



Madame T _____
Dom. élu : Me Yann MEYER
Rue Ferdinand-Hodler 13
1207 Genève

E _____ SA
Dom. élu : Me Henri NANCHEN
Boulevard des Philosophes 14
1204 Genève

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 23 octobre 2006

Mme Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente

MM. Denis MATHIEU et Laurent VELIN, juges employeurs

MM. Yves DELALOYE et Serge PASSINI, juges salariés

Mme Julie MANCILLA, greffière d'audience

EN FAIT

Par acte du 3 avril 2006, T_____ appelle d'un jugement TRPH/183/2005-4, aux termes duquel le Tribunal des Prud'hommes déclare irrecevable, pour défaut de compétence *ratione materiae*, la demande en paiement initiée par T_____ à l'encontre de E_____ SA.

L'appelante, sollicite, ce jugement étant mis à néant, que la Cour d'appel constate que les parties sont liées par un contrat de travail et, au fond, reprend ses conclusions en paiement de première instance.

L'intimée conclut à la confirmation de la décision déferée.

Devant la Cour, les deux parties se sont déclarées d'accord, dans le respect du double degré de juridiction, qu'en cas d'admission de la compétence *ratione materiae*, la cause soit renvoyée aux premiers juges pour statuer sur le fond.

Les éléments pertinents suivants résultent du dossier:

- A. E_____ SA, société genevoise active dans le domaine du placement de personnel stable et intérimaire, a engagé T_____ à dater du 5 octobre 1998 en qualité de conseillère en personnel.

A teneur de la lettre d'engagement du 5 octobre 1998, T_____ était engagée à temps plein, pour un salaire mensuel brut de 5'000 fr., payable treize fois l'an, auquel s'ajoutait un pourcentage sur le chiffre d'affaires réalisé.

- B. Le 23 mars 2004, T_____ et E_____ SA, représentée par son administratrice A_____, ont signé une convention dont la teneur est la suivante:

"Convention entre E_____ SA Genève, représentée par Madame A_____, administratrice, d'une part et Madame T_____, d'autre part, qui décident d'un commun accord ce qui suit :

1. E_____ SA Genève vend par la présente convention le secteur du placement stable à Madame T_____.

2. Le prix de vente correspond à 10% du chiffre d'affaires réalisé durant 3 ans. Le premier paiement annuel sera dû le 1^{er} janvier 2005, le deuxième paiement annuel sera dû le 1^{er} janvier 2006, le troisième paiement annuel sera dû le 1^{er} janvier 2007. Le solde sera dû le 31 mars 2007.

3. Dans le prix d'achat sont inclus l'utilisation du mobilier, des ordinateurs, des imprimantes, de la photocopieuse, de la machine à timbrer, du fax, du scanner se trouvant actuellement dans les locaux de E_____ SA Genève. A la charge de l'acheteur d'en assumer les frais et locations en commun avec le secteur temporaire.

4. (...)

5. La reprise des charges externes du secteur du placement stable selon la liste ci-jointe.

6. La reprise du salaire et des charges d'une collaboratrice du secteur fixe.

7. La présente convention permet à Madame T_____ de reprendre ce secteur dès le 1^{er} avril 2004 en attendant que la création de la nouvelle société soit effective. A partir de cette date, toutes les responsabilités seront à la charge de Madame T_____, nouvelle propriétaire de E_____, secteur du placement stable.

Les deux parties intéressées s'engagent d'informer les tiers du changement de propriétaire".

Les deux parties s'accordent pour dire qu'elles entendaient de la sorte céder à T_____ la partie de l'entreprise relative au placement du personnel stable; selon leurs explications concordantes, T_____ souhaitait "*devenir indépendante*" alors que A_____ voulait "*réduire son rythme professionnel*".

Elles admettent que la partie de l'entreprise objet de la convention représentait économiquement plus de 5% de la valeur de l'entreprise, enfin que les formes prévues par la Loi sur les fusions ont été ignorées.

La cession n'a ainsi été ni approuvée par les organes directeurs de E_____ SA, ni inscrite au Registre du commerce.

C. Le contrat de travail de T_____ n'a été dénoncé ni par l'une, ni par l'autre des parties.

Lors de l'Assemblée générale de E_____ SA qui s'est tenue le 4 mai 2004, il a été décidé que T_____ "*était nommée responsable du département placement*

stable dans le secteur tertiaire. Elle signera individuellement pour ledit département".

