



T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Eric MAUGUE  
Rue marignac 14  
1206 Genève

E \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Marie-Christine BALZAN  
Rue Sénebier 20  
Case postale 166  
1211 Genève 12

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 2 juin 2006

Mme Florence KRAUSKOPF, présidente

MM. Denis MATHIEU et Laurent VELIN, juges employeurs

MM. Yves DELALOYE et Serge PASSINI, juges salariés

M. Maximilien LÜCKER, greffier d'audience

**EN FAIT**

- A. Le 15 mai 2001, T\_\_\_\_\_ a signé, avec E\_\_\_\_\_, société active dans les services administratifs et dont le siège est sis à Genève, un "consultancy contract".

Celui-ci prévoit qu'en tant que "director consultant", T\_\_\_\_\_ devait consacrer la totalité de son temps, ses capacités et son attention à la société. Son horaire était fixé de 9h00 à 17h30, les heures supplémentaires n'étant pas rémunérées. Sa rétribution était de 120'000 fr. par année, payable par mensualités de 10'000 fr. La société devait lui remettre 37'000 actions T\_\_\_\_\_ H\_\_\_\_\_ Sàrl après la période d'essai, qui n'était pas déterminée. En outre, trente-sept mille autres actions devaient encore lui être remises au lancement du produit X\_\_\_\_\_, dès l'approbation du conseil d'administration et s'il était toujours engagé par E\_\_\_\_\_. Le contrat précisait encore qu'il n'existait aucun plan de retraite en opération pour les consultants. En outre, un délai de résiliation d'un mois était convenu.

- B. T\_\_\_\_\_ a été administrateur de la société de novembre 2001 à novembre 2004. Il a participé à la création de E\_\_\_\_\_. L'activité principale de la société, une « start up », a consisté en la recherche d'investisseurs.
- C. T\_\_\_\_\_ a établi, chaque mois, des factures à l'attention de E\_\_\_\_\_ pour les services de "management consultancy" rendus. Les montants facturés ont varié entre 2'500 fr. et 10'000 fr. par mois.
- D. Par lettre du 31 octobre 2003, E\_\_\_\_\_ a confirmé la teneur d'un entretien avec T\_\_\_\_\_ lors duquel elle a mis un terme au contrat conclu entre les parties avec effet au 11 novembre 2003.

A la suite de la réclamation de T\_\_\_\_\_, les parties ont trouvé un arrangement par lequel E\_\_\_\_\_ s'est engagée à payer à T\_\_\_\_\_, qui a accepté, la somme de fr. 26'000.- représentant un salaire de deux mois et les honoraires d'administrateur de fr. 6'000.-, ainsi qu'un arriéré de fr. 60'500.- payable à la condition que E\_\_\_\_\_ trouve un investisseur

suffisant et que T\_\_\_\_\_ soit traité comme les autres personnes de la société. Les parties sont néanmoins restées en désaccord sur la nature des montants en question. Pour T\_\_\_\_\_, il s'agissait de salaires, pour E\_\_\_\_\_, d'une rémunération de consultant, sur factures.

Contrairement à ce que soutient T\_\_\_\_\_, le courrier du 1<sup>er</sup> avril 2005 de E\_\_\_\_\_ ne contient pas la reconnaissance de la qualification de contrat de travail de la relation qui liait les parties. Ce courrier répond à celui du conseil de T\_\_\_\_\_ du 14 mars 2005 en reprenant la structure de celui-ci, y compris le nom des différentes rubriques ("salaire", "solde de salaire"), sans cependant acquiescer à la qualification de salaire ou de contrat de travail.

