



T1 _____
c/o Me Jean-Pierre GARBADE
Case postale 5654
1211 Genève 11

E _____
c/o Me Jean-Daniel BORGEAUD
Boulevard des Tranchées 16
Case postale 238
1211 Genève 12

T2 _____
c/o Me Jean-Pierre GARBADE
Case postale 5654
1211 Genève 11

Partie intimée

T3 _____
c/o Me Jean-Pierre GARBADE
Case postale 5654
1211 Genève 11

Parties appelantes

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 26 juillet 2006

M. Daniel DEVAUD, président

M. Denis MAUVAIS et Mme Jocelyne TAUXE, juges employeurs

MM. Riccardo RIZZO et Pascal FOUVY, juges salariés

Mme Karine FRACHEBOUD, greffière d'audience

EN FAIT

A. Par acte adressé au greffe de la juridiction des prud'hommes le 23 mars 2006, T2 _____, T1 _____ et T3 _____ appellent d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 22 février 2006 et expédié pour notification par pli LSI du 23 février 2006, déclarant irrecevable leur demande faute de compétence du Tribunal *ratione materiae*.

Les appelants concluent à l'annulation du jugement et à ce que la compétence de la juridiction des prud'hommes soit admise pour statuer sur leurs prétentions.

B. E _____ conclut principalement au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris et subsidiairement au déboutement de T2 _____, T1 _____ et T3 _____ de toutes leurs conclusions.

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

a) T2 _____, T1 _____ et T3 _____ ont travaillé pour A _____, qui exploitait en raison individuelle un atelier de gainerie, respectivement du 1^{er} décembre 1993 au 7 août 1996, du 3 janvier au 7 août 1996 et du 1^{er} mars 1994 au 7 août 1996

b) Par trois demandes distinctes déposées le 13 août 1996 auprès de la juridiction des prud'hommes, T2 _____, T1 _____ et T3 _____ ont assigné B _____ et A _____.

c) En dernier ressort, le Tribunal fédéral a, par arrêt du 23 décembre 1999, condamné les époux A _____ et B _____ à payer conjointement et solidairement :

- fr. 57'233.70 à T2 _____ ;

- fr. 25'076.15 à T3 _____ ;

- fr. 43'132.40 à T1 _____.

d) B _____ est entré au service de E _____ le 12 août 1963. En janvier 1996, il s'est affilié, comme indépendant, à la Caisse cantonale genevoise de compensation. Par lettre du 27 mars 1996, B _____ a

démissionné, avec effet au 31 mai 1996, de chez E _____ qui a accusé réception et accepté la démission. Après cette date, B _____ a continué à effectuer des travaux de menuiserie dans les locaux et en faveur de E _____. Pour ces prestations, E _____ versait fr. 5'000.- par mois sur le compte 1 _____, au nom de B _____, sur la base de factures à en-tête de A ___ et B _____ et qui portent la mention « soustraitance écrins ». Après sa démission, B _____ a retiré son deuxième pilier.

e) B _____ est tombé malade le 13 février 2000. N'étant pas affilié, à titre privé, à une assurance, il n'a pas perçu d'indemnités perte de gain.

f) Par jugement du 15 janvier 2001, A _____ a été déclarée en faillite.

g) B _____ est décédé le 10 octobre 2001. Sa succession, répudiée par son épouse et son fils, a été liquidée par l'Office des faillites.

h) Le 26 avril 2002, T2 _____, T1 _____ et T3 _____ se sont vus décerner chacun un acte de défaut de biens après faillite de A _____ pour, respectivement, une créance de fr. 48'245.60, une créance de fr. 36'358.75 et une créance de fr. 21'138.10.

i) Le 7 janvier 2003, T2 _____, T1 _____ et T3 _____ ont obtenu la cession des droits de la masse en faillite de la succession de B _____ en paiement de fr. 96'000.-, correspondant aux indemnités perte de gain dues au défunt, soit 720 jours à 80% d'un salaire mensuel de fr. 5'000.-, que E _____ aurait dû lui verser.

j) Par demande reçue le 27 avril 2004 au greffe de la juridiction des prud'hommes, T2 _____, T1 _____ et T3 _____ ont assigné E _____. Ils ont conclu à ce que le Tribunal constate que B _____ faisait partie du personnel de E _____, du début de son incapacité de travail le 13 février 2000 au jour de son décès le 10 octobre 2001, et que son salaire mensuel net s'élevait à fr. 5'000.-.