Le 14 juillet 2004, E_____ SA a remis à T_____ un certificat de travail intérimaire. Ce document précise que T_____ *"travaille auprès de (la) société en tant que conseillère en placement privé secteur tertiaire et de cadres depuis le 5 octobre 1998 à ce jour"* et qu'il est établi *"afin de promouvoir Madame T_____ au poste de directrice responsable autonome de son secteur"*.

Le 10 août 2004, T_____ a été inscrite au Registre du commerce sur le feuillet de E_____ SA comme fondé de pouvoir avec signature individuelle.

- E. Parallèlement, soit le 20 avril 2004, A_____, a informé l'Office cantonal de l'emploi qu'elle souhaitait réduire son rythme de travail et céder le secteur du placement privé de E_____ SA à T_____ ; elle souhaitait que *"les deux secteurs continuent de travailler sous le nom de E_____ SA"*, de manière à ce qu'envers la clientèle, ils puissent continuer à bénéficier *"de l'ancienneté et du sérieux de la société"*. T_____ assumerait *"la responsabilité du secteur placement privé"*.

Le 26 avril 2004, l'Office cantonal de l'emploi a répondu qu'il incombait à l'employée de déposer une demande d'autorisation afin de pouvoir, cas échéant, pratiquer à son compte le placement privé.

En définitive, l'Office cantonal de l'emploi a, le 5 octobre 2004, modifié l'autorisation de pratiquer le placement privé accordée à E_____ SA, en faisant figurer T_____ comme responsable de la société, aux côtés de A_____.

En novembre 2004, le personnel a été informé que T_____ n'avait pas obtenu l'autorisation de l'OCE pour faire du placement de personnel à titre indépendant (tém. B_____). Devant la Cour, E_____ SA admet que T_____ ne remplissait pas les conditions pour obtenir une telle autorisation à titre indépendant.

- D. En avril 2004, travaillaient dans le secteur "placements stables" T_____ et une seconde employée. Celle-ci ayant par la suite donné son congé, T_____ a engagé deux nouveaux employés, les contrats de travail étant conclus par elle au nom de E_____ SA. Les salaires desdits employés étaient payés par E_____ SA et "refacturés" au secteur du placement stable (décl. C_____).

Après le départ de T_____, dont il sera question ci-après, A_____ a licencié l'une de ces deux employés, ou plus précisément, selon sa déclaration, l'a "*placée en temporaire chez un client*". Elle a alors signé avec cette collaboratrice une "*convention de fin des rapports de travail*" (tém. D_____). Le deuxième employé a "*été repris chez E_____*", il a commencé à travailler dans le secteur temporaire, sur proposition de A_____, quelques jours avant que T_____ ne tombe malade, en février 2005; il n'a pas envoyé de lettre de démission à T_____ et a reçu un courrier de E_____ SA lui indiquant que son bonus serait modifié à l'avenir; pour le surplus, son salaire et son cahier des charges sont demeurés inchangés (tém. B_____).

T_____ a également fait appel durant une dizaine de jours à un conseiller en emploi travaillant en indépendant (tém. F_____) et à la société de son mari (G_____ SA), à laquelle elle a confié l'analyse et l'amélioration du système informatique du secteur du placement stable.

Les bureaux affectés au secteur du placement stable, d'une part, au secteur du placement temporaire, d'autre part, étaient situés dans deux appartements sis sur le même palier et séparés par un couloir d'immeuble (tém. D_____). La réception était toutefois commune et tous les clients étaient reçus "*du côté du temporaire*"; c'est également le secteur temporaire qui recevait le courrier, dont le tri était assuré soit par une employée de ce secteur, soit par C_____ (tém. D_____). T_____ "*donnait l'impression*" de gérer le secteur du placement stable "*comme s'il s'était agi de sa propre entreprise*"; toutefois, A_____, bien que son bureau ait été "géographiquement" situé du côté du secteur de placement temporaire, travaillait également sur des dossiers relevant du placement stable et "*gardait les rennes (sic) de la société dans son ensemble, en attendant que Madame T_____ reprenne la direction du secteur stable*" (tém. D_____).

La tension entre les deux secteurs était importante et T_____ était régulièrement convoquée dans le bureau de A_____, qui lui donnait des consignes (tém. F_____).

