



(CAPH/67/2010)

Monsieur T\_\_\_\_  
**Dom. élu:** Me Hervé CRAUSAZ  
Rue du Mont-Blanc 3  
Case postale 1363  
1211 Genève 1

CERCLE E\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

Et

Et

Madame A\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
1205 Genève

B\_\_\_\_ Avenue Eugène-Lance 58  
1212 Grand-Lancy

**Parties intimées**

**Parties appelantes**

**D'autre part**

**D'une part**

**ARRET**

du 26 avril 2010

M. Daniel DEVAUD, président

MM. Daniel CHAPELON et Jean-Yves GLAUSER, juges employeurs

MM. Stéphane JAN et Marc LABHART, juges salariés

Mme Marianne BELOTTE, greffière d'audience

**EN FAIT**

- A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des Prud'hommes le 9 avril 2009, A\_\_\_ et T\_\_\_ appellent d'un jugement rendu suite à la délibération du 4 mars 2009 par le Tribunal des Prud'hommes (TRPH/149/2009) et expédié le 6 mars 2009, se déclarant incompétent *ratione materiae*.

Les appelants concluent à l'annulation du jugement et à ce qu'il soit constaté qu'ils étaient liés au CERCLE E\_\_\_ et B\_\_\_ par un contrat de travail. Les appelants reprennent en outre leurs conclusions en paiement formulées devant le Tribunal des prud'hommes.

En réponse, le CERCLE E\_\_\_ et B\_\_\_ ont conclu au déboutement de T\_\_\_ et A\_\_\_ de toutes leurs conclusions et à la confirmation du jugement. Subsidiairement, ils concluent au renvoi de la cause au Tribunal de prud'hommes pour instruction de la cause et jugement.

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

a) Le CERCLE E\_\_\_ (ci-après E\_\_\_) est une association qui exploite une buvette. Son président est B\_\_\_.

b) T\_\_\_ et A\_\_\_ ont conclu le 14 août 2007 un contrat, intitulé "contrat de travail", avec le E\_\_\_, représenté par B\_\_\_.

Le contrat était conclu pour une durée d'une année renouvelable tacitement d'année en année, résiliable dans un délai de trois mois pour la fin d'un mois.

Aux termes dudit contrat, T\_\_\_ et A\_\_\_ étaient gérants de la buvette du E\_\_\_ . Leur "salaire" correspondait à 35 % de la recette brute de la buvette sur la vente de boisson pour dix mois d'activité. Les charges sociales étaient déduites de ce montant. Les frais d'entretien et de nettoyage étaient compris dans les 35 %. Il

était également précisé que l'engagement de personnel auxiliaire relevait de la seule responsabilité des gérants.

Selon le cahier des charges, annexé au contrat, T\_\_\_ et A\_\_\_ devaient ouvrir et fermer les locaux aux heures et jours fixés par le comité. Lors des concours, le boulodrome devait être ouvert en fonction de leur durée. Quant aux jours fériés, le boulodrome devait être ouvert selon la décision du président et du comité.

Concernant le gestion de la buvette, T\_\_\_ et A\_\_\_ devaient servir les boissons du stocks constitués par les fournisseurs autorisés par le comité aux prix fixés d'entente entre les parties. T\_\_\_ et A\_\_\_ devaient prévoir une petite restauration à un prix raisonnable qu'ils devaient fixer eux-mêmes. Ils devaient encore réceptionner les marchandises et contrôler les bulletins de livraison avant de transmettre les factures acquittées et les bulletins de versement à la fiduciaire.

Les travaux de nettoyage confiés au nettoyeur étaient effectués sous la responsabilité des gérants.

Les gérants n'étaient pas autorisés à acheter du matériel sans autorisation du président, sauf pour l'achat des produits d'entretien courant.

