

# **BGer 4A\_365/2021 vom 28. Januar 2022**

Bundesgericht, 2022-01-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_365\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_365_2021)

FR: TF 4A\_365/2021 du 28 janvier 2022

IT: TF 4A\_365/2021 del 28 gennaio 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

La recourante requiert la jonction des procédures 4A\_365/2021, 4A\_366/2021, 4A\_367/2021 et 4A\_368/2021 qui l'opposent à chacun des gestionnaires de Z.\_\_\_\_\_.

Par ordonnance du 13 juillet 2021, la demande de jonction des procédures a été rejetée en l'état.

En l'occurrence, quatre recours identiques ont été interjetés par la recourante à l'encontre de quatre arrêts distincts concernant chacun des gestionnaires de Z.\_\_\_\_\_. Seule la recourante a requis la jonction des causes et les intimés n'ont pas interjeté de recours. Ils ne se sont en outre pas prononcés sur la requête de jonction des causes.

Bien que le complexe des faits soit essentiellement identique, la recourante s'en prend à quatre décisions cantonales différentes. Il ne se justifie donc pas en l'espèce de joindre les causes et de statuer dans un seul arrêt.

### **E. 1.2**

Interjeté en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) par la partie qui a succombé dans ses conclusions ( art. 76 al. 1 LTF ), le recours est dirigé contre un arrêt final ( art. 90 LTF ) rendu sur appel par un tribunal cantonal supérieur ( art. 75 LTF ) dans une affaire civile ( art. 72 al. 1 LTF ), dont la valeur litigieuse atteint le seuil requis ( art. 74 al. 1 LTF ). Le recours en matière civile est recevable au regard de ces dispositions.

### **E. 2.1**

Le recours en matière civile peut être exercé pour violation du droit fédéral ( art. 95 let. a LTF ), y compris le droit constitutionnel ( ATF 136 I 241 consid. 2.1; 136 II 304 consid. 2.4). Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Compte tenu de l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , sous peine d'irrecevabilité ( art. 108 al. 1 let. b LTF ), le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs invoqués, sauf en cas d'erreurs juridiques manifestes. Il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui ( ATF 140 III 86 consid. 2, 115 consid. 2; 137 III 580 consid. 1.3). Par exception à la règle selon laquelle il applique le droit d'office, il n'examine la violation d'un droit constitutionnel que si le grief a été invoqué et motivé de façon détaillée ( art. 106 al. 2 LTF ; ATF 137 III 580 consid. 1.3; 135 III 397 consid. 1.4 in fine).

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Relèvent de ces faits tant les constatations relatives aux circonstances touchant

l'objet du litige que celles concernant le déroulement de la procédure conduite devant l'instance précédente et en première instance, c'est-à-dire les constatations ayant trait aux faits procéduraux ( ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 et les références citées). Le Tribunal fédéral ne peut rectifier ou compléter les constatations de l'autorité précédente que si elles sont manifestement inexactes, c'est-à-dire arbitraires ( ATF 140 III 115 consid. 2; 135 III 397 consid. 1.5) ou ont été établies en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ). Encore faut-il que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ).

### **E. 3**

La recourante remet d'abord en cause l'état de fait retenu par l'autorité cantonale.

#### **E. 3.1**

La recourante soutient que la cour cantonale aurait omis de prendre en compte le fait que les parties ont établi une collaboration uniquement pour que le travailleur puisse bénéficier de l'autorisation FINMA de la société.

#### **E. 3.2**

L'intéressée formule une critique purement appellatoire. Contrairement à ce qu'elle soutient, la cour cantonale en a bien tenu compte, puisqu'elle a retenu que le but de l'opération entreprise par le travailleur et la société, était de déployer l'activité de gestionnaire de placements collectifs de capitaux sous l'autorisation FINMA de la société.

Les considérations émises par la recourante, en tant qu'elles s'écartent des constatations de fait opérées par les juges cantonaux, sont dès lors irrecevables.

### **E. 4**

La recourante invoque ensuite une violation de l' art. 319 CO par la cour cantonale qui aurait, à tort, qualifié de contrat de travail le rapport contractuel entre la recourante et le travailleur. Elle invoque l'inexistence de tout lien de subordination entre le travailleur et la société. Selon la recourante, en substance, la cour cantonale a confondu la surveillance, par la recourante, de l'observation par le travailleur des conditions légales de l'exercice des activités de gestionnaire déléguées, avec un lien de subordination d'un contrat de travail.

