

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 11 juin 2012

---

Présidence de M. COLOMBINI, président  
Juges : M. Giroud et Mme Charif Feller  
Greffier : M. Perret

\*\*\*\*\*

**Art. 319, 347, 355, 394, 418a CO; 308 al. 1 let. a et al. 2, 310, 312  
al. 1 CPC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **O.**\_\_\_\_\_, à Carouge (GE), demandeur, contre le jugement rendu le 28 juillet 2011 par la Cour civile du Tribunal cantonal dans la cause divisant l'appelant d'avec **I.**\_\_\_\_\_ **AG**, à Zoug (ZG), défenderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

**En fait :**

**A.** Par jugement du 28 juillet 2011, dont la motivation a été notifiée aux parties le 7 mars 2012, la Cour civile du Tribunal cantonal a rejeté les conclusions prises par le demandeur O.\_\_\_\_\_ contre la défenderesse I.\_\_\_\_\_ AG, selon demande du 30 novembre 2005 (I), arrêté les frais de justice à 10'308 fr. 25 pour le demandeur et à 5'124 fr. 55 pour la défenderesse (II) et dit que le demandeur versera à la défenderesse le montant de 20'874 fr. 55 à titre de dépens (III).

En droit, les premiers juges ont d'abord indiqué qu'il n'y avait pas lieu d'examiner à nouveau leur compétence dès lors que le déclinatoire soulevé par la défenderesse avait été rejeté par jugement incident du 26 septembre 2006, entré en force. Ils ont ensuite relevé que le demandeur avait pris des conclusions condamnatoires, de sorte qu'il n'avait pas d'intérêt pertinent à faire constater que les parties étaient liées par un contrat d'engagement des voyageurs de commerce. S'agissant de déterminer la nature des relations contractuelles entre les parties, les premiers juges ont retenu en substance que les intéressés avaient été lié0.0.s par un contrat d'agence au sens des art. 418a ss CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220), de sorte que les prétentions en remboursement de frais professionnels et en paiement d'une indemnité pour vacances non prises que le demandeur fondait sur un contrat de travail devaient par conséquent être rejetées. Ils ont précisé qu'il en serait de même si les parties avaient été liées par un contrat de travail, plus particulièrement un contrat d'engagement des voyageurs de commerce, dès lors que les prétentions élevées par le demandeur étaient prescrites en partie et que la part non prescrite ne pouvait être déterminée faute pour le demandeur d'avoir établi le montant précis de ses revenus ni le montant des frais professionnels supportés.

**B.** Par acte motivé du 23 avril 2012, O.\_\_\_\_\_ a formé appel contre ce jugement, en prenant les conclusions suivantes :



**"Au fond :**

2. Annuler et mettre à néant le jugement rendu par la Cour civile du Tribunal cantonal en date du 20 juillet 2011 dans la cause CT05.037574 107/2011/DCA opposant O. \_\_\_\_\_ à I. \_\_\_\_\_ AG;

**Cela fait, statuant à nouveau :**

3. Condamner I. \_\_\_\_\_ AG à payer à Monsieur O. \_\_\_\_\_ le montant de Frs 88'483,25 avec intérêt à 5% dès le 20 juin 2001 à titre d'indemnité pour vacances non prises;
4. Condamner I. \_\_\_\_\_ AG à payer à Monsieur O. \_\_\_\_\_ le montant de Frs 347'994.- avec intérêt à 5% dès le 20 juin 2001 à titre de frais professionnels (35% du revenu);

**4a. Subsidairement, si le montant forfaitaire de 35% n'est pas admis,**

Condamner I. \_\_\_\_\_ AG à payer à Monsieur O. \_\_\_\_\_ le montant de Frs 248'567.- avec intérêt à 5% dès le 20 juin 2001 (25% du revenu);

**4b. Plus subsidairement encore, si le montant forfaitaire de 35 ou 25% n'est pas admis,**

Condamner I. \_\_\_\_\_ AG à payer à Monsieur O. \_\_\_\_\_ le montant de Frs 227'911,15.- avec intérêt à 5% dès le 20 juin 2001 correspondant aux frais professionnels prouvés et admis par l'Administration fiscale;

5. Débouter I. \_\_\_\_\_ AG de toutes autres conclusions;

**Subsidairement :**

6. Acheminer O. \_\_\_\_\_ à prouver par toutes voies de droit utile les faits allégués dans les présentes écritures."

L'intimée I. \_\_\_\_\_ AG n'a pas été invitée à se déterminer.

