



Monsieur T_____

Dom. élu : Me Bernard REYMANN
10, rue de la Croix-d'Or
1204 Genève

E_____ SA

Dom. élu :
FEDERATION DES SYNDICATS
PATRONAUX
Service assistance juridique
98, rue de Saint-Jean
C.P. 5278
1211 Genève 11

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du jeudi 27 mai 2004

M. Richard BARBEY, président

MM. Jean-François HUGET et Alain SARACCHI, juges employeurs

Mme Pierrette FISHER et M. Richard JEANMONOD, juges salariés

M. Antoine ANKEN, greffier d'audience

EN FAIT

- A. Par contrat du 13 août 2001, E_____ SA, société spécialisée dans la recherche, le développement, la vente et les travaux de sous-traitance dans le domaine des traitements de surface, s'est adjoint les services de T_____ en qualité de consultant (pièce 1 dem.).

Le contrat spécifiait que le consultant était indépendant, qu'il n'était pas employé et que E_____ SA n'assumait aucune charge sociale, T_____ étant tenu de s'assurer lui-même auprès d'une caisse AVS.

Des honoraires, fixés forfaitairement à 500 fr. par jour d'activité, y compris 100 fr. à titre de frais de déplacement, ont été convenus entre les parties, E_____ SA devant donner son assentiment à tous frais supplémentaires. De son côté, T_____ devait présenter des notes d'honoraires indiquant de manière détaillée le nombre d'heures accomplies.

Le contrat était conclu pour une durée indéterminée et pouvait être dénoncé de part et d'autre moyennant un préavis de 48 heures.

Il contenait en outre une clause concernant l'obligation de confidentialité et une clause relative à la propriété intellectuelle, selon laquelle le consultant s'engageait notamment à céder à E_____ SA ses droits d'auteur et d'inventeur sur toute matière non expressément réservée, produite ou écrite pendant la durée du contrat.

- B. L'activité de T_____ consistait à développer de nouveaux procédés pour améliorer les produits de E_____ SA. En marge de celle-ci, T_____ effectuait des recherches bibliographiques à l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne et assumait une charge d'enseignement d'importance variable auprès de l'Ecole d'ingénieurs de Bienne, qui lui rapportait, à l'époque, entre 3'000 fr. et 3'500 fr. par mois (p.-v. du 1.7.2003, p. 4 et 5 ; p.-v. du 27.5.2004, p. 1 et 4).

T_____ recevait des instructions de A_____, administrateur de E_____ SA, en fonction d'objectifs à atteindre et des projets spécifiques sur lesquels la société souhaitait avancer sur le plan de la recherche (p.-v. du 1.7.03, p. 7).

T_____ a exercé son activité dans les locaux de l'entreprise, en général à raison de trois journées hebdomadaires de 8h00 à 17h30. Il n'était jamais là le lundi, jour où il donnait ses cours à Bienne ou à Burgdorf, et sa présence hebdomadaire dans les locaux de E_____ SA relevait parfois du mi-temps. Il a eu recours au matériel mis à sa disposition par l'entreprise dans le cadre des recherches à mener, soit les enceintes de dépôt sous vide installées dans la « salle blanche » de la société et, à sa demande, les équipements informatiques qu'elle possédait pour l'entrée de données (p.-v. du 1.7.03, p. 3, 6 et 7).

Chaque mercredi, il y avait une séance de planification du travail, portant notamment sur les tâches à attribuer aux collaborateurs de E_____ SA et sur la définition des objectifs à réaliser. A l'occasion de ces séances, T_____ orientait ses travaux de recherche en profitant des expériences spécifiques effectuées par le personnel de la société. En terme de délais, il était difficile pour A_____ d'établir à l'avance un planning avec T_____, qui organisait librement son temps de travail et décidait de la façon dont il allait mener les essais (p.-v. du 1.7.03, p. 4, 6 et 7).

- C. Entre août 2001 et janvier 2002, T_____ a travaillé entre 11 et 15 jours par mois avec une pointe de 20 jours en septembre 2001. Pour chaque mois, il a établi une note d'honoraires correspondant au nombre de jours travaillés, facturés au tarif unitaire de 500 fr. (400 fr. + 100 fr.) convenu (pièce 2 déf.).
- D. En février 2002, T_____ a été informé qu'il ne pouvait pas être inscrit en qualité d'indépendant par sa caisse de compensation AVS (p.-v. du 1.7.03, p. 4).

A partir de cette époque, il a établi ses notes d'honoraires sur la base du montant contractuellement défini, mais en déduisant dans sa facture 10,1% à titre de cotisation AVS (p.-v. du 1.7.03, p. 5 ; pièces 4 dem. et 2 déf.).

- E. Ayant constaté le changement intervenu dans les notes d'honoraires de T_____, B_____, mandatée par E_____ SA pour le traitement des salaires, a contacté sa mandante afin de clarifier la situation existante.

Par lettre du 19 juillet 2002, datée par erreur du 14 mars 2002, B_____, constatant que T_____ n'était affilié nulle part pour les charges sociales, a adressé pour enregistrement à la Caisse de compensation de la Fédération des Artisans et Commerçants (ci-après FACO) une fiche d'inscription établie à son nom, en tant qu'employé. Le courrier mentionnait que l'intéressé avait été, à tort, considéré comme un indépendant et ses revenus 2001 non déclarés. La fiche d'inscription jointe au courrier était établie au nom de E_____ SA en tant qu'employeur (pièces 3 et 12 bis dem.).

Dans un courrier du 23 juillet 2002 adressé à E_____ SA, B_____ a attiré l'attention de cette dernière sur le fait qu'elle devait s'assurer que T_____ était bien annoncé auprès d'une caisse de compensation AVS et que la cotisation était régulièrement versée (pièce 7 dem.).

Le 2 août 2002, la Caisse de compensation de la FACO a fait savoir à B_____ qu'elle acceptait d'intégrer avec effet rétroactif T_____ parmi les employés de E_____ SA. La question devait encore être revue lors d'un contrôle des décomptes de salaires pour l'année 2001 prévu trois semaines plus tard (pièce 8 dem.).

- F. En date du 30 septembre 2002 E_____ SA a invité B_____ à établir une fiche de salaire pour le mois écoulé, en précisant que celui-ci avait travaillé durant 12 jours (p.-v. du 1.7.03, p. 7 ; pièce 6 dem.).
- G. Entre mars et septembre 2002, dans le cadre de sa collaboration avec E_____ SA, T_____ a été actif en moyenne à raison de 11 à 12 jours par mois. Durant cette période, il a régulièrement établi des notes d'honoraires en déduisant 10,1% au titre de l'AVS, percevant parfois des avances sur sa rémunération (pièce 2 déf.).

- H. Par courrier du 11 octobre 2002, E_____ SA a résilié avec effet immédiat le contrat de T_____, ajoutant avoir apprécié ses compétences ainsi que sa collaboration et lui souhaitant de retrouver un emploi à la hauteur de ses aptitudes (pièce 9 dem.).

T_____ a répondu douze jours plus tard, en attirant l'attention de la société sur le fait qu'après les démarches entreprises pour déclarer son salaire auprès de la Caisse de compensation, elle avait admis que l'accord conclu le 13 août 2001 constituait un contrat de travail. Rappelant que la résiliation était intervenue dans la deuxième année de service, il considérait que la durée du délai de congé était de deux mois et demi et que les relations contractuelles se terminaient le 31 décembre 2002. Il indiquait enfin se tenir à disposition de E_____ SA pour effectuer son travail jusqu'à cette date (pièce 10 dem.).

- I. Après une nouvelle mise en demeure (pièce 11 dem.), T_____ a ouvert action devant le Tribunal des prud'hommes contre E_____ SA, en paiement de la somme brute de 18'000 fr. à titre de salaire pour les mois d'octobre à décembre 2002. Il a également conclu à ce que la défenderesse soit condamnée à verser à la Caisse de compensation de la FACO les arriérés de cotisations dès le 13 août 2001.

Statuant le 1^{er} juillet 2003, le Tribunal a décliné sa compétence à raison de la matière, en estimant que les éléments constitutifs d'un contrat de travail n'étaient pas réunis dans le cas d'espèce. La demande a ainsi été déclarée irrecevable.

- .J. T_____ appelle de ce jugement. Persistant à invoquer l'existence d'un contrat de travail, il conclut au renvoi de la cause en première instance pour une nouvelle décision sur le fond.

E_____ SA conclut à la confirmation de la décision attaquée.

- K. Les éléments suivants ressortent pour le surplus du dossier :

- a) E_____ SA a été constituée en 1995 par C_____ et A_____, tous deux administrateurs et anciens collaborateurs de l'Institut D_____ licenciés pour cause de restructuration. La comptabilité et la gestion du personnel de la société est assurée par le Bureau comptable B_____, lui-même exploité par F_____.
- b) A l'origine, C_____ cherchait un collaborateur scientifique à plein temps pour E_____ SA. Il a fait paraître une offre d'emploi, dans le journal le Temps ou 24Heures. T_____ y a répondu et a demandé, lors de la discussion initiale, un salaire de 10'000 à 12'000 fr. par mois pour une activité à plein temps. C_____ lui a répondu que lui-même s'octroyait une rémunération mensuelle de 6'000 fr., la plus élevée au sein de la société dont la trésorerie ne permettait pas de satisfaire ses prétentions. Il lui a proposé de l'engager comme consultant indépendant rétribué sur une base quotidienne de 500 fr., offre que l'appelant a acceptée (p.-v. du 27.5.2004, p. 3-4).

Pour établir l'accord écrit liant les parties, C_____ a repris mot pour mot la formulation de contrat de consultant qu'utilisait habituellement l'Institut D_____ .

- c) Déposant devant le Tribunal des prud'hommes, F_____ du bureau comptable B_____ a expliqué avoir vu pour la première fois le 7 octobre 2002 le contrat d'engagement de T_____ en tant que consultant par l'intimée. A l'entendre, elle aurait rédigé différemment son courrier du 19 juillet 2002 à la Caisse de compensation de la FACO si elle avait connu la teneur exacte de ce document. Vu l'incertitude qui régnait, elle a estimé que T_____ devait être inscrit auprès d'une caisse de compensation et ses cotisations AVS payées (p.-v. du 1.7.03, p. 6).

EN DROIT

1. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 56 et 59 LJP), l'appel

de T_____ est recevable.

- 2.1 A teneur de l'art. 1 al. 1 let. a LJP, sont jugées par les Juridictions des prud'hommes les contestations entre employeurs et salariés pour tout ce qui concerne leurs rapports découlant d'un contrat de travail, au sens du titre dixième du code des obligations (ci-après : CO).

Le Tribunal examine d'office sa compétence *ratione materiae* (art. 50 al.2 LJP)

- 2.2 Pour déterminer si les rapports entre les parties présentent ou non les caractéristiques d'un contrat de travail, le juge doit prendre en considération en premier lieu le contenu du contrat (ATF 99 II 313). Il ne s'arrêtera pas aux termes utilisés par les parties, mais recherchera leur réelle et commune intention (art. 18 CO, SJ 1990 p. 185, 188). Il examinera ensuite le comportement de chacune d'elles dans le cadre de l'exécution du contrat (AUBERT, La compétence des Tribunaux genevois de prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente, SJ 1982, p. 202-203).

Les éléments caractéristiques du contrat de travail selon l'article 319 al. 1 CO sont les suivants :

- 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;
- un salaire

(ATF 125 III 78 = SJ 1999 I 385 ; WYLER, Droit du travail, p. 41-43).

S'agissant du salaire, l'art. 319 al. 1 *in fine* CO énonce que l'employeur s'engage à verser une rémunération au travailleur. Ce salaire peut être fixé d'après le temps ou selon le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche).

- 2.3 Au terme de l'art. 394 al. 1 CO, le mandat est le contrat par lequel le

mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis

L'art. 394 al. 2 CO dispose que les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats. La norme exprime le caractère subsidiaire de la réglementation par rapport aux autres contrats régis par la loi. Bien qu'ils visent des prestations de services, les contrats de travail ou d'entreprise sont régis par leurs dispositions propres, à l'exclusion de celle du mandat (TERCIER, Les contrats spéciaux, 3^{ème} éd., p. 661).

L'objet du mandat est une prestation de faire, c'est-à-dire de fournir une activité dans les domaines les plus variés. Il faut que ces services soient rendus en vue d'un certain résultat. Le mandataire doit dès lors suivre les instructions que lui donne le mandant ou, à défaut, prendre lui-même toutes les mesures nécessaires pour que puisse être atteint le résultat escompté. Le résultat doit être atteint dans l'intérêt du mandant, dans celui du mandant et du mandataire ou encore dans l'intérêt d'un tiers (ENGEL, Contrats de droit suisse, 2^{ème} éd., p. 481 ; TERCIER, op. cit., p. 661).

- 2.4 Le rapport de subordination revêt une importance primordiale dans la qualification du contrat de travail. Il présuppose que l'employé soit soumis à l'autorité de l'employeur pour l'exécution du contrat et cela au triple point de vue personnel, organisationnel et temporel. Les prestations qu'il fournit sont dirigées, cadrées et programmées dans le temps, même si cette durée est brève. Le droit de l'employeur de donner des directives et des instructions constitue l'élément caractéristique du contrat de travail. Le mandant dispose d'une faculté analogue, mais le mandataire demeure libre d'organiser ses activités comme ils l'entend et supporte les risques économiques liés à son exercice. Il y a lieu de déterminer l'existence d'un contrat de travail selon l'image globale donnée par les relations entre les parties (WYLER, op. cit, p. 43-44 ; STAEHELIN, Commentaire zurichois, n. 38-48 ad art. 319 CO ; ENGEL, op. cit, p. 479). La seule faculté du mandant de donner des instructions ou le devoir du mandataire de rendre des comptes ne suffit pas à créer le rapport de subordination. Celui-ci n'existe que si les directives et les instructions

influencent directement l'activité de l'employé et que l'ayant droit dispose d'un droit de contrôle (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail, Code annoté, n° 1.5 ad art. 319 CO).

Les services relevant de professions libérales (médecins, architectes, juristes, artistes, etc.) peuvent aussi bien être régis par un contrat de travail que par un contrat de mandat. Comme les intéressés possèdent des connaissances particulières et occupent souvent une position dirigeante, ils restent plus ou moins libres dans l'organisation de leur activité. Dans ces cas, le critère de la subordination ne permet donc pas toujours de qualifier le rapport contractuel (JAR 1982, p. 94ss). Lorsqu'un scientifique consacre pendant une longue période l'entier de sa capacité de travail à une occupation, moyennant un salaire usuel dans sa branche, tout en bénéficiant d'une certaine latitude dans l'organisation de son travail, on peut, suivant les circonstances, considérer qu'il se trouve lié par un contrat de travail et non par un mandat (STAEHELIN, op. cit., n° 39 ad art 319 CO).

D'autres indices, tels que la stipulation d'un délai de congé, une clause de prohibition de faire concurrence, la retenue des charges sociales peuvent encore être pris en compte pour la qualification du contrat de travail.

- 2.5 La question de savoir si l'on est en présence d'un contrat de travail se recoupe enfin avec la distinction entre activités dépendante et indépendante au sens des art. 5 et 6 LAVS, même si celle-ci s'examine pour elle-même. Il y a activité dépendante lorsque l'assuré doit fournir sa prestation à un moment déterminé, qu'il dépend économiquement de l'employeur et qu'il est intégré dans l'entreprise pendant les heures de travail, rendant ainsi pratiquement impossible l'exercice d'une autre activité lucrative. Les indices d'une activité dépendante sont l'existence d'une planification du travail, l'obligation d'établir des rapports sur l'avancement de celui-ci, ainsi que l'incorporation dans une infrastructure sur le lieu de travail. En outre, celui qui exerce une activité dépendante ne supporte pas le risque de l'entreprise. La qualification opérée par les autorités des assurances sociales n'est pas déterminante pour le juge civil (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op. cit., n° 1.9 ad art. 319 CO).

3. Dans le cas d'espèce, l'administrateur de l'intimée cherchait à l'origine à s'adjoindre les services d'un scientifique en tant qu'employé, pour lui confier les recherches nécessaires à la mise au point des produits qu'elle souhaitait développer en vue de leur fabrication, puis de leur commercialisation. Face aux prétentions salariales de l'appelant qui excédaient les capacités financières de sa société récemment constituée, l'administrateur a indiqué à son interlocuteur qu'il ne pouvait l'engager sur la base d'un contrat de travail. Un statut de mandataire indépendant lui a alors été proposé, assorti du paiement d'honoraires forfaitaires pour chaque jour de présence dépendant des besoins de l'entreprise, ce qu'il a accepté.

Un contrat de mandat clair dans son libellé a ensuite été établi, signé par les deux parties.

D'août 2001 à octobre 2002, l'appelant a collaboré avec l'intimée selon les termes de l'accord passé. Il n'a consacré qu'une partie de son horaire à ses activités de chercheur, en étant présent aux moments qu'il choisissait sous réserve des réunions hebdomadaires de planification le mercredi, tout en continuant d'assumer parallèlement une charge d'enseignement, qui l'occupait pour l'essentiel le lundi. Tous les mois, il a établi des notes d'honoraires en fonction du tarif convenu.

A un moment donné, il a certes déduit de ceux-ci, les cotisations sociales ; le bureau comptable B_____ est intervenu pour l'inscrire en tant qu'employé auprès de la Caisse de compensation de la FACO. F_____ a toutefois expliqué avoir entrepris cette démarche sans avoir pris connaissance du contrat conclu entre les parties ; or, aucun élément n'est venu infirmer cette déposition crédible. Enfin et durant toute la période considérée, soit jusqu'à la décision de la société de dénoncer l'accord signé en août 2001, l'appelant n'a jamais avisé, de manière claire, sa partie adverse qu'il n'acceptait plus la formule contractuellement arrêtée et qu'il entendait désormais avoir un statut d'employé. Vu ses ressources financières limitées, l'intimée aurait décliné une telle proposition et aurait mis fin à la collaboration existante, ce que savait l'intéressé.

Au regard de l'ensemble des éléments rappelés ci-dessus, le Tribunal a considéré à juste titre que le demandeur était resté un mandataire. La seule durée de sa collaboration, d'un an et deux mois, ainsi que la nature des recherches scientifique qu'il s'est obligé à conduire ne suffisent pas à lui avoir conféré la qualité d'employé. Le jugement attaqué sera ainsi confirmé.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Reçoit l'appel interjeté par T_____ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 1^{er} juillet 2003 rendu en la cause n° C/2788/2003 – 4;

Au fond :

Confirme ledit jugement ;

Déboute les parties de toute autre conclusion.

Le greffier de juridiction

Le président