Dans la mesure où la cour cantonale a uniquement examiné la qualification du contrat litigieux en tant que contrat de travail et où la recourante ne propose pas d'autre qualification qui aurait dû être retenue, il suffit de vérifier si la qualification retenue par l'autorité précédente peut être confirmée.

#### **E. 4.1.1**

La qualification juridique d'un contrat se base sur le contenu de celui-ci ( ATF 144 III 43 consid. 3.3). Dans une première étape, il s'agit de déterminer le contenu du contrat en recherchant la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective) ( art. 18 al. 1 CO ). Si une telle intention ne peut être constatée, le contenu du contrat doit être interprété selon le principe de la confiance (interprétation normative ou objective) ( ATF 144 III 43 consid. 3.3; 140 III 134 consid. 3.2; arrêt 4A\_643/2020 du 22 octobre 2021 consid. 4.2.1 et 4.2.2).

Une fois le contenu du contrat déterminé, il s'agit, dans une seconde étape et sur cette base, de catégoriser juridiquement la convention (arrêt 4A\_53/2021 du 21 septembre 2021 consid. 5.1.1 et les références citées). La qualification juridique d'un contrat est une

question de droit. Le juge applique le droit d'office ( art. 57 CPC ) et détermine d'office les règles légales applicables à la convention des parties. Il n'est lié ni par la qualification effectuée par les parties ni par les expressions ou dénominations inexactes dont les parties ont pu se servir soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention ( " falsa demonstratio non nocet ") ( art. 18 al. 1 CO ; ATF 131 III 217 consid. 3; 129 III 664 consid. 3.1; arrêt 4A\_53/2021 précité consid. 5.1.1 et les références citées).

#### **E. 4.1.2**

Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni ( art. 319 al. 1 CO ). Les éléments caractéristiques de ce contrat sont une prestation de travail, un rapport de subordination, un élément de durée et une rémunération (arrêts 4A\_53/2021 précité consid. 5.1.2; 4A\_64/2020 précité consid. 6.1 et les arrêts cités; 4A\_10/2017 du 19 juillet 2017 consid. 3.1).

##### **E. 4.1.2.1**

Le contrat de travail se distingue avant tout des autres contrats de prestation de services, en particulier du mandat, par l'existence d'un lien de subordination ( ATF 125 III 78 consid. 4; 121 I 259 consid. 3a; 112 II 41 consid. 1a; arrêt 4A\_53/2021 précité consid. 5.1.3.1 et les arrêts cités), qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel ainsi que, dans une certaine mesure, économique ( ATF 121 I 259 consid. 3a; arrêt 4A\_53/2021 précité consid. 5.1.3.1 et les arrêts cités). Le travailleur est assujéti à la surveillance, aux ordres et instructions de l'employeur; il est intégré dans l'organisation de travail d'autrui et y reçoit une place déterminée (arrêts 4A\_64/2020 précité consid. 6.3.1; 4A\_10/2017 précité consid. 3.1; 4A\_200/2015 du 3 septembre 2015 consid. 4.2.1 et les arrêts cités).

Le critère de la subordination doit toutefois être relativisé en ce qui concerne les personnes exerçant des professions typiquement libérales ou ayant des fonctions dirigeantes. Comme l'indépendance de l'employé est beaucoup plus grande, la subordination est alors essentiellement organisationnelle. Dans un tel cas, plaident notamment en faveur du contrat de travail la rémunération fixe ou périodique, la mise à disposition d'une place de travail et des outils de travail, ainsi que la prise en charge par l'employeur du risque de l'entreprise. Le travailleur renonce à participer au marché comme entrepreneur assumant le risque économique et abandonne à un tiers l'exploitation de sa prestation, en contrepartie d'un revenu assuré (arrêt 4A\_592/2016 du 16 mars 2017 consid. 2.1).

##### **E. 4.1.2.2**

Le salaire est un élément essentiel du contrat de travail (arrêts 4A\_53/2021 précité consid. 4.1.3.2; 4A\_64/2020 précité consid. 6.3.5; 4A\_485/2016 du 28 avril 2017 consid. 4.1.1; 4A\_251/2015 du 6 janvier 2016 consid. 4.2). L'absence de clause expresse sur le salaire n'exclut pas que les parties soient liées par un contrat de travail, dans la mesure où il suffit que, d'après les circonstances, un salaire doive être payé par l'employeur (TERCIER/BIÉRI/CARRON, Les contrats spéciaux, 5e éd. 2016, n° 2729).

#### **E. 4.2.1**

En l'espèce, la cour cantonale a d'abord relevé que le contrat litigieux s'intitulait "

Employment contract ", qu'il comportait toutes les clauses usuelles d'un contrat de travail et qu'il ressortait des échanges électroniques entre la recourante et le travailleur, postérieurs à

la conclusion du

Memorandum of Understanding du 4 janvier 2016 et au

Cooperation agreement du 24 février 2016, mais antérieurs au contrat litigieux, que les parties avaient la volonté de se lier par un rapport de droit du travail. En outre, la cour cantonale a retenu que le travailleur a été présenté au plus tard dès mai 2016, comme un employé de la recourante tant à l'interne qu'à l'externe, selon les témoignages qu'elle a recueillis.

#### **E. 4.2.2**

La cour cantonale a ensuite considéré que le travailleur disposait d'une certaine indépendance dans l'organisation de son activité commerciale auprès des investisseurs institutionnels, mais qu'il demeurait tout de même entre la recourante et le travailleur, un lien de subordination organisationnel. En effet, la cour cantonale a retenu que la recourante était intervenue dans les démarches de location de locaux, et avait expliqué à un courtier immobilier qu'elle avait pour but d'ouvrir une succursale à Genève, qu'elle avait fourni du travail au travailleur en lui indiquant des clients à démarcher, qu'elle s'était impliquée dans la recherche d'investisseurs et qu'elle avait décidé unilatéralement et sans concertation, de remplacer deux collaborateurs du travailleur dans leur poste de gestionnaires de fonds le 30 septembre 2016, précisant à la banque dépositaire que ceux-ci étaient et demeureraient ses employés.

En outre, la cour cantonale a retenu que le travailleur et ses collègues avaient assisté à une formation en matière de

compliance et de

trading dans les locaux du siège de la recourante.

La cour cantonale a enfin retenu que le travailleur consacrait toute sa force de travail à la recourante à l'exclusion de toute autre activité lucrative, même annexe, de sorte qu'il était dépendant économiquement de celle-ci.

#### **E. 4.2.3**

En ce qui concerne le salaire, la cour cantonale a retenu que les parties étaient expressément convenues du versement d'un salaire. Elle s'est fondée sur les termes du

Memorandum of Understanding qui prévoyait que la question de la rémunération des parties ferait l'objet d'accords distincts, et sur la teneur du

Cooperation Agreement qui prévoyait que les parties s'accorderaient sur la forme des paiements dans des accords séparés, par exemple dans un contrat de travail.

La cour cantonale a encore retenu que plusieurs échanges avaient eu lieu entre les parties entre les mois d'avril et mai 2016, en lien avec leur salaire.

Partant, la cour cantonale a jugé que c'est à bon droit que le tribunal avait qualifié le contrat litigieux de contrat de travail.

#### **E. 4.3.1**

La recourante soutient d'abord qu'il n'existait pas de lien de subordination entre elle et le travailleur en raison du fait qu'il n'était pas intégré dans l'organisation de la société, que l'organigramme le présentant comme tel n'est pas officiel ou encore qu'elle n'a jamais

présenté le travailleur et ses collègues comme ses employés.

Sous couvert de la violation du droit, elle critique en réalité l'établissement de l'état de fait par la cour cantonale, sans toutefois formellement soulever de grief de constatation manifestement inexacte des faits (cf.

supra consid. 2.2). Le grief est irrecevable.

#### **E. 4.3.2**

La recourante soutient ensuite subsidiairement que le travailleur était intégré dans l'organisation de la recourante uniquement en raison du modèle d'affaires, pour les tâches qui le lui imposaient. Elle soutient que le fait que le travailleur se présentait comme son employé et qu'il disposait d'une carte de visite au nom de la recourante est un argument à relativiser, compte tenu du fait que l'intégration du travailleur dans la structure de la recourante était le corollaire nécessaire pour qu'il puisse bénéficier de sa licence FINMA.

Son argument ne suffit cependant pas pour permettre de conclure à l'absence de contrat de travail. Bien que les circonstances qui imposent une certaine organisation du travail des travailleurs dans la structure d'une entreprise puissent relativiser le critère de la subordination, en particulier quant au lieu où le travailleur exerce son activité (arrêt 4A\_64/2020 précité consid. 8.2.2), ceci ne peut s'appliquer qu'aux critères qui sont strictement imposés par le modèle d'activité.

