

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 20 septembre 2012

---

Présidence de M. COLOMBINI, président  
Juges : MM. Creux et Abrecht  
Greffière : Mme Egger Rochat

\*\*\*\*\*

**Art. 319, 322b, 337b, 341, 349a al. 2 et 418a CO ; 308, 310, 404  
al. 1 et 405 al. 1 CPC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **L.**\_\_\_\_\_, à [...],  
demandeur, d'une part, et sur l'appel joint de **E.**\_\_\_\_\_, à [...], intimée,  
d'autre part, contre le jugement rendu le 10 novembre 2011 par le  
Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la  
cause divisant les parties entre elles, la Cour d'appel civile du Tribunal  
cantonal voit :

## **En fait :**

**A.** Par jugement du 10 novembre 2011, notifié le 27 avril 2012, le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois a prononcé que E. \_\_\_\_\_ est tenue d'établir en faveur de L. \_\_\_\_\_ un certificat de travail à forme de l'article 330a alinéa 2 CO prévoyant que le contrat de travail du demandeur a duré du 1<sup>er</sup> août 2009 au 28 février 2010 en qualité de courtier (I), que la poursuite numéro [...] de l'office des poursuites du district de la Riviera-Pays-d'Enhaut intentée à l'encontre de L. \_\_\_\_\_ est annulée (II), que toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées (III), et que le jugement est rendu sans frais (IV).

En droit, les premiers juges ont d'abord considéré que le contrat du 30 juin 2009 par lequel la défenderesse avait engagé le demandeur en qualité de courtier immobilier dès le 1<sup>er</sup> août 2009 devait être qualifié de contrat d'engagement des voyageurs de commerce au sens des art. 347 ss CO, de sorte que le demandeur avait droit à une rémunération convenable, au sens de l'art. 349a al. 2 CO ; le montant de cette rémunération devait être fixé à 6'000 fr. par mois, correspondant au montant qui avait été versé chaque mois au demandeur à titre d'avance sur provisions à partir du mois d'août 2009 et jusqu'au mois de janvier 2010. Le Tribunal a jugé que la somme totale de 36'000 fr. ainsi versée constituait une rémunération globale convenable, comprenant les indemnités de vacances et les frais, pour la période du 1<sup>er</sup> août 2009 au 28 février 2010.

Les premiers juges ont ensuite considéré que, le 4 mars 2010, les parties avaient signé un nouveau contrat, daté du 1<sup>er</sup> mars 2010 et intitulé « Contrat de travail Courtier indépendant », par lequel le demandeur était engagé en tant que courtier en immobilier indépendant et exclusif dès le 1<sup>er</sup> mars 2010, et que ce contrat devait être qualifié de contrat d'agence au sens des art. 418 ss CO. Le 13 avril 2010, le demandeur avait valablement résilié ce nouveau contrat avec effet immédiat, ses justes motifs consistant dans le non-paiement par la

défenderesse du salaire du mois de février 2010 malgré une mise en demeure répétée. En vertu des art. 337, 337b et 337c CO, applicables par analogie selon l'art. 418r CO, le demandeur avait droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé, soit au 31 mai 2010. Toutefois, comme le demandeur ne pouvait prétendre à un salaire fixe par le biais de ce contrat d'indépendant et qu'il n'avait conclu aucune vente après le 1<sup>er</sup> mars 2010, il n'avait droit à aucune somme à ce titre.

**B.** a) Par acte du 30 mai 2012, remis à la Poste le même jour, L.\_\_\_\_\_ a interjeté appel auprès de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal contre ce jugement, concluant avec suite de frais et dépens à sa réforme en ce sens que l'action du demandeur soit admise, que les conclusions reconventionnelles de la défenderesse soient rejetées et que la défenderesse doive au demandeur immédiat paiement de la somme de 29'000 fr., sous déduction des charges sociales légales, avec intérêt à 5% l'an dès le 13 avril 2010.

b) Par réponse et appel joint du 16 août 2012, E.\_\_\_\_\_ a conclu avec suite de frais et dépens au rejet de l'appel principal et à la réforme du jugement entrepris en ce sens que le demandeur L.\_\_\_\_\_ soit reconnu son débiteur de la somme de 30'000 fr. - selon les conclusions ramenées de 36'000 fr. à 30'000 fr. lors de l'audience de conciliation du 12 juillet 2010 - avec intérêt à 7% l'an dès le 5 mars 2010 et que l'opposition au commandement de payer n°[...] établi le 14 avril 2010 par l'Office des poursuites du district de la Riviera - Pays-d'Enhaut soit définitivement levée. A titre subsidiaire, l'intimée et appelante par voie de jonction a conclu à l'annulation du jugement entrepris et au renvoi de la cause à la première instance pour compléter l'état de fait notamment sur le temps consacré par le demandeur à son travail pour la période allant du 1<sup>er</sup> août 2009 au 10 mars 2010 et sur la notion de salaire usuel dans le secteur de la promotion/vente immobilière dans le canton de Vaud.

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

1) L.\_\_\_\_\_ est né le 14 décembre 1955. Selon son curriculum vitae, il est marié, père de quatre enfants, a effectué une formation après ses études secondaires, de 1974 à 1986, dans les domaines des mathématiques, du commerce et du management et a acquis une expérience professionnelle dans le secteur immobilier depuis 1989.

Il a travaillé en qualité de chef de bureau pour l'entreprise [...] à [...], dès le 1<sup>er</sup> mai 2008. Son activité était le courtage d'immeubles, l'acquisition et la conduite de personnel, pour laquelle il avait perçu un salaire brut fixe de 6'000 fr. par mois.

2) Par contrat du 30 juin 2009, L.\_\_\_\_\_ a été engagé par la société E.\_\_\_\_\_ en qualité de conseiller immobilier salarié dès le 1<sup>er</sup> août 2009.

Cette société a pour but la vente, la gestion et la mise en place d'un réseau de franchise dans le domaine immobilier en Suisse et à l'étranger, ainsi que toute activité s'y rapprochant (sic) directement ou indirectement.

3) Le contrat intitulé « Contrat de travail Courtier » prévoyait à la clause n° 2 concernant son traitement un salaire brut sans minimum garanti et fixé en fonction du chiffre d'affaires réalisé. Il serait demandé au conseiller un minimum de 360'000 fr. hors taxes par an, soit une moyenne mensuelle de 30'000 fr. hors taxe.

Cette clause indiquait les modalités de calcul de la commission et précisait notamment que « [e]n cas d'avance sur commissions, celle-ci sera considérée comme une dette et viendra en déduction des commissions futures. [...] Il sera retenu du salaire brut toutes les

cotisations légales en vigueur au jour de l'établissement du bulletin de salaire. »

Pour ce qui concerne la durée du travail, la clause n° 3 du contrat mentionnait que « [l]e courtier, vu le métier qu'il exercera en tant que courtier, fournira le temps nécessaire pour l'exécution de son travail. Le courtier s'engage à travailler la totalité de son temps pour la société. »

La clause n° 6 indiquait les devoirs généraux du courtier qui « se doit d'accomplir son métier au mieux possible selon sa conscience. Il s'engage à appliquer toutes les directives d'entreprise de son employeur. [...] ».

Concernant la responsabilité du courtier, la clause n° 7 stipulait que ce dernier « répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. Il devra réparation conformément aux dispositions du Code des Obligations (art. 321c). [...] ».

La clause du contrat n° 8 prévoyait notamment qu'après la période d'essai, chaque partie pouvait mettre fin au contrat en respectant un délai de un mois après trois mois de travail et de deux mois après deux ans de travail. Elle précisait que le nombre de jours de vacances était fixé à vingt jours par an.

Enfin, une prohibition de faire concurrence était mentionnée à la clause n° 9 du contrat.

4) Par la suite, mais quasiment dans le même temps, E.\_\_\_\_\_ a engagé L.\_\_\_\_\_ en qualité de chef d'agence salarié en vertu d'un contrat intitulé « Contrat de travail Chef d'Agence » semblable au premier contrat.

5) Pour la période d'août 2009 à janvier 2010, E.\_\_\_\_\_ a versé la somme de 36'000 fr. à L.\_\_\_\_\_, soit 6'000 fr. par mois comme convenu entre les parties. Selon la défenderesse, il ne s'agissait pas de

salaires, mais d'avances sur commission selon la clause n° 2 du contrat et tel que l'indiquent les décomptes de salaire. Selon L.\_\_\_\_\_, il s'agissait de la part fixe du salaire, les commissions venant en sus.

6) Dès le mois de février 2010, E.\_\_\_\_\_ n'a plus versé la somme de 6'000 fr. à L.\_\_\_\_\_, estimant qu'il n'avait pas accompli ses tâches contractuelles depuis son engagement.

7) Le 1<sup>er</sup> mars 2010, les parties ont signé un nouveau contrat intitulé « Contrat de travail Courtier indépendant ». Selon la clause n° 1 de ce contrat L.\_\_\_\_\_ était engagé en qualité de « courtier immobilier indépendant et exclusif » dès cette date.

La clause n° 2 alinéa 2, relative au traitement de L.\_\_\_\_\_, prévoyait que ce dernier se verrait dans l'obligation d'émettre une facture correspondante à son travail, celle-ci étant réglé par la société dans les huit jours suivant l'encaissement de la commission globale.

Concernant le temps de travail de L.\_\_\_\_\_, ce contrat prévoyait à la clause n° 3 que ce dernier «...vu le métier qu'il exercera, fournira le temps nécessaire pour l'exécution de son travail ».

S'agissant des assurances maladie et accident, les clauses n° 4 et n° 5 stipulaient que L.\_\_\_\_\_ s'engageait à prendre toutes les assurances nécessaires et obligatoires en tant qu'indépendants.

Selon la clause n° 6 du contrat mentionnant les devoirs généraux, L.\_\_\_\_\_ s'engageait « à appliquer toutes les directives d'entreprise ». Pour ce qui concerne sa responsabilité, la clause n° 7 indiquait que « le courtier répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. Il devra réparation conformément aux dispositions du Code des obligations (art. 321c). »

Enfin, la clause n° 9 du contrat contenait une prohibition de concurrence prévoyant que « [l]e courtier s'engage en particulier à ne pas

exploiter, pour leur propre compte ou pour celui d'un tiers, une affaire qui ferait concurrence à l'entreprise ou dont le but serait le même que celui de l'entreprise dont le courtier travaille et à ne pas travailler dans une telle entreprise et à ne pas y participer directement ou indirectement. Si le courtier enfreint la prohibition de faire concurrence, il encoure des poursuites selon les faits reprochés. Le courtier n'est en aucun cas propriétaire du portefeuille des mandants et de la clientèle, (vendeurs et acquéreurs) ».

Le 4 mars 2010, L. \_\_\_\_\_ a signé une reconnaissance de dette de 48'000 fr. en faveur de la société E. \_\_\_\_\_.

Selon cette dernière, L. \_\_\_\_\_ a signé cette reconnaissance de dette volontairement et sciemment, celle-ci étant destinée à rembourser les avances sur commissions obtenues durant l'année 2009. La somme de 48'000 fr. se décomposerait ainsi : 36'000 fr. d'avances sur commissions déjà versées et 12'000 fr. à venir. En revanche, L. \_\_\_\_\_ prétend l'avoir signée sous la contrainte, la signature de cette reconnaissance de dette et du nouveau contrat étant des conditions pour obtenir le versement du salaire du mois de février 2010.

8) Par courrier recommandé du 10 mars 2010, L. \_\_\_\_\_ a prié E. \_\_\_\_\_ de lui verser son « salaire » de 6'000 fr. pour le mois de février 2010.

Le même jour, L. \_\_\_\_\_ a également transmis un certificat attestant d'une incapacité de travail totale du 10 au 26 mars 2010 inclus.

Par courrier recommandé avec accusé de réception du 12 mars 2010, E. \_\_\_\_\_ a rappelé à L. \_\_\_\_\_ les termes de son contrat de travail et lui a précisé qu'il ne percevrait pas de salaire fixe mais une avance sur commission considérée comme une dette envers la société. Elle lui rappelait également qu'à compter du 1<sup>er</sup> mars 2010, il était passé au statut de courtier indépendant.

Par courriers des 18 mars 2010 et 30 novembre 2010, L.\_\_\_\_\_ a demandé à E.\_\_\_\_\_ de lui verser le salaire de 6'000 fr. pour les mois de février et mars 2010.

Par courrier du 22 mars 2010, E.\_\_\_\_\_ reprochait à L.\_\_\_\_\_ un manque d'efficacité, voire un chiffre d'affaires insuffisant. Ce dernier a rapporté un certain nombre de mandats et mis en place des collaborations avec d'autres agences.

9) Après avoir mis L.\_\_\_\_\_ en demeure de lui payer la somme de 36'000 fr. avant le 15 avril 2010, E.\_\_\_\_\_ lui a fait notifier un commandement de payer n° [...] pour cette somme, auquel le poursuivi a fait opposition.

10) Par courrier recommandé du 12 avril 2010, L.\_\_\_\_\_ a mis fin avec effet immédiat au contrat qui le liait à E.\_\_\_\_\_. Il réclamait le versement d'un montant de 24'000 fr. net, correspondant à 12'000 fr. pour les arriérés de salaire des mois de février et mars 2010 et à ce qu'il aurait gagné si les relations contractuelles avaient pris fin, moyennant le respect du délai de congé, à fin mai. Il faisait encore valoir le remboursement de frais engendrés dans le cadre de l'exécution de son travail.

L.\_\_\_\_\_ exerçait son activité à l'aide de son véhicule privé. Les frais relatifs à l'utilisation de celui-ci se montent à un total de 2'443 fr. 93, selon un lot de factures [...] datant du mois d'août 2009 au mois de mars 2010.

Selon la procédure, L.\_\_\_\_\_ n'a pas pris de vacances durant la période de travail pour la société E.\_\_\_\_\_.

11) L.\_\_\_\_\_ a été engagé à 100% auprès de la société [...], avec un salaire de base de 5'500 fr. par mois, dès le 1<sup>er</sup> août 2010. Ses objectifs sont essentiellement l'acquisition de nouveaux mandats de courtage et le développement immobilier.

12) Par requête du 9 juin 2010 déposée auprès du Tribunal de prud'hommes, L.\_\_\_\_\_ a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que E.\_\_\_\_\_ soit sa débitrice et lui doive immédiat paiement de la somme de 29'000 fr. (soit 24'000 fr. à titre de salaires arriérés et indemnités de 337d CO, 3'915 fr. 20 à titre de droit aux vacances et 1'000 fr. à titre de remboursement de frais de véhicules), sous déduction des charges sociales légales, avec intérêt à 5% l'an dès le 13 avril 2010, et à ce que E.\_\_\_\_\_ soit condamnée, sous la commination de la sanction d'amende prévue par l'art. 292 CP, qui réprime toute insoumission à une décision de l'autorité, à établir dans les dix jours dès jugement définitif et exécutoire un certificat de travail selon précisions qui seront fournies en cours d'instance.

Par déterminations écrites du 12 juillet 2010, E.\_\_\_\_\_ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions précitées ; elle a en outre conclu reconventionnellement à ce que L.\_\_\_\_\_ soit reconnu débiteur et lui doive prompt paiement de la somme de 36'000 fr. avec intérêts à 7% l'an dès le 5 mars 2010 et à ce que la mainlevée définitive au commandement de payer n°[...] établi le 14 avril 2010 par l'office des poursuites de la Riviera - Pays-d'Enhaut d'un montant de 36'000 fr. avec intérêts à 7% l'an dès le 5 mars 2010 soit prononcée, libre cours étant laissé à la poursuite.

Les parties, ainsi que des témoins dont [...], ont été entendus à l'audience de jugement tenue les 12 juillet 2010, 26 septembre et 9 novembre 2011. Le 29 juillet 2010, E.\_\_\_\_\_ a réduit ses conclusions à la somme de 30'000 fr. avec intérêts à 7% l'an dès le 5 mars 2010.

### **En droit :**

**1.** Conformément à l'art. 404 al. 1 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272), les procédures en cours à l'entrée en

vigueur de la présente loi sont régies par l'ancien droit de procédure jusqu'à la clôture de l'instruction. En revanche, les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision aux parties, en vertu de l'art. 405 al. 1 CPC. La décision attaquée ayant été rendue le 10 novembre 2011 et communiquée aux parties le 27 avril 2012, à l'issue d'une procédure ouverte le 10 juin 2010, seules les voies de droit sont régies par le nouveau droit de procédure civile en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

**2.** a) 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 francs (art. 308 al. 2 CPC).

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 portaient sur un montant de 29'000 fr., l'appel est recevable, les conclusions prises en appel par l'appelant n'allant pas au-delà de celles qu'il avait déjà prises en première instance (cf. art. 317 al. 2 CPC). Il en va de même de l'appel joint (art. 313 al. 1 CPC).

b) 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 (Tappy, op. cit., JT 2010 III 135).

**3.** a) Les premiers juges ont considéré que le contrat du 30 juin 2009 par lequel la défenderesse avait engagé le demandeur en qualité de courtier immobilier dès le 1<sup>er</sup> août 2009 devait être qualifié de contrat d'engagement des voyageurs de commerce au sens des art. 347 ss CO (Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220). Cette qualification du contrat est admise par l'appelant. Elle est en revanche contestée en appel par l'intimée, qui estime qu'il s'agit d'un contrat de travail et que l'appelant était rémunéré uniquement à la commission, ce qui serait un système de rémunération usuel dans la branche du courtage immobilier. Sur cette base, l'intimée soutient que les 36'000 fr. qu'elle a versés à l'appelant constituaient des avances sur commissions, qui devraient lui être remboursées dès lors que l'appelant n'aurait réalisé qu'une seule affaire durant la période du 1<sup>er</sup> août 2009 au 1<sup>er</sup> mars 2010. Pour sa part, l'appelant soutient qu'il avait droit à un salaire mensuel de 6'000 fr. pour cette période.

b) 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>e</sup> éd., 2000, p. 292). Premièrement, le travailleur doit s'engager à fournir un travail, soit une activité déterminée de caractère physique ou intellectuel (Tercier, Les contrats spéciaux, 3<sup>e</sup> éd., 2003, n. 2962, p. 426; Brunner/ Bühler/ Waeber/ Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3<sup>e</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, op. cit., n. 2963, p. 426; Brunner/ Bühler/ 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, op. cit., n. 2964, p. 426; Brunner/ Bühler/ 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, op. cit., n. 2965, p. 426; 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).

c) En l'espèce, il n'est pas contesté que le contrat du 30 juin 2009 présente tous les éléments caractéristiques du contrat de travail au sens des art. 319 ss CO. La question est de savoir s'il présente en plus les éléments caractéristiques du contrat d'engagement des voyageurs de commerce au sens des art. 347 ss CO.

Cette question doit être résolue par la négative, comme le soutient à raison l'intimée. En effet, comme l'expose David Aubert (Le Contrat de travail des voyageurs de commerce, [articles 347 à 350a CO du Code des obligations], thèse Genève 2010, p. 14), le contrat d'engagement des voyageurs de commerce est le contrat de travail spécial par lequel le travailleur s'engage, de manière permanente, c'est-à-dire non simplement pour une tâche unique ou clairement déterminée, à négocier ou à conclure des affaires dans le domaine d'activité de l'entreprise, plus de la moitié de son temps de travail durant et majoritairement de manière non stationnaire, au nom et pour le compte d'un commerçant, d'un industriel ou d'un autre chef d'entreprise exploitée en la forme commerciale qui ne doit pas nécessairement être la même personne que l'employeur, sans exécuter immédiatement les affaires.

L'élément déterminant n'est pas en l'occurrence celui de savoir si l'appelant travaillait principalement hors des locaux de son employeur et effectuait ainsi de manière prépondérante son activité professionnelle à l'extérieur - ce qui, comme le relève à juste titre l'intimée, est aussi le cas d'un électricien, d'un plombier ou d'un technicien en télévision, sans que ceux-ci soient pour autant des voyageurs de commerce -, mais bien le fait qu'il ne cherchait pas à négocier des affaires, dans un certain domaine d'activité, pour le compte d'un commerçant, d'un industriel ou d'un autre chef d'entreprise exploitée en la forme commerciale (cf. art. 347 al. 1 CO). En tant que courtier salarié d'une société active dans le courtage immobilier, l'appelant ne faisait, par son travail, qu'exercer l'activité même de cette société. On ne saurait ainsi considérer que l'activité d'un courtier immobilier salarié, lié par un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO à une société active dans le courtage immobilier, consiste à démarcher les consommateurs potentiels pour leur offrir marchandise ou services, ce qui est le propre de l'activité du voyageur de commerce.

Au vu de ce qui précède, il convient d'admettre que les parties étaient liées par un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO dont la rémunération était uniquement basée sur la commission. Cela ne conduit toutefois pas pour autant à faire droit aux conclusions de l'intimée, comme on va le voir.

d/aa) En l'occurrence, le contrat de travail prévoyait un salaire brut sans minimum garanti et fixé en fonction du chiffre d'affaires réalisé. Il était précisé que « [e]n cas d'avance sur commissions, celle-ci sera considérée comme une dette et viendra en déduction des commissions futures. [...] ». Les parties étant convenues que l'appelant recevrait chaque mois une somme fixe à titre d'avance sur commission, il convient d'interpréter le contrat pour déterminer si les parties avaient prévu l'obligation du travailleur de rembourser les sommes reçues en trop à titre d'avances ou si celles-ci devaient être considérées comme des provisions minimales garanties (ATF 129 III 118).

Par « commission », il faut entendre la « provision » au sens de l'art. 322b al. 1 CO, lequel prévoit que s'il est convenu que le travailleur a droit à une provision sur certaines affaires, elle lui est acquise dès que l'affaire a été valablement conclue avec le tiers. La provision est la participation du travailleur, exprimée en pour-cent, à la valeur que représente une affaire qu'il a personnellement conclue ou dont il a préparé la conclusion ; dépendant du résultat du travail, la provision est une forme de salaire payé selon le rendement (Olivier Subilia/Jean-Louis Duc, Droit du travail, Eléments de droit suisse, Lausanne 2010, p. 181 n. 2 ; cf. ATF 128 III 174 c. 2b p. 176-177).

Quant à l'« avance », elle a un caractère provisoire selon les termes du Tribunal fédéral qui, dans le cas d'« Akontozahlungen » de 1'000 fr. par mois perçus par un travailleur pour des commissions, a estimé que les avances sur commissions devaient être restituées si les commissions n'étaient pas réalisées, faute pour le travailleur d'avoir conclu avec des tiers des contrats y donnant droit (TF, JAR 2001, p. 195 ; Berner Kommentar, update 2005, n. 2 ad art. 322a OR ; CREC I du 4 avril 2008/158).

En l'espèce, au regard du ch. 2 du contrat qui prévoit qu' « en cas d'avance sur commissions, celle-ci sera considérée comme une dette et viendra en déduction des commissions futures » et de ce que les décomptes de salaires mentionnent tous une « avance sur commission » de 6'000 fr., il est difficile de soutenir que la provision de 6'000 fr. par mois constituait une provision minimale garantie, ni que ce montant aurait été payé sans réserve (dans ce sens : CREC I du 4 avril 2008/158). Cette clause doit être interprétée, selon le principe de la confiance, en ce sens que l'appelant devait rembourser à l'intimée les avances reçues dans la mesure où il devait s'avérer qu'elles dépassaient les commissions prévues par le contrat à titre de rémunération.

d/bb) Lorsque le salaire fixe minimum garanti constitue une avance sur provisions devant, le cas échéant, s'imputer sur la somme des commissions réalisées durant la période correspondante, la rémunération

consiste exclusivement en un droit à une commission (cf. ATF 129 III 118 ; Carruzzo, Le contrat individuel de travail, n. 4 ad art. 322b CO, p. 133). En pareille hypothèse, doit être appliquée la réglementation protectrice relative à la rémunération des voyageurs de commerce, à savoir l'art. 349a al. 2 CO, selon lequel, lorsque le salaire consiste exclusivement ou principalement en une provision, celle-ci doit constituer une rémunération « convenable » des services du voyageur de commerce (JAR 2010, p. 655 et références citées ; Portmann, Basler Kommentar, 4<sup>e</sup> éd. 2007, n. 1 ad art. 322b CO ; Streiff/von Kaenel, Praxis Kommentar, n. 5 ad art. 322b CO). En effet, selon la jurisprudence et la doctrine récente, il y a lieu de considérer que le contrat de travail, ordinaire ou non, ne s'accommode pas de l'absence de salaire et que l'art. 349a CO doit s'appliquer à tout le moins par analogie chaque fois que la rémunération est exclusivement fonction de la participation au résultat (CACI 6 septembre 2012/409 ; JAR 2010 p. 655 ; CREC I 7 novembre 2008/517 ; Portmann, op. cit., n. 1 ad art. 322b CO, p. 1808; Staehelin, Zürcher Kommentar, 2006, n. 1 ad art. 322b CO, p. 192; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 7<sup>e</sup> éd., 2012, n. 5 ad art. 322b CO, p. 325; Rehbinder, Berner Kommentar, 1992, n. 8 ad art. 349a CO, p. 440 ; Portmann/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2<sup>e</sup> éd. 2007, n. 271 p. 75 Subilia/Duc, op. cit., p. 836 n. 8 et les références citées), étant précisé que la question a été laissée ouverte par le Tribunal fédéral (TF 4A\_346/2011 du 12 octobre 2011 c. 6.3).

