

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/8409/2011-4

CAPH/18/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 15 MARS 2013

Entre

A_____ SA, sise _____, Zoug, appelante d'une décision incidente rendue par le Tribunal des prud'hommes le 26 septembre 2012 (JTPH/40/2012) comparant par M^e Carlo LOMBARDINI, avocat, rue de Hesse 8-10, Case postale 5715, 1211 Genève 11, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

d'une part,

Et

Monsieur B_____, domicilié _____ (Genève), intimé, comparant par M^e Philippe GIROD, avocat, boulevard Georges-Favon 24, 1204 Genève, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 15 mars 2013.

EN FAIT

- A. A_____ AG, ou A_____ SA (anciennement C_____ AG, ou C_____ SA; ci-après A_____) est une société anonyme, inscrite au Registre du commerce du canton de Zoug, qui a pour but le courtage en assurances et la prestation de services financiers.

Elle fait partie du groupe A_____ Holding AG, société cotée à la bourse de _____ depuis 2006.

Elle conclut des contrats avec des "collaborateurs", pour qu'ils génèrent une activité et des profits. Tous les contrats sont pareils. A_____ fait bénéficier de conditions favorables, et gère toutes les questions administratives (déclaration D_____).

- B. Le 9 août 2000, C_____ SA d'une part, B_____, désigné comme "le consultant" d'autre part, ont signé un accord intitulé "contrat de collaboration".

Celui-ci stipulait notamment que pour l'exercice de son activité de courtage, C_____ SA s'assurait la collaboration d'intermédiaires indépendants, qui constituaient sa force de vente.

L'art. 2, intitulé "le consultant", était ainsi libellé: "2.1 Le consultant est un intermédiaire indépendant non salarié au sens défini par les articles 412 et suivants du CO. Il exerce en tant que tel sa profession principale ou secondaire. Il n'est ni employé, ni agent de la C_____ SA. 2.2. Le consultant agit en tant que conseiller et négociateur. Il n'a aucun pouvoir de conclusion de contrat ou autre pouvoir de représentation, ni pour la C_____ SA, ni pour les compagnies d'assurances et les établissements financiers qui travaillent avec elle. Le consultant n'est pas non plus autorisé à donner ou recevoir de déclarations écrites ou verbales qui pourraient engager la C_____ SA ou les compagnies d'assurances et établissements financiers qui travaillent avec elle. Le consultant n'est pas autorisé à percevoir de paiements, de quelque nature qu'ils soient, pour le compte de la C_____ SA. L'article 34 de la loi sur le contrat d'assurance (LCA) n'est pas applicable. 2.3 Au regard du droit des assurances sociales (AVS/AI/APG, LAA et LPP), les consultants des échelons I, II III, les directeurs de bureaux et les agents généraux sont considérés employés dépendants salariés de la C_____ SA qui remplit les obligations légales de retenue et de paiement des cotisations. Les consultants des échelons suivants sont considérés indépendants, pour autant qu'ils disposent de bureaux propres et de consultants qui leur sont subordonnés; ils doivent prouver à C_____ SA qu'ils sont enregistrés à la caisse de compensation compétente, et reconnus par elle comme exerçant une activité indépendante. La catégorie dans laquelle le consultant est classé selon le droit des assurances sociales ne concerne nullement les droits et obligations des parties contractantes relatives au présent contrat [...]. 2.8 Dès que le consultant a obtenu, selon les dispositions du plan de carrière, le grade de chef de district (consultant des échelons V et suivants), il a droit à la conclusion d'un avenant au présent contrat. Pour tous les consultants des

échelons V et suivants reconnus comme exerçant une activité professionnelle indépendante, ce contrat de collaboration est remplacé par un contrat de courtier".