La relativisation du critère du lien de subordination en raison du modèle d'affaires choisi n'empêche pas que, par ailleurs, le travailleur présente d'autres liens de dépendance à la société, en particulier par le fait qu'il consacrait l'intégralité de son temps à celle-ci et n'exerçait pas d'autre activité lucrative, se rendant ainsi économiquement dépendant d'elle.

L'argument de la recourante doit ainsi être rejeté. Le lien de subordination excède celui qui était strictement nécessaire en raison du modèle d'affaires choisi, notamment sur le plan de la dépendance économique. Le critère est donc rempli et son importance n'est pas à relativiser dans le cas d'espèce.

#### **E. 4.3.3**

Concernant le salaire, la recourante argue que les parties seraient convenues que le travailleur n'en percevrait pas.

La recourante se contente sur ce point d'exposer une version des faits différente de celle retenue par la cour cantonale, qui a considéré que, bien que les parties aient prévu dans leur contrat qu'aucun salaire ne serait payé immédiatement, cette situation ne devait être que transitoire et qu'un salaire était tout de même dû.

La recourante perd de vue que lorsque la cour cantonale est en mesure de déterminer la réelle et commune intention des parties sur la base d'indices, elle fait appel à son expérience générale de la vie et procède par là à l'établissement des faits.

La recourante ne soutient pourtant pas que la cour cantonale ait établi ce fait de manière manifestement inexacte. Son grief est irrecevable.

Au vu de ce qui précède, le grief de la recourante doit être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité.

#### **E. 5**

La recourante soutient ensuite que les rapports de travail, s'ils devaient être admis, ne remontent pas au 1er mai 2016, mais à une date ultérieure, soit le 10 août 2016.

A la version retenue par la cour cantonale, selon laquelle les rapports de travail ont commencé en tout cas le 1er mai 2016, dès lors que le travailleur déployait déjà une activité en vue de la création du fonds, ce que la société savait, et que le travailleur disposait à cette date d'une adresse électronique au nom de la société, la recourante se contente d'opposer sa propre version des faits sans indiquer en quoi celle de la cour cantonale serait établie en violation du principe de l'interdiction de l'arbitraire.

Sa critique est purement appellatoire et par conséquent irrecevable.

#### **E. 6**

La recourante soutient que les prémisses sur la base desquelles la cour cantonale a déterminé que la rémunération retenue par le Tribunal était convenable, étaient erronées. Contrairement à ce que la cour cantonale a retenu, elle argue que le travailleur était responsable du fait qu'il n'avait pas été rémunéré ou du fait que le fonds n'avait pas obtenu les performances escomptées.

La cour cantonale a pourtant retenu, comme le tribunal, que la rémunération ne pouvait être exclusivement basée sur l'octroi de provisions et que la provision convenue entre les parties ne permettait pas au travailleur de vivre décemment dans l'hypothèse où le fonds ne fournirait pas les performances attendues - ce qui s'est d'ailleurs produit puisqu'il n'a pas permis de dégager le bénéfice nécessaire au paiement de la provision. Elle a en outre considéré qu'il n'a pas été établi que les résultats financiers insuffisants étaient imputables au travailleur.

Ainsi, la recourante ne fait qu'opposer sa propre version des faits à celle retenue par la cour cantonale, par laquelle le Tribunal fédéral est lié (cf. consid. 2.2).

#### **E. 7**

La recourante se plaint finalement de ce que la cour cantonale n'aurait pas traité son grief de la violation de l' art. 8 CC selon lequel le travailleur n'aurait ni allégué ni prouvé les bases de la détermination d'une rémunération convenable, violant ainsi son droit d'être entendue ( art. 29 Cst. ).

Invoquant la violation d'un droit constitutionnel, la recourante se contente de critiques générales. Elle ne démontre ainsi pas dans quelle mesure elle aurait soulevé et motivé son grief devant l'autorité précédente, de sorte que son défaut de motivation ne satisfait pas aux exigences de l' art. 106 al. 2 LTF et que son grief est irrecevable.

#### **E. 8**

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité, aux frais de la recourante. La recourante versera une indemnité de dépens à l'intimé (art. 66 al. 1 et 68 al. 1 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.