Ils ont également conclu à la condamnation de l'intimée à établir un certificat de travail indiquant que B _____ était employé de la société du 12 août 1963 au 10 octobre 2001, et à leur verser, en tant que consorts, fr. 96'000.-, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 27 avril 2004.

Ils ont enfin conclu à ce que le Tribunal constate qu'il y a lieu de déduire de cette somme les indemnités journalières payées à B _____, soit pour lui aux créanciers cessionnaires et appelants, par une assurance perte de gain pour la période de son incapacité de travail du 13 février 2000 à son décès.

k) T2 _____, T1 _____ et T3 _____ soutiennent que la juridiction des prud'hommes est compétente *ratione materiae* dès lors que B _____ et l'intimée étaient liés par des rapports de travail, l'installation de ce dernier comme indépendant n'étant qu'une simulation destinée à lui permettre de percevoir son deuxième pilier.

l) En réponse, E _____ a conclu, à la forme, à l'irrecevabilité de la demande et, au fond, au déboutement de T2 _____, T1 _____ et T3 _____. E _____ conteste la compétence de la juridiction des prud'hommes sur plusieurs points.

La compétence *ratione materiae* fait, selon elle, défaut, dès lors qu'elle n'a jamais été liée à T2 _____, T1 _____ ou T3 _____ par un contrat de travail.

De plus, dès mai 1996, elle n'était plus liée à B _____ par un contrat de travail, ce dernier ayant démissionné. A cet égard, E _____ prend appui sur l'échange de correspondances à ce sujet et sur les factures de sous-traitance établies par l'entreprise A _____ ainsi que sur l'affiliation de B _____ comme indépendant à la Caisse cantonale de compensation. Rien ne permet d'après elle de conclure qu'il y a eu simulation, dans la mesure où les deux parties ont procédé à un échange manifeste et réciproque de volontés au sujet de la fin du contrat de travail.

E _____ relève également que T2 _____, T1 _____ et T3 _____ ont obtenu en 1996 la condamnation de B _____ en tant qu'employeur, associé dans l'entreprise Atelier de gainerie A _____, et prétendent aujourd'hui qu'il avait également un statut d'employé d'une autre entreprise.

En outre, E _____ fait valoir que ce litige ne relève pas du droit du travail mais des assurances sociales dans la mesure où elle a valablement fait usage de la dérogation prévue par l'article 324a alinéa 4 du Code des obligations.

Elle dit ne pas avoir la légitimité passive dans cette procédure, dans la mesure où l'éventuelle débitrice serait l'assurance. Le contrat d'assurance collectif conclu avec Z _____ prévoit en effet qu'un acte d'affiliation individuel n'est pas nécessaire. Dès lors que le statut d'employé serait reconnu à B _____, il bénéficierait d'un droit direct envers l'assureur (art. 87 LCA).

m) Lors de l'audience du 6 octobre 2005, C _____, représentant E _____, a déclaré que le montant facturé par B _____ était régulier parce qu'il «était en permanence chez nous». Il suivait le même horaire que les autres employés. B _____ ne pouvait, *a priori*, exercer son

métier ailleurs que chez E _____ dans la mesure où il ne possédait pas de machines. L'entier de sa production était destiné à E _____. Il a par ailleurs indiqué que l'entreprise A _____ travaillait, à sa connaissance, en février 2000, uniquement pour l'entreprise Y _____.

n) Lors de cette même audience, trois témoins ont été entendus:

- D _____, comptable ayant travaillé pour les époux A et B _____, a déclaré que B _____ lui avait dit être responsable d'une équipe chez E _____. D _____ avait constaté que B _____ travaillait toute la journée chez E _____, et qu'il lui facturait ses services «comme s'il avait passé à son compte».
- A _____, veuve de B _____, a déclaré qu'après avoir démissionné de chez E _____, son mari y «faisait toujours le même travail» et avait les mêmes horaires que le reste du personnel. Les factures établies et soumises à E _____ étaient payées sur le compte de son mari, l'entreprise possédant un autre compte bancaire; elle n'a pas pu expliquer la raison de cette différence. Son mari n'a jamais été inscrit au registre du commerce comme associé mais qu'ils avaient créé ensemble cette entreprise. Il n'y a non plus jamais eu de contrat écrit entre elle et son mari.
- F _____, responsable du service des ressources humaines de E _____, a déclaré que B _____, après sa démission a continué à effectuer le même travail qu'auparavant pour E _____, mais comme sous-traitant. Avant son départ, son salaire était supérieur à fr. 5'000.-, en raison de son statut de suppléant de chef d'atelier. L'effectif de l'atelier où il travaillait n'a pas changé après 1996.

o) En outre, les pièces produites le 14 septembre 2005 par T2 _____, T1 _____ et T3 _____ montrent de nombreuses différences entre les factures adressées à E _____ et celles soumises à l'entreprise Y _____. Celles-ci sont très détaillées, dénombrant à l'unité près les pièces produites. Leur fréquence et leur montant sont variables. Elles atteignent en 2000, en général, entre fr. 60'000.- et fr. 100'000.-. Leur paiement est demandé sur le compte 2 _____ au nom de l'entreprise A _____. L'en-tête des factures est identique à celle figurant sur les bulletins de livraison. Les factures soumises à E _____ sont régulières tant par leur fréquence, mensuelle, que par leur montant, fr. 4'800.- TVA en sus, à l'exception des mois de décembre 1997, 1998 et 1999 où ce montant est doublé. Le seul libellé figurant sur les factures est «Sous traitance écrins» suivi du mois d'émission. Elles sont à payer sur le compte 1 _____. Le relevé de compte produit montre que ce compte est au nom de B _____. En outre, leurs en-têtes et leur mise en page diffèrent notablement des factures soumises à Y _____.

p) L'article 10 de la convention collective de travail appliquée par E _____ prévoit le paiement d'un treizième salaire.

D. Dans leur appel, T2 _____, T1 _____ et T3 _____ (ci-après les appelants) reprennent leurs conclusions de première instance tout en reprochant aux premiers juges d'avoir mal interprétés les preuves fournies quant à l'existence d'un contrat de travail entre B _____ et E _____ après mai 1996 et en particulier entre le 13 février 2000 et le 10 octobre 2001, notamment les témoignages reçus.

Les appelants font également valoir que les premiers juges ont estimé de manière arbitraire la rémunération mensuelle de B _____ à hauteur de fr. 5'000.-. Il ressort, selon eux, des pièces qu'ils ont déposées le 14 septembre 2005, que le salaire mensuel brut de B _____ en 1995 correspond à environ fr. 5'300.- bruts soit environ fr. 4'800.- nets.

E. En réponse, E _____ (ci-après l'intimée) reprend ses arguments et conclusions de première instance.

L'intimée conclut également au prononcé d'un jugement par défaut contre T1 _____ et T3 _____, ceux-ci n'étant pas présents lors de l'audience du 6 octobre 2005 et les conditions de la représentation n'étant remplies.

F. A l'audience du 4 juillet 2006 devant la Cour de céans, les parties ont persisté dans leurs conclusions et dit considérer que le dossier est en état d'être jugé.

a) L'intimée a rappelé qu'elle considérait toujours que T1 _____ et T3 _____, également absents lors de cette audience, ne pouvaient être valablement représentés dans la procédure et qu'un jugement par défaut devait être prononcé contre eux.

b) L'intimée a indiqué que le salaire de B _____ entre janvier et mai 1996 était sensiblement identique aux montants touchés par la suite.