La rémunération était prévue ainsi: "4.1 Le consultant perçoit une commission pour la conclusion des affaires dans lesquelles il a joué le rôle de négociateur, conformément au tableau des commissions respectivement en vigueur. Des remboursements de frais ou des rémunérations additionnelles sont exclus. 4.2 La règle suivante s'applique à tous les droits à commission: a) La C_____ SA est autorisée à retenir, comme réserve d'annulation, au moins 10% du montant des commissions dues au consultant [...]".

Sous la rubrique "droits du consultant", il était stipulé: "5.1 Le consultant a le droit de prospecter sans limitation territoriale à l'intérieur de la Confédération helvétique et de la principauté du Liechtenstein. 5.2 Si le consultant veut installer un bureau pour y exercer son activité, il est d'abord tenu d'obtenir pour cela l'autorisation écrite de la C_____ SA. 5.3 La dénomination commerciale du consultant, le montant de ses rémunérations, et l'évaluation de ses performances (évaluation par points) sont fixés par le plan de carrière et ses commentaires écrits de même que par le tableau des commissions respectivement en vigueur. Chaque consultant a droit à l'avancement selon ses performances personnelles sur la base du plan de carrière. La promotion a lieu au début du trimestre le plus proche. 5.4 Le consultant peut faire valoir, vis-à-vis de la C_____ SA, son droit à une assistance professionnelle de la part du cadre dont il dépend, si cela est nécessaire".

Les obligations du consultant étaient prévues comme suit: "6.1 Le consultant est libre de choisir s'il veut ou non travailler pour la C_____ SA, et comment et quand il veut travailler pour elle (articles 412 et suivants du CO). S'il travaille pour la société, il est tenu de le faire avec la diligence d'un commerçant prudent et avisé. 6.2 Le consultant est tenu d'informer et de conseiller les clients de façon appropriée, et d'apporter au traitement des affaires la diligence d'un commerçant prudent et avisé. Il est tenu de négocier des contrats durables, sur la base de la documentation à sa disposition. Il doit suivre les instructions commerciales et les directives de la C_____ SA, et celles des compagnies d'assurances et des établissements financiers qui travaillent avec elle.[...] 6.3 Le consultant s'engage à ne pas exercer d'autre activité d'intermédiaire d'assurances ni de conseil financier sans l'autorisation expresse écrite de la C_____ SA. Ceci vaut également pour des contrats qui ne sont pas proposés par la C_____ SA, et qui ne font pas non plus partie de la gamme de produits respectivement en vigueur [...]".

Était joint au contrat un document intitulé "conditions du plan de carrière" qui fait notamment mention des critères de promotion, et de la possibilité d'une rétrogradation à un échelon de rémunération moindre si les conditions de prestation n'étaient pas remplies sur une période excédant deux trimestres de suite d'année civile (art. 2.6).

- C. De septembre 2000 à fin 2002, B_____, qui était doté de deux "coachs", E_____ et F_____, a travaillé dans les bureaux de ce dernier.

Il rendait compte chaque semaine de ce qu'il faisait, et recevait des conseils et certaines directives de la part de A_____ (témoin F_____).

Chaque conseiller communiquait le montant du chiffre d'affaires qu'il se fixait à son cadre responsable, lequel opérait une consolidation et envoyait le tout à A_____ pour le mois et l'année à venir. Il n'y avait pas de sanction si le chiffre d'affaires n'était pas atteint par le cadre, mais son plan de carrière pouvait être compromis (témoin E_____).

Il y avait des jours fixes déterminés par A_____ pour toute la Suisse pour rendre les plans de semaine, calculer et rendre compte de la production hebdomadaire et pour les formations (témoin F_____).

B_____ a perçu les montants nets de 25'069 fr. en 2000, 54'866 fr. en 2001, 64'251 fr. en 2002, les charges sociales ayant été déduites par A_____.

