UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Article scientifique | Article | 1982

Published version | Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

# La compétence des tribunaux genevois de prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente

Aubert, Gabriel

**How to cite**

AUBERT, Gabriel. La compétence des tribunaux genevois de prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente. In: La Semaine judiciaire, 1982, vol. 104, n° 13, p. 193–219.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:12185

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Gabriel AUBERT
docteur en droit, avocat,
chef de travaux à la Faculté de droit

# La compétence des tribunaux genevois de prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente

*SOMMAIRE*

*Introduction*
*I. Les compétences attribuées aux prud'hommes*
*1. Règles générales*
*2. Le cas des agents publics*
*3. Compétence et ordre public*
*II. La notion de contrat de travail*
*1. Les critères*
*2. Illustrations*
*a) Contrat de travail ou de mandat ?*
*b) Contrat de voyageur de commerce ou d'agence ?*
*c) Contrat de travail ou d'entreprise ?*
*d) Contrat de travail ou de bail à ferme ?*

*e) Contrat de travail ou de société simple ?*
*f) Contrat de travail ou de bail ?*
*g) Contrat de travail ou effet général du mariage (voire de l'union libre) ?*

*III. Situations complexes*
*1. Question préjudicielle dans le cadre de la demande*
*2. Question préjudicielle dans le cadre d'une demande reconventionnelle*
*3. Prétention unique fondée sur plusieurs causes*
*4. Prétentions fondées sur des causes différentes*
*5. Règle générale ?*

*IV. Les voies de recours*
*1. Sur le plan cantonal*
*2. Sur le plan fédéral*
*a) Recours en réforme*
*b) Recours en nullité*
*c) Recours de droit public*

*Conclusion*

## *Introduction*

Comme de nombreux autres cantons, Genève soumet à une juridiction spéciale la plus grande partie des litiges ressortissant au droit du travail. Cette juridiction, celle des prud'hommes, comprend trois instances : au premier degré, le *Tribunal de prud'hommes,* composé de cinq juges laïques (deux employeurs et deux salariés, plus un président, qui est alternativement un employeur ou un salarié) ; au deuxième degré, la *Chambre d'appel,* réunissant un juge à la Cour de justice, qui la préside, et quatre juges laïques (deux employeurs et deux salariés). Enfin, les conflits de compétence avec les autres juridictions civiles et les problèmes de litispendance sont tranchés par une *Cour mixte,* où siègent trois juges à la Cour de justice et deux juges laïques (un employeur et un salarié)[1].

1 Loi sur la juridiction des prud'hommes, du 30 mars 1963, RLG *1963*, p. 212 (RS E/2/4), art. 28, 54, 64, 67 et 68. Sur l'histoire de cette juridiction, cf. Alexandre Berenstein, La création des conseils de prud'hommes à Genève, *in* Mélanges d'histoire économique et sociale en hommage au professeur Antony Babel, t. II, Genève 1963, p. 301 ss. ; Franz von Salis, Die Conseils de Prud'hommes des Kantons Genf, Zurich 1950, p. 41 ss. Sur le plan suisse, cf. Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurich 1979, p. 22 ss. ; Manfred Rehbinder, Droit suisse du travail, trad. fr., Berne 1979, p. 204 s.

Jusqu'en 1980, les avocats ne pouvaient exercer leur ministère que devant la Cour mixte. Depuis lors, il leur est permis (ainsi qu'à d'autres mandataires) d'*assister* les justiciables devant la *Chambre d'appel*. Certes, la réforme est modeste. Les auxiliaires demeurent écartés du *Tribunal*. De plus, en seconde instance, sauf cas exceptionnels, ils ne sont pas autorisés à *représenter* les parties, qui doivent comparaître en personne [2]. Quoi qu'il en soit, les avocats seront désormais amenés à quitter souvent les coulisses où ils étaient cachés et à jouer un rôle croissant devant la juridiction des prud'hommes.

Il nous a donc semblé utile, pour aider les praticiens, de tenter une synthèse de la jurisprudence récente sur la compétence des prud'hommes à raison de la matière (*ratione materiae*). Pour définir les litiges qui, de par leur nature, ressortissent à cette juridiction, nous examinerons d'abord les règles d'attribution posées par la loi (I). Puis nous rappellerons et illustrerons la notion de contrat de travail, qui est au cœur de notre sujet (II). Nous étudierons, en troisième lieu, le problème des situations complexes (III). Nous décrirons enfin les voies de recours (IV).

## I. *Les compétences attribuées aux prud'hommes*

### 1. *Règles générales*

Fondée sur l'article 139 de la Constitution genevoise [3], la compétence des tribunaux de prud'hommes se trouve définie par l'article 1er de la loi sur la juridiction des prud'hommes [4].

---

2 Loi du 6 décembre 1979 modifiant la loi sur la juridiction des prud'hommes, RLG *1980*, p. 17. Projet, Mémorial *1979*, p. 2414 ; rapport de la commission et débats au Grand Conseil, Mémorial *1979*, p. 3703. Cf. SJ *1980* p. 481 et *1979* p. 405.

3 Cf. Pierre Beausire, La constitution genevoise et ses modifications annotées, Genève 1979, p. 371. Projet, Mémorial *1961*, p. 41 ; rapport de la commission et débats au Grand Conseil, Mémorial *1963*, p. 542.

4 Cette disposition se lit comme suit :
*« Compétence à raison de la matière.*
*(1) Sont jugées par les tribunaux de prud'hommes :*
*a) les contestations entre employeurs et salariés pour tout ce qui concerne leurs rapports découlant d'un contrat de travail, au sens du titre dixième du code des obligations ;*
*b) les contestations entre employeurs ou salariés d'une part, et caisses de compensation d'autre part, lorsque ces dernières sont appelées à appliquer les dispositions de conventions collectives de travail, y compris celles ayant fait l'objet d'une décision d'extension. Si la caisse n'a pas la personnalité juridique, la présente disposition s'applique aux associations dont dépend cet organisme ;*
*c) les contestations qu'une autre loi ou un règlement attribuent à cette juridiction.*
*(2) Ne sont pas du ressort de ces tribunaux :*
*a) les actions en responsabilité dirigées contre les employeurs sur la base de l'article 328, alinéa 2 du code des obligations ;*
*b) les contestations entre employeurs ou salariés d'une part, et institutions de prévoyance d'autre part (art. 331 à 331 c, code des obligations), à l'exception de celles visées à l'alinéa 1, lettre b) ;*

Sont jugées par les tribunaux de prud'hommes les contestations entre employeurs et salariés relevant du contrat de travail, au sens du titre X du Code des obligations, soit du contrat individuel de travail ordinaire et des contrats individuels de travail de caractère spécial (contrat d'apprentissage, contrat d'engagement des voyageurs de commerce, contrat de travail à domicile), de même que du contrat-type de travail. Les prud'hommes n'appliquent que le droit suisse.

Peu importe que les parties au procès ne soient plus liées par un contrat de travail lors de l'introduction de l'action. Dès lors que leurs relations ont été et sont régies par le titre X du Code des obligations, il faut admettre la compétence des prud'hommes. Ainsi, bien qu'une clause de prohibition de concurrence déploie ses effets après l'expiration du contrat, les litiges découlant de son application relèvent de la juridiction spéciale [5]. D'autre part, selon une pratique ancienne des prud'hommes, le cessionnaire d'une créance fondée sur un contrat de travail doit faire valoir cette dernière devant les tribunaux ordinaires, car, en réservant la compétence des prud'hommes aux contestations « entre employeurs et salariés », la loi exclut de la juridiction spéciale les litiges qui n'opposent pas les personnes mêmes liées par le contrat invoqué. Toutefois, le successeur à titre universel se trouve dans une situation différente. La jurisprudence considère qu'il doit pouvoir exercer devant les mêmes instances que son prédécesseur les droits et les obligations dont il est titulaire *ex lege* [6]. Cette distinction est critiquable : la compétence des prud'hommes dépend de la nature du rapport juridique examiné, plutôt que de la position des contractants au moment du procès. Il faudrait donc reconnaître la compétence des prud'hommes aussi

---

*c) les contestations entre la Confédération, le canton, les communes, les établissements ou fondations de droit public d'une part, et leur personnel régulier d'autre part ;*
*d) les contestations entre les personnes physiques et morales jouissant de l'immunité de juridiction et leur personnel.*
*(3) Sont également jugées par les tribunaux de prud'hommes les actions en constatation de l'existence ou de la non-existence d'un rapport de droit en une matière pour laquelle les tribunaux de prud'hommes sont compétents en application des alinéas 1 et 2 ».*
Travaux parlementaires : projet, Mémorial *1961*, p. 41 ; rapport de la commission et débats au Grand Conseil, Mémorial *1963*, p. 547. Pour les modifications relatives à la compétence, cf. RLG *1980*, p. 18 (projet, Mémorial *1979*, p. 2410 ; rapport de la commission et débats au Grand Conseil, Mémorial *1979*, p. 3700) ; RLG *1981*, p. 316 (projet, Mémorial *1979*, p. 595 ; rapport de la commission et débats au Grand Conseil, Mémorial *1981*, p. 2453).

