



E\_\_\_\_\_ SARL  
**Dom. élu** : Me Sandro VECCHIO  
Avenue Krieg 7  
1208 Genève

T\_\_\_\_\_ SARL  
**Dom. élu** : Me Anne SONNEX KYD  
Avenue Krieg 44  
1208 Genève

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 6 août 2009

M. Guy STANISLAS, président

MM. Michel DE COTE et Jean RIVOLLET, juges employeurs

MM. Maurizio ARDUINI et Philippe VACCARO, juges salariés

Mme Chantal MARGAND, greffière d'audience

**EN FAIT**

- A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 14 janvier 2009, E\_\_\_\_\_ Sàrl (ci-après : E\_\_\_\_\_ ) appelle d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 4 décembre 2008 la condamnant à verser à T\_\_\_\_\_, son ancien employé, la somme brute de fr. 25'167.10, avec suite d'intérêts, à titre de solde de commissions dues. Le jugement entrepris emporte également la condamnation de E\_\_\_\_\_ à établir un certificat de travail à l'attention de T\_\_\_\_\_ ainsi que l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle formée par E\_\_\_\_\_ liée à une somme de fr. 5'596.- versée en trop à T\_\_\_\_\_ et pour laquelle l'appelante excipait de compensation.
- B. A l'appui de son appel, E\_\_\_\_\_ allègue que la Juridiction prud'homale était compétente pour connaître de la réclamation reconventionnelle qui consiste dans une prétention découlant du droit privé et non une prétention fondée sur les dispositions en matière d'assurances sociales ou de fiscalité. L'appelante considère également que la somme de fr. 25'167.10 retenue par le Tribunal dans le jugement entrepris au titre de solde de commissions n'est pas due aux motifs que, d'une part, l'employé n'avait pas apporté une contribution déterminante en relation avec les affaires conclues et, d'autre part, les affaires avaient été conclues avec des clients existants de l'entreprise et non avec de nouveaux clients, condition nécessaire pour l'exigibilité d'une commission.

Par mémoire de réponse du 27 février 2009, T\_\_\_\_\_ a conclu au déboutement de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris.

- C. Il découle du dossier les faits pertinents suivants :

- a) E\_\_\_\_\_ Sàrl est une société à responsabilité limitée, avec siège à Z, dont le but consiste dans l'importation, l'exportation, le commerce, la distribution de vêtements, meubles et articles de décoration.
- b) Par contrat de travail du 8 novembre 2005, E\_\_\_\_\_ a engagé T\_\_\_\_\_ en qualité d'agent commercial pour la Suisse romande et la Suisse italienne. Sa rémunération se composait d'un salaire mensuel fixe de fr. 2'000.- ainsi que d'un salaire variable sous la forme d'une «prime mensuelle » calculée de la façon suivante :  
(i) 10% du chiffre d'affaires mensuel pour les ventes en réassort des jeans saison été 2005 (ii) 5% du chiffre d'affaires mensuel pour les ventes en réassort des jeans saison hiver 2005 et (iii) 8% du chiffre d'affaires mensuel pour les ventes des éventuelles marques prises en distribution par la société. Le contrat stipulait que la prime était calculée sur le chiffre d'affaires hors taxe, facturé dans le mois.
- c) En octobre 2006, invoquant des raisons de trésorerie, il fut convenu que les commissions seraient payées sur les montants encaissés et non sur les montants facturés ; en contrepartie, le taux de commissionnement de l'agent était porté à 8%. T\_\_\_\_\_ conteste avoir donné son assentiment sur cette modification contractuelle qui avait été décidée unilatéralement par son employeur et à laquelle il n'avait consenti que de façon strictement temporaire.
- d) Par courrier recommandé du 20 octobre 2007, T\_\_\_\_\_ a démissionné de son poste d'agent commercial pour le 31 décembre 2007, à l'échéance d'un délai de préavis de 2 mois.
- e) Par courrier recommandé du 22 octobre 2007, E\_\_\_\_\_ a dénoncé le contrat de travail pour le 30 novembre 2007, en libérant T\_\_\_\_\_ de toute prestation de travail pendant le délai de congé et l'invitant à prendre son solde de vacances pendant la période de congé. A l'appui de sa décision, l'employeur invoquait les ab-

sences répétées de l'employé ainsi que son manque de collaboration avec son équipe de travail.