Ces montants apparaissent dans des documents établis par A_____, intitulés "décompte de salaire", qui mentionnent également des "prétentions argent vacances". A ce sujet, A_____ affirme avoir versé des indemnités vacances comprises dans le versement de commissions, tandis que B_____, qui soutient n'avoir pris en moyenne qu'une semaine de vacances par année, prétend au versement d'indemnités à ce titre, au motif que la part de 8,33% correspondant aux vacances dans les décomptes précités, n'avait pas reçu de traduction dans la réalité.

Des frais étaient décomptés de ses commissions, mais il percevait également une indemnité pour frais, selon les décomptes précités.

- D. B_____ était un excellent producteur (témoin E_____).

Il travaillait exclusivement pour A_____, énormément et au péril de sa vie familiale. Il n'y avait pas d'horaire, mais il fallait être là pour les formations et les "trainings" (témoin F_____).

- E. Le 12 juin 2002, les parties ont signé un avenant, intitulé "contrat annexe pour cadre supérieurs", faisant partie intégrante du contrat de collaboration, du fait que B_____ avait atteint le niveau de cadre supérieur.

Il était notamment stipulé, sous "activité professionnelle principale du collaborateur": "1.1 Le collaborateur est un intermédiaire indépendant au sens défini par les articles 412 et suivants du CO, par modification du paragraphe 2.1 du contrat de collaboration, il exerce dans tous les cas une activité professionnelle principale. Il n'est ni employé, ni agent de la société. 1.2 Le collaborateur travaille exclusivement pour la société, ou, le cas échéant, pour les sociétés partenaires de celle-ci. 1.3 Au regard du droit des assurances sociales (AVS/AI/APG, AC, LAA et LPP), le cadre supérieur est, pour autant qu'il ne soit pas reconnu par la caisse

de compensation compétente comme exerçant une activité indépendante, considéré employé dépendant de la société, qui remplit les obligations légales de retenue et de paiement des cotisations. Dès que le cadre supérieur est reconnu comme exerçant une activité indépendante, ce contrat annexe est remplacé par un contrat de courtier analogue".

L'article 2 était consacré au "statut juridique du cadre supérieur": "2.1 Le collaborateur a, en tant que cadre supérieur, le droit et le devoir de rechercher et de gagner des collaborateurs dont il devient à partir de là et dans le cadre du plan de carrière le supérieur, de les instruire et d'assurer leur formation continue, ainsi que de surveiller leur activité. 2.2 Le collaborateur doit promouvoir la conclusion de nouvelles affaires, en aidant entre autres de façon pratique ses collaborateurs subordonnés dans leurs activités de conseils aux clients, ou par des concours. 2.3 Le collaborateur a le devoir d'assurer le maintien de la clientèle qui a été gagnée par lui-même et/ou par ses collaborateurs. Afin d'assurer le suivi de la clientèle pour cela nécessaire, le collaborateur doit diriger et surveiller de façon appropriée les collaborateurs qui lui sont subordonnés. 2.4 Le collaborateur a le devoir, au moins une fois par an, de rendre visite lui-même à tous les clients que lui-même et/ou ses collaborateurs ont gagné. Ces visites ont pour objectif, outre de rester en contact avec les clients existants, afin de pouvoir les garder, d'adapter les affaires en cours, d'en étendre les prestations ou de la compléter selon les besoins, ou bien de procurer des affaires à d'autres départements. Si le collaborateur manque à cette obligation, la société a le droit de retirer au collaborateur le suivi de clientèle. Afin d'assurer le maintien de la clientèle, le collaborateur a le devoir d'effectuer lui-même ou de faire effectuer toutes les opérations ultérieures de traitement des affaires qu'il a lui-même négociées ou qui ont été négociées par ses collaborateurs. Cette obligation s'étend également aux clients gagnés par des collaborateurs ayant cessé leur activité pour la société. 2.5 Le collaborateur, en tant que cadre supérieur, représente la société auprès de ses collaborateurs. Il doit donc absolument respecter les instructions de la société, les transmettre aux collaborateurs qui lui sont subordonnés et en contrôler le respect par ceux-ci. 2.6 Le collaborateur est tenu de mener son activité commerciale de façon ordonnée selon les principes d'un commerçant prudent et avisé. Il doit également prescrire aux collaborateurs qui lui sont subordonnés de mener leur activité commerciale de façon prudente et avisée et les contrôler sur ce point. Le collaborateur assume l'entière responsabilité, qui est également financière, pour l'exactitude de la comptabilisation des affaires négociées par lui-même et par ses collaborateurs. En cas de comptabilisation inexacte de ces affaires, le collaborateur assume la responsabilité des dommages causés par cette mauvaise comptabilisation, la société se réserve en outre le droit de résilier le contrat sans préavis pour motif grave, par exemple en cas de mauvaise comptabilisation intentionnelle, ou de mauvaise comptabilisation répétée en tenant compte du fait que chaque comptabilisation doit par principe être effectuée par le cadre supérieur lui-même. 2.7 Le collaborateur a le devoir de contrôler la faisabilité et la durabilité

des affaires négociées par lui-même ou ses collaborateurs avant de les transmettre à la société ou aux sociétés partenaires de celle-ci. Seuls les dossiers d'affaires potentiellement durables doivent être présentés à la société. 2.8 Le collaborateur doit défendre les intérêts de la société. Il a le devoir de s'abstenir de toute action pouvant porter préjudice à ces intérêts. Ce principe ne s'applique pas seulement dans la mesure où le collaborateur promeut d'autres entreprises, mais également pour autant que les mesures qu'il prend portent ou pourraient porter préjudice d'une autre manière à la société ou aux sociétés partenaires de celle-ci. 2.9 Le collaborateur a le devoir de consacrer son entière force de travail exclusivement à la société et aux sociétés partenaires de celle-ci".

Il était encore notamment prévu que le contrat, conclu pour une durée indéterminée, pouvait être résilié par écrit par chacune des parties en respectant un préavis de deux mois avant la fin d'un trimestre calendaire.

- F.** Le 3 mars 2003, B_____ a inscrit au Registre du commerce de Genève la société à responsabilité limitée G_____ Sàrl, dont il était associé gérant. Selon lui, cette société, dont la création lui avait été demandée par A_____, n'a pas eu d'activité avant 2008; à teneur de ses déclarations fiscales 2003 et 2005, il s'est déclaré salarié de la Sàrl.

La société a été affiliée à la Caisse cantonale genevoise de compensation à compter du 3 mars 2002 [sic].

Dès lors, B_____ a disposé de ses propres bureaux, et a reçu des courriers de A_____ à cette adresse.

Lorsqu'un bureau était ouvert avec l'accord de A_____, celle-ci participait aux frais. Elle considérait que les bureaux loués par les cadres étaient les siens, notamment en raison du listing téléphonique (témoin E_____).

Les décomptes établis par A_____ ont continué à concerner B_____ et non la société à responsabilité limitée.

- G.** B_____ a suivi des formations.

Le contenu de celles-ci était fixé par A_____; les cadres les dispensaient au moyen de supports, et les horaires étaient connus de A_____. Celle-ci évitait de donner des instructions à ses conseillers (témoin E_____).

- H.** Le 1^{er} janvier 2004, B_____ s'est lié, en outre, par un contrat d'indicateur d'assurances à A_____ (France) Sàrl. Il s'est immatriculé en tant qu'indépendant auprès des assurances sociales françaises, et a ouvert, dès juillet 2004, un bureau à Annemasse.

- I.** Le 5 février 2004, A_____ a émis, en faveur de B_____, une "confirmation de salaire" pour 2003.

-
- J.** Par courrier électronique du 8 décembre 2004, sous le titre "Statut d'indépendant", E_____ a informé diverses personnes, dont B_____, qu'il leur fallait cesser leur activité sous forme de Sàrl et s'inscrire comme indépendants, avec effet au 1^{er} janvier 2005 "pour des raisons de CFB"; les frais d'annulation seraient pris en charge à raison de 50% par A_____.
- K.** En janvier 2005 et en janvier 2006, B_____ a réclamé de A_____ le paiement de charges sociales.
- L.** Par lettre du 26 septembre 2005, la Caisse cantonale genevoise de compensation a rejeté la requête de B_____ d'affiliation en qualité d'indépendant. Elle relevait que les pièces produites "en application du droit AVS f[aisaie]nt apparaître [sa] situation dépendante (salariée)".

Cette inscription comme indépendant avait été une source de stress pour B_____ (témoin E_____).

En 2006, A_____ a fait l'objet d'un contrôle par l'autorité de révision des caisses de compensation, pour la période 2002-2005. Elle affirme qu'aucun manquement n'a été relevé au sujet de B_____. Ce dernier l'explique par le fait qu'il n'apparaissait pas comme salarié dans les livres de A_____, ce qui avait pour conséquence que l'autorité précitée n'avait pas à se pencher sur son cas.

- M.** Le 29 février 2008, les parties ont conclu une convention, selon laquelle, d'un commun accord, il avait été décidé de terminer "avec effet de ce jour" le contrat de collaboration du 09.08.2000.

Selon l'exemplaire signé de ladite convention, B_____ conservait 318 clients pour lesquels A_____ renonçait à son droit de propriété en sa faveur.

Parallèlement, le même jour, B_____ et A_____ (France) ont mis un terme à leurs relations.

- N.** Le 13 novembre 2008, B_____ a actionné A_____ par devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (TCAS), concluant à la constatation qu'il était lié par un contrat de travail à A_____, à la condamnation de celle-ci à déclarer le salaire perçu pour la durée des rapports de travail, et à verser l'intégralité des cotisations LPP et LAVS.

Le 5 février 2009, B_____ a agi contre A_____ (France) en paiement, par devant le Conseil des prud'hommes d'Annemasse (France).

- O.** Par arrêt, définitif et exécutoire, du 5 octobre 2010, le TCAS a déclaré irrecevable la conclusion en constatation formulée par B_____, et a condamné A_____ à déclarer à H_____ FONDATION COLLECTIVE les montants versés à B_____ pour l'activité déployée de janvier 2003 à février 2008, et à verser à celle-ci la totalité des cotisations dues.

Il a notamment retenu, après avoir rappelé que la distinction entre le salarié et l'indépendant au sens de la LPP se faisait selon la LAVS, et que les rapports de

droit civil pouvaient fournir quelques indices pour la qualification en matière d'AVS mais n'étaient pas déterminants, que B_____ n'était pas autonome dans l'exercice de son activité, et dépendait économiquement de la société, de sorte que les caractéristiques d'une activité salariée étaient fortement prédominantes, ce qui entraînait son assujettissement à la LPP.

- P.** Le 1^{er} avril 2011, B_____ a saisi l'autorité de conciliation du Tribunal des prud'hommes d'une requête en conciliation tendant au paiement de 950'000 fr., dirigée contre A_____.
- Q.** Le 19 avril 2011, le Conseil des prud'hommes d'Annemasse s'est déclaré incompétent à raison de la matière, jugement confirmé par la Chambre sociale de la Cour d'appel de Chambéry.

Le 23 mai 2011, la faillite de G_____ Sàrl a été prononcée.

- R.** Après avoir obtenu l'autorisation de procéder le 1^{er} juin 2011, B_____ a déposé, le 29 août 2011, au Tribunal des prud'hommes une demande en paiement, concluant à ce que A_____ soit condamnée à lui verser les montants bruts de 75'000 fr. à titre de salaires des mois de mars à mai 2008, 150'000 fr. à titre d'indemnité correspondant à six mois de salaire, 75'000 fr. à titre d'indemnité de vacances, 125'000 fr. à titre d'heures supplémentaires, 75'000 fr. à titre de commissions, 450'000 fr. à titre d'indemnité à valoir sur des dossiers clients non transférés, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mars 2008, ainsi qu'à lui remettre un certificat de travail et des certificats annuels de salaire, sous la menace des peines de l'art. 292 CP.

Par ordonnance du 12 octobre 2011, le Tribunal a limité la procédure à la question de sa compétence *ratione materiae*.

Le 14 novembre 2011, A_____ a conclu à l'irrecevabilité de la demande, avec suite de frais et dépens.

Lors de l'audience du Tribunal du 20 février 2012, le témoin E_____ a signalé qu'il était en litige avec A_____ devant la juridiction civile de Zoug.

- S.** Par jugement du 26 septembre 2012, expédié pour notification aux parties le même jour, le Tribunal des prud'hommes, statuant sur compétence, a déclaré recevable la demande formée le 20 août 2011 par B_____ contre A_____, et a réservé la suite de la procédure.

En substance, le Tribunal a retenu que les termes du contrat, qui qualifiaient B_____ d'indépendant, n'étaient pas déterminants, que celui-ci était tenu à une prestation personnelle, au sein d'une structure organisée et hiérarchisée, avec plan de carrière, qu'il était subordonné à F_____ qui le contrôlait et pouvait lui adresser des reproches, qu'il devait être présent au bureau, et suivre des formations, que des objectifs lui étaient fixés, qu'il était dépendant économiquement de la société, à laquelle il avait exclusivement consacré sa force

de travail, que les parties avaient donc été liées par un contrat de travail, ce qui donnait la compétence *ratione materiae* de la juridiction prud'homale.

- T. Par acte du 29 octobre 2012, A_____ a formé appel du jugement précité, concluant à son annulation, cela fait principalement à l'irrecevabilité de la demande, subsidiairement au renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision, avec suite de frais et dépens.

Par mémoire-réponse du 13 décembre 2012, B_____ a conclu à la confirmation de la décision attaquée.

EN DROIT

1. Selon l'art. 308 CPC, l'appel est recevable contre les décisions finales et incidentes de première instance, lorsque, dans les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins.

Le jugement qui rejette un moyen d'irrecevabilité est une décision incidente attaquant immédiatement (JEANDIN, Code de procédure civile annoté, ad art. 308 n. 9).

Le présent appel, formé dans le délai et selon la forme prévus par la loi (art. 311 al. 1 CPC), est recevable.

2. L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir retenu à tort leur compétence.
- 2.1 La dénomination d'un contrat n'est pas déterminante pour évaluer sa nature juridique (ATF 129 III 664 consid. 3.1; 99 II 313).

Pour qualifier un contrat comme pour l'interpréter, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si elle est divergente, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance (ATF 131 III 217 consid. 3; 129 III 664 consid. 3.1; 128 III 265 consid. 3a). Il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 131 III 268 consid. 5.1.3). Même si une déclaration paraît claire à première vue, il peut résulter d'autres circonstances que son destinataire devait lui donner un sens différent de celui découlant d'une interprétation littérale (ATF 131 III 606 consid. 4.2; 127 III 444 consid. 1b). Il n'en demeure pas moins, lorsqu'aucune circonstance particulière pertinente n'est établie, qu'il faut supposer que le destinataire d'une déclaration la comprend selon le sens ordinaire des mots. Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 130 III 417 consid. 3.2; 129 III 118 consid. 2.5).

