



E \_\_\_\_\_

T \_\_\_\_\_

**Dom. élu** : Me Mike HORNUNG  
Place du Bourg-de-Four 9  
1204 Genève

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 24 janvier 2008

M. Guy STANISLAS, président

MM. Daniel CHAPELON et Jean-Paul METRAL, juges employeurs

MM. Stéphane JAN et Marc LABHART, juges salariés

M. Olivier SIGG, greffier d'audience

**EN FAIT**

- A. E\_\_\_\_\_ était propriétaire, depuis le 26 janvier 1996, d'une entreprise individuelle, sous la raison de commerce « A\_\_\_\_\_ », ayant pour objet l'exploitation d'un café-restaurant à l enseigne « B\_\_\_\_\_ » sis \_\_\_\_\_ dans le canton de Genève. L'établissement a été confié en gérance à C\_\_\_\_\_ de 1996 à 2000 puis exploité personnellement par E\_\_\_\_\_ jusqu'à la fin de l'année 2000.

Depuis le 4 avril 2000, E\_\_\_\_\_ possède également une entreprise individuelle sous la raison de commerce « E\_\_\_\_\_ » destinée à l'exploitation d'une salle de billard à l'enseigne « D\_\_\_\_\_ ».

- B. Par contrat de gérance libre conclu le 21 décembre 2001, E\_\_\_\_\_ a confié à F\_\_\_\_\_ l'exploitation de l'établissement à l'enseigne « B\_\_\_\_\_ » pour une durée de 3 années commençant le 1<sup>er</sup> janvier 2002 et échéant le 31 décembre 2004. Le contrat prévoit notamment qu'en sa qualité de gérant libre, F\_\_\_\_\_ assure l'exploitation du commerce à son nom et à ses profits et risques. Dans le cadre de cette exploitation, le gérant devait s'inscrire auprès du Registre de commerce et assumer toutes les charges d'exploitation de l'établissement. Le contrat prévoit également que le gérant engage le personnel pour lequel il est responsable devant les autorités administratives compétentes et doit s'affilier à une caisse de compensation AVS. A teneur du contrat, le gérant doit en outre contracter en son nom les polices d'assurances couvrant les risques d'incendie, vol avec effraction et dégâts d'eau. Enfin, la gérance était communiquée aux tiers par une publication dans la Feuille d'Avis Officielle du canton de Genève.
- C. F\_\_\_\_\_ ne disposant pas du certificat de capacité lui permettant d'exploiter l'établissement en son nom auprès des autorités administratives, le contrat de

gérance libre prévoyait que C\_\_\_\_, titulaire d'une patente, mettrait son certificat de capacité à disposition de F\_\_\_\_ contre une rétribution.

A la suite de divergences, qui ont opposé C\_\_\_\_ et F\_\_\_\_, E\_\_\_\_ a accepté, à compter d'avril 2002, de mettre à disposition du gérant son certificat de capacité.

- D.** Le 1<sup>er</sup> avril 2002, T\_\_\_\_ a été engagée par F\_\_\_\_ en qualité de cuisinière au restaurant « B\_\_\_\_ ». Son salaire mensuel brut s'est élevé tout d'abord à Fr. 3'800.- puis à 3'920.- dès 2004.

Le 18 août 2004, T\_\_\_\_ a été victime d'un grave accident et s'est trouvée depuis lors en incapacité totale de travail.

- E.** Le contrat de gérance libre prévoyait que la comptabilité de l'établissement serait tenue par une fiduciaire, E\_\_\_\_ disposant d'un droit de regard sur les comptes. La comptabilité de l'établissement « B\_\_\_\_ » fut alors assurée par la fiduciaire G\_\_\_\_ qui se chargeait également de la comptabilité de l'établissement « D\_\_\_\_ » exploité par E\_\_\_\_. Invoquant le fait que F\_\_\_\_ ne disposait pas d'un certificat de capacité, la fiduciaire G\_\_\_\_ avait alors suggéré que E\_\_\_\_ s'affilie auprès des caisses sociales, non seulement pour les cotisations sociales liées à l'établissement « D\_\_\_\_ », mais également pour celles relatives à l'établissement « B\_\_\_\_ ». Un décompte interne était par la suite établi par la fiduciaire pour l'exploitation distincte de ces deux établissements et F\_\_\_\_ remboursait alors à E\_\_\_\_ la part des cotisations sociales afférentes à l'exploitation de l'établissement « B\_\_\_\_ ».

La fiduciaire G\_\_\_\_ établissait ainsi des décomptes réguliers liés notamment à la perception de la TVA et aux cotisations AVS sur la base desquels F\_\_\_\_

devait rembourser à E\_\_\_\_\_ la part acquittée par ce dernier liée à l'exploitation de « B\_\_\_\_\_ ».

- F.** Dans le courant de l'année 2007, à l'initiative de la nouvelle fiduciaire de E\_\_\_\_\_, la situation fiscale de ce dernier a fait l'objet d'un rectificatif pour les années 2001 à 2004. L'administration fiscale a considéré que le bénéfice provenant de l'exploitation « B\_\_\_\_\_ » ne devait être imputé à E\_\_\_\_\_ qui n'avait pas réalisé ce bénéfice, compte tenu de la mise en gérance de l'établissement.
- G.** Par demande déposée au Greffe de la Juridiction des Prud'hommes le 15 février 2007, T\_\_\_\_\_ a assigné conjointement et solidairement E\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_ en paiement de la somme de fr. 14'885.--, avec intérêts, se décomposant de *i*) fr. 2'280.- à titre de salaire pour le mois d'août 2004 *ii*) fr. 3'087.50 à titre de 13<sup>ème</sup> salaire pour les années 2002 et 2003 *iii*) fr. 7'728.50 à titre d'indemnité de vacances pour les années 2002, 2003 et 2004 *iv*) fr. 1'789.- à titre d'indemnité pour les jours fériés travaillés.
- H.** E\_\_\_\_\_ s'est opposé à la demande et a contesté la qualité d'employeur de T\_\_\_\_\_. Il a précisé, à teneur de contrat de gérance libre, que F\_\_\_\_\_ avait seul la responsabilité du personnel qu'il engageait et que le propriétaire du fonds de commerce ne pouvait être tenu pour responsable du paiement des salaires même si, de façon exceptionnelle, il avait accepté de mettre son certificat de capacité à disposition du gérant libre.

F\_\_\_\_\_ n'a pas comparu. Préalablement à l'audience de conciliation, il a fait parvenir à la Greffe de Juridiction des Prud'hommes une lettre annonçant son départ pour le Portugal. Il précisait que l'établissement « B\_\_\_\_\_ » avait été vendu par E\_\_\_\_\_ à la société « H\_\_\_\_\_ Sarl » et que, estimant recevoir une

partie du montant de cette transaction, il était en litige avec l'ancien propriétaire du fonds de commerce. Il indiquait que toutes les cotisations sociales pour le personnel étaient effectuées au nom de E\_\_\_\_\_ qui était ainsi légalement responsable du personnel.

A l'audience de comparution des parties du 3 mai 2007, T\_\_\_\_\_ a indiqué avoir été engagée par F\_\_\_\_\_ qui lui versait son salaire. Elle a également précisé que E\_\_\_\_\_ fréquentait l'établissement en qualité de client.

- I.** Par jugement du 2 août 2007, le Tribunal des Prud'hommes a condamné conjointement et solidairement E\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_ à payer à T\_\_\_\_\_ la somme brute de fr. 14'885.- avec intérêts de 5% dès le 8 août 2004. En substance, le Tribunal a considéré que E\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_ étaient liés par un rapport de société simple dans la mesure où ils partageaient la gestion effective du restaurant, le premier engageant le personnel en lui donnant des directives et le second s'occupant de leurs salaires et charges sociales. Le Tribunal a ainsi considéré que E\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_ étaient tous deux employeurs de T\_\_\_\_\_ et étaient donc tous deux responsables des obligations d'employeur envers cette dernière.

Appliquant au litige la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés du 6 juillet 1998 (CCNT 98), le Tribunal des Prud'hommes a considéré que T\_\_\_\_\_ avait droit aux sommes de fr. 2'352.- à titre de salaire pour la période du 1<sup>er</sup> au 18 août 2004, fr. 2'850.- à titre de 13<sup>ème</sup> salaire pour les années 2002 et 2003, fr. 7'728.50 à titre d'indemnité de vacances non prises pour les années 2002 et 2004 et fr. 1'970.76 à titre d'indemnité pour les jours fériés travaillés des années 2002 et 2004.

- J.** A l'encontre de ce jugement notifié aux parties le 2 août 2007, E\_\_\_\_\_ interjette appel par acte déposé au Greffe le 5 septembre 2007.

A l'appui de son appel, E\_\_\_\_\_ fait grief au Tribunal des Prud'hommes de lui avoir conféré un statut d'employeur de T\_\_\_\_\_ en retenant un rapport de société simple pour l'exploitation de l'établissement « B\_\_\_\_\_ ». L'appelant considère que les premiers juges ont violé les règles relatives au fardeau de la preuve en retenant derechef une qualité d'employeur de E\_\_\_\_\_ alors qu'il ressort des débats que ce dernier a confié en gérance l'exploitation de l'établissement « B\_\_\_\_\_ » à F\_\_\_\_\_ sous la seule responsabilité et aux seuls profits et risques de ce dernier, E\_\_\_\_\_ n'intervenant pas dans la gestion de l'établissement. L'appelant indique que l'assujettissement aux cotisations sociales était exclusivement dû aux conseils erronés de la fiduciaire de l'époque qui considérait que F\_\_\_\_\_ ne pouvait procéder à une affiliation auprès des caisses compétentes dès lors qu'il ne bénéficiait pas du certificat de capacité. E\_\_\_\_\_ avait ainsi accepté de mettre son certificat de capacité à disposition du gérant libre et d'effectuer en son nom les démarches auprès des autorités administratives et sociales sans que cette situation ne puisse lui conférer une qualité d'employeur du personnel du gérant libre.

Par déclaration du syndicat interprofessionnel des travailleuses et travailleurs du 12 septembre 2007, T\_\_\_\_\_ a sollicité la confirmation du jugement entrepris et le rejet de l'appel.

- K.** A l'audience devant la Cour d'appel des Prud'hommes, E\_\_\_\_\_ a indiqué d'avoir cessé toute activité dans l'exploitation de l'établissement « B\_\_\_\_\_ » dès la conclusion du contrat de gérance et la remise de l'établissement à F\_\_\_\_\_ à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2002. Il a précisé n'avoir été aucunement intéressé au bénéfice de cette exploitation et avoir fait l'objet d'une procédure de rectification de la part de l'administration fiscale qui a considéré que le bénéfice de l'exploitation de l'établissement « B\_\_\_\_\_ » ne pouvait lui être imputé.

Entendu en qualité de témoin, I\_\_\_\_\_ a indiqué s'occuper de la comptabilité de E\_\_\_\_\_ et avoir repris le mandat de la fiduciaire G\_\_\_\_\_. Le témoin a indiqué que la précédente fiduciaire avait fait un amalgame entre les établissements « D\_\_\_\_\_ » et « B\_\_\_\_\_ » sous couvert de deux comptabilités séparées mais tenues au nom de E\_\_\_\_\_ uniquement. Le témoin a précisé qu'il n'y avait aucune justification pour ne pas effectuer une séparation des deux activités, ce d'autant plus que F\_\_\_\_\_ était un gérant réel et qu'aucun élément ne permettait de retenir que E\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_ géraient conjointement l'établissement « B\_\_\_\_\_ ».

### **EN DROIT**

1. Interjeté dans le délai et la forme prescrits par la loi, l'appel de E\_\_\_\_\_ est recevable (art. 59 LJP).
2. Il convient d'examiner si une qualité d'employeur de T\_\_\_\_\_ peut être retenue à l'encontre de E\_\_\_\_\_, soit si ce dernier possède la légitimation passive pour connaître de la réclamation formulée par l'employée.

Les quatre éléments constitutifs d'un contrat de travail, selon l'art. 319 al. 1 CO, sont *i)* une prestation personnelle du travailleur, *ii)* la mise à disposition par le travailleur de son temps pour une durée déterminée ou indéterminée, *iii)* un rapport de subordination et *iv)* un salaire (Rehbinder, Berner Kommentar p. 46 ; Aubert, Commentaire romand, n° 1 ad. art. 319 CO). Le rapport de subordination revêt une importance primordiale dans la qualification du contrat de travail. Il suppose que le travailleur est soumis à l'autorité de l'employeur pour l'exécution du contrat, d'un point de vue temporel, spatial et hiérarchique (Aubert, loc. cit. N° ad. art. 319 CO). Le droit de l'employeur de donner des

directives et des instructions constitue un élément caractéristique du contrat de travail (SJ 1990 p. 145, 149).

La jurisprudence a déjà eu l'occasion de trancher la question de la légitimation passive du propriétaire d'un fonds de commerce remis en gérance libre pour connaître des réclamations d'un employé du gérant libre. Dans un arrêt du décembre 1999, confirmé par le Tribunal fédéral par décision du 15 novembre 2000 (4C.234.2000), la Cour d'appel des Prud'hommes a considéré que l'engagement d'un employé par un gérant libre en exécution du contrat de gérance libre crée une relation de travail entre le gérant libre et l'employé ainsi engagé, le propriétaire du fonds de commerce étant étranger à toute relation de travail en l'absence notamment d'un rapport de subordination pouvant le lier à l'employé. La Cour cantonale a également considéré que le fait que le propriétaire du fonds de commerce soit en possession de la patente d'exploitation d'un établissement qu'il ne gère pas lui-même ne lui confère automatiquement le statut d'employé. Ce n'est que dans l'hypothèse où le contrat de gérance libre ne reflèterait pas la réalité des rapports juridiques entre le gérant et le propriétaire du fonds de commerce de la question d'une éventuelle légitimation passive de ce dernier pourrait être prise en considération.

3. A l'aune des principes qui viennent d'être rappelés, la Cour d'appel ne peut retenir une qualité d'employeur de E\_\_\_\_\_ pour l'activité effectuée par T\_\_\_\_\_ auprès de l'établissement « B\_\_\_\_\_ ».

Tout d'abord, E\_\_\_\_\_ n'a pas procédé à l'engagement de T\_\_\_\_\_ comme employée de l'établissement, ne lui a donné aucune instruction ou directive dans le cadre de son activité et ne lui a pas versé son salaire, ces prérogatives incombant exclusivement à F\_\_\_\_\_, exploitant de l'établissement au bénéfice d'un contrat de gérance libre. Aucun rapport de subordination n'existait ainsi entre E\_\_\_\_\_ et T\_\_\_\_\_, ce qui n'est pas contesté par l'intimée, qui n'a pas non

plus allégué que le contrat de gérance libre ne reflèterait pas la réalité des rapports juridiques conclus entre le gérant et le propriétaire du fonds de commerce.

En outre, à teneur du contrat de gérance libre conclu entre le 21 décembre 2001, F\_\_\_\_\_ assumait seul l'exploitation de l'établissement « B\_\_\_\_\_ » sous sa responsabilité et ses risques et profits. En qualité de gérant libre, il était ainsi responsable envers son personnel, situation qui était régie par l'art. 18 du contrat précité. Selon la jurisprudence précitée, le fait que le propriétaire du fonds de commerce accepte de mettre à disposition du gérant libre sa patente ne saurait, sauf autre circonstance, impliquer l'existence d'un rapport contractuel de travail entre le propriétaire du fonds de commerce et les employés du gérant libre.

De plus, il ressort des débats que toutes les factures liées à l'exploitation de l'établissement « B\_\_\_\_\_ » ont été libellées exclusivement à l'attention de F\_\_\_\_\_ en sa qualité de gérant de cette établissement, E\_\_\_\_\_ n'ayant exercé aucune activité dans le cadre de cette gestion et n'ayant souscrit envers les tiers aucun engagement lié à cette gestion.

Enfin, la Cour d'appel cherche en vain dans le dossier les éléments d'un contrat de société simple au sens de l'art. 530 ss. CO qui nécessite notamment un *animus societatis* par lequel les parties au contrat de société simple mettent des ressources ou efforts en commun en vue de réaliser un but commun. En l'espèce, on ne voit pas le but commun qui aurait présidé aux rapports entre E\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_ dans la mesure où l'exploitation de l'établissement était assurée exclusivement par le gérant, à son seul profit et à ses seuls risques, situation qui est incompatible avec le contrat de société simple qui présuppose un partage des risques et des profits. Enfin, le contrat de société simple est subsidiaire aux autres constructions juridiques (art. 530 al. 2 CO) et, en l'espèce, les parties ont souhaité que leurs relations juridiques soient régies par

un contrat de gérance libre, soit un contrat de bail à ferme au sens des art 275 et ss CO. Une relation de société simple ne peut donc en l'état être retenue.

4. Le jugement du Tribunal de Prud'hommes sera ainsi réformé en ce qu'il condamne E\_\_\_\_\_ à verser à T\_\_\_\_\_ la somme brute de fr. 14'885.- avec intérêts.

**PAR CES MOTIFS**

La Cour d'appel des Prud'hommes, groupe 2

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par E\_\_\_\_\_ à l'encontre du jugement du Tribunal des Prud'hommes du 2 août 2007 rendu dans la cause C/3128/2007-2.

Au fond :

Annule ce jugement en tant qu'il condamne E\_\_\_\_\_ à verser à T\_\_\_\_\_ la somme brute de fr. 14'885.- avec intérêts dès le 8 août 2004.

Déboute T\_\_\_\_\_ de sa réclamation envers E\_\_\_\_\_.

Confirme ledit jugement pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de Juridiction

Le président