- E.** E\_\_\_\_\_ n'a pas versé à T\_\_\_\_\_ les montants qu'elle s'était engagée à payer, en relevant notamment que le paiement d'une somme de fr. 60'500.- dépendait d'un investissement important qu'elle espérait et qui n'était pas survenu.
- F.** Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 14 avril 2005, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_ en paiement de fr. 60'500.- plus intérêts à 5% l'an dès le 30 septembre 2001 à titre de salaire de juin à décembre 2001 et de fr. 32'000.- plus intérêts à 5% l'an dès le 30 novembre 2003 à titre de salaire de l'année 2003.
- G.** A l'audience du 12 juillet 2005, E\_\_\_\_\_ ne s'est pas présentée. T\_\_\_\_\_ a persisté dans ses conclusions et conclu à la mainlevée définitive de l'opposition formée par E\_\_\_\_\_ au commandement de payer n° 05 152968 X notifié le 8 juin 2005. Le jugement par défaut du 22 juillet 2005 a fait droit aux prétentions de T\_\_\_\_\_, à l'exception du chef de conclusions en mainlevée définitive, qui a été déclaré irrecevable.
- H.** E\_\_\_\_\_ a valablement relevé le défaut. A la suite de la reprise de la procédure, T\_\_\_\_\_ a persisté dans ses conclusions. Il a déclaré que depuis son engagement, il avait investi toute son énergie dans la société, qu'il devait se référer à la responsable des ressources humaines, Madame A\_\_\_\_\_, pour ses demandes de congé, qu'il venait chaque matin à 8h30

et disposait d'une heure de pause à midi. Il recevait ses instructions de Monsieur B\_\_\_\_\_. E\_\_\_\_\_ avait insisté pour qu'il conserve son statut d'indépendant. Il payait lui-même ses cotisations AVS, où il était affilié comme indépendant. Il a aussi conclu un contrat de troisième pilier. Il n'a jamais demandé que la société prenne en charge la moitié de ses cotisations sociales. Il a été l'un des premiers actionnaires de E\_\_\_\_\_ et a établi les liens entre elle et les consommateurs. Il a commencé par posséder 5 à 10% des actions, moins par la suite. Au moment de la signature de son contrat, il n'était pas administrateur de la société, il l'était devenu par la suite en raison de sa nationalité suisse.

E\_\_\_\_\_ a contesté les prétentions de T\_\_\_\_\_. En tant qu'investisseur, celui-ci ne pouvait être payé que s'il y avait des bénéficiaires. Elle a exposé qu'alors que la structure de la société n'existait pas encore, les fondateurs rédigeaient eux-mêmes leurs contrats, leur principale activité étant de rechercher des investisseurs. Par la suite, ils avaient essayé de structurer la société; certains étaient employés et d'autres, comme T\_\_\_\_\_ qui l'avait choisi, consultants. Il ne figurait ainsi pas dans la déclaration AVS 2002 de la société qu'il avait signée. Les dates des vacances étaient signalées, dans un esprit d'équipe. Le document intitulé « Back Salaries 2001 » concernait les salaires arriérés antérieurs à la constitution de la société. Le document intitulé « back pay » ne correspondait pas à des arriérés de salaires, mais à des projections de chiffres à atteindre. Les personnes indiquées par des initiales dans ces documents étaient celles qui étaient engagées financièrement dans le développement de la société et pouvaient obtenir un salaire lorsque cela serait économiquement possible. Il s'agissait de fixer des cibles, mais chacun savait devoir attendre longtemps avant d'être payé, pour des motifs propres aux sociétés « start up ».

- I. Le seul témoin entendu, Monsieur C\_\_\_\_\_, a déclaré qu'il avait été employé de E\_\_\_\_\_ du 1<sup>er</sup> juin 2002 au 30 juin 2004. Son contrat de travail, conforme aux lois suisses, prévoyait notamment un délai de congé d'un mois pour la première année et de deux ans par la suite. Le témoin n'a pas toujours été payé dans les délais et, à la fin de son contrat, a dû déposer une demande en justice pour obtenir que ses derniers arriérés de salaires soient payés. Il avait travaillé aux côtés de T\_\_\_\_\_, qui venait chaque matin au bureau, sans que l'organisation de son travail ne permette de constater qu'il avait

un statut particulier. Il fallait se référer au supérieur hiérarchique pour les vacances. Il a encore ajouté que Monsieur D\_\_\_\_\_, qui avait signé le contrat conclu entre T\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_, était aussi un employé de la société, mais qu'il faisait partie des décisionnaires.

