

## **GE\_GERICHTE C/7463/2005 vom 23. Oktober 2006**

GE Cour de justice, 2006-10-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_7463\\_2005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_7463_2005)

FR: GE\_GERICHTE C/7463/2005 du 23 octobre 2006

IT: GE\_GERICHTE C/7463/2005 del 23 ottobre 2006

### **Regeste**

CONTRAT INDIVIDUEL DE TRAVAIL; PLACEMENT DE PERSONNEL; CESSION D'UN PATRIMOINE OU D'UNE ENTREPRISE ; COMPÉTENCE RATIONE MATERIAE; NATURE JURIDIQUE; PRINCIPE DE LA CONFIANCE(INTERPRÉTATION DU CONTRAT); NULLITÉ | T. appelle d'un jugement par lequel le Tribunal des prud'hommes a déclaré sa demande irrecevable au motif que la Juridiction n'est pas compétente à raison de la matière pour en connaître. E. conclut à la confirmation du jugement au motif que les parties ont, le 1er avril 2004, conclu un contrat de cession partielle de l'entreprise E. à T., de sorte que, dès cette date, elles étaient liées par un contrat de société simple, et non plus par un contrat de travail; les prétentions de T., postérieures à la cession, doivent donc bien être déclarées irrecevables. La Cour considère que, dès lors que la réglementation des transferts d'entreprises contenue dans la Loi fédérale sur les fusions n'a pas été respectée, le contrat de transfert n'a pas déployé d'effets en droit. Pour le surplus, rien n'indique que les parties entendaient, même tacitement, se lier par un contrat de société simple. Partant, le contrat de travail originaire, qui n'a pas été dénoncé et que les parties ont continué à respecter dans leur pratique quotidienne, déploie toujours ses effets. En conséquence, les droits que T. entend déduire en justice relèvent de la compétence de la Juridiction des prud'hommes, et la cause est renvoyée au Tribunal dans le respect du double degré de juridiction. | LJP.1 ; LFus.71 ; LFus.73 ; CO.18 ; CO.181.al4 ; CO.319

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

E\_\_\_\_\_ SA Genève vend par la présente convention le secteur du placement stable à Madame T\_\_\_\_\_.

#### **E. 2**

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

#### **E. 3**

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

#### **E. 4**

(...)

#### **E. 5**

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

#### **E. 6**

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

#### **E. 7**

La présente convention permet à Madame T\_\_\_\_\_ de reprendre ce secteur dès le 1<sup>er</sup> avril 2004 en attendant que la création de la nouvelle société soit effective. A partir de cette date, toutes les responsabilités seront à la charge de Madame T\_\_\_\_\_, nouvelle propriétaire de E\_\_\_\_\_, secteur du placement stable. Les deux parties intéressées s'engagent d'informer les tiers du changement de propriétaire". Les deux parties s'accordent pour dire qu'elles entendaient de la sorte céder à T\_\_\_\_\_ la partie de l'entreprise relative au placement du personnel stable; selon leurs explications concordantes, T\_\_\_\_\_ souhaitait "devenir indépendante" alors que A\_\_\_\_\_ voulait "réduire son rythme professionnel" . Elles admettent que la partie de l'entreprise objet de la convention représentait économiquement plus de 5% de la valeur de l'entreprise, enfin que les formes prévues par la Loi sur les fusions ont été ignorées. La cession n'a ainsi été ni approuvée par les organes directeurs de E\_\_\_\_\_ SA, ni inscrite au Registre du commerce. C. Le contrat de travail de T\_\_\_\_\_ n'a été dénoncé ni par l'une, ni par l'autre des parties. Lors de l'Assemblée générale de E\_\_\_\_\_ SA qui s'est tenue le 4 mai 2004, il a été décidé que T\_\_\_\_\_ " était nommée responsable du département placement stable dans le secteur tertiaire. Elle signera individuellement pour ledit département". Le 14 juillet 2004, E\_\_\_\_\_ SA a remis à T\_\_\_\_\_ un certificat de travail intérimaire. Ce document précise que T\_\_\_\_\_ "travaille auprès de (la ) société en tant que conseillère en placement privé secteur tertiaire et de cadres depuis le 5 octobre 1998 à ce jour" et qu'il est établi "afin de promouvoir Madame T\_\_\_\_\_ au poste de directrice responsable autonome de son secteur". Le 10 août 2004, T\_\_\_\_\_ a été inscrite au Registre du commerce sur le feuillet de E\_\_\_\_\_ SA comme fondé de pouvoir avec signature individuelle. E. Parallèlement, soit le 20 avril 2004, A\_\_\_\_\_, a informé l'Office cantonal de l'emploi qu'elle souhaitait réduire son rythme de travail et céder le secteur du placement privé de E\_\_\_\_\_ SA à T\_\_\_\_\_; elle souhaitait que " les deux secteurs continuent de travailler sous le nom de E\_\_\_\_\_ SA ", de manière à ce qu'envers la clientèle, ils puissent continuer à bénéficier " de l'ancienneté et du sérieux de la société ". T\_\_\_\_\_ assumerait " la responsabilité du secteur placement privé ". Le 26 avril 2004, l'Office cantonal de l'emploi a répondu qu'il incombait à l'employée de déposer une demande d'autorisation afin de pouvoir, cas échéant, pratiquer à son compte le placement privé. En définitive, l'Office cantonal de l'emploi a, le 5 octobre 2004, modifié l'autorisation de pratiquer le placement privé accordée à E\_\_\_\_\_ SA, en faisant figurer T\_\_\_\_\_ comme responsable de la société, aux côtés de A\_\_\_\_\_. En novembre 2004, le personnel a été informé que T\_\_\_\_\_ n'avait pas obtenu l'autorisation de l'OCE pour faire du placement de personnel à titre indépendant (tém. B\_\_\_\_\_). Devant la Cour, E\_\_\_\_\_ SA admet que T\_\_\_\_\_ ne remplissait pas les conditions pour obtenir une telle autorisation à titre indépendant. D. En avril 2004, travaillaient dans le secteur "placements stables" T\_\_\_\_\_ et une seconde employée. Celle-ci ayant par la suite donné son congé, T\_\_\_\_\_ a engagé deux nouveaux employés, les contrats de travail étant conclus par elle au nom de E\_\_\_\_\_ SA. Les salaires desdits