- F. Sur le plan financier, la comptable C_____, employée de E_____, a créé dès le 1^{er} avril 2004 une comptabilité séparée pour le secteur du placement stable et, à fin 2004, a établi des comptes consolidés pour E_____ SA, dans lesquels sont distingués les secteurs Lausanne, Genève, St-Germain et "T_____ Fixes"; un bilan spécifique a également été établi pour chacun des deux secteurs gérés à Genève (fixe et temporaire). E_____ SA admet dans ses écritures de première instance que T_____ n'a eu connaissance que des éléments relatifs à son

propre secteur d'activité.

Selon les explications de C_____, celle-ci, sur instructions de A_____, répartissait les charges générales de E_____ SA entre le secteur du placement stable et celui du placement temporaire; la quote-part mise à la charge de T_____ figurait dans les comptes de son secteur; y figuraient ainsi, par exemple, la moitié de certains frais, le salaire des employés de son secteur, les frais d'une photocopieuse, ainsi qu'une quote-part du loyer au prorata de la surface utilisée.

T_____ admet avoir reçu, avant la signature de la convention, une liste des frais qu'elle devrait supporter, mais affirme qu'il s'agissait d'une liste non détaillée et qu'elle ne correspondait pas à "*ce qui a été fait par la suite*". Ce document n'a pas été produit. T_____ affirme n'avoir jamais reçu de facture relative à ses frais de fonctionnement. Aucune facture de cette nature n'est produite à la procédure et aucun débit en relation avec une telle facture n'apparaît aux relevés des comptes dont il est question ci-après.

T_____ a ouvert en son nom personnel, auprès de l'X_____, un compte personnel, étant précisé que E_____ SA admet que l'ouverture de ce compte s'est faite d'entente avec A_____, ainsi qu'un compte d'épargne. Par le débit du compte personnel étaient payés divers frais de fonctionnement du "secteur placement stable". Les honoraires dus par les clients du "secteur placement stable" étaient également versés sur ce compte. Une partie des montants encaissés (27'000 fr.) a ensuite été transférée sur le compte d'épargne, en vue, selon T_____, de "*provisionner*" l'équivalent du 10% du chiffre d'affaires prévu à l'art. 2 de la convention du 23 mars 2004.

Le relevé de ces deux comptes était mensuellement soumis à C_____, accompagné des pièces justificatives, parmi lesquelles figuraient en particulier les notes d'honoraires établies par G_____ SA pour son travail de consultant. Lesdites pièces justificatives étaient ensuite vérifiées par C_____. C'est le lieu de préciser que, dans la présente procédure, E_____ SA conteste la légitimité des notes d'honoraires établies par G_____ SA et payées par le débit du compte personnel et que, devant la Cour, elle admet (ch. ad 14 de sa réponse à l'appel) que la remise mensuelle des comptes du secteur stable était pour T_____ une obligation.

- G. Les montants disponibles étaient régulièrement versés à E_____ SA, soit à l'initiative de T_____, soit, selon cette dernière, à la demande de A_____,

qui conteste toutefois cette dernière affirmation. Ont ainsi été crédités à E_____ SA, par le débit du compte personnel, 19'000 fr. le 10 juin 2004, 20'000 fr. le 20 juillet 2004, 35'000 fr. le 23 août 2004, 45'000 fr. le 24 septembre 2004, 45'000 fr. le 29 septembre 2004, 35'000 fr. le 22 octobre 2004, 35'000 fr. le 24 novembre 2004, 20'000 fr. le 15 décembre 2004, 12'000 fr. le 25 janvier 2005.

A fin janvier 2005, le compte personnel présentait un solde de 30'176 fr. 75 et le compte d'épargne un solde de 27'036 fr. 90, intérêts compris, sommes dont T_____ se reconnaît débitrice envers E_____ SA dans le cadre de la présente procédure.

Les relevés des deux comptes ne laissent pour le surplus apparaître aucun prélèvement personnel de la part de T_____.

Le chiffre d'affaires du secteur de placement stable a représenté 60'000 fr. en mai 2004, 73'000 fr. en juillet 2004, 32'000 fr. en septembre, 30'150 fr. en octobre 2004 et 3'800 fr. en novembre 2004. T_____ a expliqué cette diminution par le fait que A_____, contrairement à ce qui était convenu, avait continué à s'occuper de placements stables et a produit, à l'appui de cette affirmation, un "mémo" adressé à E_____ SA le 23 novembre 2004, dans lequel elle se plaint de cette situation.