**J.** Dans son jugement du 10, notifié le 11 janvier 2006, le Tribunal a annulé la décision rendue par défaut et a déclaré irrecevable la demande de T\_\_\_\_\_. Il a qualifié la relation contractuelle liant les parties de mandat. T\_\_\_\_\_ avait participé à la création de la société, agissant notamment comme investisseur et administrateur. Il avait opté pour le statut de consultant. Son contrat avait été signé par Monsieur D\_\_\_\_\_, qui n'était pas administrateur et n'apparaissait pas comme son supérieur. T\_\_\_\_\_ avait facturé son travail comme un indépendant et s'était acquitté lui-même des contributions aux assurances sociales. Il n'existait ainsi entre lui et la société aucun lien de subordination, élément caractéristique du contrat de travail.

**K.** T\_\_\_\_\_ appelle, par acte déposé le 10 février 2006, de ce jugement dont il demande l'annulation. Il conclut à la recevabilité de sa demande et au renvoi de la cause aux premiers juges afin qu'ils statuent sur le fond. Il expose que les termes de son contrat tels que "employment", "working time", "termination of your employment" ainsi que l'obligation d'annoncer ses absences pour cause de maladie ou vacances sont tant d'éléments plaidant en faveur d'un contrat de travail. Selon l'organigramme qu'il produit en appel, il était le subordonné de Monsieur D\_\_\_\_\_. Par ailleurs, il était tenu de consacrer l'intégralité de son temps de travail à la société. Lors des discussions sur les conditions de départ de T\_\_\_\_\_, l'administrateur de la société avait lui-même utilisé le terme de salaires. Enfin, le contrat ayant été rédigé par son employeur, l'éventuelle ambiguïté résultant de son libellé devait être supportée par celui-ci.

E\_\_\_\_\_ demande la confirmation du jugement attaqué.

Lors de l'audience qui s'est tenue devant la Cour, les parties ont persisté dans leurs conclusions d'appel. T\_\_\_\_\_ a indiqué que l'organigramme qu'il avait produit n'était qu'un projet, mais démontrait qu'il était le subordonné de Monsieur D\_\_\_\_\_. Il remplissait les formulaires de demande de vacances afin

d'informer son employeur. Celui-ci ne s'était jamais opposé à ce qu'il prenne des vacances. Il était inscrit au registre du commerce depuis 1991 environ, en nom propre. Pendant les trois ans où il s'était exclusivement consacré à E\_\_\_\_\_, il avait perdu des clients. E\_\_\_\_\_ lui avait demandé dès le début d'avoir un statut d'indépendant, ce qu'il avait accepté et n'avait jamais souhaité voir modifier.

### **EN DROIT**

1. Interjeté en temps utile, l'appel est recevable (art. 59 al. 1 LJP). Le Tribunal ayant statué sur la compétence *ratione materiae*, il s'est prononcé en premier ressort (art. 24 al. 1 let. a LPJ), de sorte que l'appel est également recevable quant à son objet (art. 56 al. 1 LPJ).
2. La Juridiction des prud'hommes est compétente à raison de la matière lorsque la contestation opposant les parties concerne leurs rapports découlant d'un contrat de travail au sens du titre dixième du Code des obligations (art. 1 al. 1 let. a LPJ). Afin de déterminer si le Tribunal a à juste titre décliné sa compétence, il convient donc d'examiner si le contrat ayant lié les parties est un contrat de travail.
  - 2.1 Le contrat de travail est caractérisé par quatre éléments essentiels, à savoir le fait que l'employé fournit, contre rémunération et personnellement, le travail demandé, met à disposition son temps pour une durée déterminée ou indéterminée et se trouve par rapport à son employeur dans un rapport de subordination (art. 319 al. 1<sup>er</sup> CO, cf. SJ 1990, p. 185 ; SJ 1982, p. 202 ; Wylér, Droit du travail, 2002, pp. 41 ss).

Le contrat de travail se différencie du mandat avant tout par l'existence d'un rapport de subordination et de dépendance, en vertu duquel le travailleur est tenu de se soumettre aux instructions de l'employeur, à qui il doit, en principe, tout son temps (Rehbinder, Berner Kommentar, n. 49 *ad* art. 319 CO ; Tercier, Les contrats spéciaux, 2<sup>ème</sup> éd., n. 3943 et les références citées ; voir aussi l'ATF 112 II 41 consid. 1a/aa, p. 46).