Ainsi, Carruzzo relève que « l'accord des parties peut prévoir le paiement d'acomptes, dans l'attente d'un décompte définitif. Dans cette hypothèse, les acomptes versés ont un caractère provisoire et doivent être restitués lorsqu'il ressort du décompte définitif que les acomptes versés excèdent le montant des provisions dues, pour autant cependant que le montant laissé à la disposition du travailleur lui assure un revenu convenable lorsqu'il est exclusivement rémunéré à la provision » (op. cit., n. 4 ad art. 322b CO p. 133).

L'idée à la base de l'art. 349a al. 2 CO est d'éviter que l'employeur n'exploite le travailleur en lui promettant exclusivement ou

principalement des commissions qui se révèlent par la suite insuffisantes et ne lui permettent pas de vivre décemment (ATF 129 III 664 c. 6.1 ; TF 4A\_68/2008 du 10 juillet 2008 c. 3.3.3 ; 4A\_197/2007 du 31 août 2007 c. 4.1 ; TF 4C.78/2003 du 5 septembre 2003 c. 6.1 et les références citées). Une provision est convenable si elle assure au voyageur un gain qui lui permette de vivre décemment, compte tenu de son engagement au travail, de sa formation, de ses années de service, de son âge et de ses obligations sociales (ATF 129 III 664 c. 6.1 ; Staehelin, op. cit., n. 4 ad art. 349a CO ; Portmann, op. cit., n. 2 ad art. 349a CO). On doit aussi tenir compte, comme ligne directrice, des usages de la branche (ATF 129 III 664, c. 6.1 et références).

Cependant, l'art. 349a al. 2 CO ne vise pas à assurer au travailleur un salaire minimum indépendant de ses prestations de travail. Si la faiblesse de la rémunération globale fournie par les provisions n'est pas liée au faible montant de ces dernières, mais à une prestation de travail insuffisante, on ne se trouve pas en présence d'une rémunération non convenable (Portmann, op. cit., n. 2 ad art. 349a CO, p. 2092 et référence).

En l'espèce, il y a lieu d'appliquer par analogie l'art. 349a al. 2 CO conformément à la doctrine et jurisprudence précitées et de constater, comme l'ont fait les premiers juges, que des commissions inférieures à 6'000 fr. ne constituaient pas une rémunération convenable à laquelle l'appelant avait droit chaque mois, selon les motifs exposés par les premiers juges. En effet, ce dernier recevait, lors d'un précédent emploi quasiment équivalent auprès de [...], un salaire fixe de 6'000 fr. Travaillant actuellement dans le domaine immobilier auprès de [...], il percevait un salaire fixe de 5'500 fr. par mois. Devant assurer ses obligations sociales et entretenir sa famille de quatre enfants, un montant de 6'000 fr. lui était nécessaire. En outre, au vu de sa formation et de son expérience professionnelle dans le secteur immobilier depuis 1989, une rémunération de 6'000 fr. paraissait convenable, ce qui est confirmé par le calculateur de salaire standardisé tiré du site [uss.ch](http://uss.ch) pour estimer la rémunération usuelle dans ce secteur d'activité. Quant à l'activité déployée par

l'appelant, l'intimée n'a pas démontré que celui-ci n'aurait pas fourni de prestations suffisantes de manière fautive. Si l'appelant n'a pas répondu aux attentes de l'intimée sous l'angle de l'efficacité, il a néanmoins rapporté un certain nombre de mandats et mis en place des collaborations avec d'autres régies. L'on ne peut dès lors conclure que le peu de résultats de la part de l'appelant résulte d'une prestation fautivement insuffisante.

d/cc) Il résulte de ce qui précède que, sur la base du contrat individuel de travail du 30 juin 2009, l'appelant avait droit à un montant de 6'000 fr. par mois, correspondant à l'avance sur provision qui lui a été versée chaque mois entre août 2009 et janvier 2010, à titre de salaire. Dans ces conditions, les conclusions de l'appel joint, qui tendent au remboursement par l'appelant principal des avances sur provision reçues, ne peuvent qu'être rejetées.

e) C'est par ailleurs en vain que l'appelante par voie de jonction conclut au renvoi de la cause à la première instance pour compléter l'état de fait notamment sur le temps consacré par le demandeur à son travail pour la période allant du 1<sup>er</sup> août 2009 au 10 mars 2010 et sur la notion de salaire usuel dans le secteur de la promotion/vente immobilière dans le canton de Vaud. L'état de fait du jugement apparaît en effet complet à cet égard et l'appelante par voie de jonction ne démontre nullement qu'il serait inexact. On rappelle que si l'appel peut être formé notamment pour constatation inexacte des faits (art. 310 let. b CPC) et si le juge d'appel contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance (art. 157 CPC en relation avec l'art. 310 let. b CPC), il incombe toutefois à l'appelant de motiver son appel (art. 311 al. 1 CPC), c'est-à-dire de démontrer le caractère erroné de la motivation attaquée, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que l'appelant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (TF 5A\_651/2011 du 26 avril 2012, destiné à la publication, c. 4.3).

Les griefs de l'intimée relatifs aux faits doivent dès lors être rejetés.

**4.** a) L'appelant principal reproche aux premiers juges d'avoir considéré que le nouveau contrat du 1<sup>er</sup> mars 2010, intitulé « Contrat de travail Courtier indépendant » et par lequel l'appelant était engagé en tant que courtier en immobilier indépendant et exclusif dès le 1<sup>er</sup> mars 2010, devait être qualifié de contrat d'agence au sens des art. 418 ss CO; il soutient que les premiers juges seraient passés à tort à côté d'éléments pourtant essentiels et caractéristiques qui auraient dû les amener à considérer que le contrat du 1<sup>er</sup> mars 2010 était un contrat d'engagement de voyageur de commerce; selon l'appelant, le nouveau contrat n'aurait en réalité pas modifié les rapports contractuels entre les parties, qui se seraient poursuivis au-delà du 28 février 2010 sur les mêmes bases que celles convenues dans l'accord du 30 juin 2009.