Finalement, les gérants devaient informer le comité du E\_\_\_ des éventuels problèmes qui pouvaient surgir.

c) Avant d'exercer la fonction de gérant auprès du E\_\_\_, T\_\_\_ était chef cuisinier dans un restaurant à \_\_\_\_, Valais de 2001 à 2007. En plus de son activité de cuisinier, ce dernier s'occupait, entre autre, de l'administration générale, de l'administration gastrosociale et de la comptabilité.

d) Par courrier du 20 novembre 2007, T\_\_\_ et A\_\_\_ indiquaient au E\_\_\_ qu'ils n'avaient pas reçu de contrat écrit selon les normes gastrosociales, fixant un salaire de base et un pourcentage du chiffre d'affaire, ainsi qu'un cahier des charges correspondant à leur statut d'employés-gérants.

e) Par courrier du 22 novembre 2007, l'Association cantonale genevoise de \_\_\_ a informé la E\_\_\_ que ses membres s'étaient plaint des qualités professionnelles des nouveaux responsables du \_\_\_ de \_\_\_ et que ses clubs affiliés se réservaient le droit d'annuler les compétitions prévues en 2008 tant que les problèmes de gérance n'étaient pas résolus.

Par courrier du 9 décembre 2008, l'organisation du Bol d'or international de Genève s'est également plainte du comportement des gérants.

f) Par courrier du 24 décembre 2007, le E\_\_\_ a mis fin aux relations contractuelles qui l'unissaient à T\_\_\_ et A\_\_\_ pour le 31 janvier 2008 invoquant l'article 335c CO.

g) Par courrier du 24 janvier 2008, T\_\_\_ et A\_\_\_ ont fait opposition à la résiliation des rapports de travail.

En réponse et par courrier du 30 janvier 2008, le E\_\_\_ a confirmé, se référant au courrier de T\_\_\_ et A\_\_\_ du 24 janvier 2008, que les relations de travail prenaient fin le 31 janvier 2008.

Par courrier du 31 mars 2008, le E\_\_\_ a invoqué que la cessation des rapports contractuels s'était imposée suite à l'attitude inadmissible de T\_\_\_ et de A\_\_\_ envers les dirigeants et les usagers du boulodrome. Le E\_\_\_ leur reprochait, entre autre, de ne pas avoir respecté les horaires d'ouverture, d'avoir fait des achats de tabourets de bar sans l'autorisation du comité, d'avoir eu un comportement agressif.

h) Par demande du 28 avril 2008, A\_\_\_ a assigné le E\_\_\_ et B\_\_\_ en paiement de fr. 7'739.85. Ladite somme se décompose comme suit:

- fr.1'971.25 à titre de salaire minimum selon la CCNT pour le mois de septembre 2007;
- fr. 2'884.29 à titre de salaire pour le mois de février 2008;
- fr. 2'884.29 à titre de salaire pour le mois de mars 2008.

A l'appui de ses conclusions, A\_\_\_ a invoqué avoir dû quitter les locaux le 31 janvier 2008 suite à des menaces et reproche du E\_\_\_ de n'avoir pas respecté le contrat.

Par demande du 30 avril 2008, T\_\_\_ a assigné le E\_\_\_ et B\_\_\_ en paiement de fr. 7'572.40. Ladite somme se décompose comme suit:

- fr. 1'913.30 à titre de complément de salaire pour le mois de septembre 2007;
- fr. 2'829.55 à titre de salaire pour le mois février 2008;
- fr. 2'829.55 à titre de salaire pour le mois de mars 2008.

T\_\_\_ réclame également le dédommagement de 500 heures de travail supplémentaires, prétention qu'il n'a pas chiffrée, ainsi que la délivrance d'un certificat de ses compétences.

Par la suite T\_\_\_ a amplifié ses conclusions. Il a conclu au paiement des sommes suivantes:

- fr. 6'794.20 à titre de salaire pour les mois de février et mars 2008;
- fr. 16'985.50 à titre de licenciement abusif.

i) En réponse, le E\_\_\_ et B\_\_\_ ont conclu à la constatation de l'inexistence d'un contrat de travail et au déboutement de T\_\_\_ et A\_\_\_.

A l'appui de leurs conclusions, le E\_\_\_ et B\_\_\_ ont indiqué que le document intitulé "contrat de travail" signé par T\_\_\_ et A\_\_\_ ne constituait pas un contrat de travail dans la mesure où la caractéristique de l'exécution personnelle n'était pas réalisée en l'espèce. Il n'avait jamais été demandé à T\_\_\_ et A\_\_\_ d'effectuer une seule heure de travail supplémentaire. T\_\_\_ et A\_\_\_ faisaient régulièrement, à titre de gérants indépendants, de la petite restauration à leur seul bénéfice.

Était annexé aux conclusions du E\_\_\_ et d'B\_\_\_ un chargé de vingt-deux pièces, dont une récapitulation des montants versés de septembre 2007 à janvier 2008 à T\_\_\_ et A\_\_\_.

Dans chacun des récapitulatifs en question, le montant brut de la rémunération de chacun des deux intéressés était intitulé "Salaire Brut" et la rémunération nette "Salaire net".

- C. Les appelants concluent à l'annulation du jugement et à ce qu'il soit constaté que le E\_\_\_ les a engagés par un contrat de travail au sens des art. 319 et ss CO.

Selon les appelants, les parties avaient, dès la conclusion du contrat, l'intention de se lier par un contrat de travail. Ainsi d'abord, le contrat les liant au E\_\_\_ était précisément intitulé « contrat de travail ». Ce contrat prévoyait :

- une rémunération des appelants en pourcentage du chiffre d'affaires en parfaite conformité avec la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés ;
- la déduction de la part employé de l'AVS, de l'APG, de la CNA et de la LPP de ladite rémunération ;
- la couverture des appelants par la CNA ;
- que les appelants devaient fournir une prestation personnelle au E\_\_\_ en mettant à disposition leur temps pour une durée indéterminée.

S'agissant du lien de subordination, les appelants ont expliqué qu'ils étaient soumis à l'horaire d'ouverture et de fermeture fixé par le E\_\_\_, qu'ils devaient aussi commander les boissons auprès des fournisseurs désignés par celui-ci et les vendre au prix fixé d'entente entre les parties.

Les appelants relèvent encore qu'à teneur du titre liminaire du contrat de travail, ils étaient soumis à la seule autorité du Président et du Comité du E\_\_\_.

Les appelants indiquent aussi que, selon le cahier des charges, ils devaient recevoir la marchandise des fournisseurs, la contrôler et remettre à la fiduciaire du E\_\_\_ les factures et les bulletins de versements correspondant. Ils devaient également verser la recette de la buvette sur le CCP du E\_\_\_.

Aux dires des appelants, ils n'avaient aucune latitude dans l'exécution de leurs tâches. Ils devaient ouvrir la buvette et effectuer le travail sur instructions du E\_\_\_. Ils ne pouvaient ni choisir les fournisseurs, ni négocier les prix avec ces derniers, ni même fixer les prix des consommations librement. De plus l'intégralité de la comptabilité de la buvette était tenue par la fiduciaire du E\_\_\_.

Les appelants avaient aussi la charge de surveiller le bon fonctionnement du matériel de la buvette et signaler au Président du E\_\_\_ les éventuelles pannes.

Enfin, les appelants rappellent que le courrier de licenciement se réfère explicitement à l'art. 335c CO qui règle la fin des relations de travail.

- D.** Le E\_\_\_ conclut à la confirmation du jugement et au déboutement des appelants de toutes leurs conclusions.

Selon le E\_\_\_ et B\_\_\_, les appelants n'étaient pas tenus à une prestation personnelle de travail bien qu'ils aient exploités ensemble la buvette du cercle. T\_\_\_ et A\_\_\_ ont organisé entre eux comme ils l'entendaient la répartition des tâches d'exploitation (ouverture de la buvette, fermeture de celle-ci, préparation de la petite restauration, etc.) La présence alternative commune des appelants durant les heures d'ouverture de la buvette était laissée à leur libre appréciation.

Si les intimés ne contestent pas que les appelants devaient respecter certaines règles en matière de choix des fournisseurs, fixation des prix, horaire d'ouverture, ils considèrent que cela ne constitue pas un lien de subordination.

Selon les intimés, la rémunération perçue par les appelants n'étaient pas seulement constituées par le pourcentage du chiffre d'affaires convenu mais se composait également des bénéfices réalisés sur la petite restauration que les appelants étaient autorisés à vendre.

- E.** La Cour a procédé à l'audition des parties qui ont persisté dans leurs conclusions respectives.

a) Le E\_\_\_ a expliqué qu'il était lié à la Ville de Genève par un contrat de bail à loyer. Ce contrat de bail autorise l'exploitation d'une buvette. Sur la base de comptes de la buvette 3% de son chiffre d'affaires est reversé à la Ville. Le chiffre d'affaires de la buvette se situait dans une fourchette fr. 180'000.- à 220'000.-. Le contrat de bail laisse toute liberté au E\_\_\_ de choisir la forme juridique pour exploiter la buvette. Sur une période de huit ans, le E\_\_\_ a connu trois gérances différentes. Le recrutement des gérants se fait par annonce dans la FAO. C'est par ce biais qu'ont été recrutés T\_\_\_ et A\_\_\_.

Selon le E\_\_\_ le contrat utilisé pour l'exploitation de la buvette leur a été donné par la Ville. Le E\_\_\_ l'utilise depuis 25 ans. Bien qu'aussi bien le contrat liant le E\_\_\_ à T\_\_\_ et A\_\_\_ que la lettre de licenciement soient intitulé « contrat de travail » et qu'ils se réfèrent à des dispositions du code des obligations réglementant le contrat de travail, le E\_\_\_ explique qu'il n'avait pas l'intention de se lier par un contrat de travail mais par un contrat de gérance. Le E\_\_\_ explique encore que lors des discussions précontractuelles avec T\_\_\_ et A\_\_\_, il leur avait clairement été indiqué que leur rémunération se calculerait en pourcentage du chiffre d'affaires de la buvette. Le E\_\_\_ est inscrit auprès d'une caisse de compensation.

Le E\_\_\_ a encore précisé que, pour lui, ne pas être lié par un contrat de travail aux appelants signifiait ne pas leur verser une rémunération fixée en pourcentage du chiffre d'affaires de la buvette.

Sur un autre plan, le E\_\_\_ a expliqué que la demande d'autorisation d'exploiter la buvette a été déposée conjointement par le club et par A\_\_\_ qui n'avait pas encore à l'époque le certificat de capacité, celle-ci s'étant engagée à suivre les cours et à passer l'examen requis.

Aux dires du E\_\_\_, un état des lieux a été signé lors de l'entrée en service de T\_\_\_ et A\_\_\_

b) A\_\_\_ a expliqué qu'au moment de son engagement elle et son compagnon T\_\_\_ étaient au chômage. Pour sa part, elle bénéficiait des mesures cantonales.

T\_\_\_ et elle ont répondu à une annonce publiée dans la Tribune de Genève. Lorsqu'ils se sont présentés, les dirigeants du E\_\_\_ leur ont demandé de faire revivre un lieu abandonné, les membres du club ne venaient plus jouer dans celui-ci et ne fréquentaient plus la buvette.

Ils leurs ont aussi indiqué que leur rémunération serait fixée en pourcentage du chiffre d'affaires de la buvette.

A\_\_\_ a indiqué que ni elle ni T\_\_\_ n'avait discuté les termes du contrat qui leur était proposé, hormis le fait qu'ils souhaitaient que leur rémunération respective soit distinguée, ce qu'ils ont obtenu.

Lors de leurs entretiens, les dirigeants du E\_\_\_ leur ont remis une estimation manuscrite chiffrée du chiffre d'affaires, estimation qu'elle a versée à la procédure en cours de comparution personnelle devant la Cour en accord avec les intimés.

A teneur de cette note manuscrite sur papier à entête du E\_\_\_ intitulée "*Propositions de salaire*" le salaire par personne représente fr. 3'045.- net "*p. pers.*" pour les mois de septembre 2007 à juin 2008.

Pour parvenir à ce montant par personne, la proposition de salaire indique que le chiffre d'affaires annuel minimum est de fr. 240'000.- dont les 35% représentent fr. 84'000.-, soit fr. 42'000.- brut annuel par personne duquel il est retranché l'AVS (5.05%), "le chômage" (1%), "la maternité" (0.13%), l'"AANP" (1.773%), la "maladie" (0.9425% - homme et 1.22% - femme) et la LPP (entre 3 et 4%).

Le E\_\_\_ n'a pas contesté que cette note manuscrite avait été remise aux appelants lors des discussions précontractuelles.

Selon T\_\_\_, il n'y a pas eu d'inventaire lors de l'entrée en service. A la fin des rapports de service le E\_\_\_ a signé un document de sortie indiquant que tout était en ordre.

- F.** Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée dans la partie "en droit" ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige.

## EN DROIT

1. Les appels ont été interjetés dans le délai utile et suivant la forme prescrite. Ils sont dès lors recevables.

La cognition de la Cour d'appel est complète.

