribunal a retenu que les relations entre T_____ et E_____ ne relevaient pas du contrat de travail et que la compétence matérielle de la juridiction des Prud'hommes devait dès lors être niée.

T_____ conclut, ce jugement étant mis à néant, à la condamnation de E_____ à lui payer un montant total de fr. 176'000.- (réduit en cours de procédure à fr. 93'300.-) avec intérêts à 5% l'an dès 1^{er} novembre 2007, à lui remettre un certificat de travail complet, des fiches pour la durée de l'engagement et des décomptes salaires pour les années 2006 et 2007.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement attaqué.

La Caisse de chômage A_____ intervenante confirme sa subrogation à concurrence de fr. 7'434.10 pour les prestations versées du 15 octobre 2007 au 31 janvier 2008.

Les éléments suivants résultent du dossier:

- A. E_____, société anonyme avec siège à Genève, est active dans le domaine du "*consulting*" et des services, notamment en matières économique et commerciale, d'assurances et de gestion de fortune. Ses services s'adressent plus spécifiquement à des professionnels actifs en ces diverses matières. La société a été administrée par B_____ de juillet 2005 à janvier 2006, puis par C_____, précédemment directeur, dès cette date. Ont également fonctionné comme directeurs de la société, de novembre 2006 à août 2007, D_____ et F_____.

T_____, consultant en matière financière, a exercé son activité par le biais d'une entreprise individuelle inscrite au Registre du commerce de février 1996 à juillet 2000, époque à laquelle il a été déclaré en faillite. Il a ultérieurement, selon ses explications, travaillé "pour diverses entités" dont il était le directeur et/ou l'associé. En dernier lieu, soit en été 2006, il était salarié par la société _____ SA à Nyon en qualité de courtier.

- B. Selon les explications de T_____, à l'occasion d'une des activités susdécrites, il a fait la connaissance de G_____, qui travaillait pour la même entité que lui. En

2006, G_____ et T_____ ont songé à créer une structure d'investissement pour un client de G_____, un dénommé H_____, qui leur mettait une certaine somme à disposition "pour une création d'entreprises". Toujours selon les explications de T_____, il a alors signé une convention de partenariat, ou plus précisément une convention d'actionnaires, avec G_____ et D_____ (directeur de la société intimée et qui leur avait paru être "la bonne personne" pour procéder à l'investissement des fonds). Aux termes de cette convention, qui n'a pas été produite à la procédure, il avait, toujours selon l'appelant, été prévu que ce dernier deviendrait actionnaire de E_____ si l'investissement H_____ se réalisait. Or, tel n'avait finalement pas été le cas, les fonds de H_____ étant douteux et revêtant un caractère "non acceptable pour une banque". Entendu sous serment, D_____ a quant à lui indiqué que T_____ et G_____ avaient alors envisagé de créer leur propre société, sous la dénomination "_____" et qu'ils lui avaient alors demandé de fonctionner comme leur consultant.

- C. T_____ a alors discuté avec D_____ (alors directeur de la société avec signature collective à deux, employeur actuel de T_____, qui est en litige avec E_____ et qui a discuté avec T_____ au sujet de la présente procédure avant d'apporter son témoignage) des conditions d'une collaboration avec E_____.

Le 9 août 2006, il a signé un document intitulé "contrat de mandat" aux termes duquel il lui était confié la tâche d'assister E_____ dans le cadre de ses relations avec les clients apportés par des "brokers" et autres intermédiaires financiers et ce, dès le 1^{er} septembre 2006. D_____ a contresigné ce document pour le compte de E_____. Entendu comme témoin dans la présente procédure, il a indiqué avoir informé T_____ que le contrat devrait être consigné par F_____, dans la mesure où lui-même ne disposait que d'une signature collective à deux.