- f) Par communications des 7 novembre et 28 décembre 2007, T\_\_\_\_\_ a fait valoir diverses prétentions à l'encontre de son employeur. Il invoquait notamment le paiement de son salaire pendant les 2 mois de préavis qui échouait le 31 décembre 2007 et non le 30 novembre 2007 ; il sollicitait le paiement de ses vacances non prises en nature en 2007 ; il réclamait une somme de fr. 35'078.24 au titre de commissions sur les affaires « pending », soit sur les commandes facturées en 2006 et 2007 mais non encore encaissées ; il réclamait en outre une indemnité de fr. 33'000.- à titre de licenciement abusif ; il demandait enfin la délivrance d'un certificat de travail.
- g) Par lettre du 9 janvier 2008, l'employeur a contesté les réclamations de son employé, à l'exception de celle relative au paiement du salaire pendant le délai de préavis dont l'échéance au 31 décembre 2007 était acceptée. En particulier l'employeur refusait le paiement des commissions invoquées par son employé au motif qu'à teneur d'un accord particulier intervenu entre les parties, les commissions n'étaient dues que sur le chiffre d'affaires encaissé, et non facturé, dans le mois
- D.** Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 23 avril 2008, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_ en paiement de la somme de fr. 27'167.12, avec suite d'intérêts, se décomposant d'une somme de fr. 25'157.12 réclamée à titre de solde de commissions et d'une somme de fr. 2'000.- net réclamée à titre d'indemnité pour tort moral. T\_\_\_\_\_ a également conclu à la délivrance d'un certificat de travail. Il a enfin fait valoir des prétentions relatives à la régularisation de sa situation vis-à-vis des assurances sociales.

T\_\_\_\_\_ a exposé en substance qu'en cours de contrat, son employeur lui avait expliqué oralement que, pour le bon fonctionnement de l'entreprise rencontrant des difficultés financières, la prime mensuelle serait dorénavant calculée sur le chiffre d'affaires encaissé, et non facturé, dans le mois. L'employé n'avait accepté cette dérogation au contrat de travail que dans la mesure où cette situation s'avérait temporaire. T\_\_\_\_\_ a chiffré le solde des affaires pendantes, au 31 décembre 2007, à fr. 314'589.- et a réclamé, conformément au contrat de travail, une provision correspondant à 8% de ce montant (fr. 25'157,12).

- E.** Par mémoire de réponse déposé le 27 juin 2008, E\_\_\_\_\_ a conclu au déboutement des conclusions formées par T\_\_\_\_\_ et à sa condamnation reconventionnelle de verser une somme de fr. 5'596.-, avec intérêt à 5% l'an à compter du 19 février 2008, au titre de salaire trop perçu.

En substance, l'employeur a indiqué que les parties avaient convenu d'un accord dérogatoire au contrat de travail du 8 novembre 2005 selon lequel les commissions seraient versées sur le chiffre d'affaires encaissé et non facturé, situation qui avait toujours prévalu dans les rapports de service. L'employeur indiquait également avoir versé à l'administration fiscale, au titre d'impôt à la source pour l'année 2007 dû par T\_\_\_\_\_, une somme de fr. 16'042.- alors qu'elle n'avait retenu sur le salaire de son employé qu'une somme de fr. 10'446.-, compte tenu de la variabilité du salaire. L'employeur relevait ainsi que son employé avait perçu en trop, à titre de salaire, une somme de fr. 5'596.- dont il était légitimé à en réclamer la restitution. L'employeur admettait que, sur la base des pièces versées à la procédure, les commandes passées entre novembre 2006 et décembre 2007, non encore encaissées, ascendaient à un montant de fr. 314'589.-.