employés étaient payés par E\_\_\_\_\_ SA et "refacturés" au secteur du placement stable (décl. C\_\_\_\_\_). Après le départ de T\_\_\_\_\_, dont il sera question ci-après, A\_\_\_\_\_ a licencié l'une de ces deux employés, ou plus précisément, selon sa déclaration, l'a "placée en temporaire chez un client". Elle a alors signé avec cette collaboratrice une "convention de fin des rapports de travail" (tém. D\_\_\_\_\_). Le deuxième employé a "été repris chez E\_\_\_\_\_", il a commencé à travailler dans le secteur temporaire, sur proposition de A\_\_\_\_\_, quelques jours avant que T\_\_\_\_\_ ne tombe malade, en février 2005; il n'a pas envoyé de lettre de démission à T\_\_\_\_\_ et a reçu un courrier de E\_\_\_\_\_ SA lui indiquant que son bonus serait modifié à l'avenir; pour le surplus, son salaire et son cahier des charges sont demeurés inchangés (tém. B\_\_\_\_\_). T\_\_\_\_\_ a également fait appel durant une dizaine de jours à un conseiller en emploi travaillant en indépendant (tém. F\_\_\_\_\_) et à la société de son mari (G\_\_\_\_\_ SA), à laquelle elle a confié l'analyse et l'amélioration du système informatique du secteur du placement stable. Les bureaux affectés au secteur du placement stable, d'une part, au secteur du placement temporaire, d'autre part, étaient situés dans deux appartements sis sur le même palier et séparés par un couloir d'immeuble (tém. D\_\_\_\_\_). La réception était toutefois commune et tous les clients étaient reçus "du côté du temporaire" ; c'est également le secteur temporaire qui recevait le courrier, dont le tri était assuré soit par une employée de ce secteur, soit par C\_\_\_\_\_ (tém. D\_\_\_\_\_). T\_\_\_\_\_ "donnait l'impression" de gérer le secteur du placement stable "comme s'il s'était agi de sa propre entreprise" ; toutefois, A\_\_\_\_\_, bien que son bureau ait été "géographiquement" situé du côté du secteur de placement temporaire, travaillait également sur des dossiers relevant du placement stable et "gardait les rennes (sic) de la société dans son ensemble, en attendant que Madame T\_\_\_\_\_ reprenne la direction du secteur stable" (tém. D\_\_\_\_\_). La tension entre les deux secteurs était importante et T\_\_\_\_\_ était régulièrement convoquée dans le bureau de A\_\_\_\_\_, qui lui donnait des consignes (tém. F\_\_\_\_\_). F. Sur le plan financier, la comptable C\_\_\_\_\_, employée de E\_\_\_\_\_, a créé dès le 1 er avril 2004 une comptabilité séparée pour le secteur du placement stable et, à fin 2004, a établi des comptes consolidés pour E\_\_\_\_\_ SA, dans lesquels sont distingués les secteurs Lausanne, Genève, St-Germain et "T\_\_\_\_\_ Fixes"; un bilan spécifique a également été établi pour chacun des deux secteurs gérés à Genève (fixe et temporaire). E\_\_\_\_\_ SA admet dans ses écritures de première instance que T\_\_\_\_\_ n'a eu connaissance que des éléments relatifs à son propre secteur d'activité. Selon les explications de C\_\_\_\_\_, celle-ci, sur instructions de A\_\_\_\_\_, répartissait les charges générales de E\_\_\_\_\_ SA entre le secteur du placement stable et celui du placement temporaire; la quote-part mise à la charge de T\_\_\_\_\_ figurait dans les comptes de son secteur; y figuraient ainsi, par exemple, la moitié de certains frais, le salaire des employés de son secteur, les frais d'une photocopieuse, ainsi qu'une quote-part du loyer au prorata de la surface utilisée. T\_\_\_\_\_ admet avoir reçu, avant la signature de la convention, une liste des frais qu'elle devrait supporter, mais affirme qu'il s'agissait d'une liste non détaillée et qu'elle ne correspondait pas à "ce qui a été fait par la suite" . Ce document n'a pas été produit. T\_\_\_\_\_ affirme n'avoir jamais reçu de facture relative à ses frais de fonctionnement. Aucune facture de cette nature n'est produite à la procédure et aucun débit en relation avec une telle facture n'apparaît aux relevés des comptes dont il est question ci-après. T\_\_\_\_\_ a ouvert en son nom personnel, auprès de l'X\_\_\_\_\_, un compte personnel, étant précisé que E\_\_\_\_\_ SA admet que l'ouverture de ce compte s'est faite d'entente avec A\_\_\_\_\_, ainsi qu'un compte d'épargne. Par le débit du compte personnel étaient payés divers frais de

