



T _____
Dom. élu : Me Isabelle PONCET
Rue de Hesse 8-10
Case postale 5715
1211 GENEVE 11

E _____ SA
Dom. élu : Me Bénédicte FONTANET
Rue du Rhône 84
Case postale 3200
1211 GENEVE 3

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 16 février 2005

M. Patrick BLASER, président

MM. Michel CHEVILLAT et Alain SIRY, juges employeurs

MM. Claude CERUTTI et Albert ANDRES, juges salariés

M. Darius ASSEFI, greffier d'audience

EN FAIT

- A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des Prud'hommes le 22 mars 2004, T_____ appelle d'un jugement sur compétence rendu le 22 septembre 2003 par le Tribunal des Prud'hommes et notifié aux parties le 19 février 2004, jugement par lequel le Tribunal se déclare incompétent à raison de la matière.
- B. T_____ est un consultant indépendant spécialisé dans la transaction sur devises et a travaillé comme tel durant plusieurs années à Genève.
- C. Dans le courant du printemps 2001, T_____ est entré en contact avec la société E_____ SA, par l'intermédiaire de A_____.
- A ce titre, T_____ a rencontré à plusieurs reprises B_____, président de la société, et C_____, administrateur de celle-ci.
- E_____ SA avait développé un nouveau produit, soit le *capital guarantee*, qu'elle avait mis sur le marché et avait, dans un premier temps, demandé à T_____ de la conseiller.
- E_____ SA, sise à Genève, a pour but des activités de gestion et de conseil en matières financières et de gérance de fortune.
- D. En juin 2001, E_____ SA a chargé T_____, en sa qualité de spécialiste, de tester son nouveau produit. Pour ce faire, elle lui a confié la gestion d'un compte de la D_____, compte sur lequel il devait donner des ordres de transactions sur devises (pièces 2 et 3 déf.). Une rémunération de fr. 6'000.- avait été convenue pour cette activité. Il avait par ailleurs été convenu que T_____ pourrait exercer son activité dans les locaux de la société.
- E. Le 2 août 2001, E_____ SA a conclu un contrat de leasing avec la F_____ pour l'achat d'une moto pour un montant total de fr. 30'710.- et pour un loyer mensuel de fr. 480.95 (pièce 11 déf.). Ce véhicule devait être utilisé par T_____ et ce dernier devait en payer les mensualités (pièce 12 déf.).
- F. Quelques tensions sont nées entre T_____ et son président, B_____.
- G. En date du 7 novembre 2001, E_____ SA a informé T_____ de ce qu'elle se passerait, à l'avenir, de ses services, cette décision prenant effet le jour même.

H. Du 15 juin jusqu'en décembre 2001, T_____ a perçu différents montants de E_____ SA, soit :

- fr. 10'000.- au titre de « *honoraires pour la représentation et conseils pour la période allant du 14 juin au fin juillet 2001* » (pièce 4 déf.),
- fr. 1'000.- le 6 août 2001 (pièce 5 déf.),
- fr. 5'000.- le 8 août 2001 (pièce 6 déf.),
- fr. 6'000.- au titre de « *honoraires pour la représentation et conseils pour la période allant du 1^{er} au fin août 2001* » (pièce 7 déf.),
- fr. 9'460.- reçu suite à un virement bancaire du 6 septembre 2001 (pièce 8 déf.),
- fr. 6'078.- au titre de « *commission pour la production du mois de septembre* » reçu suite à un virement bancaire du 8 octobre 2001 (pièce 9 déf.),
- fr. 8'468.- suite à un virement du 2 novembre 2001 (pièce 10 déf.) et
- fr. 3'000.- le 9 décembre 2001 (pièce 14 déf.).

Les pièces 4 à 7, 9 (2^{ème} page), 10 (2^{ème} page) et 14 déf. ont été établies par T_____.

I. Par courrier du 17 décembre 2001 adressé à E_____ SA, T_____ relevait avoir été licencié de manière abusive et réclamait la somme de fr. 11'000.- à titre de solde de salaire (pièce 15 déf.).

Le 15 janvier 2002, E_____ SA répondait à ce courrier en expliquant avoir mandaté T_____ pour effectuer « *une mission temporaire de consulting, ce qui faisait de vous un consultant et NON un employé de la compagnie* ». Il était également relevé que le consultant avait toujours été rémunéré en cette qualité, raison pour laquelle aucune déduction sociale n'avait jamais été prélevée sur ses revenus. E_____ SA indiquait par ailleurs que T_____ n'avait travaillé que 2 heures par jour au lieu des 4 prévues, mais qu'elle l'avait néanmoins rémunéré sur la base des 4 heures d'activité quotidienne (pièces 16 et 17 déf.).

J. Par demande déposée le 29 avril 2002 au greffe de la juridiction des prud'hommes, T_____ a assigné E_____ SA en paiement de fr. 19'000.- avec intérêts moratoires à 5% à compter du 1^{er} janvier 2002.

Ladite somme se décomposait comme suit :

- fr. 3'000.- à titre de salaire pour novembre 2001,
- fr. 6'000.- à titre de salaire pour décembre 2001,

fr. 7'000.- à titre de commissions pour novembre et décembre 2001 et
fr. 3'000.- à titre de paiement de la première mensualité du leasing.