- F.** Dans le cadre de l'instruction du litige diligentée par le Tribunal des prud'hommes, T\_\_\_\_\_ a précisé que le taux de commission sur les réassorts de

saison en cours avait été augmenté à partir d'octobre 2006 de 5% à 8%, augmentation destinée à compenser le fait que le commissionnement était dû sur les montants encaissés et non facturés. E\_\_\_\_\_ a indiqué que l'employé ayant quitté l'entreprise au 31 décembre 2007, toutes les factures ouvertes à cette date, mais payées ultérieurement, ne pouvaient donner lieu à une commission en faveur de T\_\_\_\_\_. Le Tribunal a entendu un témoin (A\_\_\_\_\_), gestionnaire auprès de E\_\_\_\_\_, qui a indiqué avoir payé à T\_\_\_\_\_, à partir d'octobre 2006, une commission de 8% sur les factures encaissées.

- G.** Par jugement du 4 décembre 2008, le Tribunal a condamné E\_\_\_\_\_ à verser à T\_\_\_\_\_ une somme brute de fr. 25'167.10, avec intérêts 5% dès le 31 décembre 2007, au titre de solde de commissions dues. En substance, le Tribunal a considéré que les parties au contrat avaient convenu, en octobre 2006, d'une dérogation à l'assiette des commissions dues selon contrat du 9 novembre 2005 en portant le taux de commission à 8% des factures encaissées, situation contractuelle qui était opposable aux parties. Le Tribunal a considéré que T\_\_\_\_\_ avait droit à sa provision, au sens de l'art. 322 b CO, sur les affaires conclues pendant les relations de travail compte tenu du fait de la fin des rapports de service qui rendait exigibles les créances en découlant (art. 339 CO). Le Tribunal a dès lors considéré que la provision devait être calculée sur l'ensemble des produits facturés par l'employé, bien que non encore encaissés. Les produits facturés par l'employé s'élevant à fr. 314'589.-, T\_\_\_\_\_ pouvait prétendre à une provision de fr. 25'167.10 (314'589.- x 8%). Le Tribunal a rejeté la réclamation de T\_\_\_\_\_ en paiement d'une somme de fr. 2'000.- demandée au titre d'indemnité pour tort moral, l'employé n'ayant pas démontré en quoi il aurait subi une grave atteinte à sa santé psychique, physique ou morale du fait du comportement de son employeur. Le Tribunal a condamné en outre E\_\_\_\_\_ à remettre à son employé un certificat de travail conforme.

Les conclusions de T\_\_\_\_\_ tendant à la régularisation de sa situation auprès des assurances sociales ont été déclarées irrecevables, faute de compétence matérielle

de la Juridiction prud'homale pour connaître de cette réclamation. De même, la réclamation reconventionnelle de E\_\_\_\_\_ en paiement d'une somme de fr. 5'596.- versée en trop à l'employé a été déclarée irrecevable par le Tribunal des prud'hommes qui a considéré que cette réclamation trouvait sa source dans la loi fiscale (impôt à la source) et que dès lors le Tribunal des prud'hommes n'était pas compétent pour en connaître.

- H.** A l'audience devant la Cour d'appel des prud'hommes, les parties ont persisté dans leur position. Se référant à l'attestation-quittance 2007 concernant l'assujettissement à l'impôt à la source, le représentant de E\_\_\_\_\_ a indiqué avoir versé à l'administration fiscale, au titre d'impôt à la source concernant son employé T\_\_\_\_\_, une somme totale de fr. 16'042.-. Il a relevé avoir effectué, au titre de retenue sur le salaire de son employé destinée à l'impôt à la source, une somme totale fr. 10'445.96, soit un trop perçu de fr. 5'596.- qu'il était légitimé à réclamer en remboursement. Le représentant de E\_\_\_\_\_ a également indiqué que les commissions n'étaient dues que pour des affaires conclues avec des clients apportés par T\_\_\_\_\_ et non avec des clients existants avant l'arrivée de l'employé dans la société. L'appelante a enfin indiqué que les factures encaissées dans le courant 2008 pour des clients apportés par T\_\_\_\_\_ s'élevaient à fr. 80'780.75, montant sur lequel il reconnaissait devoir une commission à son ancien employé qu'il avait toutefois pas réglée compte tenu du litige en cours.