2. Les appelants soutiennent avoir été liés aux intimés par un contrat de travail au sens des art. 319 et suivants CO.

Ainsi que l'ont retenu les premiers juges, la compétence *ratione materiae* de la juridiction des Prud'hommes présuppose, à teneur de l'art. 1 al. 1 LJP, que les parties soient ou aient été liées par un contrat de travail au sens du titre dixième du Code des Obligations.

3. **3.1** 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 (ATF 112 II 41; SJ 1990 p. 185 ; 1982 p. 202).

Toutefois, une activité fournie contre rémunération peut également être caractéristique d'autres contrats, tels le contrat de mandat, d'entreprise ou d'agence. Le contrat de travail, outre l'obligation de fournir un travail et le paiement d'un salaire, suppose ainsi, contrairement aux autres contrats susrappelés, un rapport de subordination de l'employé à l'égard de son employeur.

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).

**3.2** Pour déterminer l'objet et le contenu d'un contrat, il y a lieu de rechercher, 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 objectivé 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, le but poursuivi par les parties et les 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).

- 4. 4.1** En l'espèce, les premiers juges ont d'abord retenu que les parties avaient signé un contrat intitulé "contrat de travail" le 14 août 2007 qui prévoyait une rétribution correspondant à 35 % de la recette brute de la buvette sur la vente de boissons pour dix mois d'activité. Ils ont également retenu que les appelants étaient tenus de respecter les heures d'ouverture et de fermeture de la buvette, qu'ils devaient, également, commander leurs boissons auprès de fournisseurs déterminés par les intimés et consulter le comité pour des décisions importantes. Toutefois, selon les premiers juges, les appelants bénéficiaient d'une certaine marge de manœuvre puisqu'ils effectuaient les commandes, engageaient des extras qu'ils payaient sur les revenus de la petite restauration, engageaient et rémunéraient le nettoyeur.

Sur la base de ces derniers éléments, les premiers juges ont retenu que les appelants géraient librement la buvette.

Sur un autre plan, les premiers juges ont souligné que T\_\_\_ avait de l'expérience dans le domaine de la restauration puisque il a travaillé de 2001 à 2007 pour un restaurant en Valais et qu'il s'occupait, entre autre, de l'administration gastro-sociale et devait, par conséquent, connaître les conditions salariales prévues par CCNT. Dès lors qu'il ne les aurait pas fait valoir lors de la signature du contrat avec les intimés, les premiers juges en ont déduit que les appelants n'entendaient pas, le 14 août 2007, conclure un contrat de travail avec les intimés.

**4.2** En l'occurrence, tant l'intitulé des contrats conclus avec les appelants le 14 août 2007, que la proposition de salaire contenue dans la note manuscrite versée à la procédure lors de l'audience de comparution personnelle devant la Cour du 5 octobre 2009 et la lettre de résiliation du 24 décembre 2007 indiquent que les parties entendaient se lier par un contrat de travail dont la rémunération serait fixée en pourcentage du chiffre d'affaires de la buvette. Les salaires des appelants étaient par ailleurs calculés et payés séparément.

Certes les appelants s'étaient vu reconnaître une autonomie limitée pour l'engagement de personnel complémentaire et en matière de petite restauration, il reste qu'ils étaient subordonnés aux intimés sur le plan personnel, organisationnel et temporel. Ainsi, selon le préambule du cahier des charges, les appelants étaient soumis à l'autorité du président et du comité du E\_\_\_. Selon le même document, ils étaient également liés par les plannings établi par les intimés, ils devaient s'approvisionner auprès des fournisseurs désignés par les intimés, pratiquer les prix fixés par les intimés, remettre la totalité de leur recette et des factures à la fiduciaire de l'intimée qui tenait la comptabilité et établissait leur fiche de salaire déduction faite des charges sociales supportées par les travailleurs de sorte que, contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges, il y a lieu de considérer que les appelants étaient bien liés par un contrat de travail au sens des art. 319 et suivants du CO.

Il résulte de ce qui précède que les prétentions que font valoir les appelants 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.

**PAR CES MOTIFS**

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 2,

**A la forme**

Reçoit les appels déposés par T\_\_\_ et A\_\_\_ contre le jugement du Tribunal des Prud'hommes rendu suite à la délibération du 4 mars 2009 et notifié aux parties le 6 mars 2009.

**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.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

Le président