5 SJ *1969* p. 63 ; *1955* p. 181, 184 ss. ; *1954* p. 395, 398 ; *contra :* SJ *1946* p. 170 ; *1924* p. 457, 462 ss. ; *1924* p. 555, 557 ss. ; *1919* p. 513, 516 ; *1917* p. 521, 525 ss. ; *1901* p. 28, 29 ; *1900* p. 38, 40.

6 Von Salis, op. cit., p. 143 ss.

bien en cas de succession à titre particulier (cession de créance) qu'en cas de succession à titre universel [7].

Les actions en responsabilité dirigées contre les employeurs sur la base de l'article 328, alinéa 2, du Code des obligations (devoir de protection de la vie et de la santé du travailleur) demeurent de la compétence des juridictions ordinaires. Cette exception découle de l'idée que de telles actions, qui peuvent reposer simultanément sur l'art. 41 du Code des obligations, doivent être examinées par le juge compétent en matière de responsabilité civile et que leur instruction, délicate et compliquée, nécessite une procédure mieux adaptée que celle des prud'hommes [8].

Selon la Cour mixte, lorsqu'un employeur omet d'assurer son travailleur en dépit d'une prescription de droit public, sa responsabilité repose sur les effets civils de ladite prescription (effets résultant de l'article 342, alinéa 2, du Code des obligations) et non pas sur l'obligation de prendre des mesures pour protéger la vie et la santé du travailleur selon l'article 328, alinéa 2, car cette obligation n'inclut pas celle de contracter une assurance. Il suit que les prud'hommes sont compétents en la matière [9]. Certes, dans cette hypothèse, le principe de la responsabilité s'établit à la lumière de la prescription de droit public invoquée, et non pas en application de l'article 328, alinéa 2. Mais la violation de la prescription de droit public ne représente-t-elle pas, concurremment, un acte illicite ? Et les conséquences ne doivent-elles pas s'apprécier comme dans le cas de l'article 328, alinéa 2, du Code des obligations ? La procédure ordinaire n'est-elle pas, à cet égard, plus appropriée ? Les motifs pour lesquels la compétence des prud'hommes a été restreinte ne sont-ils pas réunis [10] ? Quoique l'opinion de la Cour mixte, fondée sur le texte même de la loi, nous semble exacte, on peut se demander si le législateur n'aurait pas dû définir de manière plus large cette exception à la règle générale de compétence.

Les litiges touchant l'application du titre X du Code des obligations forment de loin la plus grande partie des causes portées devant les prud'hommes. Mais ces derniers ont encore d'autres

7 Guldener, op. cit., p. 119, n. 65.

8 Mémorial *1955*, p. 1229 et *1956*, p. 519. Cette exception a été créée à la suite de l'arrêt paru à la SJ *1956* p. 42.

9 Cour mixte, Lucchesi c. Gennari, 18.11.1969.

10 Chambre d'appel, Roserens c. S.I. Armo SA, 13.6.1968.

attributions. Sont en effet de leur ressort les différends entre les salariés ou les employeurs, d'une part, et, d'autre part, les *caisses de compensation créées par les conventions collectives* (étendues ou non), lorsqu'ils concernent l'application de celles-ci [11]. Néanmoins, les contestations entre les employeurs ou les salariés, d'une part, et les *institutions de prévoyance professionnelle,* d'autre part, restent confiées à la juridiction ordinaire [12]. Au surplus, divers textes (lois, règlements, contrats-types) soumettent aux tribunaux de prud'hommes la connaissance de litiges déterminés. Ces attributions expresses sont souvent déclaratives : elles ne créent guère de compétences nouvelles [13].

Bien que, selon l'article 343, alinéa 2, du Code des obligations, les cantons ne soient tenus de soumettre à une procédure simple et rapide les litiges relevant du contrat de travail que dans la mesure où la valeur litigieuse ne dépasse pas fr. 5000, la compétence des prud'hommes, à Genève, est tout à fait indépendante du montant de la demande. Cette particularité distingue l'organisation judiciaire genevoise d'avec les systèmes des autres cantons [14].

### 2. *Le cas des agents publics*

Les rapports entre les agents publics et l'Etat sont-ils du ressort des prud'hommes ? Sans doute le législateur aurait-il pu se fonder sur la distinction entre les rapports de droit public et ceux de droit privé pour délimiter la compétence de cette juridiction et lui réserver le seul domaine du droit privé. Mais, plutôt que de retenir le critère de la nature juridique du rapport de travail, il en a adopté un autre : celui de l'engagement à titre régulier. C'est ainsi que la loi n'inclut dans la compétence des prud'hommes les contestations entre la Confédération, le canton, les communes, les établissements ou fondations de droit public, d'une part, et

11 Mémorial *1963*, p. 550 ss.

12 Art. 33, lettre b, 3e de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (RS E/2/1), telle que modifiée le 25 juin 1981 (RLG *1981*, p. 318). Cf. Mémorial *1981*, p. 2463.

13 Cf. art. 91 de la loi sur l'orientation, la formation professionnelle et le travail des jeunes gens, du 15 mars 1969, RS G/2/1 ; art. 23 de la loi sur l'assurance-chômage, du 30 mai 1953, RS J/4/5 et art. 14 du règlement provisoire concernant l'assurance-chômage obligatoire (régime transitoire), du 29 juin 1977, RS J/4/5,1 ; art. 3 du règlement d'application de la loi fédérale sur le travail à domicile, du 5 mai 1970, RS J/2/2 ; art. 4 de la loi protégeant les garanties fournies par les employés, du 22 mars 1930, RS J/2/1. Voir aussi l'art. 31 du contrat-type de travail pour les jeunes filles au pair, du 14 mai 1973, RS J/3/24 ; art. 22 du contrat-type de travail pour les travailleurs à temps partiel de l'économie domestique, du 9 avril 1973, RS J/3/22 ; art. 30 du contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique, du 5 mars 1973, RS J/3/21.

14 Guldener, op. cit., p. 120, n. 72 ; von Salis, op. cit., p. 135 ss.

les membres de leur personnel, d'autre part, que dans la mesure où ces derniers ne sont pas engagés à titre régulier [15].

Comme l'indiquent les travaux préparatoires, « *on a préféré s'en tenir aux faits et opposer le personnel engagé à titre temporaire ou provisoire — justiciable des prud'hommes — et le personnel régulier, nommé pour une durée indéterminée par l'une des autorités énumérées ci-avant* » [16], qui n'est pas justiciable, lui, des tribunaux de prud'hommes. Il est précisé ailleurs que le personnel non régulier est l'« *auxiliaire ou surnuméraire* » [17].

Certes, le critère de la nature juridique du rapport de travail et celui de l'engagement à titre régulier se recouvrent largement. Ainsi l'ont compris le législateur [18] et la jurisprudence [19]. Toutefois, on ne saurait les confondre. Même lorsque leur contrat de travail relève du droit privé, les membres du personnel régulier ne sont pas justiciables des prud'hommes. Il suit que la juridiction spéciale n'est pas compétente pour connaître des litiges entre la Banque hypothécaire ou la Caisse d'épargne, d'une part, et leur personnel régulier, d'autre part, bien que, dans ces établissements, ledit personnel soit engagé sur la base de contrats de travail régis par le droit privé [20]. Un tel résultat est d'autant moins satisfaisant que les membres du personnel régulier du canton, des communes et des établissements ou fondations de droit public ont qualité pour élire les juges prud'hommes et sont éligibles comme tels [21] ! Loin de simplifier les choses, le critère adopté par la loi crée des situations paradoxales et difficilement explicables.

Les statuts du personnel des établissements hospitaliers, des Services industriels de Genève et des Transports publics genevois [22] font clairement le départ entre le personnel régulier et le temporaire ou l'auxiliaire, auquel seul s'étend la juridiction

15 Art. 1er, al. 2, litt. b) de la loi sur la juridiction des prud'hommes (*supra*, note 1).

16 Mémorial *1961*, p. 547. Voir déjà SJ *1925*, p. 518, 522 ; *1909*, p. 417, 420 ss.

17 Mémorial *1963*, p. 552.

18 Mémorial *1963*, p. 552 ss.

19 Cour mixte, Debieux c. Hôpital cantonal, 10.6.1981.

20 Règlement général du personnel de la Banque hypothécaire du canton de Genève, du 31 mai 1979. La Caisse d'épargne n'a pas de règlement du personnel.

21 Art. 161, al. 2 et 162 de la loi sur les votations et élections, du 23 juin 1961 (RS A/5/1), telle qu'amendée par la loi du 30 mars 1963. Cf. Mémorial *1963*, p. 553, 561 ss., 599.

22 Art. 35, 37, 77, 79, 111 et 113 du statut du personnel des établissements hospitaliers, du 8 décembre 1975 ; art. 2 du statut du personnel des Services industriels, du 13 juillet 1977 ; art. 1er du statut du personnel des Transports publics genevois, du 19 mars 1979.

des prud'hommes [23]. Cependant, le règlement fixant le statut des membres du personnel de l'administration cantonale présente une difficulté. Parmi les catégories qu'il établit, celle des *fonctionnaires* comprend clairement du personnel régulier, tandis que celles des *auxiliaires,* des *apprentis,* des *stagiaires* et des *agents spécialisés* regroupent clairement du personnel non régulier [24]. Il est donc normal que le règlement ne confère pas aux prud'hommes la compétence de trancher les litiges entre l'Etat, d'une part, et les fonctionnaires, de l'autre, mais qu'il soumette à la juridiction spéciale les auxiliaires, les apprentis, les stagiaires et les agents spécialisés [25]. Le cas d'une autre catégorie, celle des *employés,* se révèle plus complexe en raison du statut hybride de ces derniers. Pendant les trois premières années, les employés se trouvent liés par un contrat de droit privé ; après cette période, par un contrat de droit public. Selon le règlement, les employés sont justiciables des prud'hommes pendant les trois premières années de leur engagement [26]. Peut-on vraiment retenir que durant cette période, même s'ils sont censés régis par le droit privé, les employés se rangent dans la catégorie du personnel non régulier, c'est-à-dire *auxiliaire ou surnuméraire* ? Attribuer aux prud'hommes la connaissance des litiges touchant les employés de l'administration cantonale pendant les trois premières années de leur engagement, n'est-ce pas se heurter à la loi sur la juridiction des prud'hommes, qui exclut la compétence de ces derniers lorsque le litige intéresse le personnel régulier du canton ? Certes, la loi autorise l'attribution de compétences nouvelles par la voie réglementaire (ce qui est d'ailleurs une technique discutable). Mais les compétences nouvelles peuvent-elles être celles que le texte légal écarte expressément ?

### 3. *Compétence et ordre public*

Les règles sur la compétence des prud'hommes sont d'ordre public, de telle sorte que les plaideurs ne sauraient y déroger, que leur accord à cet égard soit antérieur ou postérieur à la naissance du litige. Les parties ne peuvent choisir entre les tribunaux

23 Pour le cas d'un auxiliaire, voir Chambre d'appel, Hospice général c. Borgel, 10.11.1980.

24 Art. 1, 33, 103, 114, 127 et 141 du règlement fixant le statut du personnel de l'administration cantonale, du 17 octobre 1973 (B/5/1).

25 Ibid., art. 98, 113, 140 et 151.

26 Ibid., art. 74.

ordinaires et les prud'hommes [27]. Il ne leur est pas non plus loisible de se soustraire à la juridiction de ces derniers au bénéfice d'un tribunal arbitral. Cette règle ancienne, admise par le Tribunal fédéral, a été confirmée récemment [28]. Elle a cependant été déclarée inapplicable à des plaideurs étrangers, domiciliés à l'étranger, qui entendraient faire trancher par un arbitre, à Genève, un litige découlant d'un contrat de travail sans aucun rapport avec notre canton. Dans une telle hypothèse, l'ordre public genevois ne saurait imposer la compétence des prud'hommes [29].

L'article 343, alinéa 1, du Code des obligations détermine la compétence à raison du lieu. Supposé qu'en application des règles fédérales le for se trouve à Genève, les prud'hommes sont compétents même si le contrat de travail a été conclu et exécuté en dehors du canton [30]. D'autre part, lorsque en dérogation aux principes posés par l'article 343, alinéa 1, du Code des obligations les parties conviennent de faire trancher un litige au for genevois, c'est le tribunal compétent *ratione materiae* selon le droit cantonal qui en connaîtra. La Chambre d'appel a donc pu interpréter une clause prorogative de for qui renvoyait aux « tribunaux de Genève » comme fondant la compétence des prud'hommes et non de la juridiction ordinaire [31]. Dans cette affaire, la demanderesse avait son siège principal à Genève. Mais dans une autre cause, qui intéressait des plaideurs étrangers, domiciliés à l'étranger, la Chambre d'appel, malgré une clause de prorogation, a refusé de trancher un litige découlant d'un contrat de travail sans rapport avec Genève, la compétence matérielle de la juridiction spéciale étant « limitée territorialement » [32]. Les critères de cette limitation territoriale n'ont pas été précisés. Sans doute la jurisprudence examinera-t-elle dans chaque cas s'il existe un lien de connexité suffisant entre le litige et le for genevois.

Si nos prud'hommes acceptent une dérogation aux règles de compétence locale, c'est que l'article 343, alinéa 1, du Code des

27 Art. 78 de la loi de procédure civile, du 13 octobre 1920 (RS E/2/3) et 50 de la loi sur la juridiction des prud'hommes (*supra*, note 1). SJ *1960* p. 153, 156 ; *1948* p. 186, 190 ; *1944* p. 346, 349 ; *1939* p. 525, 527 ; *1934* p. 346, 349 ; *1934* p. 505, 508 ; *1924* p. 378, 380 ; *1923* p. 477, 481 ; *1921* p. 598, 599 s. ; *1915* p. 169, 170 ; *1913* p. 157, 159 ; *1912* p. 370, 372 ; *1912* p. 549, 555. Cp. Guldener, op. cit., p. 121.

28 SJ *1981* p. 550, 552 ; Treuter c. Henchoz, 25.5.1948 ; SJ *1914* p. 134, 137 ss. ; *1913* p. 701, 703 ss. ; *1886* p. 34, 36.

29 Rapport des tribunaux de prud'hommes, Genève 1975-1976, p. 18, 27.

30 SJ *1948* p. 186, 190.

31 Cour mixte, Blancardi c. Uni-Net SA, 28.12.1977 ; cf. SJ *1979* p. 405, 408.

32 Rapport des tribunaux de prud'hommes, Genève 1975-1976, p. 18, 27 ; cf. déjà SJ *1895* p. 456, 457.

obligations ne s'y oppose pas. Quittant brièvement le champ de la procédure genevoise, nous voudrions faire une observation à cet égard. Certes, l'article 343, alinéa 1, du Code des obligations est de droit dispositif. Il ne faut pas oublier, cependant, que la prorogation de for, dans notre domaine, présente de grands dangers. Souvent, la modestie de la valeur litigieuse ne justifie pas les frais et la perte de temps que cause un procès conduit loin du for naturel. Ces difficultés risquent d'empêcher une partie de faire valoir des prétentions légitimes. Nous croyons qu'il faut examiner attentivement, dans chaque espèce, si les inconvénients résultant de la prorogation de for n'ont pas pratiquement pour effet de priver l'un des contractants de l'exercice utile de ses droits. Le cas échéant, on devra tenir l'invocation de la prorogation de for pour un abus de droit [33].

## II. *La notion de contrat de travail*

### 1. *Les critères*

En pratique, la plus importante compétence des prud'hommes est celle qui touche les litiges relevant du contrat de travail. Depuis la révision du titre X du Code des obligations, la loi fournit une définition éprouvée de ce contrat, d'où ressortent quatre critères essentiels : une prestation personnelle de travail ; la mise à disposition, par le travailleur, de son temps pour une durée déterminée ou indéterminée ; un rapport de subordination entre l'employeur et le travailleur ; un salaire [34].

Reprenant une jurisprudence ancienne, la Chambre d'appel, la Cour de justice et la Cour mixte formulent d'une manière différente les critères de qualification du contrat de travail. Pour elles, il faut retenir « *soit le mode de rétribution, soit le degré de dépendance de l'employé vis-à-vis de l'employeur, soit l'activité du premier en dehors de ses relations avec le second* » [35].

---

33 Cf. Basler Juristische Mitteilungen *1977*, p. 248 ss. (reproduit *in* Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts *1980*, p. 162 ss.). Voir aussi W. Egloff/M. Jäggi, Probleme der gerichtlichen Durchsetzung des Kündigungsschutzes, *in* La protection des travailleurs contre le licenciement, Genève 1979, p. 123, 124 ss.

34 Art. 319, al. 1, CO. Cf. e. g. Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, Bâle et Stuttgart 1979, p. 284 ss., 302 ss. ; Rehbinder, op. cit., p. 34 ss. ; Jürg Brühwiler, Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Berne 1978, p. 9 ss. ; Ullin Streiff, Leitfaden zum neuen Arbeitsvertrags-Recht, Glattbrugg 1974, p. 27 ss. ; Edwin Schweingruber, Kommentar zum Arbeitsvertrag, Berne 1974, p. 18 ss. ; Jalal Al-Kouraichi, Les critères juridiques du contrat de travail, thèse, Genève 1968, p. 65 ss.