- K. En date du 5 juillet 2002, le demandeur a déposé une explication écrite de ses prétentions. Ainsi, le demandeur a allégué que, suite à ses nombreuses rencontres avec B_____, celui-ci l'avait engagé en qualité de « *gérant trader dans le forex et options afférentes* » avec effet au 15 juin 2001 pour une activité de 4 heures par jour. Un salaire fixe de fr. 6'000.- avait été convenu, ainsi que le versement de 20% sur les commissions d'un compte et de 20% sur les gains réalisés sur ce même compte. Il a indiqué avoir travaillé 24 heures par jour quand les circonstances l'exigeaient. Selon lui, B_____ exigeait de lui le respect des horaires fixés, ainsi que le port d'un costume et d'une cravate et qu'il ne fume pas dans les locaux de la société, ceci en application du règlement interne qui lui avait été remis. S'agissant des reçus qu'il a rédigés et signés, le demandeur a expliqué que *leur origine tient du fait que la 1^{ère} fois, le salaire m'a été remis d'avance en échange d'un reçu ou j'ai confirmé que c'était pour les conseils et de multiples démarches déjà décrites. Cette habitude de donner des reçus a tout simplement perduré.*

Le demandeur a par ailleurs expliqué que, en voyant qu'il travaillait bien, C_____ lui aurait demandé de gérer deux autres comptes, toutefois de manière contraire à l'éthique, ce qu'il avait refusé. Selon le demandeur, ce serait pour cette raison qu'il aurait été licencié.

Il a en conséquence conclu au paiement de son salaire et des commissions dues pour novembre et décembre 2001, après déduction de la somme de fr. 3'000.- déjà perçue, ainsi que le paiement de fr. 3'000.- au titre de remboursement de la mise initiale pour le leasing de la moto qu'il a dû rendre après la fin des rapports contractuels.

- L. L'audience de conciliation qui a eu lieu le 6 juin 2002 n'a pas abouti.
- M. Par mémoire réponse déposé le 5 juillet 2002 au greffe de la juridiction des prud'hommes, la défenderesse a conclu principalement à l'irrecevabilité de la demande en paiement déposée par T_____, au motif que, selon elle, la juridiction des prud'hommes n'est pas compétente *ratione materiae*, les parties n'ayant pas conclu de contrat de travail, mais un contrat de mandat. Subsidiairement, la défenderesse a conclu au déboutelement du demandeur.

A l'appui de ses conclusions, la défenderesse a relevé que le demandeur ne s'était vu imposer aucun horaire, qu'un bureau avait été mis à sa disposition et qu'il pouvait l'utiliser à sa convenance, selon ses besoins. Elle a affirmé que le demandeur était présent dans ses locaux à raison de 1 à 2 heures par jour, travaillant le reste du temps à son domicile. E_____ SA a indiqué avoir été déçue par la qualité de l'activité déployée par

le demandeur relativement au compte ouvert auprès de la D _____ ainsi que par son comportement, qu'il n'avait pas amélioré malgré des remarques formulées en ce sens.

Elle a ajouté avoir conclu un contrat de mandat avec T _____, précisant que le demandeur avait été tenu à une obligation de résultat. Elle a ajouté que les parties n'avaient pas convenu que le demandeur mettrait son temps à disposition de E _____ SA, les 4 heures quotidiennes n'étant qu'une évaluation du temps nécessaire à l'accomplissement de sa mission par le demandeur. Selon la défenderesse, aucune instruction n'était adressée au demandeur s'agissant de l'accomplissement de son activité. Enfin, elle a relevé que le demandeur n'avait jamais perçu de salaire, mais des honoraires.

- N. A l'audience du 2 septembre 2002, le demandeur a persisté dans les termes de sa demande ainsi que dans ses précédentes déterminations. Il a affirmé que la société défenderesse contrôlait ses entrées et sorties des locaux, la réceptionniste pouvant le confirmer. Il a affirmé avoir disposé de son propre bureau et avoir reçu des instructions uniquement sur la façon de s'habiller, à l'exclusion d'instructions relatives à son activité professionnelle. Il a ajouté qu'un règlement interne lui avait été remis à cet égard. On lui aurait également promis l'établissement d'un contrat écrit, sans toutefois jamais y donner suite. Enfin, le demandeur a exposé ne pas avoir requis la délivrance d'un certificat de travail en raison des circonstances dans lesquelles il avait dû quitter la société.

Pour sa part, la défenderesse a allégué que dès le 1^{er} juillet 2001 le demandeur avait demandé à travailler 4 heures par jour, l'après-midi. Elle a indiqué ne jamais avoir contrôlé la présence du demandeur. Selon elle, il avait été convenu « *d'une rémunération d'environ fr. 6'000.- par mois ainsi que de commissions qui devaient être versées pendant une petite période correspondant au test d'un nouveau type de placement. La période correspondait à trois ou quatre mois* ». Elle a ajouté avoir constaté, un mois après le début des rapports contractuels, que le demandeur avait un comportement qui ne correspondait pas à la société, qu'il arrivait en retard et ne s'excusait pas de ses absences. Elle l'a alors convoqué afin de lui demander de revoir son comportement, sans quoi la société se passerait de ses services. Un mois plus tard, E _____ SA a décidé de mettre un terme aux relations contractuelles, sans délai dès lors qu'ils étaient liés par un contrat de mandat, ceci en raison du fait que leur collaborateur était lunatique et parfois nerveux. La défenderesse a ajouté que, par la suite, le demandeur était venu lui réclamer de l'argent et qu'elle lui avait alors remis fr. 3'000.-, le demandeur étant parti satisfait. E _____ SA a indiqué ne pas avoir de règlement interne et que, mise à part la réceptionniste, aucun employé ou collaborateur ne disposait d'un contrat écrit. Selon elle, le demandeur souhaitait être traité différemment, ce qu'elle n'avait pas accepté.

A l'issue de l'audience, le Tribunal a rendu une ordonnance préparatoire impartissant un délai d'un mois à T _____ pour compléter ses écritures sur la question de la compétence de la juridiction des prud'hommes et ordonnant aux parties de déposer leur liste de témoins dans le même délai.

O. Par mémoire déposé le 2 octobre 2002 au greffe de la juridiction des prud'hommes, le demandeur a conclu à ce que le Tribunal de céans reconnaisse sa compétence *ratione materiae*, dès lors que le contrat conclu avec sa partie adverse était bien un contrat de travail. Il a en effet précisé qu'il a « *conclu oralement un contrat de travail portant sur une activité à mi-temps en qualité de gérant-trader dans le forex et les options afférentes, rémunérée à hauteur de fr. 6'000.- par mois, plus des versements de commissions (20% de rétrocession sur les commissions réalisées par les banques dépositaires des comptes gérés et 20% de participation aux gains réalisés)* ». Il a confirmé avoir été tenu à un horaire et que le règlement interne, distribué à chaque employé, interdisait de fumer, boire ou manger dans les locaux de la société ou d'y recevoir des visites privées. Selon lui, les reçus avaient été signés pour son travail de consultant mais, ultérieurement, « *ceux-ci ne reflètent pas la réelle et commune intention des parties, qui était celle de verser un salaire à T_____* ». Il découle, selon lui, de ce qui précède que les conditions du contrat de travail sont réalisées.

P. A l'audience du 17 mars 2003, le Tribunal a procédé à l'audition de témoins.

G_____, employée à mi-temps de la société défenderesse, a confirmé que le demandeur était entré en contact avec E_____ SA en vue de dispenser des conseils sur le nouveau produit de la société, le *capital guarantee*, et que, dans ce cadre-là, le demandeur avait mené une activité pour un seul client. Elle a ajouté avoir eu « *l'impression que T_____ était responsable de sa propre activité. Il gérait lui-même le capital guarantee* ». Le témoin a ajouté ne pas savoir si le demandeur était soumis à un horaire, précisant néanmoins qu'il lui arrivait de le croiser aux alentours de 14 heures, parfois un peu plus tôt. Le témoin a déclaré que T_____ était « *un collaborateur agréable* », ayant « *parfois un caractère changeant* ». G_____ a déclaré qu'il n'y avait pas de code vestimentaire au sein de la société et que le demandeur portait toujours une cravate. Elle a indiqué que le demandeur disposait d'un bureau au sein de la société, lequel était également utilisé par un autre collaborateur.

H_____, conseiller financier, a indiqué avoir été l'employeur de T_____ de 1980 à 1982 avec qui il a conservé de bonnes relations. Le témoin a indiqué ne pas avoir « *été frappé d'un éventuel horaire dont il m'aurait parlé. Pour moi, il était à l'évidence employé de E_____ SA* ».

Au terme de l'audience, le demandeur a exposé avoir été engagé à mi-temps car la société avait trop de charges, mais qu'il avait été prévu que son activité augmente en fonction des résultats de E_____ SA. Il a enfin indiqué avoir ignoré qu'aucune charge n'avait été payée car il n'avait reçu aucune fiche de salaire.

Q. A l'audience du 16 juin 2003, le Tribunal a procédé à l'audition de témoins.

I_____, conseiller financier, a travaillé jusqu'en 2003 au service de la société défenderesse. Il a déclaré que son impression était que le demandeur était un consultant, ce

qui lui avait d'ailleurs été confirmé par B_____. Il a affirmé que les horaires du demandeur étaient irréguliers et ignorer si E_____ SA lui en avait imposés, confirmant néanmoins que le demandeur ne travaillait qu'à la demi-journée et disposait d'un bureau dans les locaux de la société. Le témoin a précisé que T_____ recevait des instructions relatives à la tenue vestimentaire et qu'il lui était interdit, tout comme aux autres collaborateurs, de manger ou boire dans les locaux de la société ou d'y recevoir des visites personnelles. I_____ a déclaré que B_____ avait mis fin au contrat de travail en raison du comportement du demandeur.

A_____ a confirmé avoir présenté T_____ à B_____. Il a indiqué avoir, à une reprise, vu le demandeur dans son bureau, travaillant sur un ordinateur, précisant ne pas savoir s'il s'agissait de son propre bureau. A_____ a indiqué ne pas savoir pour quels motifs les relations d'affaires avaient cessé entre les deux hommes.

J_____, employée de E_____ SA au moment des faits, a exposé que le demandeur lui avait été présenté comme un consultant. Elle a déclaré que T_____ se trouvait dans les locaux de la société les après-midi, mais n'était pas tenu de respecter un horaire et « *venait à sa convenance* ». Elle a ajouté qu'un bureau était à sa disposition dans les locaux de la société défenderesse. Le témoin a indiqué qu'il n'existait aucun règlement interne et a précisé ne jamais avoir contrôlé les entrées et sorties du personnel ou des collaborateurs. J_____ a exposé avoir été chargée de remettre son argent au demandeur, en cash, et que celui-ci n'avait jamais émis de remarques et ne s'était jamais plaint. Elle a confirmé qu'à une époque la société avait des difficultés de trésorerie et que les salaires avaient été versés avec retard, précisant avoir toutefois remis au demandeur l'argent qui lui était dû avant le versement des salaires.

A l'issue de l'audience, le demandeur a sollicité des témoins non encore entendus par le Tribunal et figurant sur la liste. Pour sa part, la défenderesse a sollicité l'audition de K_____ et requis la réaudition de I_____. A l'appui de cette dernière requête, elle a indiqué avoir été convoquée simultanément à deux audiences par-devant la juridiction des prud'hommes, raison pour laquelle elle n'avait pas été en mesure d'assister au début de l'audience.

R. A l'audience du 15 septembre 2003, le Tribunal a procédé à l'audition de témoins.

L_____, ami du demandeur, a indiqué qu'il déjeunait souvent avec lui. Il a précisé que T_____ « *partait toujours à 13 heures 45 pour reprendre son travail* ». Il a déclaré ignorer si son ami travaillait le matin. Le témoin a indiqué avoir vu le bureau de T_____ au sein de la société défenderesse. Selon lui, le demandeur lui avait dit recevoir des commissions « *fixées en fonction d'un pourcentage sur les transactions* ».

M_____, assistante sociale auprès de N_____, a exposé que le demandeur s'était présenté dans cet organisme le 1^{er} novembre 2001 car il avait besoin d'argent et se trouvait en arrêt maladie.

C _____, conseiller financier, administrateur de E _____ SA, a exposé ne pas avoir participé à la négociation du contrat conclu entre T _____ et la société défenderesse. B _____ l'avait néanmoins informé de ce que le demandeur avait été engagé en qualité de « consultant ». Il a exposé que, au sein de la société, se trouve un bureau spécialement prévu pour les transactions sur devises et que le demandeur devait s'y rendre pour effectuer son activité. Le témoin a exposé que le demandeur avait un horaire irrégulier et qu'il ne venait pas tous les jours dans les locaux de E _____ SA. Il a confirmé que le demandeur avait reçu des instructions sur son aspect vestimentaire ainsi que sur son comportement. I _____ lui avait par ailleurs donné des instructions techniques. Selon lui, le demandeur était d'humeur changeante et la défenderesse avait choisi de se séparer de lui car il ne s'entendait plus avec B _____.

O _____ a déclaré avoir « suivi des projets avec T _____ mais n'a jamais travaillé avec lui. Je sais qu'il travaillait pour E _____ SA, qu'il a été engagé, mais ne connais pas les détails ». Il a ajouté que le demandeur travaillait l'après-midi, dès 14 heures jusqu'à assez tard dans la soirée car il devait suivre les marchés. Il avait un bureau à sa disposition dans lequel il se rendait tous les jours, raison pour laquelle il lui semble avoir été employé. Selon ce témoin, T _____ recevait un salaire car il y avait une régularité dans les versements. Le témoin a précisé s'être rendu à une ou deux reprises dans le bureau du demandeur.

Enfin, le demandeur a renoncé à l'audition du témoin P _____. La défenderesse, pour sa part, a renoncé à l'audition des autres témoins portés sur sa liste, sous réserves des policiers ayant, selon elle, enquêté sur le demandeur.

S. Par jugement du 22 septembre 2003, le Tribunal des Prud'hommes s'est déclaré incompétent à raison de la matière.

A l'appui de sa décision, le Tribunal a jugé que les conditions de l'article 319 CO relatives à la conclusion, par les parties, d'un contrat de travail n'étaient pas réalisées, l'accord des parties s'apparentant davantage à un contrat de mandat.

Le Tribunal a admis que la condition de la prestation personnelle était remplie, puisque les parties avaient convenu que le demandeur s'emploierait personnellement à gérer un compte auprès de la D _____.

En revanche, le Tribunal a jugé que ni la condition de la mise à disposition de son temps en faveur de la défenderesse, ni celle du lien de subordination n'étaient remplies, parce que le demandeur était libre de s'organiser à sa guise.

Le Tribunal a en outre relevé que le demandeur avait lui-même qualifié les sommes qu'il avait reçues de E _____ SA au titre de rémunération d'« honoraires » dans les différents reçus établis.

De plus, constatant qu'aucune charge sociale n'avait été payée par E_____ SA, le Tribunal a estimé que si T_____ ne s'était pas inquiété du paiement des cotisations sociales, c'est précisément parce que sa rémunération avait la forme d'honoraires et non d'un salaire et n'était, en conséquence, pas soumis aux cotisations AVS.

Au vu de ces éléments, le Tribunal a conclu que les relations contractuelles qui liaient T_____ et E_____ SA s'apparentaient davantage à un contrat de mandat qu'à un contrat de travail.

- T. Dans son mémoire d'appel déposé au greffe de la Cour d'appel des Prud'hommes le 22 mars 2004, T_____ conteste la conclusion du Tribunal des prud'hommes selon laquelle il se considère comme incompetent à raison de la matière.

Il estime que c'est à tort que le Tribunal a jugé que les conditions de l'art. 319 al. 1 CO n'étaient pas remplies et que, partant, le contrat conclu entre E_____ et lui-même aurait dû être considéré comme étant un contrat de travail.

T_____ considère qu'il ressort très clairement des différentes déclarations des témoins et des parties qu'il se trouvait en fait dans un rapport de subordination avec E_____ SA.

Par ailleurs, il estime que la régularité du mode de rémunération indiquait que les sommes perçues l'étaient à titre de salaire et non à titre d'honoraires et que, dès lors, la qualification donnée à cette rémunération doit être considérée comme un critère secondaire.

T_____ en a conclu qu'il pouvait se prévaloir de prétentions consécutives à la résiliation du contrat de travail.

Dans son mémoire d'appel, l'employé réclame à ce titre un montant de fr. 58'232.20, ainsi que des intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2002.

- U. Dans sa réponse déposée au greffe le 19 mai 2004, l'intimée conteste l'ensemble des allégués de l'appelant.

Elle estime, en effet, que les quatre éléments constitutifs du contrat de travail ne sont manifestement pas réalisés et que les parties étaient liées par un contrat de mandat au sens des art. 394 ss CO.

Elle relève à cet égard que l'activité de l'appelant n'était pas indépendante de tout résultat. Il lui appartenait en effet d'évaluer les chances de succès du nouveau produit. La mission de l'appelant visait donc un objectif bien précis, une activité parfaitement définie et enfin un résultat bien déterminé. Selon l'intimée, le résultat que visait l'activité de T_____ était la bonne et fidèle exécution des services, conformément aux règles du mandat.

L'intimée indique par ailleurs que l'appelant avait la possibilité d'aménager son temps comme il l'entendait et pouvait travailler pour d'autres clients. Sa seule « obligation » résidait dans l'exécution de sa mission de consultant, à savoir l'évaluation d'un nouveau produit, et dans la bonne et fidèle exécution de son mandat.

Enfin, elle estime qu'il n'existait aucun lien de subordination, ni personnel, ni temporel, ni spatial. T_____ pouvait, selon l'intimée, aménager son temps et s'organiser comme il le souhaitait, avait la possibilité d'utiliser les locaux de l'intimée à sa convenance. Par ailleurs, elle précise que les seules obligations de l'appelant résidaient dans son devoir de diligence, de fidélité et d'information du mandant.

Enfin, elle considère que le quatrième élément qualificatif du contrat de travail, soit la rémunération de l'employé par son employeur, n'est pas rempli non plus. En effet, l'intimée indique que T_____ percevait des honoraires pour la représentation et les conseils, et une commission relative à l'activité déployée ainsi qu'aux résultats obtenus.

Elle considère par conséquent que le Tribunal des prud'hommes s'est déclaré à bon droit incompétent *ratione materiae*.

Elle conclut au déboutement de T_____ de l'ensemble de ses conclusions, à la confirmation du jugement sur compétence du Tribunal des prud'hommes du 22 septembre 2003 et à la condamnation de ce dernier en tous les dépens d'appel lesquels comprendront une participation équitable aux honoraires du Conseil de l'intimée.

V. Lors de l'audience du 6 juillet 2004, les parties ont confirmé la teneur de leurs écritures respectives.

Le conseil de T_____ a cependant déposé de nouvelles pièces figurant sous chargé de pièces numéros 8, 8 bis, 9 et 9 bis, qu'il n'avait pas notifiées à la partie adverse avant l'audience.

La partie adverse s'est formellement opposée à la production tardive de ces pièces, lesquelles n'étaient du reste pas signées et sans pertinence à son sens.

T_____ a déclaré qu'à l'époque où il travaillait pour la société E_____ SA, il n'avait aucune autre activité lucrative et qu'il n'était pas inscrit au Registre du commerce comme consultant.

Il a cependant expliqué qu'il avait été inscrit au Registre du commerce en 1998 durant deux mois, en qualité de consultant en finance et gestion. Il ignorait que son inscription n'avait été radiée que le 14 mai 2004.

EN DROIT

1. Interjeté dans la forme et le délai prévu par la loi (art. 59 de la loi sur la juridiction des prud'hommes, ci-après LJP), l'appel du jugement sur compétence du Tribunal des prud'hommes est recevable (art. 56 al. 2 LJP).
2. A titre liminaire, il y a lieu de trancher une question de procédure. Lors de l'audience d'appel du 6 juillet 2004, l'appelant a souhaité déposer de nouvelles pièces figurant sous chargés pièces n° 8, 8bis, 9 et 9bis qu'il n'avait pas notifié à la partie adverse.

Selon l'article 59 LJP, l'appel doit être déposé dans les 30 jours qui suivent la notification de la décision du tribunal. L'écriture est accompagnée de toutes les pièces utiles.

La Cour d'appel doit donc en principe refuser d'accepter des pièces hors de ce délai. Toutefois, le juge peut, s'il estime nécessaire de garder les pièces, ordonner l'apport des pièces en vertu de la maxime d'office, conformément aux articles 343 al. 4 CO et 29 LJP.