Pour savoir s'il y a un rapport de dépendance, il convient d'examiner l'ensemble des circonstances concrètes. Il faut se demander si le débiteur de la prestation de travail est intégré dans l'entreprise du créancier, si des directives et des instructions contraignantes (art. 321*d* CO) déterminent l'accomplissement de son travail. Dans le mandat comme dans le contrat de travail, le créancier peut donner des instructions contraignantes, et le débiteur a le devoir d'avertir le créancier si les instructions ne permettent pas d'atteindre le but poursuivi. Mais, contrairement au mandataire, l'employé est tenu d'agir conformément aux instructions, même s'il les estime inappropriées (ATF du 6 mars 2000 en la cause 4C.331/1999, et les références citées).

Pour déterminer l'existence d'un contrat de travail, le juge doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1<sup>er</sup> CO), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices ; cette recherche débouchera sur une constatation de fait. S'il ne parvient pas à établir avec sûreté cette volonté effective, ou s'il constate que l'un des contractants n'a pas compris la volonté réelle exprimée par l'autre, il recherchera le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques ; il résoudra ainsi une question de droit (application du principe de la confiance ; ATF 125 III 435 consid. 2a ; 122 III 118 consid. 2a).

- 2.2** Il est certes exact que les éléments figurant dans le contrat conclu entre les parties et que souligne l'appelant tels que l'indication d'un horaire de travail, du nombre de jours de vacances et de l'obligation de requérir une autorisation pour les prendre, le délai de résiliation ou encore le devoir d'informer l'intimée en cas de maladie, tendent à démontrer un lien de subordination entre les parties et plaident ainsi en faveur d'un contrat de travail. Il n'a toutefois pas été démontré que l'appelant devait impérativement s'y conformer. Il a ainsi lui-même indiqué qu'il remplissait les demandes de vacances à titre informatif; il n'avait donc pas à demander d'autorisation pour les prendre.

Il résulte par ailleurs, comme cela sera démontré ci-après, de l'ensemble des circonstances et des déclarations de l'appelant qu'il ne se trouvait pas dans une relation de subordination face à l'intimée. L'appelant n'a pas contesté avoir

participé au processus de création de la société intimée, investi et participé au processus décisionnel de l'entreprise. Selon l'intimée, il était le seul à avoir conservé un statut de consultant, les autres membres, y compris l'administrateur principal, ayant opté pour un statut de salarié au moment de la constitution formelle de la société. A cet égard, l'appelant a indiqué en audience d'appel qu'il avait accepté, à la demande de l'intimée, d'avoir un statut d'indépendant et n'avait jamais demandé que son statut change. Dès lors que l'appelant a lui-même déclaré avoir un statut d'indépendant et non d'employé, la Cour constate que la volonté réelle et concordante des parties était donc de conclure un contrat de mandat et non un contrat de travail.

Cette constatation résulte également du fait que l'appelant s'acquittait lui-même de l'intégralité de ses charges sociales, était inscrit tant auprès de l'AVS que du registre du commerce comme indépendant et ne remplissait, selon ses propres dires, le formulaire de demande de vacances que pour informer l'intimée. L'appelant a en outre été inscrit au mois de novembre 2001 déjà comme administrateur de l'intimée, et son contrat indiquait qu'il occupait la fonction de « directeur consultant », soit d'administrateur consultant. Son contrat a été signé par Monsieur D\_\_\_\_\_, qui n'était lui-même pas administrateur de l'intimée. L'appelant facturait par ailleurs ses services et ne percevait pas de salaire fixe. Enfin, le seul témoin entendu, ayant son bureau à côté de celui de l'appelant, n'a pas pu indiquer de qui celui-ci recevait des instructions. Au vu de l'ensemble de ces éléments, c'est à bon droit que les premiers juges ont retenu que le lien de subordination propre au contrat de travail faisait défaut et ont conclu à l'absence d'un tel contrat.

3. Mal fondé, l'appel doit donc être rejeté et le jugement entrepris confirmé. La procédure étant gratuite, il n'est pas alloué de dépens (art. 343 CO, 76 LJP).

**PAR CES MOTIFS,**  
**La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 4**

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté par T\_\_\_\_\_ contre le jugement rendu le 10 janvier 2006 par le Tribunal de la juridiction des prud'hommes dans la cause C/8250/2005-4.

**Au fond :**

Le rejette et confirme le jugement entrepris.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente