



C/29248/2018

CAPH/125/2023 du 21.11.2023 sur JTPH/36/2023 (OO) , CONFIRME

REPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/29248/2018-4 CAPH/125/2023

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU MARDI 21 NOVEMBRE 2023

Entre

Monsieur A _____, domicilié _____ (GE), appellant d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 8 février 2023 ([JTPH/36/2023](#)), représenté par Me Julie VAISY, avocate, Harari Avocats, rue du Rhône 100, case postale 3403, 1211 Genève 3,

et

B _____ **GENEVE SA**, sise _____ [GE], intimée, représentée par Me Patrick VOGEL, avocat, Walder Wyss SA, boulevard du Théâtre 3, case postale, 1211 Genève 3.

EN FAIT

A. Par jugement [JTPH/36/2023](#) du 8 février 2023, notifié à A _____ le 9 février 2023 et à B _____ GENEVE SA le lendemain, le Tribunal des prud'hommes a déclaré recevable la demande en paiement formée le 29 avril 2019 par A _____ contre B _____ GENEVE SA (ch. 1 du dispositif), débouté A _____ des fins de ladite demande (ch. 2), mis les frais judiciaires – arrêtés à 1'400 fr. – à la charge de A _____, compensé ces frais avec l'avance de même montant fournie par celui-ci (ch. 3 à 5), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 6) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 7). [endif]>|if<

B. Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 13 mars 2023, A _____ appelle de ce jugement, dont il sollicite l'annulation. [endif]>|if<

Principalement, il conclut à ce qu'il soit constaté qu'il est lié à B _____ GENEVE SA par un contrat de travail, à ce qu'il soit constaté que son licenciement immédiat est injustifié, à ce que B _____ GENEVE SA soit condamnée à lui payer les sommes de EUR 2'038.- plus intérêts à 5% l'an dès le 30 septembre 2017 à titre de salaire du 26 au 30 septembre 2017, de EUR 15'285.- plus intérêts à 5% l'an dès le 31 octobre 2017 à titre de salaire du mois d'octobre 2017, de EUR 15'285.- plus intérêts à 5% l'an dès le 30 novembre 2017 à titre de salaire du mois de novembre 2017, de EUR 15'285.- plus intérêts à 5% l'an dès le 31 décembre 2017 à titre de salaire du mois de décembre 2017 et de EUR 9'170.- plus intérêts à 5% l'an dès le 26 septembre 2017 à titre d'indemnité pour licenciement injustifié, à ce qu'il soit ordonné à B _____ GENEVE SA d'annoncer l'existence du contrat de travail aux assurances sociales et à ce que celle-ci soit condamnée à payer aux assurances sociales toutes les charges sociales dues à compter du 1^{er} avril 2015.

Subsidiairement, il conclut à la condamnation de B _____ GENEVE SA à lui payer la contrevaleur des sommes susvisées en francs suisses et persiste dans le solde de ses conclusions pour le surplus.

b. Dans sa réponse, B _____ GENEVE SA conclut au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris.

c. Les parties ont répliqué et dupliqué respectivement les 14 et 17 août 2023, persistant dans leurs conclusions.

d. A _____ s'est spontanément déterminé sur la duplique de B _____ GENEVE SA par courrier de son conseil du 28 août 2023, persistant dans ses conclusions.

e. Les parties ont été avisées de ce que la cause était gardée à juger par plus du greffe du 22 septembre 2023.

C. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure. [endif]>|if<

a. C _____ SA (ci-après : C _____) était une société anonyme de droit suisse, de siège à Genève, qui avait pour but la gestion de fortune. Son capital-actions était détenu par A _____, directeur. [endif]>|if<

Le 20 novembre 2015, A _____ a cédé l'entier du capital-actions de C _____ à la société de droit français B _____, sise à Paris (ci-après : B _____ PARIS). A _____ a été élu membre du directeur de B _____ PARIS jusqu'au printemps 2017.

Le 26 novembre 2015, C _____ a été renommée B _____ GENEVE SA (ci-après : B _____ GENEVE). D _____ en est devenu administrateur, avec signature individuelle. A _____ en est demeuré administrateur jusqu'en octobre 2017.

b. E _____ est une société en commandite créée le 1^{er} mars 2015, ayant pour but les conseils financiers. A _____ en est l'associé indéfiniment responsable, avec signature individuelle. [endif]>|if<

Dès sa création, E _____ a fourni à C _____ B _____ GENEVE, différents services, exécutés pour elle par A _____, moyennant le paiement d'honoraires.

c. Avant que B _____ PARIS ne fasse l'acquisition de C _____, son conseil français s'est inquiété des conséquences que pouvaient avoir le recours aux services d'une société en commandite et le versement d'honoraires à celle-ci, estimant notamment qu'un tel "montage" pouvait présenter un risque de redressement fiscal et de charges sociales non versées. [endif]>|if<

Par le biais de son conseil, A _____ a rassuré l'acquéreur quant au "montage" invoqué, indiquant qu'il s'acquittait lui-même de la totalité des charges sociales applicables, du fait de son statut d'indépendant au regard du droit suisse. Les honoraires de E _____ étant soumis à la TVA, il n'y avait selon lui aucun risque de redressement fiscal.

d. B _____ GENEVE et E _____ ont formalisé leur relation par contrat du 20 novembre 2015, intitulé "contrat de mandat". [endif]>|if<

da En qualité de mandataire, E _____ s'est engagé à assumer la gestion quotidienne des activités de B _____ GENEVE, soit notamment à effectuer un certain nombre de tâches énoncées par le contrat, telles que le contrôle de la conformité des activités de gestion d'actifs de B _____ GENEVE avec la réglementation applicable.

de _____, dont il était rattaché qu'elle avait un statut de contractant indépendant, était tenue d'exécuter les tâches qui lui étaient confiées par la personne de son associé indéfiniment responsable, soit A _____. Elle ne pouvait faire appel à aucun sous-traitant, ni à aucun auxiliaire, pour effectuer ses obligations. Par le biais de A _____, E _____ devait se consacrer à plein temps (100%) à rendre les services prévus par le contrat.

Sauf accord de B _____ GENEVE, A _____ ne devait pas exercer d'autres activités professionnelles pour le compte de tiers, à l'exception de la direction d'une société belge de courtage en assurances et des filiales de celle-ci, dont il était également associé.

db En qualité de mandante, B _____ GENEVE s'est engagée à rémunérer E _____ sur la base de notes d'honoraires mensuelles, qui lui seraient soumises par celle-ci.

Le montant des honoraires dus à E _____ était fixé forfaitairement à EUR 183'420.- par an, TVA en sus.

B _____ GENEVE s'est également engagée à rembourser à E _____ les frais de déplacement, de téléphone et de représentation liés à l'exécution du contrat, sur présentation de justificatifs, ainsi qu'à mettre à la disposition de A _____ un véhicule professionnel.

Pour sa part, E _____ s'est engagé à supporter toutes les charges sociales, retenues à la source, impôts et taxes (à l'exception de la TVA) relatives à son activité et à celle de son associé indéfiniment responsable, A _____. [endif]>|if<

de Le contrat prévoyait également une clause de non-concurrence, à tenir de laquelle E _____ et son associé indéfiniment responsable s'engageaient, pour toute la durée du contrat et durant l'année suivant sa résiliation, à ne pas exercer d'activité concurrente à celle de B _____ GENEVE, soit notamment à ne pas accepter de mandat de la part de tiers dont les activités ou le but seraient similaires à ceux de B _____ GENEVE.

Cette clause de non-concurrence était assortie d'une clause pénale, prévoyant le paiement d'une pénalité de 50000 fr. pour chaque violation des obligations prévues par celle-ci.

da Le contrat était conclu pour une durée indéterminée. Il prévoyait que chaque partie pouvait le résilier en tout temps, moyennant un préavis de trois mois.

En cas de manquement au contrat non réparé dans les huit jours suivant mise en demeure, ou en cas de faute grave ou lourde, l'autre partie pouvait en outre résilier le contrat avec effet immédiat et sans préavis.

de Le contrat a été signé par A _____ en qualité de représentant de E _____, ainsi qu'à titre personnel "au vu de certains engagements", notamment ceux figurant dans la clause de non-concurrence.

e. Au cours de la relation contractuelle, E _____ a mensuellement adressé à B _____ GENEVE des notes d'honoraires de EUR 15'285.- plus TVA, dont celle-ci s'est régulièrement acquittée. [endif]>|if<

f. Au mois de septembre 2016, B _____ GENEVE a indiqué à E _____ que l'autorité de surveillance des marchés financier, la FINMA, refusait de lui attribuer la licence de distributeur de placements collectifs pour le marché suisse, au motif que le contrat de mandat dont elle bénéficiait n'était pas considéré comme suffisant, ni conforme, pour régler le statut d'un cadre dirigeant d'une société réglementée. [endif]>|if<

Afin de satisfaire à ces exigences, B _____ GENEVE a proposé à E _____ de remplacer son contrat de mandat par un contrat de travail conclu entre elle-même et A _____, aux mêmes conditions financières.

A _____ a décliné cette proposition, indiquant que "lors des négociations, mon statut d'indépendant était une condition négociée et acceptée par B _____ GENEVE".

g. Les relations entre A _____ et D _____, directeur général de B _____ PARIS et administrateur de B _____ GENEVE, se sont progressivement dégradées. [endif]>|if<

ga Dans un courriel du 2 septembre 2016, D _____ a notamment rappelé à A _____ que le recours à des comptes personnels était soumis à des règles strictes, ajoutant: "[...] *Je constate que tu méprises et discutes le bien fondé de nos collègues, pourtant de bons sens, que tous nos collaborateurs respectent, associés ou pas.*

[...] *Le mieux et le plus sage serait que tu te conformes une bonne fois pour toutes à nos procédures, comme cela est indiqué dans ton contrat de prestation de services. Cela aurait l'avantage de ne pas nous faire perdre inutilement du temps et aurait l'avantage de te permettre d'avoir des relations apaisées avec ta hiérarchie.*"

gd Dans un courriel du 7 décembre 2016, D _____ a reproché à A _____ de recourir aux services d'une collaboratrice de B _____ GENEVE pour son usage personnel, sans passer par l'intermédiaire de l'administrateur sous la responsabilité de laquelle ladite collaboratrice avait accepté.

D _____ a notamment ajouté "[...] *je ne peux accepter la remise en cause ouverte et constante de ma fonction de directeur général qui, pour l'heure, s'impose à toi. De tels agissements doivent cesser immédiatement.*"

ge Le 31 janvier 2017, D _____ a notamment écrit à A _____ "[...] *que tu as une direction, c'est-à-dire un Président et un Directeur général, qui sont dans leur droit et le plus légitime de demander à un collaborateur, ou prestataire, qu'il soit ou non actionnaire, de réaliser un travail, sans que ce dernier soit dans une posture de blocage ou de mauvaise volonté. Je rappelle que tu perçois une rémunération pour un travail dans le cadre d'une organisation.*"

D _____ a par ailleurs ajouté "Je te conseille également de contacter les clients pendant les jours et heures ouvrés [plutôt] que pendant tes vacances. Les vacances sont faites pour se reposer, les jours ouvrés pour travailler..."

gd Le 17 février 2017, D _____ a prié A _____ de lui remettre dans les sept jours une liste complète de ses clients, avec toutes les indications et précisions utiles, ajoutant que "cette demande n'appelle aucun commentaire, si ce n'est d'être exécutée en temps et en heure".

h. Dans un courriel du 28 mars 2017, B _____ GENEVE a notamment écrit à E _____, que, malgré ses mises en garde, les frais de fonctionnement de celle-ci étaient trop élevés, de sorte que les cartes bancaires remises à A _____ seraient désactivées et les frais forfaitaires pour l'utilisation du véhicule plafonnés. [endif]>|if<

i. Par courrier du 26 septembre 2017, B _____ GENEVE a déclaré résilier avec effet immédiat le mandat qui la liait à E _____, invoquant une perte totale de confiance. [endif]>|if<

E _____, soit pour elle A _____, a répondu le même jour, contestant la résiliation du contrat qui liait les deux sociétés.

j. Par courrier de son conseil du 17 octobre 2017, adressé à B _____ GENEVE, A _____ a émis une réserve sur la nature juridique du contrat qu'il avait signé, indiquant que celui-ci s'analysait davantage comme un contrat de travail que comme un contrat de mandat. [endif]>|if<

Le 21 novembre 2017, B _____ GENEVE a relevé que le contrat de mandat conclu avec E _____ avait été mis en place et imposé par A _____ lui-même, de sorte que celui-ci était mal venu de le remettre en cause. B _____ GENEVE ajoutait que A _____ avait disposé d'une grande liberté dans l'exécution de son mandat, même à l'excès, s'agissant de son organisation personnelle et emploi du temps.

k. Par demande déposée en vue de conciliation le 12 décembre 2018, déclarée non conciliée le 21 janvier 2019 et introduite devant le Tribunal des prud'hommes (ci-après: le Tribunal) le 29 avril suivant, A _____ a assigné B _____ GENEVE en paiement d'une somme totale de EUR 160'625.30, plus intérêts moratoires à 5% l'an à compter de différentes dates. [endif]>|if<

Ladite somme comprenait EUR 47'893 bruts à titre de salaire durant le délai de congé, soit du 26 septembre au 31 décembre 2017, ainsi que EUR 91'710 nets à titre d'indemnité pour résiliation immédiate injustifiée, correspondant à six mois de salaire.

A _____ a également conclu à ce que le Tribunal constate qu'il avait été lié à B _____ GENEVE par un contrat de travail et que le licenciement immédiat qui lui avait été signifié était injustifié.

Subsidiairement, il a pris les mêmes conclusions, qu'il a chiffrées en francs suisses.

i. Dans sa réponse, B _____ GENEVE a conclu à la constatation de ce que A _____ n'avait pas la qualité pour agir et à son déboutement de toutes ses conclusions, sous suite de frais judiciaires et dépens. [endif]>|if<

Elle a également contesté la compétence matérielle du Tribunal saisi, dès lors que la demande se fondait sur un contrat de mandat.

m. Entendu par le Tribunal, A _____ a instrumenté déclaré que lorsqu'il avait débouté pour B _____ GENEVE, c'était sa perception des honoraires. B _____ GENEVE ne payait pas les charges sociales en lien avec son activité. Il recevait des instructions de la part de D _____, qui prenait toutes les décisions et à qui il devait répondre. Il devait se plier à ses décisions, bien qu'il fût lui-même également membre du conseil d'administration durant une partie des rapports contractuels. Il n'était pas considéré, bien que faisant partie du conseil d'administration. Il avait été licencié pour avoir défendu les intérêts de ses clients, c'est-à-dire pour s'être opposé à la vente de certains fonds, en soumettant une lettre-type d'opposition aux clients, à remettre à B _____ GENEVE. S'agissant des honoraires, il devait les inscrire sur le système informatique de B _____ GENEVE, comme tous les employés. Il ne se souvenait pas du nombre exact de jours de vacances qu'il avait par année, ni de celles qu'il avait effectivement prises, mais il pensait disposer du même droit annuel aux vacances que les autres employés. Il disposait de son propre bureau à Genève. En ce qui concernait son statut d'indépendant, son fiduciaire lui avait conseillé en 2014 d'être indépendant, afin de récupérer son capital LPP pour le réinvestir dans E _____. Le contrat de mandat signé n'avait pas été respecté car B _____ GENEVE le traitait comme tous les autres employés. [endif]>|if<

Pour sa part, B _____ GENEVE a réitéré que A _____ avait la liberté de s'organiser dans l'accomplissement de ses tâches. Il avait notamment refusé de prendre le statut de salarié, ce qui avait eu pour conséquence qu'elle n'avait pas pu obtenir la licence de distributeur de placements collectifs de la FINMA.

n. Le Tribunal a procédé à des enquêtes. [endif]>|if<

na Entendue comme témoin, F _____, assistante de gestion auprès de B _____ GENEVE, a rapporté que celle-ci avait décidé de ne plus travailler avec certains types de fonds et que A _____ avait néanmoins établi des lettres-types pour que les clients puissent conserver lesdits fonds. Elle avait recueilli les propos de D _____, qui lui avait fait part de son mécontentement en relation avec le comportement de A _____. D _____ avait un management strict et voulait que l'on fasse comme il disait. De son côté, A _____ avait continué d'agir comme il le faisait quand il était patron de la société, bien qu'il se soit tout de même adapté aux règles de B _____ GENEVE. La relation entre A _____ et D _____ était très tendue et l'époque des lettres-type avait été "la goutte d'eau qui avait fait déborder le vase". L'organisation de A _____ était "assez indépendante" et elle-même ignorait s'il devait envoyer ses demandes de vacances comme le faisaient les collaborateurs.

nb Egalement entendu comme témoin, G _____, expert-comptable chargé de tenir les comptes de A _____ et de C _____, puis de E _____, a déclaré qu'à l'époque de C _____, A _____ était employé de ladite société. Par la suite, A _____ avait créé la société en commandite E _____, il avait voulu être indépendant. En vendant C _____, il avait surtout voulu encaisser une plus-value et s'affilier à un groupe plus important, dans l'espoir de développer ses affaires. Lui-même avait aidé A _____ à créer E _____, afin de contourner l'impossibilité juridique de s'inscrire en raison individuelle, en vertu des règles liées à l'AVS, de conserver le statut d'indépendant et d'optimiser sa fiscalité personnelle, c'est-à-dire qu'il paye moins d'impôts.

L'idée était également que A _____ conserve une liberté de manœuvre et reste indépendant vis-à-vis de B _____ GENEVE. Lui-même avait tenté de rassurer B _____ PARIS au sujet de ce statut d'indépendant, car celle-ci se comportait également à cet égard. Il avait rédigé un courrier pour la rassurer s'agissant de la conformité à la réglementation des charges sociales. B _____ PARIS était sceptique, voire mécontente de la création de E _____. L'AVS et les obligations sociales avaient été payées par E _____ en qualité d'indépendant. Si cette indépendance n'avait pas été respectée, A _____ serait devenu un salarié, avec des conséquences différentes sur sa propre fiscalité.

c. Dans leurs plaidoiries finales du 22 novembre 2022, les parties ont persisté dans leurs conclusions. [endif]>|if<

A l'issue desdites plaidoiries, le Tribunal a gardé la cause à juger.

D. Dans le jugement entrepris, le Tribunal a considéré que l'existence d'un contrat de travail était vraisemblable *prima facie*, au vu des explications de la partie demanderesse, ainsi que des pièces produites par celle-ci. En application de la théorie des faits de double pertinence, la demande devait donc être déclarée recevable et l'existence d'un contrat de travail devait être examinée au fond. [endif]>|if<

En l'occurrence, A _____ avait effectivement mis son temps au service de B _____ GENEVE, ce qui n'était pas contesté. Le seul fait que ses échanges avec D _____ fussent très directs et que ce dernier ait pu se montrer autoritaire ne suffisait toutefois pas à démontrer l'existence d'un contrat de travail. A _____ avait en effet exigé que sa société E _____ soit au bénéfice d'un contrat de mandat, afin d'optimiser sa fiscalité personnelle, c'est-à-dire afin de payer moins d'impôts. B _____ GENEVE avait fait part de ses inquiétudes, mais avait néanmoins accepté de se lier par un mandat. A _____ avait ensuite facturé ses services par l'entremise de sa société personnelle, laquelle était soumise à l'AVS.

Aucune coïncidence sociale n'avait été perçue et l'intéressé jouissait d'une grande marge de manœuvre dans l'accomplissement de ses tâches – même s'il devait rendre des comptes dans le cadre du mandat par lequel il était lié – et il n'était pas soumis à un horaire de travail. Il avait de surcroît lui-même reconnu qu'il ne connaissait pas son droit annuel aux vacances. S'agissant de la manière dont la rupture du contrat était intervenue, un contrat de mandat pouvait être résilié en tout temps et sans motif justificatif. L'imédiateté de la rupture contractuelle n'était donc pas propre au contrat de travail, mais se retrouvait également dans les règles sur le mandat.

Ces différents éléments ne permettaient pas de retenir l'existence d'un contrat de travail entre les parties. La demande se trouvait en fait à la limite de la ténacité et de l'abus de droit, dès lors que l'intéressé avait lui-même exigé la résiliation contractuelle qu'il dénonçait aujourd'hui, ceci dans le but de l'en tirer un avantage financier. Aucun contrat de travail n'avait été conclu, et A _____ n'étant pas lui-même partie au contrat de mandat, il ne disposait pas de la légitimation active en relation avec les sommes réclamées. Partant, il devait être débouté des fins de sa demande.

EN DROIT

1. 1.1 Interjeté contre une décision finale (art. 308 al. 1 let. a CPC), auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ), dans une affaire patrimoniale dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 CPC CPC), dans le délai utile de trente jours et selon la forme prescrite par la loi (art. 142 al. 1 et 3 CPC, art. 311 al. 1 CPC), l'appel est recevable. [endif]>|if<

1.2 La valeur litigieuse en première instance étant supérieure à 30'000 fr., la procédure ordinaire s'applique et le procès est régi par la maxime des débats, qui prévoit que les parties allèguent les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et produisent les preuves qui s'y rapportent (art. 243 et art. 247 al. 2 CPC a contrario).

1.3 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC), dans la limite des griefs qui sont formulés (ATF [125 III 78](#) consid. 2.2.4; arrêts du Tribunal fédéral [4A_290/2014](#) du 1^{er} septembre 2014 consid. 5; [5A_89/2014](#) du 15 avril 2014 consid. 5.3.2).

2. 1.1 L'appel ne conteste pas la décision du Tribunal d'admettre la recevabilité de sa demande et de statuer sur le fond, au motif que l'existence d'un contrat de travail constituait un fait doublement pertinent (cf. arrêt du Tribunal fédéral [4A_484/2018](#) du 10 décembre 2019 consid. 5.5). Il reproche au premier juge d'avoir nié l'existence d'un tel contrat et de l'avoir en conséquence débouté de ses conclusions. [endif]>|if<

2.2 Lorsqu'il est amené à qualifier ou interpréter un contrat, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 118 al. 1 CO).

Pour ce faire, le juge prendra en compte non seulement la teneur de leurs déclarations de volonté, mais encore le contexte général, soit aussi les circonstances et leurs déclarations antérieures, concomitantes et postérieures à la conclusion du contrat, le comportement ultérieur des parties établissant en particulier quelles étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes (ATF [144 III 93](#) consid. 5.2.2; [140 III 86](#) consid. 4.1; [131 III 606](#) consid. 4.1; [127 III 444](#) consid. 1b; arrêt du Tribunal fédéral [4A_58/2018](#) du 28 août 2018 consid. 3.1).

La qualification juridique d'un contrat est une question de droit (ATF [131 III 217](#) consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral [4A_602/2013](#) du 27 mars 2014 consid. 3.1). Le juge détermine librement la nature de la convention d'après la qualification objective de la relation contractuelle, sans être lié par la qualification même, conformément aux règles des charges sociales. B _____ PARIS était sceptique, voire mécontente de la création de E _____. L'AVS et les obligations sociales n'avaient pas été payées par E _____ en qualité d'indépendant. Si cette indépendance n'avait pas été respectée, A _____ serait devenu un salarié, avec des conséquences différentes sur sa propre fiscalité.

2.1.1 Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'avance pour le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche; art. 319 al. 1 CO).

Les quatre éléments constitutifs du contrat de travail sont les suivants: a) une prestation personnelle de travail, b) la mise à disposition par le travailleur de son temps pour une durée déterminée ou indéterminée, c) un rapport de subordination, et d) un salaire (cf. Wyler/Heinzer, Droit du travail, 48^{ème} éd. 2019, p. 2 s; Meier, in Commentaire romand, Code des obligations I, 38^{ème} éd., 2021, n. 8 ss ad art. 319 CO).

La preuve de l'existence d'un contrat de travail incombe à la partie qui s'en prévaut pour en déduire un droit (art. 83 C; ATF [125 III 78](#) consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral [4A_504/2015](#) du 28 janvier 2016 consid. 2.1.2, in JAR 2016 p. 123).

2.1.1.1 Le lien de subordination constitue le critère distinctif essentiel du contrat de travail (ATF [125 III 78](#) consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral [4A_602/2013](#) du 27 mars 2014 consid. 3.2; Witzig, Droit du travail, Zurich, 2018, p. 86 s; Witzig, La subordination dans le contrat de travail, in [S 2015 II 39](#) ss, p. 41). Il présuppose que le travailleur soit soumis à l'autorité de l'employeur pour l'exécution du contrat, cela au triple point de vue personnel, fonctionnel (organisation et contrôle), temporel (horaire de travail), et, dans une certaine mesure, économique (ATF [125 III 78](#) consid. 4; [121 I 259](#) consid. 3a; arrêt du Tribunal fédéral [4A_553/2008](#) du 9 février 2009 consid. 4.1).

La dépendance personnelle réside en ceci que le travailleur s'engage à développer une activité dont la nature, l'importance, les modalités et l'exécution ne sont souvent déterminées que de manière très générale dans le contrat de travail et doivent être précisées et concrétisées par le biais d'informations et d'instructions particulières, données au fil du temps par l'employeur. Le travailleur s'engage ainsi à respecter les instructions de l'employeur, et à se soumettre aux mesures de prévision que celui-ci ordonne (cf. ord. n° 1990, p. 185; Meier, *op. cit.*, n. 10 et 11 al. 319 CO; Wyler/Heinzer, *op. cit.*, p. 22 ss; ATF. La subordination dans le contrat de travail, *op. cit.*, p. 44, n. 51-52).

La notion de rapport hiérarchique ou fonctionnel implique que le travailleur est incorporé dans l'entreprise de l'employeur et se voit attribuer une position déterminée au sein de son organisation (arrêt du Tribunal fédéral [4C_276/2006](#) du 25 janvier 2007 consid. 4.3.1). Du point de vue temporel, le travailleur doit en principe respecter l'horaire de travail fixé par l'employeur (Witzig, La subordination dans le contrat de travail, *op. cit.*, p. 44, 51-52).

La dépendance économique – critère dont l'importance doit être relativisée selon le Tribunal fédéral – réside, quant à elle, en ceci que le salaire permet au travailleur d'assurer sa subsistance (arrêts du Tribunal fédéral [4C_276/2006](#) du 25 janvier 2007 consid. 4.3.1 et 4.6.1; [4C_462/2003](#) du 20 avril 2005 consid. 4.3.3; Meier, *op. cit.*, n. 10 ad art. 319 CO; Witzig, Droit du travail, *op. cit.*, p. 85).

En plus des quatre critères essentiels, d'autres indices peuvent aider à distinguer le contrat de travail d'autres types de contrats, sans toutefois être décisifs. Sont des indices d'existence d'un contrat de travail la stipulation d'un délai de congé, d'une clause de non-concurrence, le droit de jouir de vacances, l'existence d'un temps d'essai, la présence d'un élément de durée, le fait que les conditions de temps et de lieu dans lesquelles le travail doit être exécuté sont fixées dans le contrat, la mise à disposition des instruments de travail, ainsi que le remboursement des frais. Il en va de même de la qualification du revenu en droit fiscal ou de celle retenue par les assurances sociales (Meier, *op. cit.*, n. 15 ad art. 319 CO).

2.1.2 A teneur de l'art. 394 al. 1 CO, le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis.

Les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions régissant d'autres contrats. Une rémunération est due au mandataire si la convention ou l'usage lui en assure une (art. 394 al. 2 et 3 CO). Lorsque les services sont fournis à titre professionnel, le mandat est ordonné en vertu de l'usage (ATF [139 III 259](#) consid. 2.1).

Le mandataire qui a reçu des instructions précises ne peut s'en écarter qu'autant que les circonstances ne lui permettent pas de résilier l'autorisation du mandant et qu'il y a lieu d'admettre que celui-ci l'aurait autorisé s'il avait été au courant de la situation (art. 397 al. 1 CO).

Le contrat de mandat se distingue avant tout du contrat de travail par l'absence de lien 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; [107 II 430](#) consid. 1).

Le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps (art. 404 al. 1 CO).

2.1.3 Dans deux arrêts rendus dans des cas où un ancien employé avait interposé une société en commandite entre lui-même et son ancien employeur, afin de maximiser ses revenus en échappant aux charges sociales et aux impôts, le Tribunal fédéral a considéré que le contrat de travail avait été remplacé par le nouveau contrat conclu entre la société en commandite et l'employeur (arrêts du Tribunal fédéral [5A_542/2020](#) du 3 mars 2021 consid. 3.3.2; [4A_31/2011](#) du 11 mars 2011 consid. 3).

Ce nouveau contrat n'avait pas été qualifié de contrat de travail, car seules des personnes physiques pouvaient prétendre au statut d'employé. Bien que la prestation de travail de l'ancien employé soit restée inchangée par rapport à celle fournie à l'ancien employeur, il ne s'agissait pas non plus d'un contrat mixte comprenant des éléments d'un contrat de travail, mais d'un contrat de mandat et il n'y avait pas de place pour une application par analogie des dispositions de protection du droit du travail (*ibid.*).

Le fait que, dans le premier cas, il se soit agi de déterminer si la juridiction du travail saisi était matériellement compétente pour statuer sur l'action n'empêchait par ailleurs pas que les considérations émises en relation avec la qualification du contrat puissent également être appliquées dans le second cas, où les conditions de résiliation du contrat étaient pour l'essentiel les mêmes (*ibid.*).

2.2 En l'espèce, il est constant que l'appelant a fourni à l'intimée, après la conclusion du contrat de travail du 20 novembre 2015 et contre rémunération, des prestations de travail similaires à celles qu'il fournissait à celle-ci lorsque sa raison sociale était C _____ et qu'il en était formellement l'intimé (étant précisé que l'existence d'un précédent contrat de travail a été confirmée par le comptable de l'appelant à l'art. 400 al. 1 CO).

Il est également constant que le seul fait que le contrat du 20 novembre 2015 ait été intitulé "contrat de mandat" ne permet pas d'exclure que les relations des parties aient pu se poursuivre dans le cadre d'un contrat de travail. Conformément aux considérations sus-citées, c'est en principe l'existence ou non d'un lien de subordination, sous l'angle personnel, organisationnel et temporel, qui doit permettre de déterminer si tel était le cas.

2.2.1 En l'occurrence, le contrat du 20 novembre 2015 énonçait précisément les différentes tâches qui étaient confiées à l'appelant et celui-ci jouissait à l'évidence d'une grande autonomie dans l'accomplissement desdites tâches. L'assistante de gestion de l'intimée entendue comme témoin a notamment déclaré que l'organisation du travail de l'appelant était "assez indépendante" et que celui-ci avait continué d'agir comme lorsqu'il dirigeait la société. Bien que le ton des messages de D _____ son endroit fût assez directif et autoritaire, celui-ci invoquant notamment l'existence d'une hiérarchie et indiquant que ses demandes s'adressaient à tous les "collaborateurs", l'appelant n'avait manifestement pas besoin d'informations ni d'instructions d'administration, données régulièrement par l'intimée, pour effectuer les tâches qui lui incombait