2.2 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 fixe d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO). Les éléments caractéristiques de ce contrat sont donc une prestation de travail, un rapport de subordination, un élément de durée et une rémunération (AUBERT, Commentaire romand, n. 1 ad art. 319 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; 95 I 21 consid. 5b). Pour savoir s'il y a un rapport de dépendance, caractéristique du contrat de travail, il convient d'examiner l'ensemble des circonstances concrètes. Il faut se demander si le débiteur de la prestation de travail est intégré dans l'entreprise du créancier, si des directives et des instructions contraignantes (art. 321d CO) déterminent l'accomplissement de son travail. Le mandataire doit certes suivre les instructions du mandant, mais il agit indépendamment et sous sa seule responsabilité, alors que le travailleur se trouve au service de l'employeur (AUBERT, op. cit., n. 13 ad art. 319 CO). D'autres indices complémentaires peuvent également aider à la distinction, tel le fait que le créancier déduit les cotisations sociales de la rémunération due au travailleur et les ajoute à ses propres prestations patronales versées aux assurances sociales (arrêts du Tribunal fédéral 4P.337/2005 du 26 mars 2006, consid. 3.3.2, 4C.64/2006 du 28 juin 2006, consid. 2.1.2).

Appelé à distinguer le contrat d'agence du contrat de voyageur de commerce, lequel est une forme du contrat de travail, le Tribunal fédéral, dans l'ATF 129 III 664, a posé que le critère essentiel de distinction réside dans le fait que l'agent exerce sa profession à titre indépendant, tandis que le voyageur de commerce se trouve dans un rapport juridique de subordination à l'égard de son employeur (ATF 99 II 313 s. et les références citées). Parmi les éléments impliquant un lien de subordination, on peut mentionner les limitations imposées au voyageur de commerce d'organiser son travail comme il l'entend et de disposer de son temps à sa guise, alors que l'agent jouit d'une grande liberté à cet égard; à la différence de l'agent, le voyageur de commerce est lié aux instructions et directives de son employeur; l'obligation d'adresser des rapports périodiques à la maison représentée est aussi caractéristique du lien de subordination dans lequel se trouve le voyageur de commerce (cf. ATF 99 II 314; cf. également STAEHELIN, op. cit., n. 9 s. ad art. 347 CO; HIRT, Zum Begriff des Handelsreisendenvertrags, ArbR 1991 p. 63 ss, 84 ss). Le fait de devoir visiter un certain nombre de clients ou celui d'avoir à justifier un chiffre d'affaires minimum sont aussi des indices permettant d'en déduire l'existence d'un contrat d'engagement des voyageurs de commerce (cf. FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail annoté, Lausanne 2001, n. 1.2 ad art. 347 CO). En tous les cas, il convient de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier (cf. ATF 112 II 41 consid. 1a/aa p. 46 et les références citées) et de ne pas s'arrêter à une éventuelle désignation erronée des

parties. En ce domaine en effet, la dénomination utilisée par les parties pour qualifier leurs relations contractuelles a d'autant moins d'importance qu'il peut être particulièrement tentant de déguiser la nature véritable de la convention pour éluder certaines dispositions légales impératives (ATF 99 II 313).

- 2.3** En l'espèce, il est constant que l'intitulé du contrat et de son avenant, de même notamment que l'art. 2.1 du contrat, font référence à un contrat de courtage, et au statut d'indépendant.

D'autres prévisions de ces accords sont toutefois en contradiction avec ces dénominations: en particulier celles consacrées au plan de carrière et aux promotions (5.3), à l'autorisation pour ouvrir un bureau (5.2), au suivi d'instructions commerciales et de directives (6.2), et à l'exclusivité (6.3, 2.9 de l'avenant), à l'obligation de rechercher, de gagner et d'instruire des collaborateurs (2.1 de l'avenant), de maintenir la clientèle (2.3 de l'avenant), de rendre des visites aux clients (2.4 de l'avenant), de respect des instructions et de défense des intérêts de la société (2.5, 2.8 de l'avenant).

Celles-ci relèvent nettement du lien de subordination envers la société.

Par ailleurs, d'autres documents émanant de l'appelante mentionnent un salaire, prestation caractéristique de l'employeur dans un contrat de travail.

Le devoir de suivre des instructions, de défendre les intérêts de la société, tel que libellé dans le contrat, ainsi que celui de définir très régulièrement des objectifs vont au-delà de l'obligation de fidélité et de reddition de comptes du mandataire.

Le fait d'être tenu de visiter un certain nombre de clients ou celui d'avoir à justifier un chiffre d'affaires minimum pour prétendre au plan de carrière très contrôlé, rappelé par les témoins entendus, sont aussi des indices permettant de déduire des éléments caractéristiques du contrat de travail.

Les témoignages recueillis ont illustré et confirmé que ces stipulations, qui découlent des accords conclus entre les parties, ont trouvé application dans la réalité. On ne discerne pas ce qui commanderait d'apprécier avec retenue, voire d'écarter, ces déclarations, comme le souhaiterait l'appelante. En tout état, le litige pendant entre celle-ci et le témoin E_____ n'est pas suffisant en tant que tel, et en l'absence de tout autre élément, non allégué, pour faire douter de la véracité de ses déclarations.

Que l'intéressé ait bénéficié d'une certaine latitude d'organisation et d'une certaine souplesse d'horaire ne fait pas obstacle à retenir un lien de subordination. Nombre d'employés supérieurs jouissent en effet de conditions du même ordre, tout en étant soumis à un pouvoir hiérarchique.

L'accord conclu entre les parties autorisait certes l'intimé à faire effectuer certaines tâches par des collaborateurs; il lui incombait toutefois de surveiller et d'instruire ceux-ci, à teneur des stipulations contractuelles, et surtout, de consacrer l'entier de

sa force de travail à l'appelante. Il était ainsi totalement dépendant économiquement de celle-ci.

L'appelante se prévaut de ce que l'intimé supportait tous ses frais, notamment de bureaux. Sur ce point, les pièces qu'elle a établies, telles les "décomptes de salaire" sont particulièrement peu éclairants: ces documents comportent en effet aussi bien la mention d'indemnités pour frais que des déductions pour frais. Par ailleurs, même les cocontractants de l'appelante déclarés comme salariés ne bénéficiaient pas de bureaux, puisque la société n'en avait pas. Aucune conclusion précise ne peut donc être tirée de la question des frais.

Il en va de même du contrôle opéré par l'autorité de révision des caisses de compensation, dont le TCAS a rappelé qu'elle aurait pu appréhender différemment la situation si elle avait su que l'intimé avait reçu personnellement les rémunérations et que la caisse de compensation CCGC avait refusé d'affilier le précité comme indépendant.

Enfin, sur le plan des assurances sociales, il a été retenu que l'intimé exerçait une activité dépendante. Cette analyse, qui ne lie certes pas la juridiction civile, représente toutefois un indice, qui vient renforcer les développements rappelés ci-dessus.

Quant aux décisions d'autorités judiciaires françaises, elles ne sauraient être prises en considération puisque ces juridictions ont été appelées à se prononcer sur un autre contrat, soumis au droit français, et par conséquent étranger à la présente espèce.

Il découle de ce qui précède que c'est à raison que les premiers juges ont considéré que les parties avaient été liées par un contrat de travail, et ont dès lors, retenu leur compétence *ratione materiae*.

Le jugement attaqué sera confirmé.

3. Il sera statué sur les frais dans la décision finale (art. 104 al. 1 CPC).

Il n'est pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe :**

À la forme :

Déclare recevable l'appel formé par A_____ SA contre le jugement rendu le 26 septembre 2012 (JTPH/40/2012) par le Tribunal des prud'hommes.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toute autre conclusion.

Dit qu'il sera statué sur les frais dans la décision finale.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente, Madame Nadia FAVRE, juge employeur, Madame Christiane VERGARD PIZZETTA, juge salariée, Madame Anne-Lise JAQUIER, greffière.

Indication des voies de recours:

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.