fonctionnement du "secteur placement stable". Les honoraires dus par les clients du "secteur placement stable" étaient également versés sur ce compte. Une partie des montants encaissés (27'000 fr.) a ensuite été transférée sur le compte d'épargne, en vue, selon T\_\_\_\_\_, de "provisionner" l'équivalent du 10% du chiffre d'affaires prévu à l'art. 2 de la convention du 23 mars 2004. Le relevé de ces deux comptes était mensuellement soumis à C\_\_\_\_\_, accompagné des pièces justificatives, parmi lesquelles figuraient en particulier les notes d'honoraires établies par G\_\_\_\_\_ SA pour son travail de consultant. Lesdites pièces justificatives étaient ensuite vérifiées par C\_\_\_\_\_. C'est le lieu de préciser que, dans la présente procédure, E\_\_\_\_\_ SA conteste la légitimité des notes d'honoraires établies par G\_\_\_\_\_ SA et payées par le débit du compte personnel et que, devant la Cour, elle admet (ch. ad 14 de sa réponse à l'appel) que la remise mensuelle des comptes du secteur stable était pour T\_\_\_\_\_ une obligation. G. Les montants disponibles étaient régulièrement versés à E\_\_\_\_\_ SA, soit à l'initiative de T\_\_\_\_\_, soit, selon cette dernière, à la demande de A\_\_\_\_\_, qui conteste toutefois cette dernière affirmation. Ont ainsi été crédités à E\_\_\_\_\_ SA, par le débit du compte personnel, 19'000 fr. le 10 juin 2004, 20'000 fr. le 20 juillet 2004, 35'000 fr. le 23 août 2004, 45'000 fr. le 24 septembre 2004, 45'000 fr. le 29 septembre 2004, 35'000 fr. le 22 octobre 2004, 35'000 fr. le 24 novembre 2004, 20'000 fr. le 15 décembre 2004, 12'000 fr. le 25 janvier 2005. A fin janvier 2005, le compte personnel présentait un solde de 30'176 fr. 75 et le compte d'épargne un solde de 27'036 fr. 90, intérêts compris, sommes dont T\_\_\_\_\_ se reconnaît débitrice envers E\_\_\_\_\_ SA dans le cadre de la présente procédure. Les relevés des deux comptes ne laissent pour le surplus apparaître aucun prélèvement personnel de la part de T\_\_\_\_\_. Le chiffre d'affaires du secteur de placement stable a représenté 60'000 fr. en mai 2004, 73'000 fr. en juillet 2004, 32'000 fr. en septembre, 30'150 fr. en octobre 2004 et 3'800 fr. en novembre 2004. T\_\_\_\_\_ a expliqué cette diminution par le fait que A\_\_\_\_\_, contrairement à ce qui était convenu, avait continué à s'occuper de placements stables et a produit, à l'appui de cette affirmation, un "mémo" adressé à E\_\_\_\_\_ SA le 23 novembre 2004, dans lequel elle se plaint de cette situation. Dans le mémo du 23 novembre 2004 dont il a été question ci-avant, T\_\_\_\_\_ fait état de la prise de ses " fonctions de directrice du secteur stable" au 1 er avril 2004; la signature de la convention du 23 mars 2004 impliquait pour elle le paiement de tous ses frais et une provision de 10% de son chiffre d'affaires, mais aussi l'encaissement de tous les honoraires afférents aux placements stables; or, la pratique était tout autre, puisque A\_\_\_\_\_ avait continué à pratiquer le placement stable au-delà d'une période qui ne devait être que transitoire; il s'ensuivait que le secteur stable supportait la totalité de ses propres frais sans encaisser la totalité des honoraires liés aux placements stables, ce qui était contraire à la convention. Pour l'avenir, elle proposait de s'en tenir à la convention, chacune des parties gérant à 100% son propre secteur; cela impliquait en particulier que le secteur temporaire ne fasse plus de placements stables ou alors que toute facture de placement stable soit encaissée par le secteur des placements stables. Elle proposait en outre divers avenants à la convention du 23 mars 2004, en relation avec les clients en temporaire qui étaient ouverts à une solution en stable, l'information financière qui devrait être donnée à T\_\_\_\_\_ et le partage des frais entre les deux secteurs. E\_\_\_\_\_ admet que A\_\_\_\_\_ a continué à s'occuper du secteur des placements stables, expliquant d'une part que les deux secteurs étaient étroitement liés et que les clients n'auraient pas compris une stricte séparation, d'autre part qu'elle a été "obligée de sauver" ce secteur qui courait à sa perte en raison de "l'irresponsabilité" de T\_\_\_\_\_, "ne serait-ce entre autres que pour assurer au personnel de T\_\_\_\_\_ les salaires ainsi que tous les frais