Il convient donc d'examiner la question de la qualification du contrat du 1<sup>er</sup> mars 2010, après avoir rappelé les principes juridiques applicables.

b) 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., n. 4979 ss, p. 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.

Selon la jurisprudence (ATF 129 III 669 c. 3.2 ; CREC I du 11 août 2010/421, c. 3b ; CREC I du 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. JT 1982 I 94; ATF 106 II 46, JT 1980 I 600; 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; Rehbinder, 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 ; ATF 99 II 313; TF 4C.359/2005 du 3 février 2006, c. 2.1). 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/Vischer, *Zürcher Kommentar*, 1996, n. 38 ad art. 319 CO, pp. A 27 et 28; Rehbinder, 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). 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 qui permettent d'en déduire l'existence d'un contrat d'engagement des voyageurs de commerce (ATF 129 III 664 c. 3.2 ; cf. Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail annoté, Lausanne 2001, n. 1.2 ad art. 347 CO).

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 erronée des parties. 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; ATF 99 II 313; TF 4C.359/2005 du 3 février 2006, c. 2.1).

c) En l'espèce, les premiers juges ont retenu que le contrat du 1<sup>er</sup> mars 2012, intitulé « Contrat de travail Courtier indépendant », était un contrat d'agence au sens des art. 418a ss CO. En effet, selon la clause n° 1 de ce contrat, l'appelant était engagé en tant que courtier en

immobilier indépendant et exclusif à compter du 1<sup>er</sup> mars 2010, et les clauses n° 4 et n° 5 stipulaient que l'employé s'obligeait à prendre toutes les assurances nécessaires et obligatoires en tant qu'indépendant. Contrairement au précédent contrat d'engagement de voyageur de commerce, l'employeur n'assurait plus son collaborateur contre les risques d'accidents professionnels et non professionnels, et ne garantissait plus de vacances. Selon les premiers juges, cette absence de prestations sociales constituait un indice abondant dans le sens d'un contrat d'agence (BE : AppH 15.08.1989, JU-TRAV 1991 p. 5).

Cette appréciation ne peut qu'être partagée et les éléments invoqués par l'appelant ne sauraient conduire à une qualification différente du contrat. Le chiffre 3 du contrat, intitulé « durée du travail », prévoit uniquement que « [l]e courtier, vu le métier qu'il exercera, fournira le temps nécessaire pour l'exécution de son travail », ce qui, contrairement à ce que soutient l'appelant, ne sous-entend pas un rapport de subordination à l'égard de l'intimée. Si le chiffre 6 du contrat prévoit notamment que le courtier « s'engage à appliquer toutes les directives d'entreprise », il ne s'agit que d'un indice en faveur d'un lien de subordination et donc d'un contrat de travail (cf. art. 321d CO), qui est infirmé par les autres éléments. Par ailleurs, l'appelant ne saurait se prévaloir du fait qu'il n'aurait jamais sollicité son inscription au Registre du commerce et ne se serait jamais inscrit en qualité d'indépendant auprès d'une Caisse de compensation pour infirmer les chiffres 4 et 5 du contrat, dans lesquels il s'obligeait à prendre toutes les assurances nécessaires et obligatoires en tant qu'indépendant. Quant au chiffre 7 du contrat, intitulé « responsabilité », qui prévoit que « [l]e courtier répond du dommage qu'il cause à l'employeur. Il devrait réparation conformément aux dispositions du Code des obligations (art. 321c CO) », il ne constitue pas un élément en faveur d'un contrat de travail ; en effet, le contrat d'agence (art. 418a ss CO) est une forme particulière du contrat de mandat, et l'art. 398 al. 1 CO prévoit que la responsabilité du mandataire est soumise, d'une manière générale, aux mêmes règles que celle du travailleur dans les rapports de travail (cf. art. 321e CO). Enfin, contrairement à ce que soutient l'appelant, le chiffre 9 du contrat prévoit une prohibition de faire

concurrence à l'intimée uniquement pendant les rapports de travail - ce qui reste tout à fait dans la systématique d'un contrat d'agence - et non après la fin des rapports contractuels (cf. art. 340 CO, au demeurant applicable par analogie, en vertu de l'art. 418d al. 2 CO, à l'obligation de ne pas faire concurrence dans le contrat d'agence). On relèvera enfin que l'appelant devait émettre des factures correspondant à son travail (clause n° 2 al. 2), ce qui est caractéristique du statut d'indépendant.

Par conséquent, le grief de l'appelant concernant la qualification du contrat du 1<sup>er</sup> mars 2010 doit être rejeté.

**5.** a) L'appelant soutient ensuite que l'accord par lequel les parties ont convenu de mettre fin aux rapports de travail découlant du contrat du 30 juin 2009, pour se lier dès le 1<sup>er</sup> mars 2010 par un contrat d'agence, doit être appréhendé au regard de la jurisprudence relative à la validité des accords sur la résiliation d'un contrat de travail. Cela devrait conduire à la constatation que l'accord des parties sur la résiliation du précédent contrat pour conclure un nouveau contrat plus défavorable pour l'appelant n'est pas valable, subsidiairement ne pouvait déployer ses effets qu'à l'échéance du délai de résiliation contractuel d'un mois, soit pas avant le 1<sup>er</sup> mai 2010.

b) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF 4A\_563/2011 du 19 janvier 2012 c. 4.1, traduit in JdT 2012 II 205), un accord sur la résiliation d'un rapport de travail est admissible, dans la mesure où il ne tend pas à éluder de manière évidente les dispositions légales impératives relatives à la protection du travailleur contre les licenciements. L'art. 341 al. 1 CO n'interdit que la renonciation unilatérale (du travailleur), mais ne fait pas obstacle à une transaction, par laquelle les deux parties renoncent à des prétentions et clarifient ainsi leurs relations réciproques (ATF 119 II 449 c. 2a p. 450; ATF 118 II 58c. 2b p. 61; TF 4A\_103/2010 du 16 mars 2010 c. 2.2, 4C.390/2005 du 2 mai 2006 c. 3.1 et 4C.230/2005 du 1<sup>er</sup> septembre 2005 c. 2). En effet, l'accord sur la cessation des rapports de travail produit des conséquences défavorables au travailleur, en tant

notamment qu'il le prive de la protection contre les licenciements (art. 336 ss CO) et réduit son droit aux indemnités de chômage (art. 30 al. 1 let. a LACI [loi sur l'assurance chômage du 25 juin 1982, RS 837.0]; TF 4C.230/2005 du 1<sup>er</sup> septembre 2005 c. 2 et les références citées). Lorsque l'accord fixe la fin des rapports contractuels à une échéance antérieure à l'expiration du délai de résiliation, il fait de surcroît perdre au travailleur une partie de son droit au salaire. Selon l'expérience générale de la vie, un travailleur ne renonce pas à un tel avantage sans contre-prestation. L'accord de résiliation nécessite une justification qui prend en compte les intérêts du travailleur (TF 4C.230/2005 du 1<sup>er</sup> septembre 2005 c. 2). Par conséquent, il convient d'examiner l'importance pour le travailleur que représente l'hypothétique renonciation de l'employeur (TF 4C.37/2005 du 17 juin 2005 c. 2.2). Dans chaque cas, il doit être procédé à une pesée des intérêts, afin de déterminer si les droits auxquels les deux parties ont renoncé sont approximativement de valeur équivalente (TF 4C.27/2002 du 19 avril 2002 c. 3 in SJ 2003 I 220). Lorsqu'une volonté concordante de mettre fin aux rapports de travail est établie, pour autant que l'accord contienne une renonciation du travailleur à des prétentions impérativement protégées, sa validité présuppose qu'il constitue une véritable transaction par laquelle les deux parties font des concessions réciproques (ATF 118 II 58 c. 2b ; TF 4A\_103/2010 du 16 mars 2010 c. 2.2).

c) En l'espèce, force est de constater qu'en signant le 1<sup>er</sup> mars 2010 le contrat daté du même jour intitulé « Contrat de travail Courtier indépendant », par lequel elles convenaient que l'appelant était engagé dès le 1<sup>er</sup> mars 2010 en tant que courtier en immobilier indépendant et exclusif, les parties ont mis fin conventionnellement à leurs précédents rapports contractuels avec effet au 28 février 2010. Un tel accord produisait des conséquences défavorables à l'appelant en tant qu'il le privait de la protection contre les licenciements (art. 336 ss CO) et surtout qu'il lui faisait perdre le droit au salaire auquel il aurait eu droit jusqu'à l'expiration du délai de résiliation, soit en l'espèce jusqu'au 30 avril 2010 (cf. art. 335c et 355 CO ; art. 8 du contrat du 30 juin 2009). Autrement dit, l'accord sur la résiliation du contrat du 30 juin 2009 privait l'appelant de son droit à une rémunération convenable sous la forme

d'une provision de 6'000 fr. par mois (cf. c. 3d supra) pendant deux mois, soit d'un montant de 12'000 fr. net. Or l'accord sur la résiliation des rapports de travail et leur remplacement dès le 1<sup>er</sup> mars 2010 par des rapports contractuels relevant du contrat d'agence ne comporte aucune concession de la part de l'intimée en contrepartie de la renonciation par l'appelant aux avantages précités.

Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que cet accord n'est pas valable en tant qu'il prive l'appelant de son droit à une rémunération convenable jusqu'au 30 avril 2010. Il s'agit d'une invalidité partielle, qui frappe uniquement la renonciation par le travailleur à la protection contre les licenciements et au droit au salaire auquel il aurait eu droit jusqu'à l'expiration du délai de résiliation.

Le grief de l'appelant sur ce point doit par conséquent être admis.

**6.** a) Le 13 avril 2010, le demandeur a mis fin avec effet immédiat aux relations contractuelles le liant à la défenderesse. Comme l'ont retenu à juste titre les premiers juges, le demandeur invoquait de justes motifs consistant dans le non-paiement par la défenderesse du salaire du mois de février 2010 malgré une mise en demeure répétée, de sorte qu'il était fondé au regard de l'art. 337 CO à résilier immédiatement le contrat.

b) L'art. 337b al. 1 CO dispose que si les justes motifs de la résiliation immédiate du contrat consistent dans son inobservation par l'une des parties, celle-ci doit réparer intégralement le dommage causé, compte tenu de toutes les prétentions découlant des rapports de travail. Le dommage couvert par l'art. 337b al. 1 CO correspond à l'ensemble des préjudices financiers qui sont dans un rapport de causalité adéquate avec la fin anticipée du contrat de travail ; le travailleur peut ainsi réclamer la perte de gain consécutive à la résiliation des rapports de travail, ce qui équivaut au montant auquel peut prétendre un salarié injustement licencié

avec effet immédiat en application de l'art. 337c al. 1 et 2 CO (ATF 133 III 657 c. 3.2 et les références citées).

c) En l'espèce, comme on l'a vu (cf. c. 5c supra), l'accord par lequel les parties convenaient de remplacer dès le 1<sup>er</sup> mars 2010 leurs rapports de travail par des rapports contractuels relevant du contrat d'agence n'est pas valable en tant qu'il privait l'appelant de son droit à une rémunération convenable de 6'000 fr. net par mois jusqu'au 30 avril 2010. Ensuite de la résiliation avec effet immédiat, le 13 avril 2010, des rapports contractuels le liant à l'intimée, l'appelant peut donc prétendre à la rémunération de 6'000 fr. net par mois à laquelle il aurait eu droit jusqu'au 30 avril 2010 (cf. c. 5c supra). En revanche, pour le mois de mai 2010, contrairement à ce qu'invoque l'appelant, il n'aurait pas pu prétendre à un salaire fixe sur la base du contrat d'agence et ne peut donc pas réclamer une indemnité pour la perte de gain consécutive à la résiliation du contrat.

Il s'ensuit que l'appelant a droit à une rémunération convenable de 6'000 fr. net par mois, sur la base du contrat de travail du 30 juin 2009, pour les mois de février 2010 – pour lequel aucune provision ne lui a été versée –, mars 2010 et avril 2010, étant précisé que pour le mois d'avril, ce montant de 6'000 fr. correspond au salaire jusqu'au 13 avril 2010 et ensuite à une indemnité selon l'art. 337b al. 1 CO.

Par conséquent, le grief de l'appelant sur ce point doit être partiellement admis.

**7.** a) L'appelant principal reproche aux premiers juges d'avoir retenu que la provision de 6'000 fr. par mois qu'ils ont considérée comme salaire fixe convenable comprenait la rémunération de l'ensemble du contrat de travail, y compris les indemnités de vacances et les frais, et d'avoir ainsi rejeté ses prétentions afférentes au droit aux vacances par 3'915 fr. 20 ainsi qu'en remboursement de frais de véhicule par 1'000 fr.

On ne voit effectivement pas pourquoi la rémunération convenable de l'appelant à concurrence d'une provision de 6'000 fr. par mois inclurait les indemnités pour vacances non prises et les frais. Une rémunération convenable étant un salaire, elle ne comprend pas les indemnités auxquelles le travailleur a le cas échéant droit en sus de son salaire.

b) S'agissant de l'indemnité pour vacances non prises réclamée par l'appelant, le demandeur a allégué qu'il n'avait pas pris de vacances pendant toute la durée des rapports de travail. La défenderesse n'a pas établi que le demandeur avait pris des vacances, ayant uniquement « admis indivisiblement que le demandeur n'était jamais au bureau et par conséquent, il était forcément en vacances ».

Or, il appartient à l'employeur de prouver le nombre de jours de vacances pris par le travailleur, et non à ce dernier de prouver les jours de vacances non pris auxquels il avait droit (ATF 128 III 271 c. 2a/bb ; TF 4A\_333/2009 du 3 décembre 2009 c. 3). Les prétentions de l'appelant en paiement d'un montant de 3'915 fr. à titre de vacances non prises pendant 8.5 mois (4 semaines de vacances par année, soit 20 jours, x 8.5 : 12 = 14.16 jours ; 6'000 fr. par mois : 21.7 jours = 276 fr. 50 par jour ; 276 fr. 50 x 14.16 jours = 3'915 fr. 25) doivent donc être admises.

c) S'agissant de l'indemnité pour frais de véhicule réclamée par l'appelant à hauteur de 1'000 fr., l'art. 327b al. 1 CO prévoit que si, d'entente avec l'employeur, le travailleur utilise pour son travail son propre véhicule à moteur ou un véhicule à moteur mis à sa disposition par l'employeur, il a droit au remboursement des frais courants d'usage et d'entretien (soit notamment les dépenses concernant l'essence, l'huile, les services périodiques, les réparations, etc., cf. sur ce point Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3<sup>e</sup> éd., Lausanne 2004, n. 1 ad art. 327b CO; Portmann, Individualarbeitsrecht, Zurich 2000, n. 745 ss p. 159 s.), dans la mesure où le véhicule sert à l'exécution du travail (TF 4C.24/2005 du 17 octobre 2005 c. 6.1 ; TF 4C.315/2004 du 13 décembre 2004 c. 2.2). Il en résulte que

l'employeur ne répond des frais courants d'usage et d'entretien qu'en proportion de la part qui correspond à l'utilisation professionnelle du véhicule (Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, op. cit., n. 1 ad art. 327b CO; Tercier, Les contrats spéciaux, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2003, n. 3199 p. 463; Wyler, Droit du travail, Berne 2002, p. 211), de sorte que si le travailleur est autorisé à utiliser le véhicule à titre privé, un partage des frais peut intervenir (Portmann, op. cit., n. 749 p. 160; Duc/Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998, n. 7 ad art. 327b CO ; TF 4C.24/2005 du 17 octobre 2005 c. 6.1 ; TF 4C.315/2004 du 13 décembre 2004 c. 2.2). C'est le travailleur qui supporte le fardeau de la preuve du montant et du caractère nécessaire des frais et des dépenses engagées ; cependant, lorsque le montant exact des frais ne peut pas être déterminé, le juge peut en arrêter le montant en appliquant l'art. 42 al. 2 CO (David Aubert, Le contrat de travail des voyageurs de commerce, n. 1301, p. 282).

En l'occurrence, il est établi par le témoignage du témoin [...] que l'appelant exerçait son activité à l'aide de son véhicule privé. Par ailleurs, l'appelant a produit un lot de factures d'essence [...] totalisant un montant de 2'443 fr. 95 pour la période d'août 2009 à mars 2010. Dès lors qu'il ne s'agit là que des dépenses concernant l'essence - les autres frais n'étant pas documentés - et qu'il est hautement vraisemblable que la moitié au moins de ces frais correspondent à l'utilisation professionnelle du véhicule, le montant de 1'000 fr. réclamé par le demandeur peut lui être alloué.

**8.** a) Au vu de ce qui précède, l'appel principal doit être admis et le jugement attaqué réformé en ce sens que la défenderesse doit payer au demandeur les montants suivants, avec intérêt à 5% l'an dès le 14 avril 2010:

- 18'000 fr. net, après déduction des charges sociales légales, à titre de salaire pour les mois de février 2010 et mars 2010, et à titre de salaire

respectivement d'indemnité selon l'art. 337b al. 1 CO pour le mois d'avril 2010 (cf. c. 6c supra) ;

- 3'915 fr. net, après déduction des charges sociales légales, à titre d'indemnité pour vacances non prises (cf. c. 7b supra).

- 1'000 fr. à titre d'indemnité pour frais de véhicule (cf. c. 7c supra).

b) Quant à l'appel joint, il doit être rejeté sans autre échange d'écritures (art. 312 al. 1 CPC) (cf. c. 3d/cc et 3e supra).

**9.** La valeur litigieuse de l'appel principal tout comme celle de l'appel joint ne dépassant pas 30'000 fr., il ne sera pas perçu de frais judiciaires de deuxième instance (art. 114 let. c CPC). En revanche, l'intimée, qui succombe très largement, versera à l'appelant la somme de 1'500 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 95 al. 3 et 106 al. 1 CPC).

Par ces motifs,  
la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,  
statuant à huis clos,  
p r o n o n c e :

- I.** L'appel principal est admis.
- II.** L'appel joint est rejeté.
- III.** Le jugement est réformé par l'adjonction à son dispositif du chiffre 1bis suivant :

1bis.- E.\_\_\_\_\_ doit payer à L.\_\_\_\_\_ les montants suivants, avec intérêt à 5% l'an dès le 14 avril 2010 :

- 18'000 fr. (dix-huit mille francs) net, après déduction des charges sociales légales ;
- 3'915 fr. (trois mille neuf cent quinze francs) net, après déduction des charges sociales légales ;
- 1'000 fr. (mille francs) net.

**IV.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

**V.** E. \_\_\_\_\_ doit payer à L. \_\_\_\_\_ la somme de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

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

Le président :

La greffière :

Du 21 septembre 2012

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

La greffière :

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 Claudio Venturelli (pour L. \_\_\_\_\_),
- Me Filippo Ryter (pour E. \_\_\_\_\_).

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 15'000 francs.

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 :

- M. le Président du Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois.

La greffière :