



E _____ SA
Dom. élu : Me Frédéric OLOFSSON
Avenue de Miremont 31
1206 Genève

T _____
Dom. élu : Me Bertrand REICH
Rue de Candolle 24
1205 Genève

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

Du 1^{er} février 2006

M. Richard BARBEY, président

MM. Jean-François HUGUET et Alain SARACCHI, juges employeurs

Mme Paola ANDREETTA et M. Yves DELALOYE, juges salariés

M. Raphaël KLEMM, greffier d'audience

EN FAIT

- A. Le 3 septembre 2002, T_____, né en 1980 et domicilié alors à Douvaine, a conclu un contrat de collaboration avec E_____AG, ayant son siège à H_____ (Zoug), active dans le courtage d'assurance ainsi que les conseils financiers (pièce 1 dem.).

Selon l'accord, le collaborateur entrait dans la force de vente de la société en tant "qu'intermédiaire indépendant" ou "consultant" au sens des art. 412 et ss CO, sans avoir le statut d'employé ou d'agent (art. 1.2 et 2.1). E_____ était une entreprise indépendante, qui réglait ses relations avec les compagnies d'assurance et les établissements financiers sur la base de contrats séparés (art. 1.3). Le consultant intervenait comme conseiller et négociateur, sans aucun pouvoir de représentation, ni pour E_____ ni pour les compagnies d'assurances et les établissements financiers qui travaillaient avec elle (art.1.3. et 2.2).

L'art. 2.3 rappelait que les consultants, jusqu'aux échelons de directeurs de bureaux et d'agents généraux étaient considérés comme des employés au regard du droit des assurances sociales (AVS/AI/APG, LAA et LPP). Formaient parties intégrantes au contrat toutes les instructions E_____ destinées à sa "force de vente", de même que les directives et instructions commerciales des compagnies d'assurance et des établissements financiers travaillant avec elle, enfin le plan de carrière en vigueur ainsi que la gamme des produits commercialisés, dans leur version la plus récente, avec le tableau déterminant pour le calcul des commissions (art. 3). Le consultant percevait une commission pour la conclusion des affaires où il avait joué le rôle de négociateur, sous réserve d'une retenue de 10% couvrant le risque d'annulation par le client; les commissions - calculées selon un système de points rémunérés chacun entre 4 fr. et 12 fr., selon la place qu'il occupait au sein de la force de vente -, étaient dues sans limite de temps, aussi longtemps que les clients s'acquittaient ponctuellement des "cotisations" (art. 4.1-4.2). Le consultant avait le droit de prospecter sans limitation territoriale sur le territoire de la Confédération et du Liechtenstein; s'il voulait installer un bureau pour y exercer son activité, il était tenu d'obtenir préalablement

l'autorisation de E_____ ; il pouvait par ailleurs faire valoir à son égard son droit à une assistance professionnelle du cadre dont il dépendait (art. 5).

L'art. 6 précisait que le consultant était libre de choisir s'il voulait ou non travailler pour E_____. S'il choisissait de le faire, il était tenu d'agir avec la diligence d'un commerçant avisé, en respectant les directives et les instructions commerciales orales ou écrites de la société (ch. 1 et 8). Toutes les relations commerciales et la correspondance relatives "à l'objet du présent contrat" devait passer par E_____ (ch. 6.5). Il s'engageait encore à ne pas exercer d'autre activité d'intermédiaire d'assurances ni de conseil financier sans l'autorisation expresse écrite de E_____, sous peine du paiement d'une clause pénale de 1'000 fr. par cas (ch. 3 et art. 7.7).

Conclu pour une durée indéterminée, le contrat pouvait être résilié par écrit par chacune des parties, en respectant un préavis de deux mois pour la fin d'un mois, sous réserve de justes motifs (art. 7.1). A l'échéance, le consultant était tenu de restituer à E_____ toute la documentation mise à sa disposition (art. 7.5). Les clients amenés par le consultant restaient la propriété E_____ et il lui était interdit pendant vingt-quatre mois de les détourner et/ou de les faire détourner (art. 7.8).

B. A la fin de chaque mois, T_____ a reçu de E_____ un décompte des provisions comportant des déductions sociales et une rémunération pour les vacances, calculée au taux de 8,33%. De septembre à décembre 2002, des sommes allant jusqu'à 1'546 fr. 75 lui ont ainsi été versées. En 2003, il a encaissé mensuellement plus de 7'000 fr. pendant le premier trimestre, étant classé deuxième meilleur "Junior Financial Advisor" de Suisse romande pour février. Lui ont ensuite été payés, 5'601 fr. 60 en avril, 2'651 fr. 65 en mai, 9'361 fr. 10 en juin, 7'900 fr. 30 en juillet, 863 fr. en août, 4'656 fr. 90 en septembre et 4'115 fr. 90 en octobre (pièces 9 dem. et produites le 28.2.2005).

Durant toute la période mentionnée ci-dessus, T_____ a été intégré dans l'équipe de vente de A_____, autre consultant lui-même subordonné à B_____ chef régional pour la Suisse romande, qui

exploite la société B_____ Sàrl à la rue des I_____ à Genève (pv du 1.2.2004 p. 3-4).

Au mois de mars 2003, T_____ a suivi un séminaire de formation de deux jours à Martigny donné par A_____, C_____ et le nommé D_____, portant essentiellement sur les entretiens avec la clientèle, de manière à être admis au niveau VII dans l'organisation de E_____. Il n'a toutefois pu atteindre cet objectif et a suivi un second séminaire similaire organisé apparemment à Genève par A_____ en juillet 2003. Le niveau VII lui a alors été accordé, même s'il n'avait jusqu'alors recruté sous sa responsabilité que deux nouveaux "consultants", alors qu'il aurait dû en trouver trois (pv du 15.3.2005 p. 2; du 25.1.2006 p. 2).

T_____ s'est trouvé en incapacité de travail du 23 au 30 juillet 2003, selon attestation du Dr F_____ à Messery. B_____ ne s'est plus rappelé s'il a vu le certificat médical délivré (pièce 10 dem; pv du 1.2.2005 p. 2).

Estimant T_____ parvenait moins bien à gérer ses activités à partir de juillet 2003, B_____ a eu plusieurs entretiens avec lui, puis a évoqué son cas avec A_____, C_____ et le nommé D_____. Il lui a finalement conseillé de mettre un terme à son activité. Le 5 novembre 2003, T_____ a signé un formulaire de E_____ intitulé "convention de remise de document", dans lequel il confirmait sa volonté de "cesser la formation" auprès de la société et restituait l'ensemble de la documentation qu'il avait reçue (pv du 1.2.2005 p. 3-5; pièce 11 dem.).

- C. Par lettre du 16 janvier 2004, G_____, gérant de E_____ à H_____, a confirmé à T_____ que la société résiliait l'accord de collaboration - également qualifié de contrat de travail à la suite d'une prétendue erreur de traduction (mém. du 3.6.2004 p. 9; du 16.11.2005 p. 11) -, pour le 31 mars suivant. La mère et le frère T_____ sont intervenus trois jours plus tard auprès de B_____, en faisant remarquer que leur parent n'avait jamais reçu de résiliation écrite du contrat de consultant et en demandant le

paiement des commissions dues, y compris sur les résultats de l'équipe qu'il dirigeait, jusqu'à la fin de mars 2003 (pièces 12-13 dem.).

- D. Le 10 février 2004, T_____ a ouvert action devant le Tribunal des prud'hommes contre E_____, en paiement de son salaire pour la période allant du 1^{er} octobre 2003 au 31 mars 2004, arrêté à 44'314 fr., à raison de 7'385 fr. 67 brut par mois, plus un montant équivalent pour tort moral.

La défenderesse s'est opposée à la demande, en contestant l'existence d'un contrat de travail et, partant, la compétence prud'homale, subsidiairement le bien-fondé des prétentions formulées.

Après un premier jugement par défaut à l'encontre du demandeur, suivi d'une opposition déposée en temps utile, les parties se sont exprimées en comparution personnelle et ont signifié des conclusions. Le Tribunal a également entendu à titre de renseignement B_____ et C_____.

Statuant le 13 octobre 2005, il a considéré qu'un contrat de travail avait bien été conclu dans le cas d'espèce. Le demandeur pouvait donc prétendre à son salaire entre le 1^{er} novembre 2003 et le 31 mars 2004, calculé en fonction de la moyenne des commissions qu'il avait perçues pour les dix premiers mois de 2003, plus l'indemnisation de sa période d'incapacité en juillet 2003 selon l'art. 324a CO, soit 29'438 fr. 75 ou 5'887 fr. 75 par mois. S'y ajoutait la rémunération des vacances durant la même période, à concurrence de 8,33 % ou 2'453 fr. 25, d'où un total brut de 27'239 fr. 60. Pour avoir été licencié avec effet immédiat, le demandeur avait encore droit à une indemnité nette de 3'000 fr. en application de l'art. 337c al. 3 CO. La prétention en réparation du tort moral a en revanche été écartée.

- E. E_____ appelle de ce jugement, en reprenant son argumentation de première instance. Elle reproche encore au Tribunal d'avoir mal calculé le salaire moyen, en tenant compte de la période d'incapacité de juillet 2003. Elle critique en dernier lieu l'allocation d'une indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO.

T_____ conclut à la confirmation de la décision attaquée.

La Cour a entendu les parties le 26 janvier 2006; il ressort notamment de leurs déclarations ce qui suit :

- a. Lorsqu'un consultant entre dans l'organisation de E_____, la société lui remet un livret, en l'invitant à y inscrire les noms, adresses et autres données de parents, amis ou connaissances, qu'il contactera ensuite comme clients potentiels. Pour chaque première visite à une personne intéressée, le consultant remplit avec elle un cahier à l'en-tête de E_____, dans lequel il note les informations la concernant, aussi bien d'ordre financier (avoirs, immeubles, hypothèques, etc), que dans le domaine des assurances. Lors de l'entretien dit "d'analyse", le consultant remet aussi à son interlocuteur un fascicule de présentation de E_____. Cela fait, il analyse pendant quelques jours les informations recueillies avec l'aide d'autres consultants ou de responsables régionaux, dont il dépend - dans le cas de l'intimé A_____ et B_____. Les propositions susceptibles d'intéresser le client sont conçues, puis soumises par le consultant au cours d'une entrevue de "conseil". T_____ a expliqué à cet égard, sans être contredit, que le deuxième entretien se déroulait en règle générale dans les bureaux de B_____ à la rue des I_____, où se trouvait la réserve des formulaires des compagnies d'assurance et des établissements financiers avec lesquels traitait E_____; si le client acceptait les recommandations qui lui étaient présentées, il lui faisait aussitôt signer la documentation pertinente, après avoir rempli au besoin de nouvelles formules si des modifications se révélaient nécessaires (pv du 26.1.2006 p. 3-4).
- b. T_____ établissait aussi régulièrement les programmes (plannings) des visites, qu'il se proposait de faire à la clientèle durant la prochaine semaine ou quinzaine, puis les soumettait à A_____ ou à B_____ qui formulaient leurs observations (pv du 1.2.2005 p. 4-5; du 26.1.2006 p. 2).
- c. L'intimé disposait d'un fichier de ses clients personnels installé sur le système informatique desservant les bureaux de B_____ à la rue

des I_____. Il y avait accès, comme aux fichiers de ses collègues consultants. E_____ tient à jour un autre système informatique à H_____, dans lequel elle comptabilise notamment les commissions dues à chaque consultant (pv du 1.2.2005 p. 7; du 26.1.2006 p. 3).

- d. T_____ a restitué à B_____, le 5 novembre 2003, l'ensemble de la documentation E_____ qui lui avait été remis, notamment le livret contenant les noms de ses clients, les cahiers d'analyse les concernant et le fascicule de présentation de la société (pv du 26.1.2006 p. 3-4). On relèvera ici qu'aucune de ces pièces ou même des exemplaires de textes non remplis n'a été produite durant l'instruction de la présente cause.
- e. S'étant inscrit au chômage, l'intimé a retrouvé un emploi comme sommelier dans un établissement public à Annemasse de janvier à mars ou au début de mars 2004, pour un salaire mensuel net de 1'000 € (pv du 1.2.2005 p. 9; du 26.1.2006 p. 4)

EN DROIT

1. L'appel est recevable, ayant été interjeté dans le délai et suivant la forme prescrits (art. 56 al. 1 et 3, 59 LJP).
2. L'appelante conteste la compétence prud'homale et objecte que sa partie adverse avait le statut de courtier, conformément à ce qui avait été convenu dans l'accord de collaboration signé le 3 septembre 2002
 - 2.1. Le Tribunal a rappelé les éléments caractéristiques du contrat de travail définis par l'art. 319 CO , tenant en particulier à l'obligation de l'employé de fournir sa prestation personnelle de travail et au rapport de subordination qui le lie à l'employeur (jugement p. 6-8).

Le courtier au sens de l'art. 412 CO n'a en revanche aucune obligation d'agir, sauf si le contraire a été convenu ou résulte de la nature de l'affaire; sa rémunération est simplement subordonnée à la conclusion de l'affaire par le

mandant et, en principe, à son intervention dans la réalisation de celle-ci (TERCIER, Les contrats spéciaux, 3^{ème} éd, nos 5064-5065; RAYROUX, Commentaire romand, n. 27 ad art. 412 CO). L'agent intervenant en vertu de l'art. 418a CO a, quant à lui, l'obligation d'agir pour le compte de son mandant, avec un devoir de diligence accru par rapport à celle du courtier; il est également engagé pour une certaine durée conformément aux art. 418p et 418q CO (TERCIER op. cit, no 5139-5140; BÜHLER, Commentaire zurichois, n. 38-39 ad art. 418a CO; ATF 125 III 481 = JdT 1999 I 455 consid. 3). Le courtier et l'agent se distinguent de l'employé, y compris du voyageur de commerce, par leur indépendance à l'égard du mandant, tandis que ces derniers sont subordonnés à l'employeur (ATF dans JAR 2004 p. 299 consid. 3; WYLER, Droit du travail, p. 47-48; STAEHELIN, Commentaire zurichois, n. 48 ad art. 319 et n. 9-10 ad art. 347 CO; RAYROUX, op. cit, n. 24 ad art. 412 CO; BÜHLER, op. cit, n. 30-34 ad art. 418a CO). On rappellera encore que le lien de subordination s'analyse du point de vue temporel, spatial et hiérarchique (AUBERT, Commentaire romand, n. 8-12 ad art. 319 CO).

La dénomination d'un contrat n'est pas déterminante pour évaluer sa qualification juridique. Pour qualifier le contrat comme pour l'interpréter, le juge doit tout d'abord s'efforcer de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions inexactes utilisées, selon l'art. 18 al. 1 CO. Si celle-ci ne peut être établie, il doit interpréter leurs déclarations et leurs comportements selon le principe de la confiance (JAR 2004 précité, consid. 3.1).

- 2.2. Ainsi que l'a fait ressortir l'audition des parties par la Cour, l'intimé s'est trouvé étroitement intégré dans le réseau organisé par l'appelante. Celle-ci lui fournissait l'intégralité de la documentation nécessaire à son activité et faisait vérifier chaque semaine ou quinzaine, par l'intermédiaire du chef d'équipe ou régional dont il dépendait, le programme des futures visites à la clientèle. Les cahiers réunissant les données économiques de chaque client étaient à nouveau analysés par le consultant avec ses supérieurs hiérarchiques immédiats, avant la présentation de propositions. L'intimé travaillait par ailleurs une partie de son temps dans les bureaux à la rue des I_____ loué par le responsable régional, où se trouvaient déposés les formulaires des compagnies d'assurance et des

établissements financiers liés commercialement à l'appelante. Il y recevait les clients lors du second entretien dit "de conseil" et profitait de leur faire signer les documents nécessaires déjà préparés et au besoin remplacés en cours de discussion par de nouveaux textes. A partir d'un terminal, le consultant pouvait accéder aux divers fichiers informatiques des clients tenus à jour, y compris le sien. L'appelante exigeait également la restitution de l'ensemble de la documentation lorsqu'un consultant le quittait et la clientèle acquise lui était dévolue, ce transfert étant accompagné d'une clause de prohibition de concurrence valable deux ans. Enfin, à l'égard des assurances sociales, les consultants étaient assimilés à des employés et recevaient des décomptes de salaire, dans lesquels leur droit aux vacances était calculé au taux de 8,33%.

La conjonction des éléments rappelés ci-dessus permet en l'espèce de retenir sans hésitation l'existence d'un lien de subordination, partant de rapports de travail, par opposition à un contrat de courtage ou d'agence (WYLER, op. cit, p. 48; STAEHELIN, op. cit, n. 10 ad art. 347 CO). On relèvera que cette dernière qualification est spécifiquement écartée à l'art. 2.1 de l'accord de collaboration, alors que le texte reprend pourtant le délai de résiliation de deux mois de l'art. 418q al. 2 CO, incompatible avec un contrat de courtage qui peut être dénoncé en tout temps par l'effet de l'art. 404 CO, norme de droit impératif (TERCIER, op. cit, no 5107; RAYROUX, op. cit. n. 19 ad art. 412 CO).

La Cour remarque encore que, à suivre l'appelante dans sa thèse, l'intimé aurait tout au plus pu intervenir en qualité de sous-courtier, puisque elle-même avait la qualité de courtier principal à l'égard des compagnies d'assurance et des institutions financières auxquelles elle était liée par des accords commerciaux. Or, il n'est pas certain que les règles sur la substitution puissent s'appliquer par analogie au courtage en vertu de l'art. 412 CO (GAUTSCHI, Commentaire bernois, n. 4/b ad art. 412 CO); en toute hypothèse, les conditions d'indépendance requises pour admettre une substitution selon l'art. 399 CO ne se trouvaient pas réalisées en l'occurrence.

En dernier lieu et comme l'ont relevé les premiers juges, l'appelante a évoqué à deux reprises un contrat de travail dans sa lettre de résiliation du 16 janvier 2004 (JÄGGI/GAUCH, Commentaire zurichois, n. 359-360 ad art 18 CO). Son

directeur ne comprend certes guère la langue française, comme la Cour a pu le constater à l'audience du 26 janvier 2006. Aucune explication n'a toutefois été donnée sur les origines de la prétendue erreur de traduction qui aurait affecté le courrier précité. On relèvera ici que cette dernière circonstance n'a qu'une importance très accessoire face aux éléments déjà soulignés.

La compétence prud'homale est en définitive acquise et l'intimé peut se prévaloir des art. 319 et ss CO.

3. La compétence razione loci des juridictions genevoises n'a pas été contestée et doit être admise au regard de l'art. 5 ch. 1 CL, dès lors que l'intimé, domicilié en France voisine, travaillait régulièrement à la rue des I_____.
4. L'intimé a signé le 5 novembre 2003 la convention de restitution de la documentation de l'appelante qui confirmait sa volonté de "cesser sa formation auprès de la société". Son chef régional a indiqué lui avoir alors conseillé d'arrêter son activité car il n'assurait plus un travail de qualité (pv du 1.2.2005 p. 5).

Pour être valable, un accord de résiliation doit être librement consenti. Il peut intervenir par actes concluants, mais l'acceptation doit être appréciée avec retenue. En vertu de l'art. 8 CC, la partie qui s'en prévaut doit en apporter la preuve (WYLER, op. cit. p. 339; STAEHELIN, op. cit, n. 19 ad art. 334 CO).

En l'occurrence, une telle démonstration n'a pas été faite. L'intimé a apposé son paraphe sur le texte du 5 novembre 2003, après les réflexions et recommandations de son chef régional, mais rien ne permet de considérer qu'il a par là renoncé à ce qu'une résiliation en la forme écrite lui soit signifiée, comme prévu dans l'accord de collaboration. Le gérant de l'appelante a d'ailleurs formellement dénoncé le contrat le 16 janvier 2004, ce qui vient confirmer qu'elle avait conscience de la lacune existant à ce niveau.

Le salaire réclamé pour la période allant du 1^{er} novembre 2003 au 31 mars 2004 doit donc être alloué, sous imputation de la rémunération de remplacement obtenue entre janvier et mars 2004, comme l'ont retenu les

premiers juges. Le montant dû a été correctement calculé sur la base des commissions perçues de janvier à octobre 2003; il convenait en effet de faire abstraction des sommes encaissées pendant l'automne 2002, puisque l'intimé avait commencé son activité le 3 septembre. Aux commissions perçues durant les dix mois déterminants de 2003, a été ajoutée la somme à laquelle l'intimé avait droit pour son incapacité à la fin de juillet, en application de l'art. 324a CO.

5. La Cour ne saurait en revanche suivre le Tribunal, dans la mesure où il a condamné la défenderesse à une indemnité de 3'000 fr. fondée sur l'art. 337c al. 3 CO. L'intimé n'a pas été licencié avec effet immédiat. La résiliation est au contraire intervenue un peu plus de deux mois après le 5 novembre 2003. Les parties n'ont de surcroît pas apprécié correctement, au mois de novembre, la nature des rapports juridiques qui les liaient, ce qui ne permet pas encore d'appliquer l'art. 337c al. 3 CO.

Le jugement sera corrigé sur ce dernier point.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 4,

A la forme :

Reçoit l'appel du jugement rendu le 13 octobre 2005 par le Tribunal des prud'hommes dans la présente cause.

Au fond :

Confirme ce jugement, sous réserve de la condamnation portant sur la somme nette de 3'000 fr. plus intérêts allouée à T_____ et, statuant à nouveau, annule cette dernière condamnation.

Déboute les parties de toutes autres conclusions

La greffière de juridiction
Mérim COMBREMONT

Le président
Richard BARBEY