lui permettant de fonctionner (sic) ". H. T\_\_\_\_\_ a continué à recevoir un salaire, porté dès le 1<sup>er</sup> avril 2004 à 7'000 fr. brut mensuellement; à cela s'est ajoutée, certains mois, une participation sur le chiffre d'affaires. Selon la comptable C\_\_\_\_\_, c'est T\_\_\_\_\_ elle-même qui avait décidé de l'augmentation de son salaire de 5'000 fr. à 7'000 fr.; A\_\_\_\_\_ en avait été informée et cela n'avait "inquiété personne, car les affaires marchaient bien". Ce salaire était débité du compte de E\_\_\_\_\_ SA et crédité sur un compte-joint dont T\_\_\_\_\_ est titulaire avec son mari. Selon C\_\_\_\_\_, ce salaire devait ultérieurement être refacturé à T\_\_\_\_\_, au même titre que les frais de fonctionnement. Les fiches de salaires étaient établies par C\_\_\_\_\_ et libellées au nom de "E\_\_\_\_\_ fixe T\_\_\_\_\_" pour le mois d'avril 2004, puis de "E\_\_\_\_\_ fixes" dès le mois de mai 2004. La fiche de salaire du mois de mars 2004 fait état d'une indemnité pour vacances non prises et d'un montant versé à titre de 13<sup>ème</sup> salaire au prorata pour 2004. Pour l'année 2004, E\_\_\_\_\_ SA, sous la signature de A\_\_\_\_\_, a établi une attestation-quittance destinée à l'AVS, indiquant T\_\_\_\_\_ comme son employée. Elle a continué à s'acquitter des charges sociales (AVS etc., LPP), de l'impôt à la source et a continué à assurer T\_\_\_\_\_ pour une indemnité perte de gains en cas de maladie ou d'accident. I Le 3 février 2005, E\_\_\_\_\_ SA a reproché à T\_\_\_\_\_ de n'avoir pas respecté ses "directives" en matière de "stratégie de prudence en matière de dépenses" , qui lui avait été indiquée lors de divers entretiens. Précisant que la somme avancée par ses soins pour "lui permettre de fonctionner" (111'492 fr. 66) n'était pas couverte par les sommes facturées aux clients (66'367 fr. 65) elle a relevé que les frais mensuels de fonctionnement représentaient 30'000 fr. environ, alors que seuls 32'000 fr. lui avaient été versés entre décembre 2004 et janvier 2005. Il était reproché à T\_\_\_\_\_ d'une part, d'avoir versé 27'000 fr. sur son autre compte bancaire et d'avoir payé à la société de son mari 14'000 fr. pour des notes d'honoraires non détaillées, faits qualifiés de "graves fautes de gestion", d'autre part de percevoir un salaire sans relation avec son taux d'activité (80%), la baisse du chiffre d'affaires ne justifiant au surplus ni ce salaire, ni les frais d'une assistante personnelle. L'engagement d'un "commercial" depuis le 1<sup>er</sup> février sans consultation préalable était également contesté. T\_\_\_\_\_ se voyait ainsi rappeler que sa priorité devait être de rembourser à E\_\_\_\_\_ SA les frais de fonctionnement lui incombant. T\_\_\_\_\_ était dès lors informée que E\_\_\_\_\_ SA avait pris la décision de licencier son assistante personnelle pour une date à déterminer; elle était également sommée de verser à E\_\_\_\_\_ SA les 27'000 fr. versés sur son compte d'épargne, à titre de remboursement partiel des frais non payés à ce jour, et de fournir les justificatifs des factures établies par son mari, ceci dans le délai d'une semaine. Le 10 février 2005, T\_\_\_\_\_ a fait parvenir à E\_\_\_\_\_ SA un certificat médical daté du même jour, attestant d'une incapacité de travail à 100% dès le 8 février 2004 et jusqu'au 20 février 2004, pour cause de maladie. Un second certificat médical, daté du 14 février 2005, atteste d'une prolongation de ladite incapacité de travail à 100% pour une durée indéterminée. Des indemnités journalières lui ont été versées par l'assurance-perte de gain contractée par E\_\_\_\_\_ SA pour ses employés jusqu'à fin novembre 2005. Dès le 1<sup>er</sup> décembre 2005, elle s'est inscrite au chômage. Le 14 février 2005, E\_\_\_\_\_ SA, se référant à son précédent courrier, a reproché à T\_\_\_\_\_ d'avoir photocopié des dossiers de candidats, "vidé son ordinateur" et "détourné" son adresse professionnelle sans l'en informer. En raison de ces circonstances, de la baisse du chiffre d'affaires, de la "disparition de certains dossiers et commandes" , et des absences de plus en plus fréquentes au poste de travail, la question se posait de savoir si T\_\_\_\_\_ ne travaillait pas d'ores et déjà pour la société d'outplacement de son mari, violant ainsi son obligation de fidélité. T\_\_\_\_\_ se

voyait enfin reprocher un détournement de fonds; elle était informée que le dossier était confié à un avocat, que "le paiement de son salaire était bloqué" et que ses pouvoirs au Registre du commerce avaient été radiés. S'en est suivi un échange de correspondance, au cours duquel T\_\_\_\_\_ a contesté les griefs émis à son encontre. Elle a rendu à E\_\_\_\_\_ SA des dossiers, une clé, un appareil de photo, une carte de parking et un solde de caisse de 234 fr. 65, et indiqué tenir à disposition de E\_\_\_\_\_ SA les montants déposés sur les comptes auprès de l'X\_\_\_\_\_. E\_\_\_\_\_ SA admet que T\_\_\_\_\_ n'a plus eu accès aux locaux de la société, dont les serrures ont été changées; son compte e-mail a été bloqué, son nom a été enlevé du site internet de la société et ses pouvoirs ont été radiés du Registre du commerce. En cours de procédure, soit le 22 août 2005, E\_\_\_\_\_ SA a déclaré, en tant que de besoin et pour l'hypothèse où le Tribunal des Prud'hommes en admettrait l'existence, résilier le contrat de travail pour le 31 octobre 2005. J. Le 7 avril 2005, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_ SA devant la juridiction des Prud'hommes, réclamant en dernier lieu à cette dernière 2'361 fr.05 brut (salaire du 1<sup>er</sup> au 8 février 2005), 7'694 fr. 55 brut (indemnité pour vacances non prises), 6'760 fr. brut (treizième salaire au prorata), 30'555 fr. 20 (indemnité perte de gains pour la période allant du 8 février au 31 mai 2004), enfin 20'000 fr. net (réparation pour tort moral), toutes sommes assorties d'intérêts moratoires, et a déclaré vouloir compenser ces sommes avec les avoirs détenus pour le compte de E\_\_\_\_\_ SA (59'672 fr. 35). A l'appui de ses conclusions, T\_\_\_\_\_ a en substance fait valoir qu'elle était liée à E\_\_\_\_\_ SA par un rapport de travail, en voulant pour preuve, en particulier, les fiches de salaire qui lui étaient remises, l'attestation d'impôt à la source établie le 13 janvier 2005 et l'extrait du procès-verbal de l'assemblée générale du 4 mai 2004 attestant qu'elle était nommée " responsable du département "placement stable" dans le secteur tertiaire" . Il en découlait, pour la société, une obligation de verser les indemnités réclamées pour perte de gains. Elle s'était vu confier le risque économique de l'entreprise, en violation de l'article 327d CO, d'une part, et s'était fait accuser à tort de détournements de fonds par A\_\_\_\_\_, ce qui justifiait l'allocation de la réparation pour tort moral réclamée. K. E\_\_\_\_\_ SA, faisant valoir que les rapports juridiques entre les parties relevaient non du contrat de travail, mais de la société simple, a conclu principalement à l'irrecevabilité de la demande principale, la cause devant être soumise au Tribunal de première instance, et subsidiairement à son rejet; T\_\_\_\_\_ devait au surplus être condamnée à lui rembourser les montants en sa possession, soit 76'435 fr. Reconventionnellement, elle a réclamé la dissolution de la société simple et la condamnation de T\_\_\_\_\_ à lui verser 91'012 fr. avec intérêts. Sur le fond, E\_\_\_\_\_ SA a soutenu que T\_\_\_\_\_ avait souhaité se mettre à son compte, raison pour laquelle, en attendant qu'elle obtienne l'autorisation nécessaire de l'Office cantonal de l'emploi, E\_\_\_\_\_ SA lui avait consenti une avance de capital, sous la forme d'un prêt sans intérêts, et avait mis à sa disposition des locaux et du matériel de la société. Comme cela figurait dans la convention du 23 mars 2004. T\_\_\_\_\_ était depuis lors tenue de s'acquitter des charges liées à son activité et d'assumer les frais de la collaboratrice travaillant dans son secteur. Il s'agissait d'une période de transition, durant laquelle les parties avaient convenu de simuler que leurs rapports juridiques relevaient du contrat de travail. L'inscription de T\_\_\_\_\_ au Registre du commerce avec signature individuelle était quant à elle destinée à lui permettre de gérer son secteur de manière autonome. T\_\_\_\_\_ s'est entièrement opposée à la demande reconventionnelle et a contesté la simulation invoquée. L. Le jugement entrepris retient en substance la convention du 23 mars 2004, constitutive d'une partie du patrimoine de l'entreprise, était nulle ab initio, les conditions prévues par la Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la

transformation et le transfert de patrimoine (LFus), par renvoi de l'art. 181 al. 4 CO n'étant pas remplies. L'existence des fiches de salaire des mois de mai à décembre 2004 et février 2005 produites laissent accroire a priori qu'un salaire avait continué de lui être versé au-delà du 1<sup>er</sup> avril 2004, ainsi que les commissions qui y figurent. Toutefois, le salaire avait été augmenté sans justification, les vacances n'étaient plus mentionnées dès le 1<sup>er</sup> avril 2004, les fiches étaient désormais libellées au nom de « E\_\_\_\_\_ fixes » et T\_\_\_\_\_ avait elle-même admis qu'elle était censée gagner sa vie sur la base des rentrées du secteur stable, créditées sur un compte bancaire dont elle seule possédait la signature. Dans cette mesure, il était douteux qu'elle puisse être considérée comme salariée au-delà du 1<sup>er</sup> avril 2004. Certes, T\_\_\_\_\_ avait reçu un certificat de travail intermédiaire du 14 juillet 2004, les primes d'assurance la concernant, notamment celles versées à l'assurance perte de gains maladie, avaient continué d'être assumées par la société après le 1<sup>er</sup> avril 2004 et au moins un employé travaillant sous ses ordres avait poursuivi son activité au sein de E\_\_\_\_\_ SA après son départ, intervenu en février 2005. Il résultait toutefois du "mémo" rédigé par T\_\_\_\_\_ le 23 novembre 2004 que celle-ci avait manifestement cessé de recevoir des instructions à partir du 1<sup>er</sup> avril 2004, date à partir de laquelle elle avait géré l'activité de placement stable d'une manière indépendante; elle avait en outre payé les frais convenus. Il en résultait que les parties avaient, malgré l'absence de transfert effectif d'une partie de la société, exécuté la convention sans tenir compte et sans connaître le vice de forme qui s'y attachait, T\_\_\_\_\_ déployant ainsi son activité pour son propre compte. La nature des rapports contractuels entre les parties ne comportait ainsi ni subordination personnelle, ni subordination fonctionnelle, la subordination financière n'étant enfin qu'apparente. La réelle et commune intention des parties les avait bel et bien conduites à se départir d'éléments essentiels du contrat de travail, et dans cette mesure, à mettre fin aux rapports de travail dès la date du 1<sup>er</sup> avril 2004. Les prétentions de T\_\_\_\_\_, afférentes à la période postérieure au 1<sup>er</sup> avril 2004, à l'instar de celles émises par E\_\_\_\_\_ SA à titre reconventionnel, ne relevaient ainsi pas du contrat de travail et la Juridiction des prud'hommes était incompétente *ratione materiae* pour en connaître. Les arguments des parties en appel seront repris ci-après dans la mesure utile. EN DROIT 1. L'appel a été formé dans le délai et suivant la forme prescrits par la loi. Il est partant recevable. La Cour d'appel dispose d'une cognition complète. 2. Ainsi que l'ont retenu les premiers juges, l'art. 1 al. 1 LJP soumet à la Juridiction des prud'hommes les litiges entre employeurs et salariés, pour tout ce qui a trait à leurs rapports découlant d'un contrat de travail au sens du titre dixième du Code des Obligations, ce qui conduit à examiner si les rapports ayant existé entre les parties peuvent ou non être qualifiés de contrat de travail. L'intimée conteste avoir été liée à l'appelante par un contrat de travail au-delà du 1<sup>er</sup> avril 2004. Elle soutient que les parties ont en réalité conclu un contrat de société simple, mais ont décidé, pour les rapports externes, de simuler l'existence d'un contrat de travail. L'existence d'un contrat de travail présuppose que le travailleur s'engage à mettre tout ou partie de sa force de travail au service de l'employeur, moyennant paiement d'un salaire et ce dans un rapport de subordination. Les parties conviennent ainsi d'un rapport durable, d'une durée indéterminée ou déterminée, qui ne s'éteint pas par l'échange unique d'une prestation et d'une contre-prestation et qui prévoit en principe quel temps hebdomadaire ou mensuel le travailleur doit mettre à disposition de son employeur (REHBINDER, Comm. bernois, no 11 ad art. 319 CO et réf. citées). Le rapport de subordination, élément inhérent au contrat de travail, présuppose que le travailleur est soumis à l'autorité de l'employeur pour l'exécution du contrat, du point de vue personnel, organisationnel et temporel. Le droit de l'employeur

de donner des directives et des instructions appartient toutefois aussi au mandant et au maître de l'ouvrage, de sorte qu'il y a lieu de déterminer l'existence d'un contrat de travail selon l'image globale donnée par les relations entre les parties, en fonction aussi des usages de la profession (SJ 1990, p. 185, 189; REHBINDER, Schw. Arbeitsrecht, 1988, p. 30, ch. 2 et réf. citées). Pour déterminer si les rapports entre les parties présentent ou non les caractéristiques d'un contrat de travail, le juge doit prendre en considération en premier lieu le contenu du contrat, en recherchant, tout d'abord, la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions éventuellement erronées utilisées par les parties (art. 18 al. 1 CO). Si une telle intention ne peut pas être établie et qu'un désaccord latent subsiste, il faut alors tenter de découvrir la volonté présumée des parties en interprétant leurs déclarations de volonté selon le principe de la confiance, à savoir d'après le sens qu'un destinataire pouvait et devait leur donner (ATF 121 III 123 ; ATF 115 II 269 consid. 5a; ATF 107 II 229 consid. 4). Pour déterminer le contenu objectif du contrat, le juge peut notamment s'inspirer du texte même de l'accord, des circonstances ayant entouré sa conclusion, des circonstances antérieures ou postérieures à la conclusion, du but poursuivi par les parties et des usages (ATF 101 II 277 = JdT 1976 I 323; ATF 97 II 72 = JdT 1972 I 531). Toutefois, lorsque le texte du contrat est clair, il n'y a pas lieu d'en dénaturer le sens par la recherche d'une interprétation fondée sur des éléments extrinsèques, sauf si son contenu ne satisfait pas la logique de l'opération telle que, de bonne foi, les parties devaient la considérer (ATF 111 II 284 = JdT 1986 I 96). Il examinera ensuite le comportement de chacune d'elles dans le cadre de l'exécution du contrat (AUBERT, La compétence des Tribunaux genevois des prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente, in SJ 1982, pp. 202 et 203). En l'espèce, à teneur du texte clair de l'art. 1 de la convention signée le 23 mars 2004, les parties ont voulu transférer à l'appelante le secteur "placements stables" de l'intimée. Dans le cadre de la présente procédure, elles se sont accordées à dire que le texte de la convention correspondait à leur commune et réelle volonté, T\_\_\_\_\_ souhaitant "devenir indépendante" et A\_\_\_\_\_ voulant "réduire son rythme professionnel" . L'interprétation objective de la convention du 23 mars 2004 ne permet pas une autre conclusion. A teneur du texte, en effet, l'objet de la convention apparaît bien être la cession, par E\_\_\_\_\_ SA, de son secteur "placements stables" à T\_\_\_\_\_. Les parties admettent que la partie de l'entreprise exploitée par l'intimée, objet de la convention du 23 mars 2004, représentait plus de 5% du bilan de l'intimée, et qu'elle était dès lors soumise à la LFus, en application de l'art. 181 al. 4 CO. Elles admettent de même que les conditions posées par ladite loi n'ont pas été respectées: le contrat de transfert ne mentionne ainsi pas clairement les objets du patrimoine actif et passifs transférés, la valeur totale des actifs et passifs objet de la cession, et ne contient pas de liste des rapports de travail transférés à l'acheteur (art. 71 let. a, c et e LFus); le transfert du patrimoine n'a en outre pas été transcrit au Registre du commerce (art. 73 al. 1 LFus). Il en résulte que le transfert de patrimoine convenu le 23 mars 2004 n'a pas déployé d'effets (art. 73 al. 2 LFus). 3. Aucune allusion n'est en revanche faite, dans la convention du 23 mars 2004, à une éventuelle collaboration future entre les parties ou entre T\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_, permettant d'admettre que les parties ont en réalité convenu de former une société simple, dont le but serait - de manière durable ou temporaire - l'exploitation commune du secteur des placements stables de E\_\_\_\_\_ SA. E\_\_\_\_\_ SA n'explique par ailleurs pas de quelle manière serait intervenu un accord de volonté oral, à teneur duquel les parties auraient convenu de s'associer dans le cadre d'une société simple, tout en simulant un contrat de travail. Plus spécifiquement, elle n'indique pas à quel moment un tel accord serait intervenu, et ne donne aucune indication sur les

discussions qui l'auraient précédé. 4. La conclusion tacite d'un contrat de société simple et d'un contrat de travail simulé ne résulte enfin pas du comportement des parties. T\_\_\_\_\_ n'est en effet pas devenue indépendante après le 1<sup>er</sup> avril 2004. Sur le plan administratif, elle n'a pas obtenu d'autorisation individuelle de pratiquer le placement privé, mais a uniquement été inscrite comme co-responsable de E\_\_\_\_\_ SA. Elle a continué à percevoir un salaire de E\_\_\_\_\_ SA, prélevé sur les avoirs de cette société et non sur les résultats du secteur stable et E\_\_\_\_\_ SA a continué à établir des fiches de salaire, de percevoir et payer ses charges sociales, de même qu'elle a continué à assurer l'appelante contre la perte de gain, à l'instar des autres employés. Son contrat de travail n'a pas formellement été dénoncé et, lors de l'assemblée générale du 4 mai 2004, E\_\_\_\_\_ SA l'a nommée responsable du département "placements stables", avec signature individuelle, à la suite de quoi elle a été inscrite comme fondée de pouvoir de E\_\_\_\_\_ SA au registre du commerce, avec signature individuelle. Le 14 juillet 2004, elle lui a en outre remis un certificat intermédiaire, lequel atteste de sa promotion et du fait qu'elle est toujours employée de la société. Ces nouvelles fonctions de responsable expliquent d'ailleurs, avec une vraisemblance confinante à la certitude, l'augmentation de sa rémunération dès le 1<sup>er</sup> avril 2004. De part ses fonctions de responsable et de par son droit de représenter la société par sa seule signature, T\_\_\_\_\_ a certes, dès le 1<sup>er</sup> avril 2004, disposé d'une large indépendance dans la gestion du secteur qui lui était confié; en particulier, elle a ainsi pu engager du personnel pour E\_\_\_\_\_ SA sous sa seule signature et, avec l'accord de A\_\_\_\_\_, ouvrir des comptes bancaires à son propre nom, mais destinés à la gestion financière du secteur qui lui était confié. Le lien de subordination n'en a néanmoins pas été rompu: en effet, le courrier destiné au secteur géré par T\_\_\_\_\_ était reçu et trié par du personnel dépendant directement de A\_\_\_\_\_ et les clients du secteur "placements stables" étaient de même reçus à la réception se trouvant du côté "placements temporaires". T\_\_\_\_\_ devait remettre mensuellement ses relevés de comptes à la comptable de E\_\_\_\_\_ SA, justificatifs à l'appui, ses dépenses faisant ainsi l'objet d'un contrôle, conformément à l'obligation faite au travailleur par l'art. 321b CO. Elle n'effectuait aucun prélèvement personnel sur les comptes ouverts en son nom auprès de l'X\_\_\_\_\_ et transférait régulièrement à E\_\_\_\_\_ SA les bénéfices retirés (sous réserve des montants transférés sur le compte d'épargne et dont E\_\_\_\_\_ SA avait connaissance), conformément à l'art. 321 b al. 2 CO. Les dépenses qui étaient mises à la charge de son secteur étaient déterminées par E\_\_\_\_\_ SA et, si elle recevait les éléments comptables relatifs à son propre secteur, il n'en était pas de même de l'ensemble des comptes de E\_\_\_\_\_ SA, alors que tel aurait dû être le cas si elle avait été une associée. A\_\_\_\_\_ considérait d'ailleurs bien avoir un droit de regard sur les dépenses engagées par T\_\_\_\_\_, puisqu'elle a remis en cause la nécessité de celles liées aux tâches de consultant confiées par T\_\_\_\_\_ à son mari et l'engagement d'un commercial. Il est d'autre part établi par témoignage que T\_\_\_\_\_ était fréquemment convoquée dans le bureau de A\_\_\_\_\_ " pour y recevoir des consignes ", conformément à l'art. 321 d CO. A\_\_\_\_\_ a elle-même reproché à T\_\_\_\_\_ de ne pas respecter les directives qui lui avaient été données en matière de dépenses et ses horaires de travail, d'engager du personnel payé à la commission, d'avoir "vidé son ordinateur", photocopié des adresses de clients et changé son adresse e-mail, enfin d'avoir violé son devoir de fidélité en travaillant pour la société d'out-placement de son mari, reproches qui ne se comprennent pas si T\_\_\_\_\_ avait géré son secteur à titre indépendant. A\_\_\_\_\_ disposait en outre d'un pouvoir de décision sur le personnel du secteur stable: elle a ainsi informé T\_\_\_\_\_ de sa décision de licencier sa collaboratrice

et, lorsque T\_\_\_\_\_ a cessé son activité et envoyé un certificat médical, elle a repris sans autre formalité la gestion du secteur stable, a placé l'une des employés travaillant dans ce secteur chez un tiers et a déplacé l'autre; elle a en outre fait changer les serrures, empêchant ainsi T\_\_\_\_\_ d'accéder aux locaux. Les parties ne se sont ainsi pas comportées dans les faits comme des indépendantes ou des associées placées sur pied d'égalité; plus spécifiquement, l'existence d'une "voluntas societatis" n'est pas démontrée. Les éléments rappelés ci-dessus révèlent bien l'existence d'un lien de subordination, contrairement à ce que retient le jugement attaqué. Sur le sujet, la teneur du mémo établi par T\_\_\_\_\_ le 23 novembre 2004 ne conduit pas à une autre conclusion: T\_\_\_\_\_ y proteste en effet essentiellement contre le fait qu'elle devait supporter des frais exposés par le secteur du placement temporaire, alors que celui-ci continuait à percevoir des honoraires liés à des placements stables, protestation qu'elle pouvait élever non seulement en tant qu'indépendante ou associée, mais également en tant que responsable salariée de ce secteur, étant rappelé que l'art. 327d CO interdit de mettre à la charge d'un employé le risque économique de l'entreprise. 5. Il résulte de ce qui précède que les prétentions que fait valoir T\_\_\_\_\_ dans la présente procédure trouvent bien leur fondement dans un contrat de travail entre les parties. La compétence matérielle de la juridiction des prud'hommes est dès lors acquise, ce qui conduit à l'annulation du jugement attaqué et au renvoi de la cause aux premiers juges afin qu'ils instruisent et jugent du fond. L'appel étant fondé, il se justifie de condamner l'intimée, qui succombe, à rembourser à l'appelante l'émolument d'appel exposé par ses soins, soit 880 fr.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.