**C.** La Cour d'appel civile retient les faits suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

**1.** La défenderesse I. \_\_\_\_\_ AG est une société anonyme dont le siège se trouve à Zoug. Elle est active dans le domaine du conseil économique, plus particulièrement dans le secteur du placement de capitaux et de patrimoines privés. Elle comprend un service externe et un service interne. Le service interne s'occupe des affaires administratives et

apporte son soutien aux agents du service externe. Le service externe s'occupe du démarchage et du conseil des clients de la défenderesse. Les collaborateurs du service externe sont engagés par un contrat intitulé "contrat d'agence", ceux du service interne par un contrat intitulé "contrat de travail".

Le demandeur O.\_\_\_\_\_ a débuté son activité pour la défenderesse le 24 juin 1993, la rémunération ayant commencé le 19 août 1993. Il était inscrit au registre du commerce, avec procuration collective à deux.

**2.** Le demandeur et la défenderesse ont signé un contrat, respectivement le 24 juin 1993 et le 27 août 1993, qui prévoit que le demandeur est engagé à titre principal, en qualité d'agent indépendant au sens des art. 418a ss CO, au service externe de la défenderesse. Ce contrat, intitulé "Agenturvertrag", est rédigé en allemand, langue que le demandeur parle couramment. Il stipule que le rôle du demandeur est celui d'un simple négociateur, rémunéré exclusivement sur la base de commissions découlant de la conclusion de contrats. Le demandeur est tenu de respecter les instructions commerciales orales ou écrites de la société qui concernent la palette des produits, les sociétés partenaires ainsi que les limites de son activité. Il doit suivre les formations dispensées par la défenderesse. Pour le surplus, il est libre d'exercer son activité à titre principal ou accessoire, dans les limites territoriales qui lui sont imparties, soit l'ensemble de la Suisse et du Liechtenstein. Il choisit son horaire ainsi que les personnes avec lesquelles il souhaite négocier des affaires. Il ne peut toutefois pas recevoir des clients pour un entretien ou un conseil à son propre domicile, ni travailler avec des tiers qui ne sont pas liés contractuellement à la défenderesse. L'engagement de sous-agents est soumis à l'autorisation expresse de la défenderesse. Le demandeur doit en outre prendre en charge les frais professionnels et matériels liés à son activité, s'acquitter des cotisations aux assurances sociales et conclure une assurance perte de gain maladie et accidents pour une période minimale de six mois. Le contrat, conclu pour une durée

indéterminée, est résiliable pour la fin de chaque trimestre, moyennant un délai de trois mois.

Dans sa lettre de motivation, le demandeur a indiqué qu'il souhaitait jouir d'un statut d'indépendant, profiter d'une formation continue et compléter ses études universitaires. Il pensait conclure un contrat d'agence et non pas un contrat de travail.

**3.** Par décision du 26 février 1998, la Commission fédérale des banques a exigé que seuls les agents de la défenderesse ayant suivi une formation particulière soient chargés des négociations relatives aux fonds de placement et interdit aux agents concernés de s'adjoindre les services de sous-agents.

Pour se conformer à ces exigences, la défenderesse a mis en place des cours de formation et des directives. Les directives permettent de développer les services de la défenderesse et de sauvegarder son image de marque et de qualité.

**4.** Les parties ont conclu un avenant au contrat d'agence, spécifique pour les agents de direction, signé par le demandeur le 10 mars 1998. Cet avenant prévoit notamment ce qui suit :

- "2.3 L'agent de direction est tenu de recruter de nouveaux agents, de suivre les agents et les clients de son organisation et de veiller à ce que son organisation procède constamment aux suivis nécessaires (...).
- 2.4 (...) De plus, il assume les tâches de formation dans le cadre du concept de formation développé par I. \_\_\_\_\_ AG et assiste les autres agents de direction dans l'accomplissement de ces tâches.
- (...)
- 2.6 L'agent de direction représente les intérêts de I. \_\_\_\_\_ AG vis-à-vis de son organisation."

**5.** Le contrat d'agence est complété par un règlement interne à l'intention des agents, qui en fait partie intégrante. Ce règlement, qui renvoie au contrat d'agence pour définir la position juridique des agents, rappelle que seule la direction de la défenderesse et les personnes autorisées sont compétentes pour confier des mandats aux agents et leur

donner des directives. Il détaille également les conditions et les limites de l'engagement de sous-agents imposées par la Commission fédérale des banques et la LBA (loi fédérale du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier; RS 955.0). Il mentionne que la formation interne des agents a pour but de permettre à ces derniers d'acquérir les capacités nécessaires pour conseiller les clients de façon neutre et indépendante, dans le respect des exigences de la Commission fédérale des banques. Enfin, il prévoit que les cotisations aux assurances sont prélevées sur les commissions perçues par l'agent, après déduction d'une franchise de 25%.

Ce règlement est destiné à être une aide pour les agents indépendants, respectivement un rappel d'éléments prévus par la loi.

**6.** Les contrats conclus entre les parties contiennent une élection de for au siège de la défenderesse. Ils font systématiquement référence aux notions de contrat d'agence et d'agent, ainsi qu'aux art. 418a ss CO. Du reste, tout au long de son activité, le demandeur, qui exerçait son activité à titre principal, s'est comporté comme un agent. Il n'a jamais eu à exercer des activités autres que celles découlant de son statut de collaborateur externe et d'agent de direction, pas plus qu'il n'a eu à effectuer des travaux purement administratifs dans le seul intérêt de la défenderesse. En particulier, il n'a jamais procédé à des traductions ou préparations de documentation standard. Il n'a pas formulé de prétentions "salariales" à l'égard de la défenderesse, sinon quatre ans après son départ, au moment de l'ouverture de l'instance. Il n'a en outre jamais demandé le remboursement des frais personnels ou de matériel liés à l'acquisition de son revenu (frais de déplacement, de bureau, de communications téléphoniques et de formation) qu'il assumait en totalité sous réserve d'une partie des frais de formation. Il déduisait ces frais de son revenu imposable. Sa rémunération, qui évoluait selon un plan de carrière et différents niveaux, était exclusivement basée sur les commissions découlant de la conclusion de contrats par lui-même ou l'un des agents de son groupe. Le demandeur décidait librement quand il

entendait prendre quelques jours de repos. Il était libre de travailler pour d'autres mandants.

Il résulte des déclarations du témoin Y.\_\_\_\_\_, qui occupait un poste similaire à celui du demandeur et qui avait côtoyé ce dernier dans son activité professionnelle, que les activités de formation, respectivement de surveillance, du demandeur n'étaient pas limitées à son propre groupe d'agents, mais que le demandeur formait également les agents des autres responsables, comme le témoin formait ceux du demandeur.

**7.** En juin 2001, le demandeur a souhaité mettre fin aux rapports contractuels qui le liaient à la défenderesse. Le 20 juin 2001, les parties ont signé une convention d'annulation du contrat d'agence. Dans le cadre de cette convention, le demandeur s'est notamment engagé à restituer toutes les analyses économiques et les procès-verbaux de conseils ainsi que tous les objets et documents propriété de la défenderesse. Cette dernière a accepté de lui verser une indemnité de départ unique de 50'000 francs.

**8.** Il n'est pas établi que le demandeur ait perçu des commissions pour un montant total de 1'218'282 fr. 83, du 19 août 1993 au 20 juin 2001. La pièce produite par l'intéressé intitulée "Décompte des commissions pour la période allant de 1993 à 2001" n'est ni datée, ni signée. Elle se présente sous la forme d'une comptabilité privée imprimée sur papier blanc, sans en-tête, qui s'étend sur une période allant de août 1993 à décembre 2005, la dernière commission reportée datant de janvier 2004. Peu précis, ce document ne comporte aucune annexe illustrant les montants reportés et certains mois figurent à double, si bien que le total est difficilement vérifiable.

**9.** Dans un courrier du 1<sup>er</sup> mai 2002 adressé à la défenderesse, le demandeur a notamment écrit qu'un "contrat d'agence" le liait à la défenderesse.

**10.** Le 26 novembre 2002, la défenderesse a établi une lettre de référence en faveur du demandeur. Il ressort de ce document que le demandeur a travaillé au service de la défenderesse du 19 août 1993 au 20 juin 2001, en qualité de "conseiller économique indépendant dans le cadre d'un contrat d'agence". Se fondant sur les art. 418a ss CO, la défenderesse a renoncé à formuler un jugement relatif à la personnalité et à la performance professionnelle du demandeur. Aucun élément du dossier n'indique que le demandeur a contesté ce document.

**11.** Le 31 mars 1999, dans le cadre d'une procédure devant la Juridiction des prud'hommes du canton de Genève impliquant la défenderesse, le demandeur, entendu comme témoin, a notamment déclaré ce qui suit :

"(...) Dans notre activité, les personnes qui ne travaillent pas ne gagnent rien. (...) Je n'ai jamais senti d'obligation par rapport à un nombre minimum de rendez-vous par semaine, mais si un collaborateur veut vivre de son activité, il doit assurer un certain nombre de rendez-vous. (...) J'organise mon planning hebdomadaire comme je l'entends. Je m'occupe de mes filles le mercredi matin. Le mardi est réservé à la formation de 10 heures à 22 heures. Je prends des vacances. Si j'ai mal travaillé, j'en prends moins, si j'ai bien travaillé, j'en prends plus. (...)"

Entendu comme témoin dans le cadre d'une procédure portée devant la même juridiction, [...], conseiller économique au sein de la défenderesse lors de son audition, a décrit son activité comme il suit :

"(...) je bénéficie d'assurances sociales normales d'un employé mais mon travail est indépendant au niveau technique et commercial. J'organise librement mes journées de travail sur la base des adresses qui me sont transmises. Je suis lié aux horaires des potentiels clients et je travaille souvent le soir. Il y a tout de même un plan avec mes supérieurs, mais ce plan n'est pas obligatoire et je peux le changer sans conséquence. Je peux faire d'autres activités parallèles à cette activité (...).  
Je suis libre d'arrêter de travailler pendant un ou deux mois, mais je négocie cela avec le bureau d'I. \_\_\_\_\_ AG car il faut bien garder un contact. Mais je peux arrêter pendant plusieurs semaines si je veux. (...).  
J'ai des documents de présentation fournis par I. \_\_\_\_\_ AG. Je pourrais utiliser d'autres documents fournis par des caisses maladies ou des banques mais j'informerai I. \_\_\_\_\_ AG dans ce cas (...).  
J'avais des cours obligatoires une fois par semaine. Je ne pense pas qu'il y ait des sanctions autres que de ne pas recevoir de certificat ce qui me bloquerait dans mes promotions, si je ne suivais pas les

cours. Il y a des feuilles de présence pour la participation à ces cours (...).

Il y a un plan de semaine fait avec le chef de service qui fixe le nombre de rendez-vous qu'on espère avoir. Ce sont des buts établis ensemble.

Nous avons des plaquettes qui nous aident à présenter la société et plusieurs pages qui nous aident à poser les bonnes questions aux clients.

Si on devient inactif, l. \_\_\_\_\_ AG, après un certain temps, nous contacte certainement au bout de quelques mois, du moins je le crois (...)."

Au cours de la même audience, une secrétaire de direction de la défenderesse, également entendue comme témoin, s'est exprimée comme il suit :

"Je considère que les personnes travaillant pour l. \_\_\_\_\_ AG étaient indépendantes en ce sens qu'elles pouvaient déterminer le volume de travail ou l'horaire qu'elles décidaient d'accomplir en faveur d'l. \_\_\_\_\_ AG. Simplement, celui qui fixait moins de rendez-vous qu'un autre avait des revenus inférieurs et j'estime qu'il fallait travailler à plein temps pour avoir un revenu normal. Il est vrai que des personnes efficaces pouvaient gagner convenablement leur vie sans y consacrer la journée. Si un collaborateur diminuait son activité pendant un certain temps, il n'y avait pas de réaction d'l. \_\_\_\_\_ AG. L'entreprise ne réagissait que très lentement et si vraiment une personne ne faisait plus de chiffre d'affaires. Dans un premier temps, c'est le chef de groupe qui s'inquiétait auprès de la personne pour savoir s'il y avait des problèmes (...). Les collaborateurs n'avaient pas l'obligation d'établir des plans de semaine. Cela était toutefois conseillé au départ, car les personnes avaient besoin de certains conseils pour s'organiser. En revanche, après quelque temps, ils s'organisaient de manière complètement indépendante, sous réserve des cours qui étaient organisés par l. \_\_\_\_\_ AG. La présence à ces cours n'était pas obligatoire mais, selon moi, elle était nécessaire, car les personnes engagées n'avaient au départ pas les qualifications de conseiller en économie, métier qu'il convient d'apprendre et qui n'est pas facile. Donc, les personnes suivaient des cours."

Entendu en qualité de témoin le 14 mars 2006 par le Tribunal des Prud'hommes de l'arrondissement de la Côte, le demandeur a déclaré ce qui suit :

"J'ai été employé par la défenderesse et je suis également en procès avec cette dernière. (...) Je n'ai pour ma part jamais eu de restriction concernant les types de contrats à négocier. Nous avons un certain nombre de partenaires dans une liste qui proposait un certain nombre de produits. Pour pouvoir vendre ces produits, il fallait avoir suivi la formation de ces partenaires ou la formation interne à l. \_\_\_\_\_ AG. Le chef de groupe devait accompagner son collaborateur pour la vente de ces produits qui étaient des produits

bancaires et d'investissements, si le collaborateur n'avait pas suivi la formation complète. (...) Le collaborateur externe était celui qui était chargé de prospector les clients. Le collaborateur interne était à la réception et prenait les téléphones. A ma connaissance, tous les collaborateurs externes étaient liés par un contrat d'agence (...). J'organisais mon emploi du temps comme je le voulais et prenais mes vacances comme je le voulais. Je devais soumettre la période durant laquelle je voulais prendre les vacances au responsable de la succursale, je pense que c'était notamment pour assurer le suivi des clients. (...) Je n'ai pas non plus demandé à l'époque que mes vacances me soient rémunérées. (...) Je confirme que ma rémunération dépendait exclusivement des affaires conclues par moi-même avec mes clients et des affaires conclues par les collaborateurs avec leurs clients et d'une participation au bénéfice de la société sous forme de bonus. Ce bonus était attribué aux chefs de groupe et aux supérieurs des chefs de groupe."

**12.** Par courrier du 7 juillet 2004, le conseil du demandeur a fait valoir les prétentions de son mandant à l'encontre de la défenderesse.

Par lettre du 26 juillet 2004, le conseil de la défenderesse a contesté les prétentions du demandeur.

**13.** Le 11 juillet 2005 le demandeur a fait notifier à la défenderesse un commandement de payer pour un montant de 527'870 fr. 20 avec intérêt à 5% l'an dès le 20 juin 2001.

**14.** Par demande du 30 novembre 2005 adressée à la Cour civile du Tribunal cantonal, le demandeur a pris à l'encontre de I.\_\_\_\_\_ AG les conclusions suivantes :

"Principalement

- Dire que les parties étaient liées par un contrat d'engagement des voyageurs de commerce au sens des articles 347 et suivants CO.
- Condamner I.\_\_\_\_\_ AG à payer à Monsieur O.\_\_\_\_\_ le montant de CHF 101'471.20 avec intérêt à 5 % l'an dès le 20 juin 2001.
- Condamner I.\_\_\_\_\_ AG à payer à Monsieur O.\_\_\_\_\_ le montant de CHF 426'399.- avec intérêt à 5 % l'an dès le 20 juin 2001.
- Débouter I.\_\_\_\_\_ AG de toutes autres ou contraires conclusions.

Condamner I. \_\_\_\_\_ AG en tous les frais et dépens de l'instance, lesquels comprendront une équitable participation aux honoraires du conseil soussigné.

- Lever l'opposition formée par I. \_\_\_\_\_ AG au commandement de payer notifié le 11.07.2005 par l'Office des poursuites Zoug, poursuite n° [...].
- Dire que la poursuite n° [...] ira sa voie.

Subsidiairement

- Acheminer Monsieur O. \_\_\_\_\_ à prouver par toutes voies de droit les faits allégués dans la présente écriture."

Par jugement incident du 26 septembre 2006, le Juge instructeur de la Cour civile a rejeté la requête en déclinatoire déposée le 4 avril 2006 par la défenderesse.

Dans sa réponse du 30 mars 2007, la défenderesse a invoqué la prescription des prétentions du demandeur. Elle a pris les conclusions suivantes, avec suite de frais et dépens :

"Principalement

1. Se déclarer incompétente pour connaître de la présente action ouverte par Monsieur O. \_\_\_\_\_ contre I. \_\_\_\_\_ AG.
2. Déclarer en conséquence l'action irrecevable.
3. Débouter le Demandeur de toutes autres ou contraires conclusions et le condamner aux frais de la présente procédure.

Subsidiairement

4. Rejeter l'action ouverte par Monsieur O. \_\_\_\_\_ contre I. \_\_\_\_\_ AG.
5. Débouter le Demandeur de toutes autres ou contraires conclusions."

Par jugement préjudiciel du 7 avril 2009, notifié aux parties le 12 octobre 2009, la Cour civile a prononcé ce qui suit :

- "I. Dans l'hypothèse où le contrat du 27 août 1993 liant le demandeur O. \_\_\_\_\_ à la défenderesse I. \_\_\_\_\_ AG devrait être qualifié de contrat de travail, les prétentions du demandeur relatives au remboursement des frais

professionnels échues avant le 11 juillet 1995 seraient prescrites.

- II. Les frais et dépens du jugement préjudiciel suivent le sort de la cause."

### **En droit :**

**1.**           **a)** Le jugement attaqué a été rendu le 28 juillet 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par les dispositions du CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC).

**b)** L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC) au sens de l'art. 236 CPC, dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité précédente dépasse 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). En particulier, l'appel est recevable contre les jugements de la Cour civile dont le dispositif a été communiqué après le 1<sup>er</sup> janvier 2011, même si celle-ci était instance cantonale unique en vertu de l'ancien droit (cf. Colombini, Quelques questions de droit transitoire, in JT 2011 III 109, ch. 4 p. 112 et les références).

Formé en temps utile (art. 311 al. 1 CPC), par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), contre une décision finale de première instance rendue dans une cause patrimoniale dans laquelle les conclusions, dans leur dernier état devant le tribunal de première instance, étaient supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

**2.**           L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge et

doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement la constatation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (ibidem, p. 135).

En l'espèce, l'état de fait du jugement entrepris est conforme aux pièces du dossier et autres preuves administrées. Il est complet, de sorte que la Cour de céans est à même de statuer.

**3.** L'appelant fait valoir que les parties étaient liées par un contrat de travail, plus précisément un contrat d'engagement des voyageurs de commerce, contestant ainsi la qualification de contrat d'agence retenue par les premiers juges.

**a)** Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO). Le contrat de travail se caractérise ainsi par quatre éléments essentiels (Rehbinder, Berner Kommentar, 1985, n. 42 ad art. 319 CO, pp. 46 et 47; Engel, Contrats de droit suisse, 2<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 292). Premièrement, le travailleur s'engage à rendre des services, soit une activité déterminée de caractère physique ou intellectuel (Tercier/Favre, Les contrats spéciaux, 4<sup>ème</sup> éd., 2009, n. 3262, p. 477; Brunner/ Böhler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3<sup>ème</sup> éd., 2004, n. 2 ad art. 319 CO, p. 37; Engel, op. cit., p. 291). Deuxièmement, cette activité doit se faire au service de l'employeur; le travailleur doit ainsi se soumettre à une relation de subordination, tant du point de vue organisationnel et temporel que personnel (Tercier/Favre, op. cit., n. 3263, p. 477; Brunner/Böhler/Waeber/Bruchez, op. cit., n. 3 ad art. 319 CO, p. 37). Troisièmement, l'activité doit s'exercer pendant une certaine durée, qui peut être déterminée ou indéterminée (Tercier/Favre, op. cit., n. 3264, p. 477; Brunner/Böhler/Waeber/Bruchez, op. cit., n. 4 ad art. 319 CO, p. 38). Quatrièmement, l'employeur s'engage à verser une

rémunération en fonction du temps ou du travail fourni (Tercier/Favre, op. cit., n. 3265, p. 477; Brunner/Bühler/ Waeber/Bruchez, op. cit., n. 5 ad art. 319 CO, p. 38; Engel, op. cit., p. 291).

Le contrat d'engagement des voyageurs de commerce (art. 347 ss CO) est un contrat de travail individuel à caractère spécial (cf. art. 355 CO) qui implique, pour l'une des parties, le voyageur, de négocier ou conclure des affaires pour l'autre partie, l'employeur, hors des locaux de ce dernier et sans que cela ne soit une activité accessoire ou occasionnelle (art. 347 al. 2 CO). La conclusion de ce contrat suppose la forme écrite (art. 347a al. 1 CO) pour autant que les parties entendent déroger au système légal habituel, sans quoi c'est celui-ci qui trouve application conformément à l'art. 347a al. 2 CO (ATF 131 III 439 c. 4).

Selon l'art. 394 al. 1 CO, le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis. Il faut que ces services soient rendus en vue d'un certain résultat. Le mandataire doit dès lors suivre les instructions que lui donne le mandant ou, à ce défaut, prendre lui-même toutes les mesures nécessaires pour que puisse être si possible atteint le résultat escompté. Le contrat de mandat doit présenter les deux éléments essentiels suivants : la prestation de service que le mandataire s'engage à accomplir en vue d'un certain résultat et la subsidiarité de la réglementation, l'art. 394 al. 2 CO prévoyant que les règles du mandat ne s'appliquent qu'aux travaux qui ne sont pas concernés par des dispositions d'autres contrats (Tercier/Favre, op. cit., nn. 4979 ss, pp. 744 ss). Quant au contrat d'agence (art. 418a ss CO), c'est une forme particulière du contrat de mandat par lequel une partie, l'agent, se voit charger, à titre permanent, de négocier ou de conclure des affaires au nom et pour le compte de l'autre partie, le ou les mandants, sans qu'un contrat de travail ne soit conclu.

**b)** Selon la jurisprudence (ATF 129 III 669 c. 3.2; CREC I 11 août 2010/ 421 c. 3b, 11 avril 2007/252 c. 4b), la distinction entre un contrat d'engagement des voyageurs de commerce, qui comme on l'a vu

n'est autre qu'un contrat individuel de travail de caractère spécial, et un contrat d'agence peut s'avérer délicate. En effet, l'agent et le voyageur de commerce exercent une fonction économique identique : tous deux sont des représentants qui doivent établir ou maintenir la liaison entre l'entreprise qu'ils représentent et la clientèle. Seule leur situation juridique diffère. Le critère décisif de distinction est le caractère de subordination qui n'existe pas dans le contrat de mandat ou d'agent (ATF 130 III 213 c. 2.1; ATF 129 III 664 c. 3.2; ATF 107 II 430, rés. in JT 1982 I 94; ATF 106 II 46, JT 1980 I 600; ATF 99 II 313; ATF 95 I 21, JT 1970 I 18; TF 4C\_359/2005 du 3 février 2006 c. 2.1; Brunner/Bühler/Waeber/ Bruchez, op. cit., n. 6 ad art. 319 CO, p. 38; Rehbindler, op. cit., n. 49 ad art. 319 CO, p. 51; Kuhn/Koller, Le droit du travail actuel dans les entreprises, 3/11.A.1, p. 2; Engel, op. cit., p. 479). Alors que le travailleur dépend personnellement, fonctionnellement et temporellement de son employeur ou de son entreprise, le mandataire – ou l'agent – doit seulement se conformer aux instructions reçues du mandant (ATF 121 I 259, SJ 1996 p. 93; Staehelin, Zürcher Kommentar, 2006, n. 32 ad art. 319 CO, pp. 28-29; Rehbindler, op. et loc. cit.). En ce qui concerne ce critère, constituent autant d'indices en faveur d'une activité indépendante le fait que l'intéressé jouit d'une large autonomie dans son travail, qu'il négocie des affaires pour plusieurs entreprises à la fois et qu'il supporte lui-même les frais résultant de son activité. On admettra au contraire la situation inverse si l'intéressé est étroitement soumis aux instructions et au contrôle de celui qu'il représente : plus les clauses contractuelles tendent à limiter sa liberté d'action, à lui imposer des règles de conduite dans l'emploi de son temps ou dans le choix de la clientèle, plus il y a lieu de retenir le contrat de travail. Sont par exemple des indices de dépendance l'obligation pour l'intéressé de faire rapport sur son activité, de se présenter régulièrement chez celui qui l'a engagé, d'exécuter son travail selon des directives précises et d'établir une cartothèque avec inscription des visites aux clients et du résultat des démarches entreprises (ATF 129 III 664 c. 3.2; ATF 99 II 313). L'obligation de visiter un certain nombre de clients ou celle de justifier d'un chiffre d'affaires minimum sont encore des indices permettant de déduire l'existence d'un contrat d'engagement des voyageurs de commerce (ATF 129 III 664 précité c. 3.2 et les références

cités). La doctrine mentionne en outre divers indices plaidant en faveur de l'indépendance, tels que le fait de disposer d'un local et de publicités propres, d'être inscrit au registre du commerce, d'établir une déclaration fiscale distincte, de prendre en charge ses frais d'activité, de pouvoir travailler pour d'autres partenaires contractuels et de pouvoir engager des tiers pour exécuter le travail, ou encore l'absence de fixation d'un salaire minimum (Tercier/Favre, op. cit., n. 3963 et les références citées; Geiser, *Aus der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Arbeitsrecht*, PJA 2007, p. 1514 s. et les références citées; Steiner, op. cit., p. 80).

La qualification d'indépendant ou de salarié attribuée par les autorités administratives ou fiscales ne lie pas le juge civil et réciproquement (ATF 129 III 664 c. 3.3; ATF 122 V 169; ATF 119 V 161), car les critères utilisés ne sont pas identiques : le droit des obligations est en effet fondé sur une dépendance juridique pour le contrat de travail, alors que le droit fiscal et les assurances sociales s'attachent à la dépendance économique pour le salarié. La distinction correspond cependant le plus souvent quant au résultat (Aubert, *Commentaire romand, Code des obligations I*, 2003, n. 24 ad art. 319 CO p. 1676), de sorte que l'affiliation à l'assurance-vieillesse et survivants a valeur d'indice, toutefois non décisif à lui seul (JT 2005 III 79 c. 5a).

En tous les cas, il convient de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier et de ne pas s'arrêter à une éventuelle désignation inexacte, dont les parties ont pu se servir soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). En effet, dans ce domaine, 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 129 III 664 c. 3.2, rés. in JT 2004 I 60; ATF 99 II 313; TF 4C\_359/ 2005 du 3 février 2006 c. 2.1; Steiner, *Die arbeitnehmerähnliche Person - auf Phantomsuche in der schweizerischen Rechtslandschaft*, ArbR 2008, pp. 65, 71).

c) En l'espèce, les contrats conclus entre les parties et la documentation y relative font état d'un contrat d'agence ("Agenturvertrag"). Si l'existence d'un plan de carrière, de niveaux de rémunération et de formations internes font transparaître une certaine hiérarchisation au sein de la défenderesse, ces éléments ne permettent cependant pas à eux seuls de conclure à l'existence d'un contrat de travail. Au contraire, les premiers juges ont exposé de manière convaincante que les éléments caractéristiques d'une activité indépendante avaient prédominé dans la relation entre les parties. Ainsi, dans le cadre d'une analyse globale, il apparaissait que le demandeur n'avait jamais demandé le remboursement de ses frais professionnels, qu'il déduisait ces frais de sa déclaration d'impôts et qu'il n'avait jamais formulé de prétentions salariales à l'encontre de la défenderesse pendant la durée du contrat; sa rémunération était exclusivement constituée de commissions, aucune rémunération minimale n'étant prévue; il n'était soumis à aucune exigence en termes de chiffre d'affaires ou de nombre de clients; il organisait son temps à sa guise et prenait des jours de congé quand bon lui semblait; il n'avait pas à rendre compte de son activité à un supérieur ni ne recevait d'ordres; il pouvait utiliser les locaux de la défenderesse mais n'y était pas obligé; il n'avait jamais eu à effectuer des tâches purement administratives pour le compte de la défenderesse; il choisissait les personnes avec lesquelles il souhaitait entrer en relation d'affaires dans les limites du territoire d'activité de la défenderesse et pouvait engager des personnes pour l'aider dans son travail; il pouvait même travailler pour d'autres mandants. Le demandeur disposait donc d'une indépendance organisationnelle et économique importante. En outre, les directives de la défenderesse laissaient au demandeur une grande latitude dans l'organisation de son travail et le choix de ses cocontractants, les limites qu'elles posaient à son activité découlant d'une part des dispositions légales applicables en matière d'assurances sociales et de lutte contre le blanchiment d'argent, d'autre part des exigences d'organisation et de respect de l'image de marque de la défenderesse, de sorte qu'elles avaient pour objectif de contribuer à l'indépendance de l'agent, et non pas de le contraindre dans une organisation rigide et centralisée. Les formations proposées par la défenderesse poursuivaient

les mêmes objectifs de préservation de l'image de marque de la défenderesse et de respect des dispositions légales applicables.

Compte tenu des éléments qui précèdent, le contrat qui a lié les parties doit bien être qualifié de contrat d'agence.

**4.** L'appelant prétend que les premiers juges se sont contredits en admettant l'existence d'un contrat d'agence dès lors qu'ils avaient retenu par jugement incident du 26 septembre 2006 qu'il s'agissait d'un contrat d'engagement de voyageurs de commerce.

En réalité, ce jugement a été rendu par le seul juge instructeur de la Cour civile, qui s'est borné à considérer qu'il paraissait "*à tout le moins plausible que les parties étaient liées par un contrat de travail, plus précisément par un contrat d'engagement des voyageurs de commerce, sans qu'une autre qualification soit exclue*" et qui n'a émis de telles considérations que pour rejeter une requête de déclinatoire. L'appelant ne peut donc rien en déduire pour la qualification de ses relations avec l'intimée.

Cela étant, le moyen doit être rejeté.

**5.** L'appelant prétend encore que les premiers juges auraient dû se conformer à l'ATF 129 III 664, dans lequel le Tribunal fédéral a qualifié de contrat de travail, plus précisément de contrat d'engagement des voyageurs de commerce, la relation liant la défenderesse à l'un de ses agents du service externe.

C'est toutefois à juste titre que les premiers juges ont considéré que la situation de la personne concernée dans l'arrêt précité différait de celle du demandeur sur des points essentiels à la qualification des relations qui le liaient à la défenderesse, les juges fédéraux ayant retenu dans le cas d'espèce que l'intéressée ne s'était jamais comportée

en indépendante, qu'elle ne disposait pas de sa propre structure et que, parallèlement aux tâches liées au démarchage de la clientèle, elle devait effectuer des tâches administratives telles que l'élaboration de documents marketing ou de traductions pour le compte de la défenderesse.

Partant, le moyen doit être rejeté.

**6.** Au vu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner les griefs invoqués par l'appelant à l'égard de l'argumentation subsidiaire des premiers juges relative à l'hypothèse où l'existence d'un contrat de travail aurait dû être admise.

**7.** En définitive, l'appel, mal fondé, doit être rejeté en application de l'art. 312 al. 1 CPC, et le jugement attaqué confirmé.

L'appelant, qui succombe, doit supporter les frais judiciaires de deuxième instance (art. 106 al. 1 CPC), lesquels sont arrêtés à 5'364 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]) et sont compensés avec l'avance du même montant que l'appelant a fournie (art. 111 al. 1 CPC).

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens de deuxième instance, dès lors que l'intimée n'a pas été invitée à se déterminer sur l'appel.

Par ces motifs,  
la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,  
statuant à huis clos,  
en application de l'art. 312 al. 1 CPC,  
p r o n o n c e :

**I.** L'appel est rejeté.

**II.** Le jugement est confirmé.

**III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 5'364 fr. (cinq mille trois cent soixante-quatre francs), sont mis à la charge de l'appelant O.\_\_\_\_\_.

**IV.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 12 juin 2012

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Reynald P. Bruttin (pour O.\_\_\_\_\_),
- Me Daniel Peregrina (pour I.\_\_\_\_\_ AG).

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est de 436'477 fr. 25

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Cour civile du Tribunal cantonal.

Le greffier :