35 Cour mixte, Bertoli c. Bailey, 7.6.1979 ; Alicon SA c. Perry, 2.2.1979 ; Chambre d'appel, Sisco c. Pughe, 20.4.1972 ; SJ *1960* p. 153, 154 ss. ; *1944* p. 346, 350 ; *1943* p. 55, 58 ; *1935* p. 58, 59 ; *1934* p. 505, 508 ; *1928* p. 551, 554 ; *1925* p. 502, 505 ; *1924* p. 378, 380 ; *1915* p. 169, 170 ; *1913* p. 157, 159.

Un tel libellé nous paraît insatisfaisant pour plusieurs raisons. D'abord, il est incomplet : le critère de la prestation personnelle de travail fait défaut. En deuxième lieu, ce langage donne à penser que les éléments indiqués sont alternatifs, alors qu'ils entrent tous ensemble dans la définition. Enfin, la description de certains critères répond à des vues discutables. D'une part, la mise en évidence du mode de rétribution comme premier critère procède d'une conception qui attache trop d'importance au versement d'un salaire fixe. Or, il faut admettre que la rémunération peut consister, en tout ou partie, dans des commissions [36]. D'autre part, la formule jurisprudentielle semble sous-entendre que le travailleur doit tout son temps à l'employeur. Rien n'exclut, cependant, qu'il soit engagé à temps partiel [37].

Aux quatre critères fondamentaux s'ajoutent des indices qui, sans être décisifs, aident le juge à qualifier le contrat. Ainsi, la stipulation d'un délai de congé ou d'une clause de prohibition de concurrence plaide en faveur de l'existence d'un contrat de travail [38]. Il en va de même de la retenue des charges sociales. Toutefois, une telle retenue ne suffit point pour qualifier d'employeur celui qui prend ce soin, pas davantage que son absence permet d'écarter la figure du contrat de travail [39]. En effet, on devra considérer les relations contractuelles dans leur ensemble. D'ailleurs, s'agissant de définir l'activité lucrative dépendante selon la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, la nature civile du contrat liant l'assuré à la personne pour laquelle il travaille n'est pas déterminante [40].

En appliquant les quatre critères fondamentaux et les indices, on ne s'arrête pas aux termes utilisés par les intéressés, mais on recherche leur commune et réelle intention. A cet égard, on prend en considération leur comportement dans le cadre de l'exécution du contrat [41].

---

36 Cour mixte, Bertoli c. Bailey, 7.6.1979 ; SJ *1960* p. 153, 157 ; *1953* p. 273, 276 ss. ; *1948* p. 107, 111 ; *1943* p. 55, 60 ; *1942* p. 249, 254 ; *1935* p. 58, 60 ; *1934* p. 505, 509 ; *1924* p. 378, 380 ; *1915* p. 169, 170 s.

37 Cour mixte, Sisco c. Pughe, 19.9.1972 ; SJ *1948* p. 107, 111 ; *1942* p. 249, 254 ; *1921* p. 121, 124 ; *1913* p. 78, 80 ; *1895* p. 503 ; *contra :* SJ *1912* p. 549, 555. Cf. art. 319, al. 2, CO.

38 Cour mixte, Bertoli c. Bailey, 7.6.1979 ; Weber c. Kustner frères & Cie SA, 28.12.1977 ; SJ *1960*, p. 153, 155.

39 *Retenue non déterminante :* Rapport des tribunaux de prud'hommes, Genève 1978, p. 41 ss. ; Cour mixte, Humair c. Haueter, 29.12.1976 ; Chambre d'appel, Pittet c. Arfuma SA, 16.2.1968 ; SJ *1959* p. 66, 68.
*Absence de retenue non déterminante :* Cour mixte, Bertoli c. Bailey, 7.6.1979 ; Weber c. Kustner frères & Cie SA, 28.12.1977 ; Sisco c. Pughe, 19.9.1972.

40 ATF 101 V 252, 253 s. ; 98 V 18, 20 ; 97 V 217, 218 s. ; 97 V 134, 137.

41 Art. 18 CO. Cf. SJ *1974* p. 398, 399 ; *1960* p. 153, 157 ; *1959* p. 319, 321 ; *1946* p. 422, 427.

Vu la difficulté que présente souvent la qualification des rapports juridiques, les tribunaux ont voulu s'aider de présomptions. Selon un arrêt ancien, il faut, dans le doute sur la nature du contrat, retenir la compétence des prud'hommes, le législateur ayant voulu favoriser son extension [42]. Mais la jurisprudence récente et dominante admet le contraire : exceptionnelle, la compétence des prud'hommes doit se mesurer restrictivement. Le doute profite aux tribunaux ordinaires, qui ont la plénitude de juridiction [43]. Une telle règle nous paraît devoir être rejetée. En effet, la qualification du contrat se détermine, au fond, selon le Code des obligations. On ne saurait la faire dépendre d'une présomption de procédure cantonale. De quelque côté qu'elle penche, cette présomption se heurte au droit fédéral.

L'importance relative de chacun des quatre critères fondamentaux, qui sont souvent étroitement liés, variera selon les situations. Notre propos n'est pas de présenter une synthèse de la doctrine et de la jurisprudence en la matière. Nous nous contenterons d'illustrer les principaux problèmes à la lumière de quelques décisions récentes, et, le plus souvent, inédites.

2. *Illustrations*

a) Contrat de travail ou de mandat ?

La composition des tribunaux de prud'hommes est organisée de telle sorte que les cadres supérieurs siègent souvent comme juges employeurs [44]. Il suit que les prud'hommes éprouvent quelque peine à admettre que ces mêmes cadres soient liés, en tant que travailleurs, par un contrat de travail. Ne gèrent-ils pas l'affaire d'autrui ou ne rendent-ils pas des services comme le mandataire, en conservant leur indépendance [45] ? Le problème est encore plus aigu lorsque le cadre supérieur est actionnaire et membre du conseil d'administration de la société qui l'emploie ou que, exerçant une profession libérale, il n'est employé qu'à temps partiel.

---

42 SJ *1898* p. 118, 121. Von Salis, p. 112.

43 Cour mixte, Weber c. Kustner frères & Cie SA, 28.12.1977 ; SJ *1955* p. 311, 317 ; *1953* p. 273, 278 ; *1946* p. 422, 426 ; *1942* p. 273 ; *1895* p. 456, 457.

44 Art. 3, al. 2 de la loi sur la juridiction des prud'hommes (*supra*, note 1) et art. 161, al. 3 de la loi sur les votations et élections (*supra*, note 21). Cf. Guldener, op. cit., p. 23 ; von Salis, op. cit., p. 140 ss. ; Rehbinder, op. cit., p. 205 ; cf. RSJ *1978*, p. 94 ss. (cité *in* Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts *1980*, p. 170 ss.).

45 Art. 394 CO. Cf. Al-Kouraichi, op. cit., p. 160 ss. Cf. aussi Rapport des tribunaux de prud'hommes, Genève 1977, p. 15 ss. ; Cour mixte, Sisco c. Pughe, 19.9. 1972 ; SJ *1964* p. 104, 110 ; *1925* p. 502, 504 ss. ; *1923* p. 337, 338 ; *1913* p. 78, 80 ; *1895* p. 503, 507.

Perry était vice-président du conseil d'administration d'Alicon SA, dont il détenait 20 % des actions. Cette société l'avait engagé comme directeur général à plein temps, pour cinq ans. Il devait une prestation personnelle de travail pendant une durée déterminée. Voilà qui répondait aux deux premiers critères. En outre, bien qu'il siégeât avec quatre autres membres au conseil d'administration, il se trouvait soumis aux directives de ce conseil, qui surveillait de près sa gestion. Le rapport de subordination (troisième critère) était indiscutable. Enfin, Perry touchait un salaire fixe très important, à quoi s'ajoutaient une participation de 10 % au bénéfice net et une indemnité mensuelle pour l'usage de sa propre voiture, prestations constituant un véritable salaire (quatrième critère). De plus, la société acquittait les charges sociales. Au cas particulier, le contrat de vice-président directeur général se caractérisait donc comme un contrat de travail [46].

Weber avait conclu avec Kustner frères et Cie SA un contrat d'ingénieur conseil. Il lui incombait de se tenir à disposition de la société, pour des activités décrites de manière très générale (premier critère). Engagé pour une durée indéterminée, avec un délai de congé de six mois, il travaillait à quart de temps, selon un horaire contrôlé, dans les locaux de la société (deuxième critère). Il recevait des directives précises (troisième critère). Enfin, il percevait des honoraires annuels de fr. 40.000 (12 × 3000 et 1 × 4000) indexés. Cette qualification d'« honoraires » ne changeait rien au fait que sa rétribution était fixée en fonction d'un nombre d'heures arrêté d'avance. Il s'agissait donc bien d'un salaire (quatrième critère). Au surplus, le fait que Weber ait acquitté lui-même les charges sociales ne modifiait pas la nature juridique du contrat. Cet indice négatif jouait un rôle d'autant moindre que le salarié avait accepté de ne pas travailler pour une entreprise concurrente de Kustner [47].

b) Contrat de voyageur de commerce ou d'agence ?

Le contrat d'engagement des voyageurs de commerce est un contrat de travail de caractère spécial [48]. La distinction essentiel-

46 Cour mixte, Perry c. Alicon SA, 2.2.1979.

47 Cour mixte, Weber c. Kustner frères & Cie SA, 28.12.1977, confirmé par le Tribunal fédéral le 26.6.1978.

48 Art. 347 CO. Cf. Al-Kouralchi, op. cit., p. 174 ss. Cf. aussi Rapport des tribunaux de prud'hommes, Genève 1979, p. 21 ss. ; SJ *1974* p. 398 ss.; *1959* p. 319, 321 ss.; *1955* p. 311, 314 ss. ; *1948* p. 107, 109 ss. ; *1943* p. 55, 58 ss. ; *1942* p. 249, 253 ss. ; *1939* p. 525, 527 ; *1935* p. 58, 60 ; *1934* p. 505, 508 ss. ; *1924* p. 378, 380 ; *1915* p. 169, 170 ss. ; *1912* p. 549, 555. Sur le contrat de représentation exclusive, SJ *1967* p. 471.

le entre le voyageur de commerce et l'agent, qui est un mandataire, réside dans le lien de subordination. Tandis que l'agent exerce son activité de manière indépendante, le voyageur de commerce doit se conformer aux instructions, souvent très précises, de l'employeur.

Pittet a travaillé pendant plus de deux ans comme représentant d'Arfuma SA. Certes, il devait une prestation personnelle de travail (premier critère). Cependant, il ne lui incombait pas d'être à disposition de son employeur à des heures précises ou pendant un nombre d'heures déterminé, ce d'autant qu'il travaillait pour d'autres maisons (deuxième critère). En outre, il organisait librement son travail, sans avoir à faire rapport à Arfuma SA. Manquait donc le rapport de subordination (troisième critère). Enfin, Pittet ne touchait pas un salaire fixe, mais seulement des commissions. Les quatre critères fondamentaux n'étant pas tous réunis, peu importait qu'Arfuma SA déduisît les cotisations AVS sur les commissions, payât des allocations familiales, reconnût le droit de Pittet à des vacances et mît un fourgon à disposition de ce dernier [49].

c) Contrat de travail ou d'entreprise ?

Loin de devoir une prestation personnelle de travail, l'entrepreneur s'engage à exécuter un ouvrage [50]. Il ne met pas à disposition son temps, mais promet un résultat. Cette distinction suscite parfois des difficultés.

Pendant plusieurs années, Roserens a été chargé de divers travaux dans un immeuble appartenant à la S.I. Armo SA. Il a remplacé des planchers, débarrassé des matériaux, etc. Il se faisait parfois aider par Sormani. Le fait que les travaux lui soient confiés de cas en cas et qu'il ait pu les exécuter avec l'aide d'un tiers paraît montrer qu'il devait, chaque fois, un résultat, davantage qu'une prestation personnelle (premier critère). Roserens n'avait pas d'horaire et ne devait pas se mettre à disposition pour des périodes déterminées. Il organisait librement son temps et travaillait également pour d'autres personnes (deuxième critère).

49 Cour mixte, Pittet c. Arfuma SA, 7.5.1968.

50 Art. 363 CO. Cf. Al-Kouraichi, op. cit., p. 128 ss. Cf. aussi Rapport des tribunaux de prud'hommes, Genève 1979, p. 16 ss. ; SJ *1948* p. 231, 233 ; *1944* p. 346, 350 ; *1942* p. 273, 276 ; *1921* p. 229, 236 ; *1909* p. 285, 287 ; *1898* p. 118, 121. Sur le cas des musiciens, cf. Rapport des tribunaux de prud'hommes, Genève 1979, p. 27 ss. ; Cour mixte, Curt c. Ferraglia, 2.7.1973 ; Chambre d'appel, Ferraglia c. Curt, 22.12.1972 ; SJ *1961* p. 161, 167 ss. ; *1959* p. 66 ss. et 69 ss. ; *1953* p. 257, 260 ; *1938* p. 217, 219.

Au début de sa collaboration, Roserens se trouva sous les ordres d'un entrepreneur, puis sous ceux d'un architecte. Mais, à l'époque en cause, il agissait par accord direct avec le mandataire général de la société et bénéficiait d'une grande autonomie. Il ne recevait pas d'instructions (troisième critère). Roserens était rémunéré tantôt au mètre carré, tantôt à l'heure et tantôt sur la base d'un forfait déterminé d'avance, toutes fournitures comprises. La S.I. Armo SA n'avait pas à se demander ce qui revenait à Sormani. La rémunération touchait donc le résultat du travail, et non pas le travail lui-même (quatrième critère). Au surplus, la société n'assumait aucune charge sociale. Elle ne versait pas de salaire de vacances. Rejetant tout délai de congé, les parties avaient prévu que la société propriétaire pouvait interrompre en tout temps les travaux si elle n'en était pas satisfaite. La Cour mixte n'a donc pas admis qu'il s'agissait d'un contrat de travail [51].

d) Contrat de travail ou de bail à ferme ?

Le gérant d'un établissement peut être lié au propriétaire par un bail à ferme, si, moyennant le versement d'une rémunération à celui-ci, il gère l'établissement de manière indépendante et perçoit pour lui-même les recettes [52]. Mais les rapports entre les parties peuvent aussi être organisés de telle manière que celles-ci se trouvent liées par un contrat de travail.

Uni-Net SA a engagé Biancardi comme directeur gérant de sa succursale à Lugano (à qui il incombait évidemment une prestation personnelle de travail et non pas l'exécution d'un ouvrage : premier critère). Bien que non tenu par un horaire précis, Biancardi devait consacrer tout son temps à sa fonction (deuxième critère). Il devait suivre à la lettre les instructions d'Uni-Net, appliquer les méthodes qui lui étaient prescrites, remettre copie de toute la correspondance au siège central et ne traiter qu'au nom de cette dernière, de sorte que le lien de subordination était extrêmement étroit (troisième critère). Au début, Biancardi recevait un salaire fixe, une participation aux bénéfices de 20 % plus une commission pour chaque nouveau client. Voyant que les affaires allaient bien, il renonça au salaire fixe, de telle sorte qu'il toucha désormais le bénéfice net de

51 Cour mixte, Roserens c. S.I. Armo SA, 1.10.1968.

52 Art. 275 CO. Cf. Al-Kouraichi, op. cit., p. 122 ss. Cf. aussi SJ *1974* p. 153, 155 ss. ; *1928* p. 551, 554 ss. ; *1913* p. 157.

la succursale, après déduction de toutes les charges et de 10 % du chiffre d'affaires versés à Uni-Net. Bien que ce mode de rémunération fût inhabituel (quatrième critère), les trois autres critères, en particulier celui du lien de subordination, étaient si clairement réunis que les prud'hommes ont appliqué les règles du contrat de travail. A noter que les charges sociales incombaient à Uni-Net, mais que, étant prélevées sur les revenus de la succursale, elles diminuaient d'autant le bénéfice, de sorte que, économiquement, elles paraissaient supportées par Biancardi. La Cour mixte releva cependant qu'en cas d'absence de bénéfice Uni-Net demeurait tenue d'acquitter les cotisations prévues dans le contrat [53].

e) Contrat de travail ou de société simple ?

Si les parties unissent leurs efforts, sans rapport de subordination, en vue d'atteindre un but commun, elles forment entre elles une société simple [54] et ne sont pas liées par un contrat de travail.

Bertoli, architecte, a pris à son service Bailey, architecte lui aussi. L'existence d'un contrat de travail initial ne faisait pas de doute. Quelques mois après l'engagement, Bertoli a indiqué aux quatre architectes travaillant dans son entreprise qu'il envisageait de transformer son bureau en société simple. Les discussions relatives à ce changement de structure juridique se sont prolongées. En vue d'intéresser ses collaborateurs, Bertoli a promis à chacun d'eux le versement de fr. 30.000 comme participation aux bénéfices réalisés pendant la période écoulée. Il a versé une avance de fr. 10.000 à Bailey. Dans son esprit, cette participation au bénéfice représentait une étape dans la création d'une société simple. Elle se justifiait par le fait qu'il avait laissé à ses collaborateurs l'entière responsabilité de mener à bien les projets qui leur étaient confiés. Les relations des parties se sont ensuite détériorées, de telle sorte que ces dernières renoncèrent au projet de constituer une société. Bailey réclama à Bertoli le solde de la participation au bénéfice, soit fr. 20.000. Bertoli nia la compétence des prud'hommes. A ses yeux, la demande de Bailey se fondait sur un contrat de société, qui avait commencé d'exister entre eux parallèlement au contrat de travail. La Cour mixte rejeta ce point de vue.