En conséquence, les appelants ont renoncé à leur conclusion subsidiaire tendant à l'apport de pièces à ce sujet.

c) Les appelants ont demandé que, si la Cour devait admettre la compétence *ratione materiae* de la juridiction des prud'hommes, la cause ne soit pas

retournée au Tribunal des prud'hommes, mais que la Cour tranche également sur le fond.

L'intimée s'est opposée à cette demande, dans la mesure où les premiers juges ne se sont pas prononcés sur le fond.

G. Les autres arguments des parties sont repris après 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 de T2 _____, T1 _____ et T3 _____ est recevable.

2. A titre liminaire, il convient d'examiner la validité de la représentation de T1 _____ et T3 _____.

2.1. L'article 13 alinéa 1 LJP prévoit «[qu']exceptionnellement, le président du tribunal peut autoriser une partie à se faire représenter par un proche, par un avocat ou par un autre mandataire professionnellement qualifié». Cette disposition est également applicable à la procédure d'appel, par renvoi de l'article 66 LJP.

La juridiction des prud'hommes a déjà admis qu'une partie soit représentée en raison de sa domiciliation à l'étranger (CAPH du 5 juin 2003 en la cause C/25569/2001 - 5, § 14 et 15).

2.2. A ce stade de la procédure, il n'apparaît pas indispensable que T1 _____ et T3 _____ soient présents en personne dans la mesure ils ne sont que cessionnaires des droits de B _____ et ne peuvent vraisemblablement pas apporter d'éléments pertinents au présent litige. Dans cette mesure, il serait disproportionné d'exiger leur comparution personnelle notamment compte tenu des frais de déplacements qui seraient engendrés.

La représentation de T1 _____ et T3 _____ a été autorisée par le président de la Cour en date du 21 juin 2006 pour l'audience du 4 juillet suivant.

T1 _____ et T3 _____ ont donc été valablement représentés dans cette affaire.

3. L'intimée conteste la compétence *ratione materiae* de la juridiction des prud'hommes au motif qu'il n'existe pas de contrat de travail entre les appelants et elle. Selon elle, les appelants sont au bénéfice d'une cession de droits qui ne constitue donc pas une base suffisante.

3.1. La question se pose de savoir si, comme le soutient l'intimée, les appelants auraient dû saisir de leur demande la juridiction civile ordinaire, puisque qu'ils n'agissent que comme cessionnaires de la masse en faillite de la succession de B _____ et qu'ils n'ont jamais été liés à l'intimée par un contrat de travail.

3.2. A teneur de l'article 1 alinéa 1 LJP,

«Sont jugées par la juridiction des prud'hommes :

- a) les contestations entre employeurs et salariés pour tout ce qui concerne leurs rapports découlant d'un contrat de travail, au sens du titre dixième du code des obligations;
- b) les contestations entre employeurs ou salariés d'une part, et caisses de compensation d'autre part, lorsque ces dernières sont appelées à appliquer les dispositions de conventions collectives de travail, y compris celles ayant fait l'objet d'une décision d'extension. Si la caisse n'a pas la personnalité juridique, la présente disposition s'applique aux associations dont dépend cet organisme;
- c) les actions en constatation de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport de droit en une matière pour laquelle la juridiction des prud'hommes est compétente en application du présent article;
- d) les contestations qu'une autre loi ou un règlement attribue à cette juridiction;
- e) ...»

3.3. De jurisprudence constante, il est admis que peu importe que les parties à la procédure ne soient plus liées par un contrat de travail au moment de l'introduction de l'action, et que la compétence *ratione materiae* de la juridiction des prud'hommes doit être admise, dès lors que leurs relations ont été et demeurent régies par le titre X^{ème} CO (Aubert, La compétence des Tribunaux genevois de prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente, *in* SJ 1982 p.193 et ss, not. 196).

3.4. D'une manière générale, la compétence de la juridiction spéciale prescrite par l'article 343 CO doit être comprise de manière large et, pour tenir compte de la nature sociale de la norme, admise dans les cas douteux (Stahelin, *Comm. zurichois*, n° 6 *ad* art. 343 et réf. citées). A cela s'ajoute que la procédure civile genevoise ordinaire (LPC) ne contient aucune norme spécifique permettant de soumettre les litiges relevant du contrat de travail, mais dans lesquelles les parties ne seraient pas celles liées par ledit contrat, à une procédure simple et rapide telle que prescrite par l'article 343 CO.

3.5. Le champ d'application de l'article 1 alinéa 1 lettre a LJP doit ainsi être compris dans le même sens que l'article 343 CO, à savoir que relèvent de la juridiction des prud'hommes tous les litiges trouvant leur fondement dans un rapport de travail, au sens des articles 319 et ss CO, alors même que les parties à ce rapport ne sont pas partie à la procédure, solution identique à celle admise à Zurich, canton qui connaît une norme de compétence libellée de manière similaire (art. 13 Zür. GVG ; dans le même sens: Rehbinder, Comm. bernois no. 2 p. 301 *ad* art. 343 CO; Stahelin *op. cit.*, no 11 p. 826 *ad* art. 343 CO et réf. citées)

3.6. Dès lors, bien que les appelants ne soient, ni n'aient été, liés par un contrat de travail à l'intimée, la juridiction des prud'hommes est compétente pour trancher le litige si leurs prétentions découlent de droits liés à un contrat de travail.

4. Il convient donc de déterminer si B _____ et l'intimée étaient toujours liés par un contrat de travail au sens des articles 319 et ss CO après mai 1996 et en particulier entre le 13 février 2000 et le 10 octobre 2001.

4.1. Le Tribunal des prud'hommes a jugé qu'il n'y avait pas de contrat de travail entre B _____ et l'intimée pour la période en question. Il a estimé que, tant les échanges de volonté des parties, la demande d'affiliation à la Caisse cantonale genevoise de compensation de B _____ que les factures établies et soumises à l'intimée par ce dernier constituaient des preuves de la fin du contrat de travail après mai 1996, preuves corroborées par les témoignages reçus.

4.2. Par le contrat de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1^{er} CO). Les quatre éléments constitutifs du contrat de travail sont donc les suivants (cf. SJ 1990, p. 185 ; SJ 1982, p. 202 ; Wyler, Droit du travail, pp. 41 ss ; Aubert, Commentaire romand, p. 1674 ; Engel, Contrats de droit suisse, 2^{ème} édition, p. 292 ; Rehbinder, Comm. bernois, p. 46 ; Schweingruber, Commentaire du contrat de travail selon le code fédéral des obligations, p. 20) :

- 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.

4.3. En l'occurrence, il n'est pas contesté qu'avant mai 1996 B _____ et l'intimée fussent liés par un contrat de travail.

4.4. Il ressort cependant des témoignages reçus en première instance que B _____, après mai 1996, a poursuivi son métier de menuisier «et faisait toujours le même travail chez E _____». «Il avait le même horaire que tout le monde». Il «travaillait toute la journée dans l'atelier de E _____», sur les machines qui s'y trouvaient.

4.5. B _____ fournissait une prestation personnelle de travail et ce pendant de nombreux mois. Il a respecté les règles de l'intimée quant aux horaires. Par ailleurs, l'utilisation des installations de l'intimée impliquait le respect de consignes de sécurité et d'organisation. Les trois premiers éléments constitutifs du contrat de travail sont donc présents.

4.6. Le montant des factures établies et soumises à l'intimée est régulier tout au long de l'année à l'exception du mois de décembre en 1997, 1998 et 1999 où il est doublé. Le paiement de ces factures est effectué sur un compte bancaire au nom de B _____. Ce compte n'est pas le même que celui de l'entreprise A _____. En outre, ces factures se distinguent, de manière notable, des autres factures émises par l'entreprise quant à leur forme, mise en page et niveau de détails. De plus, le montant payé correspond à celui qui était touché par B _____ tant en 1995 que pendant les premiers mois de 1996.

L'intimée soutient qu'elle était liée à B _____ par une relation de sous-traitance, soit un contrat d'entreprise (Chaix, Le contrat de sous-traitance en droit suisse, p. 87 et réf. citées).

Contrairement au contrat de travail qui implique du travailleur la mise à disposition de son temps, le contrat d'entreprise se caractérise par le fait que l'entrepreneur s'engage à exécuter un ouvrage moyennant un prix que le maître s'engage à lui payer (art. 363 CO).

Aucun bon de commande ou autre base à la production d'un ouvrage n'a été versé à la procédure. Aucune des factures soumises à l'intimée ne mentionne le nombre de pièces livrées. Par ailleurs, la régularité des montants versés est pour le moins surprenante dans la mesure où elle implique la même régularité quant à la production de pièces. A fortiori, la multiplication par deux de la rémunération pendant les mois de décembre impliquerait une production doublée au cours de ce mois marqué par de nombreux jours fériés. A cela s'ajoute que la convention collective de travail appliquée par l'intimée prévoit le versement d'un treizième salaire payé avec celui de décembre.

Ces éléments démontrent qu'il s'agit ici du paiement non pas d'un ouvrage, mais d'un salaire. Les quatre conditions à l'existence d'un contrat de travail sont remplies.

4.7. Reste à examiner si la lettre de démission de B _____ et l'accusé de réception qui lui a été adressé par l'intimée suffisent à démontrer qu'ils n'étaient plus liés par un contrat de travail ou si, comme le soutiennent les appelants, les relations de sous-traitance entre B _____ et l'intimée étaient simulées. Selon le Tribunal fédéral «on est en présence d'une simulation, si les deux parties sont d'accord que les déclarations réciproques doivent produire un effet juridique qui ne correspond pas à leur volonté, parce qu'elles veulent soit feindre un rapport contractuel, soit cacher avec le contrat simulé un autre contrat réellement voulu». La simulation est effectuée avec l'intention d'induire des tiers en erreur en créant une fausse apparence (Winiger, Commentaire romand, 2003, pp. 94-98).

Le contrat simulé n'a pas d'effets. Les parties ne peuvent le faire valoir entre elles. Il ne déploie non plus aucun d'effet vers l'extérieur et est donc inefficace envers les tiers qui ne peuvent s'en prévaloir. L'action en justice ne se prescrit pas (Winiger, *op. cit.*, *eo loc.* et réf. citées).

L'échange réciproque de volonté de mettre fin au contrat de travail entre B _____ et l'intimée n'avait pas réellement ce but. Accompagné de l'affiliation à la Caisse cantonale de compensation en tant qu'indépendant, il ne tendait qu'à permettre à B _____ de retirer son deuxième pilier. En outre, B _____ sortait de la masse salariale de l'intimée à qui n'incombait plus les charges sociales afférentes à sa rémunération. Dans les faits, les parties ont cependant poursuivi leurs relations à l'identique, comme si elles étaient toujours liées par un contrat de travail.

Il y a donc eu simulation de résiliation des rapports de travail. Ceux-ci se sont poursuivis après mai 1996.

4.8. Il n'est pas allégué qu'il y a eu une autre résiliation des rapports de travail. Il y a donc lieu d'admettre que B _____ et l'intimée étaient liés par un contrat de travail, au sens des articles 319 et ss CO, après mai 1996 et en particulier entre le 13 février 2000 et le 10 octobre 2001.

5. L'intimée conteste également la compétence de la juridiction des prud'hommes, alléguant que le litige relève du droit des assurances sociales et qu'elle n'a pas la légitimité passive.

5.1. Selon l'article 324a alinéa 1 CO, l'employeur est tenu de continuer de verser le salaire pendant un certain temps lorsque le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part, notamment pour cause de maladie. Il est possible de déroger à cette règle, en particulier par un accord écrit, à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes (art. 324a alinéa 4 CO).