T\_\_\_\_\_ a indiqué avoir été commissionné sur l'ensemble des clients de la société et non sur les nouveaux clients qu'il apportait à l'entreprise. Se référant à une liste produite par le représentant de l'appelante devant la Cour d'appel des prud'hommes, il a précisé que cette liste, qui mentionnait au demeurant des clients qu'il avait amenés à la société, n'était pas relevante dès lors qu'une distinction n'avait pas été effectuée entre les clients apportés et les clients traités.

**EN DROIT**

1. Interjeté dans le délai et la forme prescrits par la loi (art. 59 LJP), l'appel de E\_\_\_\_\_ est recevable.
2. La compétence *ratione materiae* de la Juridiction prud'homale est donnée par l'art. 1 al 1 let. a LJP qui prévoit que sont jugées par cette juridiction les contestations entre employeurs et salariés pour tout ce qui concerne les rapports découlant d'un contrat de travail, au sens du titre dixième du Code des obligations. La Juridiction prud'homale statue ainsi sur la base de dispositions de droit privé régissant le contrat de travail et n'est pas compétente *ratione materiae* pour connaître des litiges qui relèvent de l'application de la législation en matière de sécurité sociale, notamment s'agissant de la fixation du montant des cotisations sociales, du mode et de l'étendue de leur perception (CAPH du 6 mai 1998 dans la cause C/8423/1997-8). Elle n'est pas non plus compétente pour trancher des questions de nature fiscale.

En l'espèce, le Tribunal s'est mépris sur le sens de la réclamation reconventionnelle formulée par E\_\_\_\_\_. En alléguant, sans être contredite, qu'elle avait versé, au titre de l'impôt à la source dû par son employé T\_\_\_\_\_, une somme de fr. 16'042.- alors qu'elle n'avait retenu sur le salaire de l'employé concerné qu'une somme de fr. 10'445.96 (compte tenu de la variabilité du salaire), l'employeur réclamait la somme de fr. 5'596.- qu'elle avait versée en trop à son employé, réclamation qui trouve sa source dans le contrat de travail conclu entre les parties. Dans le régime d'imposition à la source prévu par la loi fiscale (art. 32 ss LHID, art. 83 ss LFID), l'employeur n'est pas le contribuable de l'impôt qui reste l'employé que l'employeur représente dans le cadre d'une substitution fiscale. L'imposition étant due par l'employé, mais versée par l'employeur, après retenue sur le salaire de son employé, E\_\_\_\_\_ aurait dû retenir sur le salaire versé à T\_\_\_\_\_, au titre d'impôt à la source, une somme de fr. 16'042.- au lieu de la somme de fr. 10'445.96 effecti-

vement retenue. C'est ainsi un montant de fr. 5'596.- que l'employé a perçu en trop du chef de cette absence de retenue effectuée par l'employeur. Cette réclamation découle ainsi du droit privé et n'est pas de nature fiscale.

C'est donc à tort que le Tribunal de prud'hommes s'est déclaré incompétent pour connaître de cette réclamation et a jugé irrecevable la prétention reconventionnelle formulée par l'employeur à ce sujet. Le jugement sera réformé sur ce point.

- 3a.** A titre de rémunération, le contrat de travail du 8 novembre 2005 prévoit le paiement en faveur de l'employé d'une « prime mensuelle » calculée sur la base d'un pourcentage du chiffre d'affaires mensuel facturé. En cours d'exécution, les parties ont convenu d'une augmentation de ce pourcentage qui était dorénavant calculé sur les encaissements. Les parties divergent sur la portée d'une telle clause de rémunération, l'appelante y voyant une participation aux résultats au sens de l'art. 322 a CO alors que l'intimé considère qu'il s'agit d'une provision au sens de l'art. 322 b CO, qualification juridique retenue par le Tribunal.
- b.** Les parties peuvent convenir que le travailleur percevra une rémunération liée aux résultats de l'exploitation de l'entreprise (art. 322 a CO). Cette forme est en principe complémentaire au salaire de base et correspond à la notion de participation aux bénéfices et aux pertes prévue dans la société simple (art. 533 CO), à la différence que seule une participation aux bénéfices, et non aux bénéfices et pertes, est possible dans les rapports de travail. De plus, la participation aux résultats n'a de sens que pour les employés ayant une influence directe sur le résultat d'entreprise (Wylér, Droit du travail 2<sup>ème</sup> édition, p. 161 ; Stahelin, Commentaire zurichois, n° 1 ad. art. 322 CO ; Streiff/Von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 6<sup>ème</sup> édition p. 217/218). La provision (art. 322 b CO) dépend du résultat de l'activité déployée par le travailleur. Elle fait en principe partie intégrante du salaire de base. En cela, la provision se distingue de la participation aux résultats de l'entreprise puisqu'elle est directement liée aux résultats de l'activité de

l'employé. La naissance du droit à la provision est conditionnée au fait que l'activité du travailleur soit concrètement causale à la conclusion de l'affaire (Wyller, loc. cit, p. 163 ; ATF 128 III 174).

- c. Selon l'art. 18 al. 1 CO, pour apprécier la forme et les clauses du contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions et aux dénominations inexacts dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention. L'existence et le contenu d'un contrat se déterminent d'abord sur la base d'une interprétation empirique ; on recherche ainsi la réelle et commune intention des parties. Si cette interprétation empirique ne fournit pas de solution, il convient, dans un deuxième temps, de recourir à une interprétation normative, soit de rechercher comment les parties, selon les règles de la bonne foi et en application du principe de la confiance, pouvaient et devaient se comprendre (ATF 121 III 118 consid. 4B/aa p. 123 ; 119 II 449 consid. 3a ; 117 II 609 consid. 6c). Les termes utilisés par les parties constituent le premier élément à prendre en compte mais l'art. 18 CO exige parfois le recours à d'autres indices ou à des règles d'interprétation, par exemple lorsque les termes utilisés ne permettent pas de retenir une solution qui satisfasse à la logique de l'opération telle que, de bonne foi, les mêmes parties devaient la considérer (ATF 117 II 609 consid. 6c/bb).
- d. En l'espèce, T\_\_\_\_\_ a été engagé en qualité d'agent commercial pour la Suisse italienne et la Suisse romande avec mission de rendre visite aux clients actuels et de chercher de nouveaux points de vente dans son domaine géographique. Pour son activité, il percevait un salaire fixe mensuel de fr. 2'000.- ainsi qu'un variable consistant en un pourcentage sur le chiffre d'affaires encaissé dans la région concernée. La Cour d'appel relève que cette rémunération est liée directement à l'activité de l'agent commercial qui s'est vu conférer un territoire déterminé pour la promotion des ventes de l'entreprise. La rémunération de l'employé, sous forme de commissionnement sur les ventes réalisées dans le territoire concerné, est ainsi directement liée à l'activité de l'agent et, partant, constitue une provision au sens

de l'art. 322 b CO et non une participation aux résultats de l'exploitation de l'entreprise au sens de l'art. 322 a CO.

C'est à juste titre que le Tribunal a retenu que le commissionnement répondait à la qualification juridique d'une provision au sens de l'art. 322 b CO.

4. Le droit à la provision est dénié par E\_\_\_\_\_ aux motifs, d'une part, que la provision n'était payable que sur les encaissements et non sur les facturations et, d'autre part, que la provision n'était due que pour les contrats conclus avec les nouveaux clients amenés par l'agent et non avec les clients existants de l'entreprise.
  - a. Sur le premier moyen, la Cour d'appel relève que, pour les contrats contenant des prestations successives, un accord écrit peut prévoir que le droit à la provision s'acquiert lors de l'exigibilité de chaque acompte ou à chaque prestation (art. 322 b al. 2 CO). Cette règle constitue donc une limite de temps au-delà de laquelle l'employeur ne peut plus différer le paiement des provisions. A la fin du contrat de travail, cette limite est encore réduite par l'art. 339 al. 2 CO, aux termes duquel l'exigibilité ne peut pas être différée de plus de 6 mois, voire d'une année lorsqu'il s'agit d'affaires donnant lieu à des prestations successives ou deux années lorsqu'il s'agit de contrat d'assurances ou d'affaires dont l'exécution s'étend sur plus d'une demie année. La fin du contrat a ainsi pour conséquence d'anticiper dans une certaine mesure l'exigibilité des affaires engendrant des prestations successives. Dans l'hypothèse où le cocontractant n'exécuterait pas ses obligations, l'art. 322 b al. 3 CO permet à l'employeur de réclamer le remboursement des provisions payées par anticipation en raison de la déchéance du contrat de travail (Wylér, loc. cit., p. 163-164).

Applicant ces principes, c'est à bon droit que le Tribunal a considéré que la fin des rapports de service, intervenue le 31 décembre 2007, rendait les provisions immédiatement exigibles, la fin du contrat ayant pour conséquence d'anticiper

l'exigibilité des affaires engendrant des prestations successives. Il découle des pièces fournies à la procédure que les produits facturés, jusqu'au 31 décembre 2007, dans la zone concernée s'élevaient à 314'589.-, engendrant ainsi une provision en faveur de l'intimé de fr. 25'167.10.

L'appelante n'a pas démontré que les clients n'auraient pas exécuté leurs obligations et ne se seraient pas acquittés des factures émises pendant la période concernée. Certes, à l'audience de ce jour, le représentant de E\_\_\_\_\_ a indiqué qu'une somme de fr. 30'559.- restait impayée, sans toutefois indiquer les raisons de cette situation, l'intimé ayant rappelé que les impayés étaient essentiellement dus à un manque de suivi de la société. C'est ainsi à bon droit que le tribunal a considéré que la fin des rapports de service avait eu pour conséquence d'anticiper l'exigibilité des affaires engendrant des prestations successives et le moyen invoqué par l'appelante sera à ce sujet écarté.

- b.** S'agissant du second moyen, l'appelante indique que les provisions n'étaient dues que pour les contrats conclus avec de nouveaux clients apportés par l'employé après le 1<sup>er</sup> novembre 2005. Ce moyen ne peut être retenu. Tout d'abord, le contrat n'indique pas que la provision en faveur de l'employé est limitée aux affaires conclues avec de nouveaux clients apportés par l'agent. Ensuite, l'interprétation donnée par l'appelante est contraire à l'économie du contrat aux termes duquel T\_\_\_\_\_ a été appointé comme agent commercial pour une région déterminée dont il avait la responsabilité, sa rémunération consistant, hormis un fixe modeste, en un commissionnement sur les affaires traitées dans les régions ainsi dévolues. Enfin, il n'a pas été retenu que les commissions précédemment versées à l'employé eussent été calculées uniquement sur les nouveaux clients apportés par l'agent.

C'est ainsi à juste titre le Tribunal a considéré que T\_\_\_\_\_ pouvait prétendre, à titre de commission, à un montant équivalent à 8 % des factures ouvertes au 31 décembre 2007 (fr. 314'589), soit un montant de fr. 25'167,10 avec intérêts 5 % l'an dès le 31 décembre 2007.

5. En conclusion, le jugement entrepris sera annulé en tant qu'il a déclaré irrecevable la demande reconventionnelle formée par E\_\_\_\_\_ Sàrl contre T\_\_\_\_\_ (point 3 du dispositif) et sera confirmé pour les autres points du dispositif.

La compensation sera autorisée.

6. Compte tenu du fait que l'appelant succombe dans la plus grande partie de sa contestation, il convient de laisser à sa charge l'émolument d'appel.

### **PAR CES MOTIFS**

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 3,

#### **A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté par E\_\_\_\_\_ Sàrl à l'encontre du jugement du tribunal des prud'hommes du 4 décembre 2008 rendu dans la cause C/9625/2008-3.

#### **Au fond :**

Annule le point 3 du dispositif dudit jugement en tant qu'il déclare irrecevable la demande reconventionnelle formée par E\_\_\_\_\_ Sàrl contre T\_\_\_\_\_.

Confirme le jugement pour le surplus.

#### **Statuant à nouveau :**

Condamne T\_\_\_\_\_ à verser à E\_\_\_\_\_ Sàrl la somme nette de CHF 5'596.-, avec intérêts  
5 % dès le 19 février 2008, à titre de trop perçu.

Autorise la compensation à due concurrence.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Laisse l'émolument d'appel à la charge de E\_\_\_\_\_ Sàrl.

La Greffière de juridiction

Le président