53 Cour mixte, Biancardi c. Uni-Net SA, 28.12.1977. Cf. SJ *1979* p. 405.

54 Art. 530 CO. Cf. Al-Kouraichi, op. cit., p. 185 ss. Cf. aussi Rapport des tribunaux de prud'hommes, Genève 1978, p. 13 ss. ; SJ *1960* p. 153, 156 ss. ; *1946* p. 422, 426 s. Sur le contrat de travail partiaire : SJ *1980* p. 41 s.

En effet, Bailey devait son activité personnelle et son temps à Bertoli (premier et deuxième critères). Compte tenu de la nature du travail effectué, le lien de subordination était moins étroit que d'habitude. Bertoli n'en conservait pas moins le pouvoir de donner des instructions à Bailey (troisième critère). Même si elle avait pour objet d'intéresser les employés, la participation au bénéfice demeurait une part du salaire. Sans doute la participation au bénéfice a-t-elle pour but et pour conséquence d'associer plus étroitement le travailleur au devenir de l'entreprise. Mais elle ne suffit pas pour placer les partenaires sur un pied d'égalité. On ne saurait considérer qu'elle crée un rapport de droit mixte, où le contrat de travail et la société simple se combineraient (quatrième critère). Le fait que Bertoli n'ait pas prélevé les cotisations AVS sur l'avance de fr. 10.000 ne modifiait pas la nature de la rémunération [55].

f) Contrat de travail ou de bail ?

Le contrat de concierge renferme des éléments du contrat de travail et du contrat de bail. C'est un contrat mixte [56]. Afin de déterminer si les prud'hommes sont compétents pour connaître d'un litige fondé sur un contrat de concierge, il y a lieu de rechercher, dans chaque cas, si les caractéristiques du contrat de travail l'emportent sur celles du contrat de bail. Selon des arrêts relativement anciens, le contrat de travail prédomine même si les services, peu importants, n'ont pour contrepartie qu'une réduction du loyer [57]. Mais des décisions plus récentes placent le contrat de travail au second plan lorsque la valeur des services est inférieure à celle du loyer et qu'une soulte est payée par le concierge, en particulier dans l'hypothèse où ce dernier travaille à temps partiel [58].

Lorsque les caractéristiques du contrat de travail l'emportent, les dispositions régissant ce contrat s'appliquent non seulement aux clauses typiques du contrat de travail, mais aussi à la résiliation de l'ensemble du rapport contractuel [59]. En revanche, on applique aux autres clauses les règles gouvernant le contrat de

55 Cour mixte, Bertoli c. Bailey, 7.6.1979.

56 SJ *1981* p. 593, 599 ; *1979* p. 568, 570 ; *1961* p. 557, 558 s. ; *1952* p. 574, 575 ; *1952* p. 161, 165 s. ; *1908* p. 44, 45 ss. ; *1901* p. 476, 478. Cf. aussi SJ *1961* p. 513, 516. Voir les notes 63 ss., *infra*.

57 SJ *1961* p. 557, 558 s. ; *1952* p. 572, 575.

58 SJ *1981* p. 593, 600 ; *1979* p. 569.

59 SJ *1981* p. 593, 599 ; *1979* p. 568, 569 ; *1952* p. 572, 575 ss.

bail. Ainsi pour la délivrance du logement en bon état, les charges, la hausse du loyer, la restitution, l'indemnité pour occupation illicite, etc [60].

g) Contrat de travail ou effet général du mariage (voire de l'union libre) ?

Sauf circonstances particulières, la jurisprudence ne considère pas que la collaboration de l'épouse à l'*activité professionnelle* de son mari (ou de la concubine à l'*activité professionnelle* du concubin) repose sur un contrat de travail. Il s'agit seulement de l'un des effets généraux du mariage ou de l'union libre [61].

L'activité de la concubine dans le *ménage* de son concubin ne se fonde pas davantage sur un contrat de travail, même si celui-ci verse en faveur de celle-là des cotisations à la Caisse cantonale de compensation [62].

## III. *Situations complexes*

Les relations juridiques entre l'employeur et le travailleur ne se fondent pas toujours sur un simple contrat de travail. Il arrive qu'elles revêtent un caractère complexe. Tantôt surgira une question préjudicielle dans une matière qui ne ressortit pas à la compétence des prud'hommes (que ce soit dans le cadre de la demande elle-même ou d'une demande reconventionnelle). Tantôt le litige intéressera, quant au fond, plusieurs causes juridiques dont certaines relèvent d'une autre juridiction (que la prétention du demandeur repose sur des fondements divers ou que celui-ci fasse valoir simultanément des prétentions ayant chacune un fondement différent).

### 1. *Question préjudicielle dans le cadre de la demande*

Selon un arrêt relativement ancien, la procédure d'évacuation du concierge doit se dérouler en deux étapes, lors même que le contrat de concierge apparaît, de manière prédominante, comme un contrat de travail. Les prud'hommes examinent d'abord la validité du congé, puis le tribunal compétent en matière de baux (à l'époque la juridiction ordinaire) prononce l'évacua-

60 SJ *1981* p. 593, 599 ; *1979* p. 568, 569 ss. ; *1908* p. 44, 45 ss.

61 Rapport des tribunaux de prud'hommes, Genève 1978, p. 41 ss. ; SJ *1970* p. 145, 148 ss. ; *1962* p. 23, 26 ; comparer SJ *1954* p. 409, 411.

62 Cour mixte, Humair c. Haueter, 29.12.1976.

tion [63]. La Cour de justice a cependant jugé que, saisi d'une demande d'évacuation, le tribunal compétent en matière de baux peut se prononcer à titre préjudiciel sur la question de la validité du congé lorsque la solution est évidente [64].

Le problème de la compétence pour décider de la validité du congé ne surgit que dans la mesure où l'on estime que l'évacuation est régie par le contrat de bail et que seul le Tribunal des baux est habilité à la prononcer. Dans un arrêt récent, la Chambre d'appel a fait sienne une perspective différente. Pour elle, l'évacuation est « *la conséquence logique de la fin des rapports de travail* » [65]. Lorsque le contrat de concierge se présente comme un contrat de travail, l'obligation d'évacuer découle uniquement de celui-ci, et non pas du contrat de bail. C'est l'obligation de restitution à la fin du contrat de travail (article 339a du Code des obligations). Il suit que si les caractéristiques du contrat de travail se révèlent prépondérantes, l'évacuation du concierge ne ressortit pas au Tribunal des baux, mais exclusivement aux prud'hommes.

2. *Question préjudicielle dans le cadre d'une demande reconventionnelle*

Dans les rapports entre les prud'hommes et les autres juridictions prévaut la règle suivante : lorsque, devant le tribunal saisi de la demande principale, le défendeur forme une demande reconventionnelle et excipe de compensation, le tribunal ne peut statuer sur l'exception que s'il est compétent *ratione materiae* pour en connaître. Sinon, il doit surseoir à statuer et impartir au défendeur un délai pour agir devant le juge compétent. Il tranchera après droit jugé par ce dernier [66].

Cette règle s'est assouplie. En effet, la Cour de justice n'a pas hésité à se déclarer compétente pour trancher, sans renvoi devant les prud'hommes, une exception fondée sur un contrat de travail, dans une espèce où les faits allégués à l'appui de la demande reconventionnelle n'étaient manifestement pas prouvés [67].

63 SJ *1952* p. 572, 576.

64 SJ *1967* p. 507, 511 ss. ; *1961* p. 557, 559.

65 Chambre d'appel, Villacastin c. La Bâloise, 6.5.1980, confirmé par la Cour mixte, 14.10.1981.

66 SJ *1953* p. 273, 279. Cf. SJ *1943* p. 327, 329 et *1960* p. 246, 249 ss. *Contra*, à tort, Chambre d'appel, Cozza c. Zito, 11.3.1976, où la Chambre d'appel, refusant d'entrer en matière sur l'exception de compensation, ne sursoit pas à statuer. Pour un cas dans lequel la demande reconventionnelle relève elle aussi du contrat de travail, Chambre d'appel, Interim Service Arber SA c. Cordey, 4.3.1980. Cf. Guldener, op. cit., p. 120 ; von Salis, op. cit., p. 147 ss.

67 SJ *1954* p. 515, 518.

La Chambre d'appel des prud'hommes s'est aussi quelque peu libérée du principe rappelé ci-dessus. Kalmàr, domicilié à Lausanne, avait actionné Frizzi, domicilié à Genève, en paiement de salaire. Frizzi a excipé de compensation, pour le motif que, au cours de leurs relations antérieures (qui ressortissaient vraisemblablement au contrat de société), il avait fait à Kalmàr des versements supérieurs à ce qu'il lui devait. Les paiements et les prestations y relatives ne concernant pas un contrat de travail, la Chambre d'appel a refusé d'en tenir compte : il appartenait à Frizzi d'ouvrir action contre Kalmàr devant le juge ordinaire, c'est-à-dire à Lausanne, au for naturel du défendeur. Frizzi a formé recours en nullité au Tribunal fédéral. Ce dernier a déclaré que le juge saisi de la demande principale ne peut refuser de statuer sur la demande reconventionnelle que si le juge compétent pour examiner la créance invoquée en compensation se trouve dans le même canton. Le droit fédéral veut en effet que le défendeur recherché à son for naturel puisse y faire valoir tous ses moyens de défense [68]. A la suite de cette décision, la Chambre d'appel pouvait soit admettre que la juridiction ordinaire genevoise était compétente pour connaître de l'exception de compensation (et suspendre la cause pour permettre au défendeur de faire valoir sa demande reconventionnelle devant elle), soit se prononcer elle-même sur l'exception. La Chambre d'appel a constaté que les rapports découlant du contrat de société et ceux fondés sur le contrat de travail étaient étroitement liés en fait, la collaboration des parties, continue, ayant simplement changé de forme juridique. Vu ce rapport de connexité, elle a examiné les contrats comme s'ils formaient un tout et, le contrat de travail jouant un rôle prédominant, elle a estimé que la juridiction spéciale était compétente pour connaître de l'ensemble du litige [69]. On observera que, dans cette espèce, les problèmes posés par le contrat de société simple étaient relativement aisés à résoudre.

### 3. *Prétention unique fondée sur plusieurs causes*

Lorsqu'une même prétention repose sur des fondements juridiques divers (par exemple une violation de l'obligation de diligence du travailleur, selon l'article 321a du Code des obligations, d'une part, et, d'autre part, un acte illicite selon l'article 41 du

68 SJ *1960* p. 246, 251 ss.
69 Chambre d'appel, Frizzi c. Kalmàr, 25.8.1959.

Code des obligations), il n'est pas possible de la soumettre à deux ordres de juridiction parallèles : le canton doit attribuer la compétence d'en connaître à un seul tribunal, qui appliquera d'office le droit fédéral dans toute son étendue [70]. Pour déterminer la juridiction compétente, on recherchera quel est le caractère prédominant de l'action intentée. Si le contrat de travail l'emporte, la demande devra être formée devant les prud'hommes [71].

Lorsque, en vertu du droit fédéral, une seule instance est compétente, sur le plan cantonal, pour connaître de l'un des moyens invoqués (par exemple la Cour de justice comme instance cantonale unique en matière de concurrence déloyale), c'est cette instance qui sera compétente pour statuer sur les autres moyens, sans qu'il soit besoin de se demander si ces derniers revêtent un caractère prédominant [72].

4. *Prétentions fondées sur des causes différentes*

Il peut arriver que le demandeur fasse valoir contre le défendeur plusieurs prétentions reposant chacune sur un fondement juridique différent. En principe, ces prétentions seront dissociées pour être soumises au juge compétent *ratione materiae* (juridiction ordinaire, juridiction des prud'hommes ou autre juridiction spéciale).

Toutefois, quand il existe entre elles un lien de connexité si étroit qu'il est excessivement difficile de les séparer ou que les unes apparaissent clairement secondaires par rapport aux autres, les prétentions pourront être portées ensemble devant le juge compétent pour connaître de celle d'entre elles qui, dans le cadre des relations juridiques considérées comme un tout, revêt un caractère prédominant [73].

Pittet réclamait à Arfuma SA une indemnité fondée sur un contrat de travail et sur un contrat d'agence. Le montant se décomposait comme suit : fr. 1527 au titre de salaire pour une partie des services, relevant du contrat de travail ; fr. 1358 pour frais exposés au bénéfice de la défenderesse dans le cadre du contrat d'agence ; enfin, fr. 3364 pour « renvoi abrupt » et

70 SJ *1967* p. 337, 344 ; *1965* p. 608, 610 ss. Comparer SJ *1960* p. 246, 250 et 561, 562 ss.

71 SJ *1965* p. 608, 612 ; *1956* p. 42, 46 ; *1953* p. 273, 278 ss. ; *1948* p. 545, 548 ss.

72 SJ *1967* p. 337, 344 ; *1952* p. 417, 424. Cp. SJ *1969* p. 63, 64.

73 SJ *1969* p. 63, 64 ; *1948* p. 186, 191 ; *1942* p. 249, 254 ss. ; *1927* p. 296, 300 ; *1912* p. 370, 373. Cp. SJ *1956* p. 42, 46.

« vacances ». Les trois quarts de cette dernière somme paraissaient concerner le contrat d'agence, un quart le contrat de travail. La Cour mixte considéra que Pittet avait déployé l'essentiel de son activité pour Arfuma SA comme agent, le travail ne constituant qu'un accessoire. Il était fâcheux de faire juger par deux juridictions différentes ce que le demandeur pouvait obtenir pour renvoi abrupt ou vacances, selon que ses prétentions se rapportaient à des heures de travail ou à des commissions d'agent. Il existait donc un étroit rapport de connexité entre les chefs de la demande. Or, le contrat d'agent revêtait un caractère prépondérant. De plus, les prud'hommes formant une juridiction d'exception, leur compétence devait être mesurée restrictivement. Pittet fut donc renvoyé devant les tribunaux ordinaires pour y faire valoir la totalité de ses prétentions [74]. Ici, le caractère exceptionnel de la juridiction des prud'hommes est invoqué à juste titre : il ne sert pas à qualifier juridiquement, au fond, les liens contractuels, mais seulement à désigner le juge compétent pour se prononcer sur l'ensemble d'une demande composée de plusieurs chefs.

5. *Règle générale ?*

Ainsi, vu la fréquente complexité des relations entre les parties, il arrive que plusieurs juridictions soient simultanément compétentes pour connaître d'aspects différents d'un même litige. Le dédoublement des procédures provoque de nouvelles longueurs, dans un domaine où, pourtant, le législateur a voulu que la justice fût rendue rapidement. Sensible à cet inconvénient, la jurisprudence s'efforce d'éliminer les détours inutiles. Certes, du point de vue théorique, il peut paraître souhaitable que chaque juridiction tranche tous les problèmes de sa compétence, à l'exclusion d'aucun autre. Toutefois, une telle manière de voir nuirait excessivement à l'économie et à la célérité de la procédure. Il se justifie donc, dans certains cas, de permettre à une juridiction de déborder le cadre de sa compétence pour résoudre seule une situation complexe.

Les critères retenus par la jurisprudence pour délimiter les circonstances dans lesquelles une juridiction peut étendre sa compétence varient dans leur formulation. En définitive, le juge se fonde sur la connexité des faits invoqués, l'importance com-

74 Cour mixte, Pittet c. Arfuma SA, 7.5.1968.

parée des rapports juridiques en présence et le degré de difficulté des problèmes qui, en principe, ne ressortissent pas à sa compétence. Il doit bénéficier d'une certaine liberté d'appréciation. Lorsque se pose une question préjudicielle dans le cadre de la demande ou lorsqu'une seule prétention se fonde sur des causes différentes, le lien de *connexité* paraît aller de soi. En revanche, il fera l'objet d'un examen attentif s'agissant d'une demande reconventionnelle ou de prétentions parallèles reposant sur des causes différentes. La connexité est-elle suffisante, l'*importance comparée* des rapports juridiques permettra de déterminer la juridiction compétente selon le caractère prédominant du litige si des causes diverses se trouvent à la base d'une ou de plusieurs prétentions. Elle aidera en outre à décider de qui relèvent les questions préjudicielles. Enfin, la juridiction saisie devra renoncer à résoudre les problèmes débordant sa compétence lorsque surviennent de trop grandes *difficultés*.

## IV. *Les voies de recours*

### 1. *Sur le plan cantonal*

Les juges doivent examiner d'office et en tout état de cause (même en appel) si le litige qui leur est soumis ressortit à leur compétence *ratione materiae*. Cette règle s'applique aussi bien aux juridictions ordinaires qu'aux juridictions spéciales [75].

Les jugements rendus par le Tribunal de première instance et par le Tribunal des prud'hommes en matière de compétence peuvent être attaqués, les premiers devant la Cour de justice, les seconds devant la Chambre d'appel des prud'hommes [76]. Les arrêts de ces deux juridictions statuant sur un conflit de compétence peuvent faire l'objet d'un recours à la Cour mixte [77]. Aussi longtemps que la Cour mixte n'a pas statué sur un conflit de compétence, les décisions des instances inférieures à cet égard ne sauraient acquérir l'autorité de la chose jugée [78]. Si, plutôt

75 Art. 78 de la loi sur la procédure civile (*supra*, note 27) et 50 de la loi sur la juridiction des prud'hommes (*supra*, note 1) ; Chambre d'appel, Ferraglia c. Curt, 22.12.1972 ; SJ *1960* p. 153, 156 ; Cour mixte, Treuter c. Henchoz, 5.5.1948 ; SJ *1948* p. 186, 190 ; *1944* p. 346, 349 ; *1939* p. 525, 527 ; *1934* p. 346, 349 ; *1934* p. 505, 508 ; *1924* p. 378, 380 ; *1923* p. 477, 481 ; *1921* p. 598, 599 ss. ; *1915* p. 169, 170 ; *1913* p. 157, 159 ; *1912* p. 370, 372 ; *1912* p. 549, 555 ; *1886* p. 34, 35 ; Cp. Guldener, op. cit., p. 121.

76 Art. 339, al. 1, litt. a et c de la loi de procédure civile (*supra*, note 27) et art. 56, al. 3 de la loi sur la juridiction des prud'hommes (*supra*, note 1).

77 Art. 64, al. 1, 67 et 68 de la loi sur la juridiction des prud'hommes (*supra*, note 1).

78 SJ *1960* p. 153, 156.

que de recourir à la Cour mixte contre un arrêt de la Chambre d'appel déclinant la compétence des prud'hommes, le demandeur ouvre action devant la juridiction ordinaire, celle-ci ne sera pas liée par la décision de la juridiction spéciale. L'inverse est également vrai. Seule la Cour mixte peut trancher définitivement, sur le plan cantonal, les conflits de compétence à raison de la matière.

A l'origine, la Cour mixte avait pour mission de résoudre les conflits de compétence entre les tribunaux civils ordinaires et les prud'hommes. Mais, gardienne de l'article 139 de la Constitution genevoise, qui réserve aux prud'hommes la compétence exclusive pour juger les contestations entre employeurs et salariés, elle doit également résoudre les conflits entre les prud'hommes, d'une part, et, d'autre part, cette nouvelle juridiction spéciale qu'est le Tribunal des baux et loyers [79]. En outre, elle connaît de toutes les décisions des instances d'appel statuant de manière positive ou négative sur les exceptions tirées d'un compromis arbitral ou d'une clause compromissoire et rejetant la compétence des prud'hommes [80].

Chargée uniquement de préserver la compétence des prud'hommes, la Cour mixte n'a pas à qualifier le rapport juridique qui a pu exister entre les parties (mandat, contrat d'agence, société simple, etc.). Elle se borne à dire si c'est à tort ou à raison que la Chambre d'appel ou la Cour de justice ont admis ou exclu l'existence d'un contrat de travail [81].

Tranchant les conflits de compétence *ratione materiae* entre les juridictions genevoises intéressées, la Cour mixte ne statue pas sur les exceptions d'incompétence à raison du lieu, lesquelles demeurent l'apanage, en dernière instance cantonale, de la Chambre d'appel et de la Cour de justice [82].

### 2. *Sur le plan fédéral*

Par quelle voie un arrêt de la Cour mixte statuant sur la compétence des prud'hommes *ratione materiae* peut-il être attaqué devant le Tribunal fédéral ?

---

79 Cour mixte, Villacastin c. La Bâloise, 5.11.1980.

80 SJ *1981* p. 550, 551.

81 Cour mixte, Langel c. Overseas Marketing SA, 4.2.1981.

82 Cour mixte, Sisco c. Pughe, 19.9.1972 ; Cour mixte, Lainer c. Keane Jr & Cie, 21.4.1970 ; SJ *1915* p. 431, 432.

a) Recours en réforme

L'arrêt de la Cour mixte statuant sur la compétence à raison de la matière est une décision préjudicielle prise séparément du fond en dernière instance cantonale. Il ne peut être porté devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en réforme que pour violation des prescriptions de droit fédéral [83].

Bien que l'on examine à la lumière du Code des obligations si le rapport de droit litigieux constitue un contrat de travail, la décision sur la compétence à raison de la matière repose sur le droit cantonal. Il suit que l'on ne peut recourir en réforme contre l'arrêt de la Cour mixte [84]. Ce n'est qu'à travers l'arrêt de la Chambre d'appel ou de la Cour de justice statuant sur le fond que la qualification du rapport juridique peut être déférée au Tribunal fédéral par la voie de recours en réforme. A la différence de la Cour mixte, la Chambre d'appel et la Cour de justice, dans leur décision finale, sur le plan cantonal, appliquent le droit fédéral.

Il peut arriver cependant que la mise en œuvre des règles de droit cantonal relatives à la compétence à raison de la matière soient incompatibles avec le droit fédéral considéré comme tel et non pas appliqué, par référence, comme droit cantonal de procédure. Ainsi, le droit fédéral veut que l'exception de compensation puisse être jugée par une autorité du canton dans lequel s'instruit l'action principale. Lorsqu'il interdit aux prud' hommes, juges de l'action, de se prononcer sur l'exception de compensation dans la mesure où cette dernière n'est pas fondée sur un contrat de travail et qu'il n'y a pas, dans le canton, d'autre instance compétente pour statuer sur cette exception, le droit cantonal se heurte au droit fédéral. Le recours en réforme est alors recevable pour violation du droit fédéral [85].

b) Recours en nullité

Quand il se trouve appliqué de manière incompatible avec le droit fédéral, le droit cantonal se substitue au droit fédéral déterminant, auquel il ne saurait pourtant déroger. Tel est le cas dans l'hypothèse que nous venons de rapporter s'agissant de l'exception de compensation [86]. Si la valeur litigieuse (souvent

83 Art. 43 et 49 OJF.
84 Tribunal fédéral, Kustner SA c. Hoirie Jacques Weber, 13.3.1978.
85 SJ *1960* p. 246, 248 ss.
86 Ibid.

inférieure à fr. 8000 dans notre domaine) ne permet pas le recours en réforme, la voie du recours en nullité demeure ouverte. Ici encore, on ne vise que les cas dans lesquels l'application des règles de droit cantonal relatives à la compétence *ratione materiae* emporte une violation du droit fédéral déterminant et non pas ceux où, dans le cadre du droit cantonal de procédure, la Cour mixte qualifierait de façon erronée les rapports juridiques à la lumière du Code des obligations.

c) Recours de droit public

Bien qu'elle repose sur l'article 139 de la Constitution genevoise, la compétence des tribunaux de prud'hommes n'est qu'une règle d'organisation judiciaire, dont la mesure et les conditions sont précisées par la loi. Elle ne représente pas un droit constitutionnel des citoyens. En conséquence, on ne saurait l'invoquer comme tel pour entreprendre, par la voie du recours de droit public, un arrêt de la Cour mixte statuant sur la compétence *ratione materiae* [87].

En revanche, l'application des règles cantonales sur cette compétence peut être attaquée pour violation de l'article 4 de la Constitution fédérale (interdiction de l'arbitraire). L'arrêt de la Cour mixte est une décision incidente prise en dernière instance. Selon la lettre de l'article 87 de la loi fédérale d'organisation judiciaire, il ne peut faire l'objet d'un recours de droit public pour violation de l'article 4 de la Constitution fédérale que s'il en résulte un préjudice irréparable pour l'intéressé. Mais la jurisprudence a rendu cette condition inapplicable aux décisions incidentes de dernière instance relatives à la compétence. Il suit que le recours de droit public contre un arrêt de la Cour mixte est recevable, indépendamment de l'existence d'un préjudice irréparable [88].

*Conclusion*

Les tribunaux de prud'hommes doivent offrir aux plaideurs une procédure simple et rapide [89]. Or, les pages qui précèdent montrent que la création d'une juridiction spéciale, si elle résout certains problèmes, peut en susciter d'autres. La vie engendre

87 Tribunal fédéral, Kustner SA c. Hoirie Jacques Weber, 26.6.1978 ; SJ *1943* p. 245, 246 ; *1914* p. 134, 136 ; *contra :* SJ *1909* p. 417, 420.

88 SJ *1979* p. 405, 408.

89 Cf. art. 343, al. 2 CO ; Mémorial *1961*, p. 45.

des situations complexes, où les rapports de travail s'enchevêtrent avec d'autres relations contractuelles. Nous croyons que, pour satisfaire au principe de la *simplicité* de la procédure, les juges, en cas de conflit de compétence, doivent adopter des solutions résolument pratiques. Il n'y a lieu de scinder un litige pour le porter devant deux juridictions différentes que lorsque des raisons particulièrement importantes l'exigent. Quant à la *rapidité* de la procédure, elle souffre également de la complexité de certaines situations, qui prolonge l'itinéraire des dossiers jusqu'à la Cour mixte. Le temps, d'ailleurs, reste une notion relative. Aujourd'hui, la procédure devant les prud'hommes paraît rapide en regard de celle qui se déroule devant les juridictions ordinaires. Mais rappelons qu'en 1912 une affaire jugée par le Tribunal des prud'hommes le 19 janvier fut tranchée par la Chambre d'appel le 29 du même mois ; que, saisie, la Cour mixte statua le 12 février et que le procès se termina devant le Tribunal fédéral le 20 mars ! [90]

90 SJ *1912* p. 370.