En l'espèce, la Cour de céans considère que les pièces en question ont été déposées tardivement par T_____, cela d'autant plus qu'elles n'ont pas été transmises à la partie adverse avant l'audience et que de ce fait cette dernière n'a pas pu en prendre connaissance et faire valoir ses droits.

Cela étant, quand bien même, la Cour de céans aurait admis ces pièces, elles n'auraient pas été pertinentes, dans la mesure où elles ne sont ni datées ni signées et qu'elles n'apportent pas d'éléments nouveaux à la résolution du présent litige.

3. S'agissant de la qualification du contrat liant E_____ SA et T_____, l'appelant soutient qu'il s'agit d'un contrat de travail et que par conséquent il peut se prévaloir de l'ensemble des prétentions consécutives à la résiliation du contrat de travail. Il réclame à ce titre fr. 58'232.20 plus intérêts à 5% l'an à partir du 1^{er} janvier 2002.

Pour qualifier un contrat comme pour l'interpréter, le juge doit tout d'abord s'efforcer de rechercher la réelle commune intention des parties, 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).

Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si elle est divergente, le juge doit interpréter les comportements et les déclarations selon la théorie de la confiance (ATF 129 III 664 consid. 3.1).

En l'occurrence, le Tribunal des prud'hommes a jugé que les conditions de l'article 319 CO relatives à la conclusion par les parties d'un contrat de travail n'étaient pas réalisées, l'accord des parties s'apparentant davantage à un contrat de mandat.

Le Tribunal a admis que l'activité effectuée par l'appelant remplissait la condition de la prestation personnelle, puisque les parties avaient convenu que ce dernier s'emploierait personnellement à gérer un compte auprès de la D_____. En revanche, il a jugé que l'appelant était libre de s'organiser à sa guise et que de ce fait, ni la condition de la mise à disposition de son temps en faveur de l'intimée, ni celle de subordination n'étaient remplies.

Dès lors, la juridiction prud'homale s'est considérée comme incompétente pour connaître de la présente cause et a déclaré irrecevable la demande de T_____.

Il s'agit ainsi de vérifier si le Tribunal pouvait, au vu des éléments établis, considérer que les parties n'étaient liées non pas par un contrat de travail comme l'affirmait l'appelant, mais par un contrat de mandat.

La distinction entre le contrat de travail et le contrat de mandat peut être particulièrement délicate. Le contrat de travail implique que l'employé s'engage pour une durée déterminée ou indéterminée à fournir des prestations contre rémunération en se soumettant aux instructions de son employeur (art. 319 al. 1 CO). Le travailleur est tenu de se soumettre aux instructions de l'employeur, à qui il doit en principe tout son temps; il agit, non indépendamment, mais pour le compte et sous la responsabilité de l'employeur (Tercier, Les contrats spéciaux, p. 482). Le mandataire, qui a une activité indépendante, accomplit en revanche les tâches qui lui sont confiées conformément aux instructions du mandant, mais selon sa propre organisation, librement choisie (reconnaisable de l'extérieur), et à ses propres risques et profits (ATF 121 I 259 consid.3 c).

L'élément déterminant permettant de différencier le contrat de travail du contrat de mandat est le rapport de subordination juridique qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle « *personnel, organisationnel et temporel* » (ATF 121 I 259 consid. 3a; Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, p. 7; Wyler, Droit du travail, p. 43).

En définitive, tant que le mandant, par le biais de ses directives, se contente d'informer le mandataire de la manière générale dont il doit exécuter sa tâche, les règles du mandat sont applicables. Dès que ces directives vont plus loin, qu'elles influent sur l'objet et l'organisation du travail et qu'elles instaurent un droit de contrôle de l'ayant droit, il s'agit d'un contrat de travail (Wyler, op. cit., p. 43-44).

D'autres éléments, tels que la durée de l'engagement, le mode de rémunération peuvent constituer des indices permettant de déterminer s'il s'agit d'un contrat de travail ou d'un contrat de mandat (SJ 1990 p. 189).

Pratiquement, pour définir la nature des relations contractuelles qui liaient les parties, il est nécessaire d'établir en premier lieu si les conditions du contrat de travail étaient remplies, les règles du contrat de mandat étant applicables uniquement à titre subsidiaire (art. 394 al. 2 CO).

Quatre critères essentiels caractérisent le contrat de travail : 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 et un salaire (SJ 1982 p. 193/SJ 1990 p.185; Engel, Les contrats de droit suisse, p. 292).

a) L'appelant considère qu'il remplit le critère de la prestation personnelle de travail.

L'employé doit fournir une prestation personnelle de travail. Il s'engage à travailler et à mettre à disposition de l'employeur sa capacité de travail, c'est-à-dire que le travailleur s'engage à rendre des services en utilisant son temps, sa force, ses compétences intellectuelles, la nature des services n'important pas. Cette prestation peut consister en une activité physique ou intellectuelle (Brunner/Bühler/Waerber, Commentaire du contrat de travail, p. 7; Rehbinder, Berner Kommentar, p. 28).

En l'espèce, dès juin 2001, E _____ SA a chargé T _____, en sa qualité de spécialiste, de tester le nouveau produit (le capital guarantee). Pour ce faire, elle lui a confié la gestion d'un compte auprès de la D _____, compte sur lequel il devait donner des ordres de transactions sur devises.

Il est certain que les parties avaient convenu que l'appelant s'emploierait personnellement à gérer un compte auprès de la D _____ au profit de l'intimée. T _____ devait par conséquent utiliser son temps et ses compétences au service de E _____ SA.

C'est donc à juste titre que le Tribunal des Prud'hommes a admis que l'activité déployée par l'appelant remplissait la condition d'une prestation personnelle dans la mesure où il remplissait lui-même les tâches qui lui avaient été confiées.

b) L'appelant conteste la conclusion du Tribunal, selon laquelle il n'était pas tenu à des horaires réguliers. Il estime au contraire qu'il avait l'obligation de mettre son temps à disposition de E _____ SA durant un horaire prédéfini.

Le travailleur s'engage à mettre toute ou partie de sa force de travail au service de l'employeur en convenant de la durée du travail, d'une activité à plein temps ou à temps partiel; il s'engage éventuellement pour une durée déterminée ou, en règle générale, indéterminée. L'importance de l'élément temporel se manifeste donc non seulement par rapport à la durée des rapports contractuels eux-mêmes mais également par la libre détermination, entre les parties, de la durée du travail et de l'aménagement du temps de travail dans le cadre contractuel (Brunner/Bühler/ Waerber, op. cit., p. 9).

Il en découle que l'employé est à la disposition de son employeur à des heures précises ou pendant un nombre d'heures déterminé (SJ 1982 p.206).

En l'espèce, les déclarations des parties sont à ce sujet contradictoires.

L'appelant a expliqué qu'il devait être présent à mi-temps, les après-midi. Alors que l'intimée a déclaré qu'à partir du 1^{er} juillet 2001, T _____ avait demandé à travailler un certain nombre d'heures par jour, mais qu'elle n'avait pas contrôlé la durée du travail. Elle a relevé qu'il était tout au plus question d'une activité journalière d'environ 4 heures, le temps de la mission. Cette estimation n'avait, selon elle, aucun caractère contraignant, mais visait tout simplement à déterminer les honoraires moyens qui seraient demandés par T _____.

L'audition des témoins a confirmé pour l'essentiel les propos de l'intimée. En effet, il ressort des différentes déclarations que les horaires de T _____ étaient plutôt irréguliers et que ce dernier était libre de s'organiser à sa guise.

La Cour de céans confirme sur ce point la position du Tribunal des Prud'hommes. Elle considère en effet que la condition de la mise à disposition par le travailleur de son temps pour une durée déterminée ou indéterminée n'était pas remplie.

- c) L'appelant considère que le Tribunal a jugé à tort qu'il agissait indépendamment et sous sa seule responsabilité. Il estime au contraire qu'il se trouvait dans un rapport de subordination tant organisationnel que spatial avec l'intimée.

Dans le cadre du contrat de travail, la prestation du travailleur est entreprise non pas dans son intérêt propre, mais au service de l'employeur. Il se crée dès lors un rapport de subordination caractéristique dans l'exécution du travail qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur, sous l'angle personnel, organisationnel et temporel (Brunner/Bühler/Waeber, op. cit., p. 9).

Le rapport de subordination signifie que l'activité est déployée par le travailleur de manière dépendante, sous la direction et les instructions de l'employeur.

Comme nous l'avons indiqué précédemment, ce critère est décisif lorsqu'il s'agit de qualifier et de délimiter le contrat de travail par rapport à d'autres contrats envisagés (Wyler, op.cit. , p. 42).

Pour déterminer si l'une des parties se trouve par rapport à l'autre dans un rapport de subordination, la manière de travailler est déterminante. Plusieurs critères matériels doivent être pris en considération dont, notamment, le degré de liberté dans l'organisation du travail et du temps, l'obligation de rendre compte de son activité, le devoir de suivre des instructions, même dans le cadre d'une large autonomie, et l'identification de la personne qui supporte le risque économique (RJN 2001 p. 87; Brunner/Bühler/Waeber, op. cit., p. 10).

Il faut toutefois tenir compte des qualifications et des responsabilités du travailleur qui peuvent influencer les modalités de l'exercice du droit de contrôle. Ainsi, le droit de

donner des directives à l'employé est réduit lorsque celui-ci a des responsabilités de gérant et qu'il est laissé relativement libre dans l'organisation du commerce qui lui est confié.

Il est donc nécessaire d'examiner dans quelle mesure celui qui fournit le travail supporte lui-même les risques économiques de l'activité considérée et fournit le matériel nécessaire, est libre de juger lui-même du temps nécessaire à l'activité et du moment de ses interventions, ou encore peut décider de se faire aider, voire remplacer pour exécuter la tâche qui lui est confiée. L'insertion dans une organisation préétablie plaide en faveur de l'application des règles du contrat de travail (Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail code annoté, p. 5).

En l'espèce, il ressort des différentes déclarations des parties et des témoins que les instructions données à T _____ se limitaient aux aspects vestimentaires et au comportement dans les locaux. En revanche, il ne recevait aucune instruction relative à son activité professionnelle. Dès lors, la Cour de céans rejoint la position du Tribunal sur ce point et constate que le lien de subordination organisationnel faisait défaut.

La Cour d'appel considère également que le lien de subordination temporel faisait défaut puisque T _____ disposait d'un horaire libre et pouvait s'organiser à sa guise (cf. *supra b*).

Enfin, le Tribunal a retenu que T _____ avait un bureau à sa disposition dans les locaux de l'intimée pour des raisons pratiques, mais qu'il travaillait également à son domicile. Le Tribunal en a conclu que le lien de subordination spatial faisait défaut.

La Cour de céans n'est pas aussi catégorique, dans la mesure où il ressort clairement des différents témoignages que T _____ disposait d'un bureau dans les locaux de E _____ SA et qu'il y travaillait régulièrement. La question reste ouverte. Toutefois, ce critère n'est pas déterminant, puisque les liens de subordination organisationnel et temporel (cf. *supra b*) faisaient défaut.

Au vu de l'ensemble des éléments, la Cour de céans conclut que la condition du lien de subordination n'était pas réalisée.

- d) T _____ explique dans son mémoire d'appel qu'il avait été convenu entre les parties qu'il percevait une rémunération de fr. 6'000.- par mois ainsi que des commissions. Il estime que la régularité de ce mode de rémunération indiquait que les sommes perçues auraient dû être considérées comme du salaire plutôt que des honoraires.

Le contrat de travail est un contrat à titre onéreux en ce sens que le travailleur n'offre sa prestation qu'en échange d'une rémunération. Celle-ci est en général versée en espèces mais elle peut aussi consister en prestations en nature. Le salaire peut être fixé en fonction du temps de travail ou par rapport au travail fourni. Lorsque l'exécution d'un travail se caractérise par un lien de subordination et par l'élément temporel de la prestation de travail, l'employeur doit nécessairement verser une rémunération car le contrat de

travail est de par sa nature un contrat à titre onéreux (Brunner/Bühler/Waeber, op. cit., p. 9).

En l'espèce, l'appelant a lui-même qualifié les sommes perçues de E _____ SA comme étant des « honoraires ». Il a d'ailleurs signés les différents reçus établis qui utilisait ce terme.

En outre, il dit ne s'être pas inquiété du paiement des cotisations sociales, parce que le versement des cotisations est avant tout une obligation de l'employeur et qu'il n'incombe pas à l'employé de vérifier le respect par ce dernier de ses obligations légales.

Le Tribunal a jugé qu'en réalité si T _____ ne s'est pas inquiété du paiement de cotisations sociales, ce n'est non pas parce qu'il estimait que le versement des cotisations relevait avant tout d'une obligation de l'employeur mais parce qu'il s'agissait d'honoraires qui n'étaient donc pas soumis aux cotisations AVS.

La Cour de céans estime que les pièces à sa disposition ainsi que les différentes déclarations des parties et des témoins établissent clairement que T _____ recevait des honoraires, c'est-à-dire des commissions fixées en fonction d'un pourcentage sur les transactions et non un salaire comme le soutient l'appelant.

Par conséquent, la condition du salaire n'est également pas remplie.

Les quatre critères fondamentaux n'étant pas tous réunis, les relations contractuelles liant T _____ et E _____ SA ne peuvent être qualifiées de contrat de travail.

f) Au surplus, la Cour de céans constate que T _____ était inscrit au Registre du commerce de Genève en qualité de consultant en finance et gestion depuis le 3 décembre 1998. Le titulaire a été déclaré en état de faillite par jugement du Tribunal de première instance le 8 avril 2003. L'inscription a été ensuite radiée d'office le 14 mai 2004.

4. Enfin le Tribunal des Prud'hommes a estimé que les relations contractuelles liant les parties s'apparentaient davantage un contrat de mandat qu'à un contrat de travail. Le mandat est un contrat par lequel une personne s'oblige à rendre des services dans l'intérêt d'une autre conformément à la volonté de celle-ci et pour autant que les conditions d'un autre contrat ne soient pas réalisées (art. 394 CO; Tercier, op. cit., p. 480).

En l'espèce, E _____ SA a chargé T _____, en sa qualité de spécialiste de tester un nouveau produit. Il devait gérer un compte auprès de la D _____ au profit de l'intimée. L'appelant s'était engagé à rendre ce service dans l'intérêt de l'intimée.

Dans la mesure où les conditions d'un autre contrat ne sont pas réalisées, le contrat liant les parties peut effectivement être qualifié de contrat de mandat.

Au vu de l'ensemble des éléments précités, la Cour de céans estime que le Tribunal des Prud'hommes a tiré les conclusions juridiques qui s'imposaient, à savoir que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail, mais par un contrat de mandat et qu'il était de ce fait incompétent pour connaître de la présente cause.

Le jugement attaqué sera par conséquent intégralement confirmé.

La partie appelante supportera l'émolument de justice.

PAR CES MOTIFS

La cour d'appel des Prud'hommes, groupe 4,

A la forme :

- Reçoit l'appel interjeté par T_____ contre le jugement sur compétence du Tribunal des Prud'hommes du 22 septembre 2003 rendu en la cause n° C/9087/2002;

Au fond :

Préalablement :

- Déclare irrecevables les nouvelles pièces figurant sous chargés pièces n°8, 8bis, 9 et 9bis, déposées lors de l'audience du 6 juillet 2004;

Principalement :

- Rejette l'appel et confirme le jugement sur compétence attaqué;
- Déboute l'appelant de toutes ses conclusions;
- Condamne T_____ au paiement de l'émolument de Justice, soit fr. 800.--.

La greffière de juridiction

Le président