5.2. Il est fréquemment convenu que l'obligation de payer le salaire incombant à l'employeur soit remplacée par une obligation de conclure une assurance garantissant le paiement du salaire, généralement pendant une durée plus longue que celle exigée par l'article 324a alinéa 1 CO. Ainsi, l'employeur qui s'engage à mettre son employé au bénéfice d'une assurance individuelle ou collective contre la maladie répond de l'existence de la couverture promise. Il est tenu de réparer le préjudice qu'il cause au travailleur en omettant de conclure les contrats nécessaires. Les dommages-intérêts qui doivent être alloués de ce chef couvrent l'intérêt que l'employé avait à l'existence d'une assurance conforme aux termes du contrat de travail et correspondent aux prestations qu'il aurait reçues de la compagnie pour la réalisation du risque considéré (ATF du 25 avril 2002 en la cause 4C.50/2002 ; ATF 127 III 318, consid. 4 ; ATF 115 II 251, consid. 4b). Ce principe prévaut également dans le cas d'une couverture d'assurance moindre que celle promise (ATF du 11 septembre 1995, publié *in* SJ 1996, p. 371) et pour toutes les négligences dont pourrait faire preuve l'employeur, telles que retard ou non-versement des cotisations dues à l'assurance, annonce tardive des cas d'empêchement de travailler, etc. (Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3^{ème} éd., n. 23 *ad* art. 324a CO).

5.3. Le simple fait de conclure une assurance perte de gain n'a pas d'effet libératoire. L'employeur n'est en conséquence libéré des obligations stipulées à l'article 324a alinéa 1 CO que lorsque l'assurance s'est acquittée des versements prévus contractuellement (JAR 1986, p. 150).

Cependant, lorsque les parties en conviennent, le régime dérogatoire de l'article 324a alinéa 4 CO peut libérer l'employeur de toute obligation dans la mesure où les prestations sont dues par une assurance. Un tel régime doit être considéré comme équivalent au régime de base, car l'assurance est en général aussi solvable que l'employeur (Aubert, *op. cit.*, § 66 *ad* art. 324a CO, p. 1717).

5.4. Rien n'est prévu en ce sens dans la convention collective de travail applicable à l'intimée et ses employés. Dans la mesure où les prestations n'ont pas été versées par l'assurance, l'intimée n'est pas libérée de son obligation au sens de l'article 324a alinéa 1 CO.

Il découle de ce qui précède que les prétentions sont donc toujours liées au contrat de travail et sont exigibles de l'intimée. Elles relèvent de la compétence de la juridiction des prud'hommes. L'intimée a la légitimité passive à ce litige.

6. Enfin, la question du statut d'associé de B _____ n'est pas déterminante en l'espèce. Rien ne s'oppose en effet à ce que l'associé d'une société simple, soit par ailleurs partie à un contrat de travail avec un tiers. A cet égard, il ressort de l'extrait du registre du commerce de l'Atelier de gainerie A _____ que cette entreprise a été inscrite en avril 1995 soit plus d'une année avant la lettre de démission de B _____. Ce dernier ayant

participé à la création de l'entreprise, il était déjà associé à sa femme à une période où l'intimée n'a pas contesté qu'il fût son employé.

7. C'est à tort que le Tribunal s'est déclaré incompétent *ratione materiae*.

La cause sera renvoyée au Tribunal pour nouveau jugement.

8. La valeur litigieuse de la présente cause étant supérieure à fr. 30'000, il se justifie de condamner l'intimée, qui succombe, à rembourser aux appelants l'émolument d'appel dont ils se sont acquittés, soit fr. 880.- (art. 78 LJP).

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 1,

A la forme :

reçoit l'appel interjeté par T2 _____, T1 _____ et T3 _____ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 22 février 2006 rendu en la cause n° C/8602/2004 - 1;

Au fond :

- annule ledit jugement ;

Cela fait, statuant à nouveau :

- dit que B _____ et E _____ étaient liés par un contrat de travail après mai 1996 et en particulier entre le 13 février 2000 et le 10 octobre 2001 ;
- constate que le Tribunal des prud'hommes est compétent pour connaître des prétentions de T2 _____, T1 _____ et T3 _____ ;
- renvoie à la cause au Tribunal des prud'hommes pour nouvelle décision ;

- condamne E _____ à rembourser à T2 _____, T1 _____ et T3 _____ fr. 880.- (huit cent quatre-vingts francs) correspondant à l'émolument d'appel ;
- déboute les parties de toute autre conclusion.

La greffière de juridiction

Le président