Dans le mémo du 23 novembre 2004 dont il a été question ci-avant, T_____ fait état de la prise de ses "*fonctions de directrice du secteur stable*" au 1^{er} avril 2004; la signature de la convention du 23 mars 2004 impliquait pour elle le paiement de tous ses frais et une provision de 10% de son chiffre d'affaires, mais aussi l'encaissement de tous les honoraires afférents aux placements stables; or, la pratique était tout autre, puisque A_____ avait continué à pratiquer le placement stable au-delà d'une période qui ne devait être que transitoire; il s'ensuivait que le secteur stable supportait la totalité de ses propres frais sans encaisser la totalité des honoraires liés aux placements stables, ce qui était contraire à la convention. Pour l'avenir, elle proposait de s'en tenir à la convention, chacune des parties gérant à 100% son propre secteur; cela impliquait en particulier que le secteur temporaire ne fasse plus de placements stables ou alors que toute facture de placement stable soit encaissée par le secteur des placements stables. Elle proposait en outre divers avenants à la convention du 23 mars 2004, en relation avec les clients en temporaire qui étaient ouverts à une solution en stable, l'information financière qui devrait être donnée à T_____ et le partage des frais entre les deux secteurs.

E_____ admet que A_____ a continué à s'occuper du secteur des placements stables, expliquant d'une part que les deux secteurs étaient étroitement liés et que les clients n'auraient pas compris une stricte séparation, d'autre part qu'elle a été "*obligée de sauver*" ce secteur qui courait à sa perte en raison de "l'irresponsabilité" de T_____, "*ne serait-ce entre autres que pour assurer au personnel de T_____ les salaires ainsi que tous les frais lui permettant de fonctionner (sic)*".

- H. T_____ a continué à recevoir un salaire, porté dès le 1^{er} avril 2004 à 7'000 fr. brut mensuellement; à cela s'est ajoutée, certains mois, une participation sur le chiffre d'affaires. Selon la comptable C_____, c'est T_____ elle-même qui avait décidé de l'augmentation de son salaire de 5'000 fr. à 7'000 fr.; A_____ en avait été informée et cela n'avait "*inquiété personne, car les affaires marchaient bien*". Ce salaire était débité du compte de E_____ SA et crédité sur un compte-joint dont T_____ est titulaire avec son mari. Selon C_____, ce salaire devait ultérieurement être refacturé à T_____, au même titre que les frais de fonctionnement. Les fiches de salaires étaient établies par C_____ et libellées au nom de "E_____ fixe T_____" pour le mois d'avril 2004, puis de "E_____ fixes" dès le mois de mai 2004.

La fiche de salaire du mois de mars 2004 fait état d'une indemnité pour vacances non prises et d'un montant versé à titre de 13^{ème} salaire au prorata pour 2004.

Pour l'année 2004, E_____ SA, sous la signature de A_____, a établi une attestation-quittance destinée à l'AVS, indiquant T_____ comme son employée. Elle a continué à s'acquitter des charges sociales (AVS etc., LPP), de l'impôt à la source et a continué à assurer T_____ pour une indemnité perte de gains en cas de maladie ou d'accident.

- I Le 3 février 2005, E_____ SA a reproché à T_____ de n'avoir pas respecté ses "*directives*" en matière de "*stratégie de prudence en matière de dépenses*", qui lui avait été indiquée lors de divers entretiens. Précisant que la somme avancée par ses soins pour "*lui permettre de fonctionner*" (111'492 fr. 66) n'était pas couverte par les sommes facturées aux clients (66'367 fr. 65) elle a relevé que les frais mensuels de fonctionnement représentaient 30'000 fr. environ, alors que seuls 32'000 fr. lui avaient été versés entre décembre 2004 et janvier 2005. Il était reproché à T_____ d'une part, d'avoir versé 27'000 fr. sur son autre compte bancaire et d'avoir payé à la société de son mari 14'000 fr. pour des notes d'honoraires non détaillées, faits qualifiés de "*graves fautes de gestion*", d'autre

part de percevoir un salaire sans relation avec son taux d'activité (80%), la baisse du chiffre d'affaires ne justifiant au surplus ni ce salaire, ni les frais d'une assistante personnelle. L'engagement d'un "commercial" depuis le 1^{er} février sans consultation préalable était également contesté. T_____ se voyait ainsi rappeler que sa priorité devait être de rembourser à E_____ SA les frais de fonctionnement lui incombant.

T_____ était dès lors informée que E_____ SA avait pris la décision de licencier son assistante personnelle pour une date à déterminer; elle était également sommée de verser à E_____ SA les 27'000 fr. versés sur son compte d'épargne, à titre de remboursement partiel des frais non payés à ce jour, et de fournir les justificatifs des factures établies par son mari, ceci dans le délai d'une semaine.