Le contrat - que T_____ admet avoir préparé "sur la base de documents" trouvés sur internet - prévoit une période d'essai d'un mois ainsi que deux dispositions relatives à sa résiliation: d'une part l'art. 2 prévoit un délai de congé de trois mois et précise que "la fin des rapports de travail doit être signifiée par écrit" (art. 2); d'autre part, l'art. 6 prévoit la possibilité de mettre fin à la convention en tout temps et renvoie à l'article 404 al. 2 CO.

A teneur de l'art. 3, "le mandataire" bénéficie, de la part de la société, d'une mise à disposition de ses locaux, de son secrétariat et de son service de comptabilité, ainsi que de divers services tels que l'utilisation des lignes téléphoniques, des machines telles que télécopieur, photocopieuse, écrans, service d'information financière "etc."

L'art. 4 prévoit "pour les efforts déployés par le mandataire", une rémunération fixe de fr. 7'000.- par mois, à laquelle s'ajoute une "participation sous forme de bonus" et accordée selon une feuille annexée, laquelle n'a pas été produite à la procédure et que T_____ affirme ne jamais lui avoir été remise. Sur ce point, T_____ a allégué qu'il devait recevoir le 25% de la rémunération liées aux affaires qu'il avait apportées, cela sans limite dans le temps. D_____ a pour sa part déclaré que T_____ avait droit à ce pourcentage des affaires apportées, mais qu'il devait préalablement "couvrir son salaire", ce qui n'avait jamais été le cas.

L'art. 5 stipule de manière expresse que les parties à la convention "reconnaissent leur indépendance respective" et le fait qu'elles ne sont pas liées par un contrat de travail ou de société simple et que le mandataire dispose du droit "d'organiser son activité et son temps de travail comme il l'entend".

L'art 6 prévoit que les parties s'obligent à ne divulguer aucune information confidentielle et aucun secret d'affaires recueillis au cours de la collaboration à des tiers, obligation qui subsiste "après la fin de la convention".

Enfin, l'art. 7 prévoit l'application du droit suisse et une procédure arbitrale pour tout litige en relation avec la conclusion, l'exécution ou l'interprétation du contrat. Au stade de la Cour, E_____ a renoncé à se prévaloir de la clause arbitrale, qu'elle avait invoqué dans un premier temps devant la juridiction de première instance.

Le document ne contient aucune indication sur le temps de travail de T_____ ou la durée des vacances.

En première instance, T_____ a exposé qu'il "était très clair" pour lui, au moment de la signature du contrat, que "s'il voulait travailler pour E_____, il devait avoir le statut de mandataire".

- D. Le 28 août 2006, T_____ a adressé à E_____ une facture de fr. 7'000.- (soit fr. 1'000.- d'acompte reçu, fr. 500.- destinés au paiement d'un cours au Wall Street Institute, d'où un solde à payer de fr. 5'500.-), pour les "consultations et services rendus en juin 2006". Ultérieurement, il a adressé de manière régulière à E_____ une facture mensuelle de fr. 7'000.-, toujours pour les "consultations et services rendus". Sur le sujet, T_____ a exposé devant les premiers juges que cela était "logique de procéder ainsi en tant que mandataire".

Il n'est pas contesté que ces factures ont toutes été acquittées et T_____ ne réclame rien dans la présente procédure à ce titre.

E. T_____ disposait de cartes de visite remises par E_____, qui mentionnait le nom de la société, l'adresse et le téléphone de celle-ci, et son titre ("french desk manager").

Il a exercé ses fonctions dans les locaux de E_____.

C'est le lieu de préciser que la société avait une vingtaine d'employés au bénéfice d'un contrat de travail, qui travaillaient dans deux secteurs, celui de la gestion de fortune et celui "des spécialistes des fonds"; T_____ travaillait pour ce second secteur, à l'instar de plusieurs employés au bénéfice d'un contrat de travail; travaillait également pour ce secteur I_____, qui avait le statut d'indépendant et qui, à l'instar de T_____, travaillait dans les locaux et utilisait l'infrastructure de la société.

Selon son dire, il avait des horaires de travail imposés (9h-12h/13h30-18h), travaillait du lundi au vendredi, envoyait un certificat médical lorsqu'il était malade et des reproches lui étaient faits lorsqu'il lui arrivait d'être en retard. D_____ a déclaré qu'il était tenu de respecter des horaires et qu'on l'appelait lorsqu'il n'était pas là à 9h. I_____, entendue comme témoin, a au contraire affirmé que T_____ lui avait déclaré, avant le litige, prospecter des clients, comme elle, en qualité d'indépendant; certaines tâches pouvaient être accomplies à domicile, mais le suivi des clients exigeait une présence sur place; T_____ ne venait pas régulièrement; en particulier il ne venait pas les lundis et vendredis "où un autre jour de la semaine"; on lui reprochait d'être en retard et de ne pas suivre ses clients. J_____, consultant qui travaillait dans le secteur de la gestion de fortune, a enfin déclaré qu'il ne connaissait pas les horaires de T_____, qu'il "croyait" qu'à quelques reprises, il s'était vu reprocher d'être arrivé en retard, enfin qu'à quelques reprises, "il avait été question du fait qu'il venait ou ne venait pas à son travail".

T_____ a encore fait valoir que tous les lundis, il devait assister à une séance de travail, lors de laquelle des objectifs lui étaient assignés en termes de rendez-vous et qu'il devait "rendre des comptes" à la société, par l'intermédiaire de I_____. Cette dernière a déclaré qu'elle se souvenait de quelques réunions, lors desquelles il s'agissait de faire le point et qu'elle n'était pas la supérieure hiérarchique de T_____.

T_____ a indiqué en première instance qu'il avait pris 12 jours de vacances pendant toute la durée des relations contractuelles; devant la Cour d'appel, il a

déclaré qu'en réalité il s'était absenté à la fin de l'année, quelques jours après les Fêtes de Noël; selon son dire, il avait alors demandé la permission de s'absenter; ces dires n'ont fait l'objet d'aucune confirmation par témoignage.

Aucune charge sociale n'a été prélevée sur les montants versés à T_____ en paiement des factures établies par ses soins et celui-ci n'a pas cotisé à la Caisse de pension LPP de la société. T_____ n'a jamais protesté contre cet état de fait avant la fin de son contrat.

- F. T_____ a effectué des démarches pour s'inscrire comme indépendant auprès de la Caisse de compensation M_____, expliquant qu'outre pour E_____, il travaillait également pour les sociétés K_____ et L_____ SA et que la somme de fr. 7'000.- versée par E_____ correspondait à ses honoraires de consultant.

Dans le cadre de la présente procédure, il affirme avoir effectué ces démarches car E_____ l'avait mis "sous pression" et qu'il estimait ne pas avoir eu le choix. Il avait "enjôlé la situation", dans la mesure où il n'avait eu qu'un entretien avec les responsables de K_____, lors duquel il avait été question que cette société le rémunère, ce qui n'avait jamais été le cas, et qu'aucun contrat n'avait été conclu avec L_____. Il a encore déclaré que I_____ l'avait conseillé dans ses démarches, ce que cette dernière n'a pas confirmé lors de son témoignage. Sur le sujet, D_____ a déclaré que T_____ ne prospectait que pour E_____ et qu'il ne cherchait pas de mandats pour son propre compte.

En définitive, par décision du 13 juillet 2007, la Caisse de compensation M_____ a refusé à T_____ sa demande d'affiliation en tant qu'indépendant, au motif qu'il était économiquement dépendant de E_____.

Ultérieurement, après la cessation du rapport contractuel, ladite Caisse a réclamé à E_____ le paiement des charges sociales afférentes aux montants versés à T_____.

- G. Le 2 octobre 2003, la société a proposé à T_____ la signature d'un nouveau contrat, dont celui-ci a refusé la teneur, car il comportait une baisse de ses commissions et un temps d'essai de trois mois. T_____ explique s'être énervé et avoir quitté les lieux.

Le lendemain, le représentant de la société lui a dit qu'il était mis fin à son contrat de manière immédiate, au motif qu'il avait affirmé de manière mensongère être inscrit comme indépendant, alors que tel n'était pas le cas.

Ultérieurement, T_____ a bénéficié de prestations-chômage.

Depuis le 31 mars 2008, il travaille comme courtier chez _____, qui compte D_____ parmi ses directeurs.

- H. Par courrier du Syndicat interprofessionnel SYNA du 1^{er} novembre 2007, T_____ a réclamé à E_____ le décompte des affaires apportées, dans le but de pouvoir calculer le montant des commissions qui lui étaient dues, relevant que les rapports entre les parties devaient être qualifiés de contrat de travail.
- I. Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 4 décembre 2007, T_____ a assigné E_____ en paiement de fr. 134'300.- avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} novembre 2007, soit fr. 28'000.- à titre de salaire afférent au délai de congé ; fr.100'000.- à titre de commissions et fr. 6'300.- à titre d'indemnités pour vacances non prises en nature. Il a également réclamé un certificat de travail, ses fiches de salaires depuis le 1^{er} septembre 2006, enfin les attestations de salaires annuelles 2006 et 2007.

En cours de procédure, il a encore réclamé une indemnité pour licenciement immédiat injustifié de fr. 42'000.- avec intérêts à 5% l'an dès la fin des rapports contractuels.

En substance, il a expliqué que E_____ refusait, à tort, de le considérer comme un salarié et l'avait, sans raison, licencié sans respecter le délai contractuel de trois mois. Il avait apporté une clientèle considérable à la société qui partant, lui devait des commissions sur les affaires conclues.

La Caisse de chômage A_____ a déclaré intervenir dans la procédure, faisant valoir une subrogation dans les droits de T_____ à concurrence de fr. 7'423.10 net.

E_____ a conclu à l'irrecevabilité de la demande, motif pris de la clause arbitrale et du fait que les parties n'étaient, selon elle, pas liées par un contrat de travail. La juridiction des Prud'hommes était ainsi incompétente *ratione materiae* pour en connaître.

- J. Le jugement attaqué retient, en substance, que l'exception d'incompétence en raison d'une clause arbitrale devait être rejetée, dès lors que la compétence du Tribunal des prud'hommes prévue par l'article 1^{er} al. 1^{er} de la Loi sur la juridiction

des prud'hommes était d'ordre public, de sorte que les parties ne pouvaient y déroger. Au vu du contrat signé par les parties et de leur comportement ultérieur, il résultait une absence de lien de subordination entre T_____ et E_____. L'existence d'une relation de travail ne pouvait dès lors être admise, ce qui conduisait à déclarer la demande irrecevable, faute de compétence *ratione materiae* de la juridiction des Prud'hommes. Ce qui précède entraînait l'irrecevabilité des conclusions formées par subrogation par la Caisse de chômage A_____.

Les arguments des parties en appel seront repris ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

1. L'appel a été formé dans le délai et suivant la forme prescrits par la loi. Il est par tant recevable.

La Cour d'appel dispose d'une cognition complète.

2. L'appelant soutient avoir été lié à l'intimée par un contrat de travail.

Ainsi que l'ont retenu les premiers juges, la compétence *ratione materiae* de la juridiction des Prud'hommes présuppose, à teneur de l'art. 1 al. 1 LJP, que les parties soient ou aient été liées par un contrat de travail au sens du titre dixième du Code des Obligations.

2.1. L'existence d'un contrat de travail présuppose que le travailleur s'engage à mettre tout ou partie de sa force de travail au service de l'employeur, moyennant paiement d'un salaire et ce dans un rapport de subordination. Les parties conviennent ainsi d'un rapport durable, d'une durée indéterminée ou déterminée, qui ne s'éteint pas par l'échange unique d'une prestation et d'une contre-prestation et qui prévoit en principe quel temps hebdomadaire ou mensuel le travailleur doit mettre à disposition de son employeur (ATF 112 II 41; SJ 1990 p. 185 ; 1982 p. 202). Lorsque les parties n'ont conclu ni expressément ni tacitement de contrat de travail, la cause doit encore être examinée à la lumière de l'article 320 al. 2 CO. A teneur de cette disposition légale, le contrat est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire. L'acceptation d'un travail aux conditions posées ci-dessus entraîne la présomption irréfutable de l'existence d'un contrat de

travail. Dès que les conditions de l'art. 320 al. 2 CO sont objectivement réunies, la cause du travail fourni est présumée être le contrat de travail et non un autre rapport de droit. Ainsi entendu, l'art. 320 al. 2 CO permet d'apporter, en équité, un tempérament à la rigueur de la situation de celui qui n'a pas réclamé de salaire parce qu'il comptait être rétribué ultérieurement d'une autre manière et qui voit déçue cette attente légitime à la suite d'un événement imprévu (ATF 95 I 131; 90 II 443).

Toutefois, une activité fournie contre rémunération peut également être caractéristique d'autres contrats, tels le contrat de mandat, d'entreprise ou d'agence. Le contrat de travail, outre l'obligation de fournir un travail et le paiement d'un salaire, suppose ainsi, contrairement aux autres contrats susappelés, un rapport de subordination de l'employé à l'égard de son employeur.

Le rapport de subordination, élément inhérent au contrat de travail, 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. Le droit de l'employeur de donner des directives et des instructions appartient toutefois aussi au mandant et au maître de l'ouvrage, de sorte qu'il y a lieu de déterminer l'existence d'un contrat de travail selon l'image globale donnée par les relations entre les parties, en fonction aussi des usages de la profession (SJ 1990, p. 185, 189; Rehbinder, Schw. Arbeitsrecht, 1988, p. 30, ch. 2 et réf. citées).

2.2 Pour déterminer l'objet et le contenu d'un contrat, il y a lieu de rechercher, tout d'abord, la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions éventuellement erronées utilisées par les parties (art. 18 al. 1 CO). Si une telle intention ne peut pas être établie et qu'un désaccord latent subsiste, il faut alors tenter de découvrir la volonté présumée des parties en interprétant leurs déclarations de volonté selon le principe de la confiance, à savoir d'après le sens qu'un destinataire pouvait et devait leur donner (ATF 121 III 123; ATF 115 II 269 consid. 5a; ATF 107 II 229 consid. 4). Pour déterminer le contenu objectif du contrat, le juge peut notamment s'inspirer du texte même de l'accord, des circonstances ayant entouré sa conclusion, des circonstances antérieures ou postérieures à la conclusion, le but poursuivi par les parties et les usages (ATF 101 II 277 = JdT 1976 I 323; ATF 97 II 72= JdT 1972 I 531). Toutefois, lorsque le texte du contrat est clair, il n'y a pas lieu d'en dénaturer le sens par la recherche d'une interprétation fondée sur des éléments extrinsèques, sauf si son contenu ne satisfait pas la lo-

gique de l'opération telle que, de bonne foi, les parties devaient la considérer (ATF 111 II 284 = JdT 1986 I 96).

2.3 En l'espèce, le contrat signé par l'appelant et un des directeurs de l'intimée a été rédigé par le premier nommé et ses éventuelles ambiguïtés doivent ainsi être interprétées en sa défaveur (interprétation *contra stipulatorem*).

Ce contrat est intitulé "contrat de mandat" et contient une disposition spécifique, à teneur de laquelle les parties précisent qu'elles excluent être liées par un contrat de travail ou de société simple. La tâche de l'appelant spécifiée (assistance à l'intimée dans le cadre des clients que cette dernière apporte à des brokers et à d'autres intermédiaires financiers) peut se comprendre tant dans une relation de travail que dans un mandat. Le contrat ne contient aucune disposition spécifique s'agissant d'éventuels horaires de travail ou de vacances dont bénéficierait l'appelant; au contraire, il est précisé que l'appelant dispose de toute liberté pour organiser son activité. Seule la question de la résiliation du rapport contractuel est réglée de manière ambiguë, puisque l'art. 2 du contrat reprend une notion relevant du contrat de travail (délai de résiliation de trois mois), alors que l'art. 6 fait référence à l'art. 404 CO, soit une règle relevant du mandat et le contrat fait en outre référence à un temps d'essai, institution en principe inconnue du mandat.

S'agissant de la volonté des parties, l'appelant a admis lui-même devant les premiers juges qu'à la signature du contrat, il était conscient de son statut d'indépendant et du fait que la collaboration avec l'intimée ne se concevait, dans l'esprit des parties, que s'il conservait le statut de mandataire. Son attitude ultérieure le confirme, puisqu'il a mensuellement établi une facture pour "ses services rendus", ce qui n'est pas d'usage dans le cadre d'un contrat de travail, qu'il n'a jamais réclamé le paiement de charges sociales ou l'affiliation à la caisse LPP de l'intimée, enfin et surtout qu'il a effectué des démarches auprès de la Caisse de compensation M_____ dans le but d'y être inscrit comme indépendant, affirmant à ladite caisse qu'il avait d'autres clients que l'intimée.

Certes, l'appelant a travaillé dans les locaux de l'intimée et celle-ci lui a mis à disposition des cartes de visite comportant sa raison sociale - situation qui était conforme aux dispositions de l'art. 3 du contrat, aux termes duquel l'intimée devait mettre à sa disposition l'ensemble de son infrastructure. Certes encore, il apparaît que des remarques lui auraient été faites au sujet d'éventuels retards; toutefois, sur le sujet, le témoignage du témoin D_____, qui est en litige avec l'intimée et qui a discuté de la présente affaire avec l'appelant préalablement à son audition, doit être pris avec réserve et aucun renseignement précis n'a été fourni sur les circonstances dans lesquelles les dites remarques auraient été articulées. Quant au témoin

I_____, dont les déclarations ont davantage de force probante, puisqu'elle n'est en litige avec aucune des parties, elle a affirmé que l'appelant disposait de la liberté de ses horaires et qu'il ne travaillait pas certains jours. Les autres témoignages, en particulier celui du témoin J_____, ne contiennent aucun élément déterminant sur le sujet.

Enfin, même si l'appelant devait, comme il l'affirme, assister à certaines réunions, ce simple fait ne permet pas de conclure à l'existence d'un contrat de travail, de telles réunions pouvant également être exigées d'un mandataire (cf. par exemple les rendez-vous de chantier, pour un architecte). Quant à l'argument selon lequel il devait "rendre des comptes" à la société par l'intermédiaire du témoin I_____, la Cour relève que ledit témoin a affirmé ne pas avoir été sa supérieure hiérarchique et que "rendre des comptes" constitue également une obligation du mandataire (art. 400 CO).

3. En définitive, l'appelant a échoué à établir entre lui et l'intimée l'existence d'un lien de subordination, partant, l'existence d'un contrat de travail.

La demande a été avec raison déclarée irrecevable.

L'irrecevabilité de la demande entraîne, comme l'ont constaté les premiers juges, celle des conclusions formulées par subrogation par la Caisse de chômage A_____ intervenante.

Le jugement entrepris sera dès lors confirmé.

L'émolument d'appel dont l'appelant s'est acquitté (fr. 880.-) reste acquis à l'Etat de Genève.

Il ne sera pas alloué de dépens à la partie intimée, l'appelant n'ayant pas plaidé de manière téméraire (art. 76 al. 1 LJP).

PAR CES MOTIFS,

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 4

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par T_____ contre le jugement TRPH/677/2008, rendu le 3 novembre 2008 par le Tribunal des Prud'hommes, groupe 4, dans la cause C/27123/2007-4.

Au fond :

Confirme ledit jugement.

Dit que l'émolument d'appel versé par T_____ est acquis à l'Etat.

Dit qu'il n'y a pas lieu à allocation de dépens.

Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente