



T_____

Dom. élu : Me Tamara MORGADO-
STAMBULI
13, rue Céard
1204 Genève

Partie appelante

E_____ S.a.r.l.

Dom. élu : Me Jérôme PICOT
Rue du Marché 12-14
Case postale 5222
1211 Genève

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 4 novembre 2009

M. Daniel DEVAUD, président

MM. Liano FONTI et Franco MAURI, juges employeurs

Mme Paola ANDRETTA et M. Raymond FONTAINE, juges salariés

Mme Marianna BELOTTE, greffière d'audience

EN FAIT

- A.** Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 17 octobre 2008, T_____ appelle d'un jugement rendu le 17 septembre 2008 déclarant irrecevable sa demande formée contre E_____ SARL

T_____ conclut à l'annulation du jugement et à la condamnation d'E_____ SARL au paiement de 19'653 fr. plus intérêts à 5% dès le 1^{er} juillet 2006, à titre de salaire pour la période entre le 1^{er} janvier 2006 et le 31 décembre 2006. Il conclut également au versement de 33'702 fr. 90 plus intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juillet 2006, à titre de frais pour la période entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre, sous déduction de la somme de 23'733 fr.

T_____ soutient qu'il était lié à E_____ SARL par un contrat de travail, plus précisément par un contrat de voyageur de commerce, et que les premiers juges n'ont à tort pas retenu cette qualification des relations entre les parties.

- B.** E_____ SARL conclut à l'irrecevabilité de l'appel. Elle soutient que la Cour n'est pas compétente vu la clause arbitrale contenue dans l'accord qui le liait à T_____. Selon elle, cette clause exclut tout recours aux juridictions compétentes en cas de litige. Elle soutient également que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail et, partant, conclut à la confirmation du jugement attaqué ainsi qu'à la condamnation de T_____ aux dépens, comprenant une participation aux honoraires du conseil de sa partie adverse.

- C.** Sur la base du dossier et des pièces produites, la Cour d'appel retient les faits pertinents suivants:

a) E_____ SARL est une société à responsabilité limitée dont le siège est à Z_____ et dont le but social consiste en une activité de courtage et de gérance de portefeuille d'assurances pour le compte des clients auprès de compagnies d'assurances et de réassurances.

b) Le 27 février 2006, une convention en langue anglaise a été conclue entre E_____, E_____ SARL, T_____ et A_____.

Les éléments suivants [en traduction libre par les parties] ressortent de ce document:

« Les parties de cet agrément, ci-dessous collectivement désignées comme partenaires sont tous des courtiers d'assurance expérimentés. »

« T_____ ayant son expérience centrée en France d'où il s'est retiré de son activité professionnelle mais a toujours sous contrôle un portefeuille consistant de polices d'assurances de valeur. »

« Les parties reconnaissant la valeur et l'expérience de chacun ont décidé de joindre leurs forces selon les termes et conditions de ce présent accord pour leur bénéfice mutuel »

« E_____ accepte que T_____ et A_____ puissent, sur une entité légale contrôlée par eux-mêmes, acquérir les parts de la société. »

« T_____ et A_____ orientent vers la société toutes les affaires faites depuis le 01.01.2006. »

« En général, les partenaires s'engagent à restreindre toute activité qui puisse entrer en compétition avec les affaires de la société, sauf un accord explicite et prioritaire des partenaires (...). »

« E_____ et T_____ consacreront ou continuent de consacrer toutes leurs forces de travail respectives à la société. »

« Les partenaires acceptent que, jusqu'à la révision du présent accord, E_____ percevra de la société un paiement mensuel brut de fr. 32'000.- en tant que salaire, la même forme de paiement pour T_____ sera de fr. 8'000.- brut et même forme de paiement pour A_____ de fr. 2'000.- brut. De plus, chaque partenaire aura ses remboursements documentés, remboursés par la société sur présentation de bordereaux mensuels de leurs dépenses. »

« Tout désaccord ou discussion qui puisse intervenir entre partenaires en dehors ou en connexion avec le présent protocole, y inclus les discussions sur ces conclusions ou constituant une obligation, corrections et/ou cessation, seront soumis à la médiation de B_____, avocat à Bâle, le procédé devant être verbal et le résultat de la médiation devant être rapporté par écrit. Si la médiation tentée échoue, la discussion devra être résolue, si nécessaire, à l'exclusion des Tribunaux habituels et/ou compétents, par un Tribunal arbitral en accord avec les lois suisses d'arbitrage international où chaque partie est libre de nommer son propre arbitre. »

c) Au début de l'année 2007, T_____ a reproché à E_____ SARL de pas rémunérer son activité dans les délais et selon les montants prévus.

Par plis des 9 et 21 février 2007, T_____ a également demandé à E_____ SARL de régulariser sa situation professionnelle en Suisse. E_____ SARL n'a pas donné suite aux requêtes de T_____ et, le 26 février, ce dernier a demandé à B_____, avocat à Bâle, d'intervenir.

Le 3 avril 2007, T_____, E_____ et A_____ se sont rencontrés à l'étude de B_____ en vue de trouver une solution à plusieurs problèmes relevant de l'organisation et de la rémunération établies par la société.

d) Après l'échec de la médiation du 15 juin 2007, le 12 septembre 2007 B_____ a confirmé à C_____, avocat à Genève, que les parties étaient libres de soumettre leur litige à une Cour d'arbitrage établie selon les normes du Règlement suisse d'arbitrage international.

e) Par courrier du 19 septembre 2007, le conseil de T_____ a imparti un délai à E_____ SARL pour lui verser 29'208 fr. 40 à titre de salaire convenu pour l'année 2006 et d'indemnisation des frais encourus, sous déduction des montants déjà versés par la société.

f) Par plis des 10 et 28 janvier 2008, sans nouvelles d'E_____ SARL, T_____ a renouvelé sa prétention de salaire, en indiquant qu'à défaut de versement après le 31 janvier 2008, il agirait par voie judiciaire.

g) Par demande du 20 février 2008, T_____ a assigné E_____ SARL au paiement de 125'208 fr. 40, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 27 février 2008. Cette somme se décompose comme suit : 29'208 fr. 40 brut à titre de salaire au 31 décembre 2006 et 96'000 fr. à titre de « charges sur totalité salaire 2006 ».

h) Le 12 mars 2008, la séance de conciliation a échoué et la cause a été renvoyée au Tribunal des Prud'hommes.

E_____ SARL a conclu à ce que le Tribunal des prud'hommes se déclare incompétent. Selon elle, premièrement, les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail, et, deuxièmement, le contrat la liant à T_____ prévoyait de soumettre tout litige à un Tribunal arbitral.

E_____ SARL a expliqué avoir versé à T_____ une somme totale de 85'000 fr., toutefois, sans lien avec la convention. Elle a également relevé que c'était T_____ qui lui devait les sommes de 19'500 € et de 8'625 fr., retenues à tort sur des primes versées par des clients.

i) Lors de la comparution personnelle, le 15 mai 2008, les parties ont expliqué ce qui suit:

- T_____ a indiqué être inscrit dans le registre de l'OFAP en tant que salarié de E_____ SARL, malgré son domicile en France.

Il a déclaré avoir amené un portefeuille de dossiers, pour lesquels il était subrogé rétroactivement au 1^{er} janvier 2006, et qu'il devait le développer

en France, son lieu de travail principal. Il revenait toutefois une à deux fois par mois en Suisse et discutait souvent au téléphone avec E_____. Or, il n'a jamais reçu de fiches de salaire, bien que des virements irréguliers - comportant la mention « salaire » - avaient été faits sur son compte bancaire en France.

T_____ a également déclaré que les cotisations sociales n'avaient pas été versées et aucun impôt n'avait été payé en France, un prélèvement fiscal aurait dû, selon lui, se faire directement en Suisse. Il a soutenu avoir interpellé E_____ en vain sur la question de sa rémunération.

Toujours selon T_____, E_____ lui donnait des instructions. Pour sa part, il informait régulièrement celui-ci de l'avancement des affaires par télécopies.

T_____ a encore indiqué qu'un arbitrage s'était tenu à Bâle, en présence d'E_____, deux ou trois mois avant le mois de septembre 2008, mais avait échoué. Il relevait qu'au demeurant, s'agissant d'un litige prud'homal, un arbitrage n'était pas nécessaire.

- E_____ SARL a expliqué que T_____ n'était pas employé par la société, aucun contrat de travail n'ayant été conclu. Selon elle, le protocole signé était un accord relatif à la formation d'une société à venir et T_____ avait dès lors exercé une activité indépendante durant toute l'année 2006. Aucune instruction n'avait été donnée à T_____ pour son activité. Son inscription au registre de l'OFAP s'était faite en prévision de l'activité future. E_____ SARL a indiqué également qu'aucun impôt n'avait été prélevé en Suisse, les affaires dont s'occupait T_____ dépendant uniquement des autorités françaises et il ne pouvait pas agir en Suisse tant qu'il n'était pas admis selon les normes LSA. Par ailleurs, les conditions posées à l'entrée en vigueur de la convention ne s'étaient pas réalisées.

E_____ SARL fait valoir qu'aucun arbitrage n'avait eu lieu entre les parties, celles-ci ne s'étant jamais rencontrées à cette fin dans le bureau de B_____.

j) Le 29 mai 2008, T_____ a produit les pièces suivantes:

- une télécopie datée du 17 janvier 2006, par lequel T_____ informe A_____, sous requête d'E_____, du fait qu'un client souhaitait payer et être en possession de sa police d'assurance rapidement
- une télécopie datée du 5 juillet 2006, adressée à E_____ par T_____ comporte une liste de rendez-vous
- une correspondance, non datée, d'E_____ S.a.r.l. au Cabinet D_____ à Paris, T_____ est présenté comme un « représentant » de la société
- une attestation établie par F_____ le 20 mai 2008, mentionne que T_____ est « employé de A. E_____ S.a.r.l. ». Les autres documents relatent l'activité déployée par le T_____ en faveur de la société.

I) Selon E_____ SARL, ces nouveaux documents n'apportent aucun élément probant démontrant que T_____ aurait déployé une activité en qualité de travailleur en faveur de la société.

- D. La Cour a entendu G_____, directeur de H_____ S.A. et réviseur de E_____ SARL qui a déclaré avoir rencontré T_____ en octobre 2006, soit sept mois après la conclusion de l'accord de février 2006. G_____ a expliqué que ce dernier n'avait pas été engagé en tant que Employé de la société. Selon lui, la convention du 27 février 2006 prévoyait que les parties se liaient en vue de constituer une société simple. C'est ce qu'il a compris de la volonté des parties à cette convention. Selon lui, chaque partie à la convention apportait soit un service soit un good will, T_____ et E_____ apportaient leur clientèle respective.

Il soutient avoir proposé à T_____ le statut de salarié au sein de la société simple afin qu'il soit en possession d'un permis de travail en Suisse. T_____ a refusé son offre en expliquant que dans l'hypothèse où il était engagé en tant que salarié en Suisse, il s'exposait à perdre la rente dont il est bénéficiaire en France.

G_____ a encore déclaré que T_____ avait sollicité son intervention, afin de rendre sa situation professionnelle conforme au droit suisse, après la survenance du litige qui l'oppose à E_____ S.a.r.l.

- D. Les arguments en appel seront examinés ci-dessous dans la mesure utile.

EN DROIT

1. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la juridiction des prud'hommes, ci-après LJP), l'appel principal est recevable.
2. Le montant de la demande excédant 1'000 fr. le Tribunal a jugé en premier ressort (art. 54 LJP a contrario). La Cour peut donc revoir librement et entièrement les faits et le droit retenus par le Tribunal (art. 291 LPC).
3. L'intimée fait valoir l'existence d'une clause d'arbitrage, dont découlerait l'exception d'incompétence.

L'incompétence fondée sur une convention d'arbitrage connaît un régime distinct selon qu'il s'agit d'un arbitrage interne ou d'un arbitrage international. S'il s'agit d'un arbitrage interne, sous réserve de prescriptions particulières du droit matériel fédéral, l'exception d'incompétence relève de la procédure cantonale seule, puisque la LFors ne s'applique pas à l'arbitrage (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmid, Commentaire de la LPC, n°19 *ad* art. 97 et les références citées).

Selon Gabriel AUBERT, Bâle, Genève, Lucerne et Soleure excluent le recours à l'arbitrage (Aubert, L'arbitrage en droit du travail, p. 108, *in*: Journée 1996 de droit du travail et de la sécurité sociale).

La jurisprudence genevoise a confirmé que l'exception d'incompétence en raison d'une clause arbitrale devait être rejetée dès lors que la compétence de la Juridiction des prud'hommes prévue par l'article 1^{er} al. 1^{er} de la LJP est d'ordre public, de sorte que les parties ne peuvent y déroger (JAR 2004, p. 505 et les références citées).

Dans la mesure où le présent litige entre dans le champ d'application de l'art. 1 al 1 LJP, dès lors qu'il s'agit d'établir dans un premier temps l'existence ou le défaut d'un contrat de travail, les parties ne peuvent pas exclure a priori la compétence prud'homale.

4. L'appelant soutient qu'il était lié à l'intimée par un contrat de travail et que le litige qui les oppose ressort de la compétence des juridictions des prud'hommes contrairement à l'avis des premiers juges. Pour l'intimée, les parties à la convention du 27 février 2006 étaient liées par un contrat de société simple. Elles

n'ont pas envisagé de se lier par un contrat de travail.

4.1 Selon le Tribunal fédéral (ATF 4A 74/2009 consid. 2. 2), en présence d'un litige sur l'interprétation de clauses contractuelles, le juge doit tout d'abord s'efforcer, en appréciant les preuves apportées, de déterminer la commune et réelle intention des parties (interprétation dite subjective), sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO; ATF 131 III 606 consid. 4.1 p. 611; 129 III 664 consid. 3.1 p. 667). Si le juge n'y parvient pas ou s'il constate que les volontés, sans que les parties l'aient su, étaient divergentes, il doit interpréter les comportements et les déclarations des parties selon la théorie de la confiance, en recherchant comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi par le cocontractant en fonction de l'ensemble des circonstances (interprétation dite objective; ATF 131 III 606 consid. 4.1 p. 611; 130 III 417 consid. 3.2 p. 424). Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 130 III 417 consid. 3.2 p. 424 s.; 129 III 118 consid. 2.5 p. 122). Pour procéder à une interprétation selon ce principe, il faut se fonder sur le contenu des manifestations de volonté et sur les circonstances, lesquelles relèvent des constatations de fait (ATF 130 III 417 consid. 3.2 p. 425; 129 III 118 consid. 2.5 p. 123).

Le juge examinera ensuite le comportement de chacune des parties dans le cadre de l'exécution du contrat (Aubert, La compétence des Tribunaux genevois de prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente, in SJ 1982, pp. 202 et 203).

4.2 Les quatre éléments constitutifs du contrat de travail mentionnés par l'article 319 al. 1^{er} 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 (SJ 1990 p. 185; SJ 1982 p. 202; Rehbinder, Commentaire bernois, n° 42 ad art. 319 CO; Schweingruber, Commentaire du contrat de travail selon le code fédéral des obligations, p. 20). D'autres indices, tels que la stipulation d'un délai de congé, d'une clause de prohibition de faire concurrence, la retenue des charges sociales peuvent en outre être pris en compte pour la qualification du contrat de travail.

Le rapport de subordination revêt une importance primordiale dans la qualification dudit contrat. Il présuppose que le travailleur est soumis à l'autorité de l'employeur pour l'exécution du contrat et cela au triple point de vue personnel, organisationnel et temporel. Le droit de l'employeur de donner des directives et des instructions

constitue un élément caractéristique du contrat de travail; ce droit appartient 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; Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 1988, p. 30, ch. 2).

Pour apprécier la nature juridique du lien existant entre les parties, il convient de tenir compte des critères matériels véritablement constitutifs du rapport de travail et non des critères formels, qui ne sont que l'expression de la volonté apparente des parties sans être déterminants pour autant. Ainsi l'intitulé du contrat, la déduction des cotisations d'assurances sociales, la retenue d'impôts à la source ou le versement d'allocations familiales ne permettent pas à eux seuls de conclure à l'existence d'un contrat de travail.

5. En l'occurrence, aux termes de la convention du 27 février 2006, les parties exerçaient la profession de courtiers en assurances. L'intimée apportait son expérience acquise en Suisse et l'appelant celle acquise en France. Selon la convention tant l'appelant que E_____ devaient consacrer toutes leurs forces de travail respectives à la société et qu'ils avaient décidé de joindre pour leur bénéfice mutuel.

Les tâches, l'organisation et les compétences de chaque associé n'ont pas été précisées dans la convention.

Sur un autre plan, il résulte également de la convention que E_____ percevrait de la société un salaire mensuel de fr. 32.000.-. Pour sa part l'appelant devait recevoir 8'000 fr. brut par mois. Les parties s'engageaient à travailler uniquement pour la société à partir du 1^{er} janvier 2006 et à éviter toute concurrence, ce qui pourrait suggérer que l'appelant fournissait une prestation de travail, contre rémunération, de durée indéterminée, limitée par une clause de non concurrence.

L'ensemble de ces éléments n'est pas suffisant pour retenir de manière définitive que les parties entendaient se lier par un contrat de travail ou entendait seulement organiser leurs relations sous forme de société simple.

Les termes utilisés prêtent à confusion et ne permettent pas de déterminer quelle était la réelle volonté des parties.

Hormis les déclarations contradictoires des parties, les enquêtes devant les premiers juges n'ont apporté aucun élément probant sur les circonstances exactes

ayant entouré la conclusion de la convention de février 2006.

En appel, G_____, réviseur de l'intimée, qui n'a pas participé directement aux négociations ayant conduit à la conclusion de la convention du 26 février 2006, a déclaré que l'accord conclu entre les parties visait la constitution d'une société simple. Selon lui, l'appelant et l'intimé apportaient leurs ressources, leur clientèle et leurs expériences respectives, afin de réaliser un bénéfice mutuel.

G_____ a aussi déclaré que l'appelant n'avait jamais été un salarié de la société. Toujours selon ce témoin, l'appelant a même refusé de figurer comme tel lorsqu'il le lui a proposé expliquant qu'un tel statut lui ferait perdre la rente dont il était bénéficiaire en France.

G_____ a encore indiqué que l'appelant ne lui a demandé que sa situation professionnelle ne soit régularisée qu'après la survenance du litige soit huit mois après la conclusion de la convention. A cet égard, l'appelant n'a sollicité de l'intimée que Elle le déclare aux autorités suisses que près d'un an après la conclusion du contrat, soit par plis des 9 et 21 février 2007.

L'appelant fait aussi valoir qu'il percevait un salaire et que cela constitue un indice de son statut d'employé. Il percevait une rémunération de la part de l'intimée, mais les pièces produites ne permettent pas de distinguer si ces versements étaient effectués à titre de commission ou de salaire.

Il résulte du dossier qu'à deux reprises seulement, le 11 octobre et le 6 novembre 2006, des virements bancaires ont été effectués en faveur de l'appelant avec la mention "salaire".

Il découle de ce qui précède que la procédure ne permet ainsi pas de retenir que les parties ont voulu se lier par un contrat de travail. L'appelant a ainsi, dans un premier temps, refusé d'être considéré comme un salarié, puis subséquemment, il a revendiqué ce statut, environ un an après la conclusion de la convention du 27 février 2006.

5. L'appelant soutient encore qu'il existait avec l'appelante un rapport de subordination caractéristique de son activité de voyageur de commerce.

5.1 Selon la jurisprudence du Tribunal Fédéral (ATF 129 III 664) le voyageur de commerce se trouve dans un rapport juridique de subordination à l'égard de son employeur (ATF 99 II 313 s. et les références citées). Parmi les éléments

impliquant un lien de subordination, on peut mentionner les limitations imposées au voyageur de commerce d'organiser son travail comme il l'entend et de disposer de son temps à sa guise, il est lié aux instructions et directives de son employeur; l'obligation d'adresser des rapports périodiques à la maison représentée est aussi caractéristique du lien de subordination dans lequel se trouve le voyageur de commerce (cf. ATF 99 II 314; cf. également STAEHELIN, op. cit., n. 9 s. ad **art. 347 CO**; THOMAS HIRT, Zum Begriff des Handelsreisendenvertrags, ArbR 1991 p. 63 ss, 84 ss). Le fait de devoir visiter un certain nombre de clients ou celui d'avoir à justifier un chiffre d'affaires minimum sont aussi des indices permettant d'en déduire l'existence d'un contrat d'engagement des voyageurs de commerce (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail annoté, Lausanne 2001, n. 1.2 ad **art. 347 CO**).

5.2 En l'espèce, l'appelant a certes, dès 1^{er} janvier 2006, effectué pour l'intimée une prestation de service, qui pouvait à la fois faire l'objet d'un contrat de travail mais pouvait tout aussi s'exercer à titre indépendant. Son activité consistait en particulier à conclure des contrats d'assurance, en raison desquels il devait voyager beaucoup, et gérer un portefeuille. Même si l'intimée était informée de ses déplacements et de l'état de certains contrats, on ne saurait retenir que ces renseignements constituaient en réalité des rapports périodiques.

Si, pour l'exécution de certaines tâches, l'appelant recevait des instructions de la part de l'intimée, il n'est pas établi que cela limitait son organisation ou son temps de travail. En effet, il ne résulte pas que des horaires, des missions ou des délais lui étaient imposés systématiquement à fin d'organiser son activité.

Au vu de ce qui précède, l'existence d'un lien de subordination organisationnel, temporel ou personnel n'est pas démontrée.

En définitive, l'appelant, A_____ et E_____ se sont davantage comportés dans les faits comme des indépendants animés par une "*voluntas societatis*" et placés sur un pied d'égalité - apportant chacun à la société simple sa clientèle propre - que comme des travailleurs liés à l'intimée par un lien de subordination.

A l'instar du Tribunal, la Cour retient dès lors que la commune et réelle intention des parties n'était pas de conclure un contrat de travail.

Il s'ensuit que le Tribunal des Prud'hommes s'est à juste titre déclaré incompétent *ratione materiae* pour juger de la présente cause.

6. Il résulte de ce qui précède que l'appel est infondé et le jugement attaqué sera dès lors 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 17 septembre 2008 rendu en la cause n° C/3552/2008-4;

Au fond :

- confirme ledit jugement ;
- déboute les parties de toute autre conclusion ;

La greffière de juridiction

Le président