Le 10 février 2005, T_____ a fait parvenir à E_____ SA un certificat médical daté du même jour, attestant d'une incapacité de travail à 100% dès le 8 février 2004 et jusqu'au 20 février 2004, pour cause de maladie. Un second certificat médical, daté du 14 février 2005, atteste d'une prolongation de ladite incapacité de travail à 100% pour une durée indéterminée.

Des indemnités journalières lui ont été versées par l'assurance-perte de gain contractée par E_____ SA pour ses employés jusqu'à fin novembre 2005. Dès le 1^{er} décembre 2005, elle s'est inscrite au chômage.

Le 14 février 2005, E_____ SA, se référant à son précédent courrier, a reproché à T_____ d'avoir photocopié des dossiers de candidats, "*vidé son ordinateur*" et "*détourné*" son adresse professionnelle sans l'en informer. En raison de ces circonstances, de la baisse du chiffre d'affaires, de la "*disparition de certains dossiers et commandes*", et des absences de plus en plus fréquentes au poste de travail, la question se posait de savoir si T_____ ne travaillait pas d'ores et déjà pour la société d'outplacement de son mari, violant ainsi son obligation de fidélité. T_____ se voyait enfin reprocher un détournement de fonds; elle était informée que le dossier était confié à un avocat, que "*le paiement de son salaire était bloqué*" et que ses pouvoirs au Registre du commerce avaient été radiés.

S'en est suivi un échange de correspondance, au cours duquel T_____ a contesté les griefs émis à son encontre. Elle a rendu à E_____ SA des dossiers, une clé, un appareil de photo, une carte de parking et un solde de caisse de 234 fr. 65, et indiqué tenir à disposition de E_____ SA les montants déposés sur les comptes auprès de l'X_____.

E_____ SA admet que T_____ n'a plus eu accès aux locaux de la société, dont les serrures ont été changées; son compte e-mail a été bloqué, son nom a été enlevé du site internet de la société et ses pouvoirs ont été radiés du Registre du commerce.

En cours de procédure, soit le 22 août 2005, E_____ SA a déclaré, en tant que de besoin et pour l'hypothèse où le Tribunal des Prud'hommes en admettrait l'existence, résilier le contrat de travail pour le 31 octobre 2005.

- J. Le 7 avril 2005, T_____ a assigné E_____ SA devant la juridiction des Prud'hommes, réclamant en dernier lieu à cette dernière 2'361 fr.05 brut (salaire du 1^{er} au 8 février 2005), 7'694 fr. 55 brut (indemnité pour vacances non prises), 6'760 fr. brut (treizième salaire au prorata), 30'555 fr. 20 (indemnité perte de gains pour la période allant du 8 février au 31 mai 2004), enfin 20'000 fr. net (réparation pour tort moral), toutes sommes assorties d'intérêts moratoires, et a déclaré vouloir compenser ces sommes avec les avoirs détenus pour le compte de E_____ SA (59'672 fr. 35).

A l'appui de ses conclusions, T_____ a en substance fait valoir qu'elle était liée à E_____ SA par un rapport de travail, en voulant pour preuve, en particulier, les fiches de salaire qui lui étaient remises, l'attestation d'impôt à la source établie le 13 janvier 2005 et l'extrait du procès-verbal de l'assemblée générale du 4 mai 2004 attestant qu'elle était nommée "*responsable du département "placement stable" dans le secteur tertiaire*". Il en découlait, pour la société, une obligation de verser les indemnités réclamées pour perte de gains. Elle s'était vu confier le risque économique de l'entreprise, en violation de l'article 327d CO, d'une part, et s'était fait accuser à tort de détournements de fonds par A_____, ce qui justifiait l'allocation de la réparation pour tort moral réclamée.

- K. E_____ SA, faisant valoir que les rapports juridiques entre les parties relevaient non du contrat de travail, mais de la société simple, a conclu principalement à l'irrecevabilité de la demande principale, la cause devant être soumise au Tribunal de première instance, et subsidiairement à son rejet; T_____ devait au surplus être condamnée à lui rembourser les montants en sa possession, soit 76'435 fr. ReConventionnellement, elle a réclamé la dissolution de la société simple et la condamnation de T_____ à lui verser 91'012 fr. avec intérêts.

Sur le fond, E_____ SA a soutenu que T_____ avait souhaité se mettre à son compte, raison pour laquelle, en attendant qu'elle obtienne l'autorisation

nécessaire de l'Office cantonal de l'emploi, E_____ SA lui avait consenti une avance de capital, sous la forme d'un prêt sans intérêts, et avait mis à sa disposition des locaux et du matériel de la société. Comme cela figurait dans la convention du 23 mars 2004. T_____ était depuis lors tenue de s'acquitter des charges liées à son activité et d'assumer les frais de la collaboratrice travaillant dans son secteur. Il s'agissait d'une période de transition, durant laquelle les parties avaient convenu de simuler que leurs rapports juridiques relevaient du contrat de travail. L'inscription de T_____ au Registre du commerce avec signature individuelle était quant à elle destinée à lui permettre de gérer son secteur de manière autonome.

T_____ s'est entièrement opposée à la demande reconventionnelle et a contesté la simulation invoquée.

- L. Le jugement entrepris retient en substance la convention du 23 mars 2004, constitutive d'une partie du patrimoine de l'entreprise, était nulle *ab initio*, les conditions prévues par la Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus), par renvoi de l'art. 181 al. 4 CO n'étant pas remplies. L'existence des fiches de salaire des mois de mai à décembre 2004 et février 2005 produites laissent accroire *a priori* qu'un salaire avait continué de lui être versé au-delà du 1^{er} avril 2004, ainsi que les commissions qui y figurent. Toutefois, le salaire avait été augmenté sans justification, les vacances n'étaient plus mentionnées dès le 1^{er} avril 2004, les fiches étaient désormais libellées au nom de « E_____ fixes » et T_____ avait elle-même admis qu'elle était censée gagner sa vie sur la base des rentrées du secteur stable, créditées sur un compte bancaire dont elle seule possédait la signature. Dans cette mesure, il était douteux qu'elle puisse être considérée comme salariée au-delà du 1^{er} avril 2004.

Certes, T_____ avait reçu un certificat de travail intermédiaire du 14 juillet 2004, les primes d'assurance la concernant, notamment celles versées à l'assurance perte de gains maladie, avaient continué d'être assumées par la société après le 1^{er} avril 2004 et au moins un employé travaillant sous ses ordres avait poursuivi son activité au sein de E_____ SA après son départ, intervenu en février 2005. Il résultait toutefois du "mémo" rédigé par T_____ le 23 novembre 2004 que celle-ci avait manifestement cessé de recevoir des instructions à partir du 1^{er} avril 2004, date à partir de laquelle elle avait géré l'activité de placement stable d'une manière indépendante; elle avait en outre payé les frais convenus.

Il en résultait que les parties avaient, malgré l'absence de transfert effectif d'une partie de la société, exécuté la convention sans tenir compte et sans connaître le vice de forme qui s'y attachait, T_____ déployant ainsi son activité pour son propre compte. La nature des rapports contractuels entre les parties ne comportait ainsi ni subordination personnelle, ni subordination fonctionnelle, la subordination financière n'étant enfin qu'apparente. La réelle et commune intention des parties les avait bel et bien conduites à se départir d'éléments essentiels du contrat de travail, et dans cette mesure, à mettre fin aux rapports de travail dès la date du 1^{er} avril 2004. Les prétentions de T_____, afférentes à la période postérieure au 1^{er} avril 2004, à l'instar de celles émises par E_____ SA à titre reconventionnel, ne relevaient ainsi pas du contrat de travail et la Juridiction des prud'hommes était incompétente *ratione materiae* pour en connaître.

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 partant recevable.

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

2. Ainsi que l'ont retenu les premiers juges, l'art. 1 al. 1 LJP soumet à la Juridiction des prud'hommes les litiges entre employeurs et salariés, pour tout ce qui a trait à leurs rapports découlant d'un contrat de travail au sens du titre dixième du Code des Obligations, ce qui conduit à examiner si les rapports ayant existé entre les parties peuvent ou non être qualifiés de contrat de travail.

L'intimée conteste avoir été liée à l'appelante par un contrat de travail au-delà du 1^{er} avril 2004. Elle soutient que les parties ont en réalité conclu un contrat de société simple, mais ont décidé, pour les rapports externes, de simuler l'existence d'un contrat de travail.

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 (REHBINDER, Comm. bernois, no 11 ad art. 319 CO et réf. citées). 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).

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, en recherchant, 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, du but poursuivi par les parties et des 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 logique de l'opération telle que, de bonne foi, les parties devaient la considérer (ATF 111 II 284 = JdT 1986 I 96). Il examinera ensuite le comportement de chacune d'elles dans le cadre de l'exécution du contrat (AUBERT, La compétence des Tribunaux genevois des prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente, in SJ 1982, pp. 202 et 203).

En l'espèce, à teneur du texte clair de l'art. 1 de la convention signée le 23 mars 2004, les parties ont voulu transférer à l'appelante le secteur "placements stables" de l'intimée. Dans le cadre de la présente procédure, elles se sont accordées à dire que le texte de la convention correspondait à leur commune et réelle volonté, T_____ souhaitant "*devenir indépendante*" et A_____ voulant "*réduire son rythme professionnel*". L'interprétation objective de la convention du 23 mars

2004 ne permet pas une autre conclusion. A teneur du texte, en effet, l'objet de la convention apparaît bien être la cession, par E_____ SA, de son secteur "placements stables" à T_____.

Les parties admettent que la partie de l'entreprise exploitée par l'intimée, objet de la convention du 23 mars 2004, représentait plus de 5% du bilan de l'intimée, et qu'elle était dès lors soumise à la LFus, en application de l'art. 181 al. 4 CO. Elles admettent de même que les conditions posées par ladite loi n'ont pas été respectées: le contrat de transfert ne mentionne ainsi pas clairement les objets du patrimoine actif et passifs transférés, la valeur totale des actifs et passifs objet de la cession, et ne contient pas de liste des rapports de travail transférés à l'acheteur (art. 71 let. a, c et e LFus); le transfert du patrimoine n'a en outre pas été transcrit au Registre du commerce (art. 73 al. 1 LFus). Il en résulte que le transfert de patrimoine convenu le 23 mars 2004 n'a pas déployé d'effets (art. 73 al. 2 LFus).

3. Aucune allusion n'est en revanche faite, dans la convention du 23 mars 2004, à une éventuelle collaboration future entre les parties ou entre T_____ et A_____, permettant d'admettre que les parties ont en réalité convenu de former une société simple, dont le but serait - de manière durable ou temporaire - l'exploitation commune du secteur des placements stables de E_____ SA.

E_____ SA n'explique par ailleurs pas de quelle manière serait intervenu un accord de volonté oral, à teneur duquel les parties auraient convenu de s'associer dans le cadre d'une société simple, tout en simulant un contrat de travail. Plus spécifiquement, elle n'indique pas à quel moment un tel accord serait intervenu, et ne donne aucune indication sur les discussions qui l'auraient précédé.

4. La conclusion tacite d'un contrat de société simple et d'un contrat de travail simulé ne résulte enfin pas du comportement des parties.

T_____ n'est en effet pas devenue indépendante après le 1^{er} avril 2004. Sur le plan administratif, elle n'a pas obtenu d'autorisation individuelle de pratiquer le placement privé, mais a uniquement été inscrite comme co-responsable de E_____ SA. Elle a continué à percevoir un salaire de E_____ SA, prélevé sur les avoirs de cette société et non sur les résultats du secteur stable et E_____ SA a continué à établir des fiches de salaire, de percevoir et payer ses charges sociales, de même qu'elle a continué à assurer l'appelante contre la perte de gain, à l'instar des autres employés. Son contrat de travail n'a pas formellement été dénoncé et, lors de l'assemblée générale du 4 mai 2004, E_____ SA l'a nommée responsable du département "placements stables", avec signature individuelle, à la

suite de quoi elle a été inscrite comme fondée de pouvoir de E_____ SA au registre du commerce, avec signature individuelle. Le 14 juillet 2004, elle lui a en outre remis un certificat intermédiaire, lequel atteste de sa promotion et du fait qu'elle est toujours employée de la société. Ces nouvelles fonctions de responsable expliquent d'ailleurs, avec une vraisemblance confinant à la certitude, l'augmentation de sa rémunération dès le 1^{er} avril 2004.

De part ses fonctions de responsable et de par son droit de représenter la société par sa seule signature, T_____ a certes, dès le 1^{er} avril 2004, disposé d'une large indépendance dans la gestion du secteur qui lui était confié; en particulier, elle a ainsi pu engager du personnel pour E_____ SA sous sa seule signature et, avec l'accord de A_____, ouvrir des comptes bancaires à son propre nom, mais destinés à la gestion financière du secteur qui lui était confié.

Le lien de subordination n'en a néanmoins pas été rompu: en effet, le courrier destiné au secteur géré par T_____ était reçu et trié par du personnel dépendant directement de A_____ et les clients du secteur "placements stables" étaient de même reçus à la réception se trouvant du côté "placements temporaires". T_____ devait remettre mensuellement ses relevés de comptes à la comptable de E_____ SA, justificatifs à l'appui, ses dépenses faisant ainsi l'objet d'un contrôle, conformément à l'obligation faite au travailleur par l'art. 321b CO. Elle n'effectuait aucun prélèvement personnel sur les comptes ouverts en son nom auprès de l'X_____ et transférait régulièrement à E_____ SA les bénéfices retirés (sous réserve des montants transférés sur le compte d'épargne et dont E_____ SA avait connaissance), conformément à l'art. 321 b al. 2 CO. Les dépenses qui étaient mises à la charge de son secteur étaient déterminées par E_____ SA et, si elle recevait les éléments comptables relatifs à son propre secteur, il n'en était pas de même de l'ensemble des comptes de E_____ SA, alors que tel aurait dû être le cas si elle avait été une associée. A_____ considérait d'ailleurs bien avoir un droit de regard sur les dépenses engagées par T_____, puisqu'elle a remis en cause la nécessité de celles liées aux tâches de consultant confiées par T_____ à son mari et l'engagement d'un commercial.

Il est d'autre part établi par témoignage que T_____ était fréquemment convoquée dans le bureau de A_____ "pour y recevoir des consignes", conformément à l'art. 321 d CO. A_____ a elle-même reproché à T_____ de ne pas respecter les directives qui lui avaient été données en matière de dépenses et ses horaires de travail, d'engager du personnel payé à la commission, d'avoir "vidé son ordinateur", photocopié des adresses de clients et changé son adresse e-mail, enfin d'avoir violé son devoir de fidélité en travaillant pour la

société d'out-placement de son mari, reproches qui ne se comprennent pas si T_____ avait géré son secteur à titre indépendant. A_____ disposait en outre d'un pouvoir de décision sur le personnel du secteur stable: elle a ainsi informé T_____ de sa décision de licencier sa collaboratrice et, lorsque T_____ a cessé son activité et envoyé un certificat médical, elle a repris sans autre formalité la gestion du secteur stable, a placé l'une des employés travaillant dans ce secteur chez un tiers et a déplacé l'autre; elle a en outre fait changer les serrures, empêchant ainsi T_____ d'accéder aux locaux.

Les parties ne se sont ainsi pas comportées dans les faits comme des indépendantes ou des associées placées sur pied d'égalité; plus spécifiquement, l'existence d'une "voluntas societatis" n'est pas démontrée. Les éléments rappelés ci-dessus révèlent bien l'existence d'un lien de subordination, contrairement à ce que retient le jugement attaqué. Sur le sujet, la teneur du mémo établi par T_____ le 23 novembre 2004 ne conduit pas à une autre conclusion: T_____ y proteste en effet essentiellement contre le fait qu'elle devait supporter des frais exposés par le secteur du placement temporaire, alors que celui-ci continuait à percevoir des honoraires liés à des placements stables, protestation qu'elle pouvait élever non seulement en tant qu'indépendante ou associée, mais également en tant que responsable salariée de ce secteur, étant rappelé que l'art. 327d CO interdit de mettre à la charge d'un employé le risque économique de l'entreprise.

5. Il résulte de ce qui précède que les prétentions que fait valoir T_____ dans la présente procédure trouvent bien leur fondement dans un contrat de travail entre les parties.

La compétence matérielle de la juridiction des prud'hommes est dès lors acquise, ce qui conduit à l'annulation du jugement attaqué et au renvoi de la cause aux premiers juges afin qu'ils instruisent et jugent du fond.

L'appel étant fondé, il se justifie de condamner l'intimée, qui succombe, à rembourser à l'appelante l'émolument d'appel exposé par ses soins, soit 880 fr.

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/183/2006 rendu le 23 février 2006 par le Tribunal des Prud'hommes, groupe 4, dans la cause C/7463/2005-4.

Au fond :

Annule le jugement entrepris.

Statuant à nouveau:

Dit que la Juridiction des prud'hommes est compétente *ratione materiae* pour connaître du litige.

Renvoie la cause aux premiers juges pour instruire et statuer sur le fond.

Condamne E_____ SA à rembourser à T_____ l'émolument d'appel de 880 fr.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente