



**POUVOIR JUDICIAIRE  
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG  
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC  
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00  
tribunalcantonal@fr.ch  
www.fr.ch/tc

102 2018 47

## **Arrêt du 20 décembre 2018**

### **II<sup>e</sup> Cour d'appel civil**

#### **Composition**

Président: Adrian Urwyler  
Juges: Michel Favre, Dina Beti  
Greffier-rapporteur: Ludovic Farine

#### **Parties**

**A.**\_\_\_\_\_, **défendeur** et **appellant**, représenté par Me Tony Donnet-Monay, avocat

contre

**B.**\_\_\_\_\_, **SÀRL, demanderesse** et **intimée**, représentée par Me Christian Giauque, avocat

#### **Objet**

Voyageur de commerce, montant de la rémunération et clause de prohibition de concurrence

Appel du 8 février 2018 contre la décision du Tribunal des prud'hommes du Lac du 13 novembre 2017

## considérant en fait

A. B.\_\_\_\_\_ Sàrl est une société dont le but est le conseil dans le domaine de la prévoyance, des assurances, des investissements immobiliers, des crédits ainsi que des financements en tout genre.

Par contrat du 18 octobre 2010, elle a engagé A.\_\_\_\_\_ *"en qualité d'agent et (...) responsable du secteur immobilier"*, c'est-à-dire de voyageur de commerce. Ce contrat indiquait une prise d'effet au 1<sup>er</sup> juillet 2010, alors qu'en réalité l'agent est entré en fonction le 4 août 2010. Il était prévu une rémunération sous forme de commissions seulement et le versement d'avances mensuelles de CHF 7'000.-, un décompte étant établi tous les 4 mois; au cas où le solde ne serait pas équilibré, l'agence le payait immédiatement ou, si la différence était en faveur de l'employeur, l'employé le remboursait selon des modalités à convenir. Les parties s'accordent toutefois sur le fait que, selon un accord oral, les CHF 7'000.- versés mensuellement représentaient un salaire fixe de CHF 1'000.- et une avance sur commissions de CHF 6'000.-. Le contrat imposait aussi à l'agent la constitution d'un compte de caution, sur lequel devait être crédité le 10 % des commissions perçues, pour le cas où un contrat passé par un client par le biais de l'agent serait annulé après sa conclusion. Enfin, une clause de prohibition de concurrence a été convenue, en ce sens que l'agent s'est engagé, à la fin des rapports de travail, à ne pas démarcher, directement ou indirectement, la clientèle faisant partie du portefeuille qui resterait acquis à l'agence, et à payer, en cas de violation de cette clause, une somme de CHF 30'000.-.

Le 10 juin 2011, B.\_\_\_\_\_ Sàrl et A.\_\_\_\_\_ ont signé un avenant au contrat du 18 octobre 2010, en lien avec la prohibition de concurrence et le versement des avances sur commissions. L'interdiction de faire concurrence a été précisée en ce sens qu'elle était valable 2 ans dès la fin des rapports de travail et pour les cantons de Fribourg, Berne, Neuchâtel et Vaud, qu'outre l'interdiction de démarcher des clients, l'employé s'engageait à s'abstenir d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente dans le domaine des crédits, des assurances, des investissements et de l'immobilier en Suisse et au Portugal, ainsi que d'y travailler et de s'y intéresser, et que pour chaque violation de la clause il devrait payer une peine conventionnelle de CHF 30'000.-, indépendamment de la survenance d'un dommage pour l'employeur. Concernant les avances, il a été convenu que lorsque les commissions à verser n'atteignaient pas le montant de l'avance versée par la société, celle-ci avait le droit de baisser, voire annuler, cette avance et d'exiger le remboursement du solde, et qu'un solde négatif à la fin des rapports de travail devrait aussi être remboursé par l'employé; au cas où des contrats conclus par le biais de l'agent seraient annulés après la cessation des rapports de travail, les commissions y relatives à rembourser seraient prélevées sur le compte de caution ou, si celui-ci était épuisé, versées directement par l'ancien collaborateur.

Il est établi que les contrats conclus par le biais de A.\_\_\_\_\_ n'ont pas engendré des commissions suffisantes pour correspondre aux avances qu'il a reçues, si bien que la différence entre commissions dues et avances versées s'est progressivement creusée, un solde important étant dû en faveur de l'employeur. Par courrier du 4 octobre 2011, celui-ci a signifié à son agent qu'au vu de sa situation, une avance mensuelle de CHF 6'000.- ne pourrait continuer à lui être versée que s'il atteignait plusieurs objectifs, à hauteur de CHF 10'000.- de commissions par mois; à défaut, seules les commissions effectives lui seraient dorénavant payées. Le 8 novembre 2011, les objectifs précités n'ayant pas été atteints, le contrat de A.\_\_\_\_\_ a été résilié pour le 31 janvier 2012. Dans une lettre d'avertissement du 16 novembre 2011, envoyée suite à la non-participation de l'employé à une séance de travail hebdomadaire, la société a indiqué qu'elle continuerait à verser une participation mensuelle de CHF 960.- pour la location d'un bureau à

Fribourg, "*jusqu'à la fin de l'année*" et dès qu'elle aurait pu récupérer tout le matériel de bureau prêté à l'ouverture de l'établissement. Suite à un courriel de l'employé du 16 novembre 2011 demandant à être libéré immédiatement au vu de la rupture des rapports de confiance entre les parties, B. \_\_\_\_\_ Sàrl lui a confirmé, par courrier du 17 novembre 2011, qu'elle acceptait la résiliation du contrat avec effet au 16 novembre 2011.

Le 1<sup>er</sup> décembre 2011, A. \_\_\_\_\_ a commencé à travailler comme courtier pour la société C. \_\_\_\_\_. Dans ce cadre, il a abordé D. \_\_\_\_\_, qui était déjà sa cliente avant qu'il ne travaille pour B. \_\_\_\_\_ Sàrl; cette personne a renoncé à une proposition d'assurance négociée pour le compte de la société intimée et a conclu, par l'intermédiaire de A. \_\_\_\_\_, une assurance-vie par le biais de C. \_\_\_\_\_.

B. Le 12 février 2015, B. \_\_\_\_\_ Sàrl a introduit une procédure en paiement à l'encontre de A. \_\_\_\_\_. Exposant que celui-ci lui était redevable de la somme totale de CHF 413'655.35, soit CHF 52'101.90 de commissions versées en trop, CHF 1'553.45 à titre de solde négatif du compte de caution et CHF 360'000.- pour diverses violations de la clause de prohibition de concurrence, elle a limité ses conclusions pour des motifs de frais et a demandé que le défendeur soit condamné à lui verser la somme de CHF 200'000.-, plus intérêt à 5 % l'an dès le 17 novembre 2011. A. \_\_\_\_\_ a conclu au rejet de cette demande.

Le Tribunal des prud'hommes du Lac (ci-après: le Tribunal) a consacré à cette affaire ses séances des 2 juin 2016, 6 octobre 2016 et 22 août 2017, au cours de laquelle il a entendu les parties et plusieurs témoins. Il a rendu sa décision le 13 novembre 2017. Il a condamné A. \_\_\_\_\_ à verser à B. \_\_\_\_\_ Sàrl les sommes de CHF 52'101.90 plus intérêt à 5 % dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012 (remboursement de commissions), CHF 1'553.45 plus intérêt à 5 % dès le 9 novembre 2014 (remboursement du solde négatif du compte de caution) et CHF 15'000.- plus intérêt à 5 % dès le 28 novembre 2011 (violation de la clause de prohibition de concurrence s'agissant de D. \_\_\_\_\_ et pour avoir travaillé pour le compte d'une entreprise concurrente); en outre, il a mis les frais et dépens à concurrence de 2/3 à la charge du défendeur, le 1/3 restant étant supporté par la demanderesse.

C. Par mémoire du 8 février 2018, A. \_\_\_\_\_ a interjeté appel contre la décision du 13 novembre 2017, notifiée à son mandataire le 9 janvier 2018. Sans contester sa condamnation à verser la somme de CHF 1'553.45 plus intérêt, il conclut, d'une part, à ce que son astreinte à payer CHF 15'000.- pour violation de la clause d'interdiction de faire concurrence soit supprimée et à ce que le capital dû à titre de commissions perçues en trop soit réduit à CHF 5'164.15; d'autre part, il conclut à ce que les frais et dépens de première instance soient répartis à concurrence de 9/10 à la demanderesse et de 1/10 à lui-même, subsidiairement dans une proportion 2/3 - 1/3. Enfin, il demande que les frais d'appel soient supportés par l'intimée.

Dans sa réponse du 28 mai 2018, B. \_\_\_\_\_ Sàrl conclut au rejet de l'appel, sous suite de frais. De plus, elle a requis que l'appelant soit astreint à lui verser pour la procédure d'appel des sûretés d'un montant de CHF 10'000.-, ce que la Juge déléguée de la Cour a refusé par arrêt du 18 juin 2018.

Les 1<sup>er</sup> et 26 octobre 2018, les mandataires des parties ont encore produit leurs listes de dépens pour la procédure d'appel.

## en droit

1.

1.1. L'appel est recevable notamment contre les décisions finales de première instance, pour autant que, dans les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions soit supérieure à CHF 10'000.- (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC). Le délai d'appel en procédure ordinaire est de 30 jours (art. 311 al. 1 CPC).

En l'espèce, la décision attaquée a été notifiée au mandataire de l'appelant le 9 janvier 2018. Remis à la poste le 8 février 2018, l'appel a dès lors été interjeté en temps utile. En outre, vu le montant de CHF 200'000.- réclamé en première instance, qui était entièrement contesté, la valeur litigieuse en appel est supérieure à CHF 10'000.-. De plus, le mémoire est dûment motivé et doté de conclusions. Il s'ensuit la recevabilité de l'appel.

1.2. La cognition de la Cour d'appel est pleine et entière, en fait comme en droit (art. 310 CPC). La maxime des débats est applicable (art. 55 al. 1 CPC), de même que le principe de disposition (art. 58 al. 1 CPC).

1.3. Selon l'art. 316 al. 1 CPC, la Cour d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces. En l'espèce, vu l'objet de la procédure d'appel et le fait que toutes les pièces nécessaires au traitement du dossier figurent dans celui-ci, il n'est pas nécessaire d'assigner les parties à une audience.

1.4. Conformément à l'art. 51 al. 1 let. a LTF, la valeur litigieuse déterminante pour un recours au Tribunal fédéral s'élève à CHF 61'937.75 (CHF 15'000.- + [CHF 52'101.90 - CHF 5'164.15]).

2.

Dans un premier grief, l'appelant reproche aux premiers juges d'avoir admis la recevabilité de l'action partielle introduite par la demanderesse. Se référant à l'arrêt du Tribunal fédéral publié aux ATF 142 III 683 (consid. 5.4), il fait valoir qu'il incombait à son ancien employeur, qui a limité ses conclusions à CHF 200'000.- alors qu'il invoquait plusieurs prétentions pour un montant total largement supérieur, de préciser dans quel ordre et/ou dans quelle mesure chacune des prétentions était déduite en justice. Ces précisions n'ayant pas été apportées, les conclusions seraient selon lui irrecevables (appel, p. 4 s.).

Il est vrai que l'arrêt cité par l'appelant a la teneur que celui-ci relate. Or, en l'espèce, la demanderesse a exposé qu'elle disposait de prétentions à hauteur de CHF 413'655.35, mais a limité ses conclusions à CHF 200'000.- "[p]our des raisons de procédure (...), notamment quant aux frais" (DO/2, p. 20), sans toutefois préciser qu'il s'agissait d'une action partielle, ni dans quel ordre et dans quelle mesure chacune des prétentions invoquées devait être traitée pour parvenir au montant de CHF 200'000.- réclamé. Cependant, cette imprécision ne saurait lui nuire. En effet, dans un arrêt 4A\_442/2017 du 28 août 2018 destiné à publication (consid. 2.4), le Tribunal fédéral est revenu sur sa jurisprudence publiée aux ATF 142 III 683; il a considéré que, lorsque plusieurs prétentions sont cumulées dans une même action et que seule une partie de celles-ci est réclamée en justice, la demanderesse doit seulement alléguer de manière suffisamment précise les faits dont il peut être déduit qu'elle dispose d'une créance d'un montant total dépassant celui pour lequel elle agit et que, dans ce cadre, il appartient au tribunal de déterminer, selon son pouvoir d'appréciation, dans quel ordre il examine les différentes prétentions. C'est précisément ce que les premiers juges ont fait et l'appelant ne soutient pas que l'intimée aurait omis d'alléguer de manière suffisamment précise les faits sur lesquels reposent ses prétentions. En outre, il n'est pas pertinent

que la demande n'emploie pas formellement les termes "*action partielle*", dans la mesure où une limitation des conclusions est tout autant admissible qu'une action partielle. Le cas échéant, si la demanderesse devait introduire une nouvelle action pour le solde de ses prétentions alléguées, il appartiendra au défendeur de faire valoir ses moyens sous l'angle de l'autorité de la chose jugée.

Il s'ensuit que c'est à juste titre que le Tribunal est entré en matière sur la demande.

3.

3.1. S'agissant des avances sur commissions, le Tribunal a retenu en résumé, sur la base d'un décompte établi par l'employeur (pièce 5), que l'employé avait perçu, durant ses 16 mois d'activité environ, un montant total de CHF 109'436.75, alors qu'il aurait eu droit, à titre de salaire fixe de CHF 1'000.- par mois et de commissions effectives, à la somme de CHF 57'334.85. Il a considéré que l'accord quant à la part fixe, convenu oralement et non par écrit, était néanmoins valable, puisque les parties ne l'avaient jamais remis en cause et l'avaient exécuté tout au long des rapports de travail, et que le salaire fixe de CHF 1'000.- par mois, certes faible, était raisonnable au vu des circonstances particulières du cas, en particulier l'insuffisance fautive des prestations du collaborateur et le fait qu'il n'a pas atteint ses objectifs. Les premiers juges en ont déduit que l'appelant devait être astreint à rembourser la différence entre les avances perçues et le salaire (fixe et commissionné) auquel il aurait eu droit, soit CHF 52'101.90 (CHF 109'436.75 - CHF 57'334.85; décision attaquée, p. 21 à 23 et 37 à 39).

L'appelant ne conteste pas avoir perçu un montant total de CHF 109'436.75. Il fait cependant valoir que le salaire qu'il a reçu – soit selon lui CHF 2'513.90 par mois –, en particulier la part fixe, était trop faible, et qu'au vu de la jurisprudence il aurait dû avoir droit à CHF 5'000.- par mois au minimum, soit CHF 80'000.- en 16 mois. Dans la mesure où, selon lui, le décompte de l'employeur indique un salaire fixe et commissionné de CHF 40'875.30 (alors que, selon la pièce 5, ce total concerne seulement l'année 2011, CHF 17'112.60 supplémentaires étant dus pour 2010), il oppose la différence – soit CHF 39'124.70 (CHF 80'000.- - CHF 40'875.30) – en compensation des prétentions de l'intimée. En outre, il se prévaut aussi d'une contre-crédence de CHF 7'200.-, à savoir une participation de l'employeur de CHF 960.- par mois pour la location d'un bureau à Fribourg, qui serait due depuis la fin du contrat de travail à mi-novembre 2011 jusqu'au prochain terme du bail à fin juin 2012, soit durant 7 mois et demi. Il en déduit qu'il ne doit plus payer, au titre du remboursement des commissions, que la somme de CHF 5'164.15 (appel, p. 5 à 9).

3.2.

3.2.1. Selon l'art. 347a al. 1 CO, le contrat de voyageur de commerce doit être fait par écrit et régler, notamment, la rémunération et le remboursement de frais (let. c). L'art. 349 CO précise que l'employeur paie au voyageur de commerce un salaire comprenant un traitement fixe, avec ou sans provision (al. 1); un accord écrit prévoyant que le salaire consiste exclusivement ou principalement en une provision n'est valable que si cette dernière constitue une rémunération convenable des services du voyageur (al. 2). Le caractère "convenable" d'une rétribution est une notion juridique imprécise qui laisse au juge du fait un pouvoir d'appréciation. 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 ainsi que de l'usage de la branche; un salaire mensuel brut de CHF 3'874.25 pour un conseiller économique est convenable, étant précisé qu'une telle rémunération est largement inférieure au salaire médian mensuel brut, secteur privé et public confondus, afférent à des activités simples et répétitives dans la région lémanique pour l'année 2010, lequel se montait à CHF 4'727.- par mois (ATF 139 III 214 consid. 5.2). Selon le calculateur des salaires du canton de Fribourg, disponible sur internet à l'adresse [cms.unige.ch/ses/lea/oue/projet/salaires/ofmt/](http://cms.unige.ch/ses/lea/oue/projet/salaires/ofmt/)

[calculator.php](#) (consulté le 16 octobre 2018), un homme né en 1981 actif dans le domaine des services financiers, pour des activités simples et répétitives en matière commerciale, ayant été formé en entreprise et sans fonction de cadre, peut compter à plein temps sur un revenu brut moyen de CHF 4'750.-, étant précisé que 25 % des employés ont pour un tel emploi une rémunération inférieure à CHF 4'280.- et 25 % un salaire supérieur à CHF 5'320.-; dans ce même domaine mais en matière de conseils, le revenu brut moyen pour un tel profil est de CHF 5'430.-, 25 % des employés gagnant moins de CHF 4'890.- par mois. Cela étant, l'art. 349a al. 2 CO n'a pas pour objectif de garantir au voyageur de commerce une rémunération minimale indépendamment de ses prestations; dès lors, celui qui obtient un revenu trop faible non pas en raison d'un accord sur le versement de provisions trop basses, mais d'un engagement au travail insuffisant, ne peut pas se prévaloir du caractère non convenable de son salaire (BSK OR I – PORTMANN/RUDOLPH, 6<sup>e</sup> éd. 2015, art. 349a n. 2 et la référence citée).

3.2.2. En l'espèce, dans le contrat du 18 octobre 2010, les parties se sont mises d'accord par écrit sur une rémunération composée exclusivement de commissions, dont un montant mensuel de CHF 7'000.- serait versé à titre d'avances, sous réserve de la compensation régulière d'un solde négatif ou positif sur la base de l'établissement d'un décompte. Il est dès lors sans incidence qu'ultérieurement, elles aient ou non convenu oralement que ces CHF 7'000.- seraient en réalité constitués d'un salaire fixe de CHF 1'000.- et d'une avance sur commissions de CHF 6'000.-, dans la mesure où un tel accord ne remplirait pas les exigences de forme prescrites par l'art. 347a al. 1 let. c CO. Contrairement à ce qu'a fait le Tribunal et qui est contesté par l'appelant, il n'y a donc pas matière à examiner si une part fixe de CHF 1'000.- par mois est raisonnable, mais bien à déterminer si le montant total que l'intimée reconnaît devoir à l'appelant à titre de salaire pour la durée de son engagement est convenable, au sens de l'art. 349 al. 2 CO et de la jurisprudence.

A cet égard, le décompte figurant en pièce 5, qui n'est plus contesté en appel, indique que l'employé a droit pour les mois d'août 2010 à novembre 2011 (15 ½ mois) à une rémunération totale de CHF 57'987.90 (CHF 17'112.60 + CHF 40'875.30), soit CHF 3'741.15 par mois. Un tel revenu, peu élevé pour une activité à plein temps, s'écarte certes un peu du salaire moyen fribourgeois pour un emploi similaire, étant relevé tout de même que, dans le domaine des services financiers, 25 % des salariés non qualifiés ont un salaire inférieur à CHF 4'280.- en matière commerciale et à CHF 4'890.- en matière de conseils. De plus, la décision attaquée (p. 14) constate – sans que cela soit critiqué en appel – que les prestations de l'employé étaient peu satisfaisantes, celui-ci peinant à obtenir des commissions à hauteur des avances reçues même s'il annonçait, souvent faussement, la signature de contrats importants. Dans ces conditions, il faut retenir que la rémunération convenue et effectivement perçue par l'appelant est convenable, le fait qu'elle se situe à la limite inférieure du salaire moyen fribourgeois pour les domaines d'activité en cause ne pouvant pas conduire à la considérer comme indécente. L'appelant ne peut pas non plus tirer argument du fait que son contrat prévoyait des avances mensuelles de CHF 7'000.-, en soutenant que l'intimée lui aurait fait miroiter la perception de provisions irréalistes: d'une part, il savait qu'il ne s'agissait que d'avances et qu'un éventuel solde en faveur de l'employeur serait remboursable sur la base de décomptes réguliers; d'autre part, le décompte au dossier montre qu'il est parvenu à plusieurs reprises à réaliser un revenu mensuel équivalent ou supérieur au montant des avances (par exemple CHF 11'293.30 en décembre 2010, CHF 7'145.75 en juin 2011 et CHF 6'516.55 en juillet 2011).

3.3. Concernant la participation de CHF 960.- par mois pour la location d'un bureau à Fribourg, il est vrai que, comme le Tribunal l'a retenu (décision attaquée, p. 41 s.), l'intimée s'est engagée, dans son courrier d'avertissement du 16 novembre 2011 (pièce 13), à la verser jusqu'à la fin de l'année 2011. Toutefois, il était précisé que cette somme serait payée dès que la société aurait pu

recupérer le matériel de bureau prêté lors de l'installation, ce qui, selon les constatations des premiers juges que l'appelant ne critique pas, n'a pas pu avoir lieu en raison du comportement de ce dernier. De plus, et surtout, l'intimée a pris cet engagement à un moment où elle avait résilié de manière ordinaire, en date du 8 novembre 2011, le contrat de voyageur de commerce pour le 31 janvier 2012 (pièce 12). Or, ultérieurement, soit par courriel du 16 novembre 2011 (pièce 14), l'appelant lui-même a demandé de rompre immédiatement la collaboration en raison de la perte de confiance entre les parties, sans émettre aucune réserve quant au versement de la participation au loyer; par courrier du 17 novembre 2011 (pièce 15), l'intimée a accepté cette résiliation immédiate. Dès ce moment, la relation de travail a dès lors cessé et l'art. 327a CO, qui impose à l'employeur de rembourser les frais encourus par le travailleur dans l'exécution de ses tâches, ne trouve plus application.

L'appelant ne saurait ainsi disposer à cet égard d'une créance envers son ancien employeur.

3.4. Au vu de ce qui précède, A. \_\_\_\_\_ a perçu des avances sur commissions d'un montant total de CHF 109'436.75, alors que, selon le propre décompte de l'intimée, il avait droit à une rémunération de CHF 57'987.90 (*supra*, consid. 3.2.2) – et non de CHF 57'334.85 comme indiqué par erreur dans la décision attaquée. Après correction d'office de cette erreur de calcul, il doit dès lors être astreint à rembourser à son ancien employeur la différence entre ces montants, soit CHF 51'448.85, plus intérêt (non contesté) à 5 % depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012.

L'appel est dès lors rejeté sur cette question, sous réserve de la correction d'office susmentionnée.

4.

4.1. Le Tribunal a aussi condamné l'appelant à verser à l'intimée une somme de CHF 15'000.- pour violation de son interdiction de faire concurrence. En bref, il a retenu que la clause signée le 10 juin 2011, clairement délimitée aux niveaux temporel, géographique et quant au type d'activité concerné, était valable et que, en travaillant pour C. \_\_\_\_\_, d'une part, et en traitant avec une cliente de l'employeur, soit D. \_\_\_\_\_, d'autre part, l'appelant y avait contrevenu: en effet, dans le cadre de sa nouvelle activité débutée le 1<sup>er</sup> décembre 2011 pour le compte de la société C. \_\_\_\_\_, il avait abordé cette personne pour lui faire renoncer à une proposition d'assurance négociée du temps où il travaillait pour la société intimée et conclure un contrat avec son employeur successif. Cependant, la peine conventionnelle de CHF 30'000.- prévue par le contrat a été jugée excessive, compte tenu du salaire de l'appelant, et réduite à CHF 15'000.- (décision attaquée, p. 23 à 36).

4.2. L'appelant reproche d'abord au Tribunal d'avoir admis la production par l'intimée, en date du 6 avril 2017, d'une liste comportant les noms de clients figurant dans sa base de données qui auraient ensuite conclu des contrats par le biais de C. \_\_\_\_\_. Il fait valoir que cette production était tardive, l'intimée ayant eu connaissance du listing de C. \_\_\_\_\_ le 23 janvier 2017 déjà et ayant attendu plus de deux mois pour compléter ses moyens (appel, p. 5).

Point n'est toutefois besoin de trancher cette question. En effet, la violation de la prohibition de faire concurrence retenue par les premiers juges concerne uniquement l'activité – non contestée – pour le compte de C. \_\_\_\_\_, ainsi que le fait d'avoir démarché D. \_\_\_\_\_, dont l'identité était déjà mentionnée dans la demande du 12 février 2015 (DO/2, p. 14) et qui a été entendue comme témoin le 6 octobre 2016 (DO/57, p. 5 à 7). En d'autres termes, la liste litigieuse n'a pas été utile au Tribunal pour trancher à cet égard, de sorte qu'il n'est pas pertinent de déterminer si elle doit être exclue du dossier ou non.

#### 4.3.

4.3.1. Selon l'art. 340 CO, le travailleur peut s'engager par écrit envers l'employeur à s'abstenir après la fin du contrat de lui faire concurrence (al. 1); la prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible (al. 2). Par "clientèle", on entend toute personne qui, de temps en temps, entre en relation d'affaires avec l'employeur; en revanche, passer une commande unique ne suffit pas pour être qualifié de client. Dans la mesure où, pour examiner l'admissibilité d'une clause de non-concurrence, sont déterminantes les circonstances qui existent à la fin des rapports de travail, il importe peu que la clientèle ait été constituée par le salarié lui-même pour son employeur (ATF 91 II 372 consid. 5). Cependant, il peut arriver que l'employé noue un rapport personnel avec le client en lui fournissant des prestations qui dépendent essentiellement des capacités propres à l'employé, de telle sorte que le client attache plus d'importance aux capacités personnelles du travailleur qu'à l'identité de l'employeur. Si, dans une telle situation, le client se détourne de l'employeur pour suivre l'employé, ce préjudice pour l'employeur résulte des capacités personnelles de l'employé, et non pas simplement du fait que celui-ci a eu connaissance du nom des clients. Une clause de non-concurrence fondée sur la connaissance de la clientèle n'est alors pas valable (ATF 138 III 67 consid. 2.2.1).

De plus, selon l'art. 340a al. 1 CO, la prohibition doit être limitée convenablement quant au lieu, au temps et au genre d'affaires, de façon à ne pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité. L'art. 340a al. 2 CO précise que le juge peut réduire selon sa libre appréciation une prohibition excessive, en tenant compte de toutes les circonstances. Il s'agit d'un cas d'application de l'art. 20 al. 2 CO (nullité partielle). Pour admettre le caractère excessif d'une interdiction de concurrence, est déterminant le point de savoir si la prohibition compromet l'avenir économique du travailleur d'une manière qui ne peut se justifier par les intérêts de l'employeur (arrêt TF 4A\_468/2016 du 6 février 2017 consid. 5.1). Le juge doit procéder à une appréciation globale de son étendue selon l'objet, le lieu et le temps. Il doit notamment prendre en compte le fait que l'employeur se soit engagé, ou non, à verser à son ancien employé une indemnité de carence (ATF 130 III 353 consid. 2). Il doit aussi comparer les intérêts du salarié et ceux de l'employeur. La clause est valable si les intérêts des deux parties sont d'égale valeur ou si ceux de l'employeur l'emportent (arrêt TF 4A\_466/2012 du 12 novembre 2012 consid. 5.2.2).

4.3.2. En l'espèce, l'appelant conteste la validité de la clause de prohibition de faire concurrence. Il fait valoir que la clientèle de l'intimée peut être constituée de l'ensemble des personnes résidant en Suisse et disposant de la capacité civile active, de sorte qu'elle ne saurait être considérée comme secrète. De plus, il soutient que D. \_\_\_\_\_ était sa cliente en raison de ses compétences personnelles, et non grâce aux connaissances acquises chez l'intimée (appel, p. 12 s.).

4.3.3. La clause convenue par les parties, valable 2 ans dès la fin des rapports de travail et pour les cantons de Fribourg, Berne, Neuchâtel et Vaud, a un double objet: elle prévoit l'interdiction, pour l'appelant, de démarcher des clients de l'intimée, d'une part, et d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente dans le domaine des crédits, des assurances, des investissements et de l'immobilier en Suisse et au Portugal, ainsi que d'y travailler et de s'y intéresser, d'autre part. Le premier volet de la clause est classique et, étant délimité convenablement aux niveaux temporel et géographique, est valable sur le principe, dans la mesure où il vise à éviter, comme l'art. 340 al. 2 CO le prévoit, que l'agent n'exploite sa connaissance de la clientèle de l'employeur pour la détourner de celui-ci.

En revanche, l'interdiction d'exploiter une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser, dans les domaines d'activité de l'intimée, est très large. Dans la mesure où elle est convenue pour



une durée de 2 ans pour le canton de Fribourg et ses trois cantons voisins, elle a pour conséquence d'empêcher l'appelant de travailler dans le type d'emploi pour lequel il a de l'expérience, sauf à déménager – avec sa famille – à Genève, soit à près de 150 km de Fribourg, ou en Suisse alémanique, région dont il ne maîtrise pas la langue. Elle compromet dès lors son avenir économique d'une manière importante et sans que les intérêts de l'intimée – qui sont déjà sauvegardés par l'interdiction de démarcher des clients de celle-ci – ne justifient une telle atteinte. La pesée des intérêts respectifs des parties donne ainsi un résultat clair en faveur de l'appelant, qui n'a pas d'autre expérience professionnelle depuis 2006 que le domaine du conseil en assurance (DO/34 p. 7) et qui n'avait pas une position de cadre dirigeant chez l'intimée, ce d'autant que cette dernière ne s'est pas engagée à lui verser une quelconque indemnité en échange de la prohibition de faire concurrence. Dans ces conditions, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, la Cour considère que le volet "interdiction de travailler pour une entreprise concurrente" est excessif et n'est pas opposable à l'appelant. Par conséquent, c'est à tort que la décision querellée condamne ce dernier pour avoir travaillé pour le compte de C.\_\_\_\_\_.

4.3.4. En ce qui concerne la seule cliente pour laquelle une violation de la clause de non-concurrence a été retenue, soit D.\_\_\_\_\_, celle-ci a déclaré lors de son audition le 6 octobre 2016 qu'elle avait conclu une assurance-vie par le biais de A.\_\_\_\_\_ en 2008, soit avant qu'il ne travaille pour l'intimée. Elle avait ensuite confié la gestion de ses assurances à l'intimée; à cet égard, elle a déclaré: *"A l'époque, cela m'était égal. Je faisais confiance à A.\_\_\_\_\_ et je l'ai suivi lors de son changement d'employeur en 2010"*. En 2011, ce dernier lui avait proposé une autre assurance, tout en l'informant qu'il avait changé d'employeur; lorsqu'elle avait signé la proposition d'assurance, elle avait bien compris qu'il ne travaillait plus pour B.\_\_\_\_\_ Sàrl, mais pour une autre société (DO/57, p. 5 s.).

Il découle de ce qui précède qu'en ce qui concerne D.\_\_\_\_\_ en tout cas, la composante personnelle de la relation avec l'appelant avait plus d'importance que l'identité de son employeur. En effet, cliente de A.\_\_\_\_\_ depuis 2008 déjà, elle l'a suivi lorsqu'il a commencé à travailler pour l'intimée, puis l'a suivi à nouveau lors de son changement d'employeur fin 2011. Certes, la prohibition de faire concurrence s'applique en principe aussi à la clientèle que l'employé a acquise ou constituée pour le compte de son employeur. Cependant, la situation est différente ici, en ce sens que D.\_\_\_\_\_ est une cliente que l'appelant connaissait déjà et qu'il a apportée à l'intimée, cela parce qu'elle lui faisait confiance. Il apparaît dès lors que, si cette cliente a ensuite décidé de continuer à traiter – en toute connaissance du changement d'employeur – avec l'appelant, c'était en raison des compétences personnelles de ce dernier, et non de connaissances qu'il aurait acquises durant sa période de collaboration au sein de l'intimée. Par conséquent, l'appelant ne saurait être condamné pour avoir démarché cette cliente: même si c'est lui qui a maintenu le contact après avoir quitté l'intimée, il l'a fait de manière transparente envers la cliente, qui a été informée du changement d'employeur et qui a néanmoins décidé de conclure une assurance par le biais de C.\_\_\_\_\_, car la société avec laquelle elle traitait lui était égale tant que l'agent négociateur était A.\_\_\_\_\_, en qui elle avait confiance. Dans ces conditions, il n'est de plus pas décisif que la cliente ait renoncé à une proposition d'assurance signée pour le compte de l'intimée.

4.3.5. Au vu de ce qui précède, c'est à tort que le Tribunal a astreint l'appelant à payer à l'intimée la somme de CHF 15'000.- pour violation de son interdiction de faire concurrence. Sur cette question, l'appel est bien fondé et doit être admis.

5.

L'appelant s'en prend enfin à la répartition des frais et dépens de première instance, que le Tribunal a mis à sa charge à raison des 2/3 et à celle de l'intimée à hauteur de 1/3. Il conclut à une

répartition à hauteur respective de 1/10 et 9/10, subsidiairement à concurrence de 1/3 à sa charge et de 2/3 à celle de l'intimée (appel, p. 13 s.).

Aux termes de l'art. 106 al. 1 et 2 CPC, les frais sont mis à la charge de la partie succombante ou, lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, répartis selon le sort de la cause. L'autorité dispose d'une certaine marge d'appréciation pour estimer et évaluer la mesure dans laquelle une partie a gagné ou succombé (arrêt TF 4A\_44/2016 du 25 mai 2016 consid. 3.1) et elle peut se fonder sur différents critères, comme la valeur litigieuse ou le travail nécessaire, sans qu'une seule solution soit conforme au droit fédéral (arrêt TF 4A\_511/2015 du 9 décembre 2015 consid. 2.2). C'est selon l'ensemble des circonstances du cas concret que l'on doit décider si une partie obtient gain de cause en tout ou partie et, en cas de gain partiel, comment les frais doivent être répartis (arrêt TF 5A\_197/2017 du 21 juillet 2017 consid. 1.3.2).

En l'espèce, sur les CHF 200'000.- réclamés au total en première instance, l'intimée obtient finalement CHF 53'000.- environ (CHF 51'448.85 + CHF 1'553.45), soit 26.5 %. La répartition des frais à hauteur de 2/3 au défendeur et 1/3 à la demanderesse n'apparaît dès lors pas soutenable. En tenant compte de la proportion des conclusions admises, ainsi que du fait que la demande a été accueillie s'agissant de deux prétentions et rejetée sur la question de la violation de la clause de prohibition de concurrence, cette dernière occupant 13 pages sur les 27 pages de développements juridiques de la décision querellée, il apparaît bien plutôt que la répartition à laquelle conclut l'appelant à titre subsidiaire – soit 1/3 à sa charge et 2/3 à celle de la demanderesse – est justifiée. Indépendamment de cette attribution, les frais judiciaires fixés à CHF 9'000.- seront prélevés sur les avances versées par B.\_\_\_\_\_ Sàrl, qui aura droit au remboursement du tiers de cette somme – soit CHF 3'000.- – par A.\_\_\_\_\_ (art. 111 al. 1 et 2 CPC).

L'appel est ainsi admis sur la question des frais.

6.

En appel, A.\_\_\_\_\_ succombe en ce qui concerne le remboursement des avances sur commissions qu'il a perçues, tandis qu'il a gain de cause en lien avec la violation de la prohibition de faire concurrence et avec la répartition des frais de première instance. Chaque partie a dès lors gain de cause dans une proportion similaire, la victoire de l'appelant sur deux questions étant contrebalancée par le fait que la valeur litigieuse du point sur lequel il succombe est plus élevée. Dès lors, chaque partie supportera ses propres dépens et la moitié des frais judiciaires dus à l'Etat, fixés à CHF 5'000.- (art. 106 al. 2 CPC). Indépendamment de cette attribution, les frais de justice seront acquittés par prélèvement sur l'avance versée par A.\_\_\_\_\_, qui aura droit au remboursement de la somme de CHF 2'500.- de la part de B.\_\_\_\_\_ Sàrl (art. 111 al. 1 et 2 CPC).

## **la Cour arrête:**

I. L'appel est partiellement admis.

Partant, le dispositif de la décision prononcée le 13 novembre 2017 par le Tribunal des prud'hommes du Lac est réformé, pour prendre la teneur suivante:

1. *La demande en paiement de B.\_\_\_\_\_ Sàrl du 12 février 2015 est partiellement admise. Partant, A.\_\_\_\_\_ est condamné à payer à B.\_\_\_\_\_ Sàrl les sommes suivantes, dès l'entrée en force du présent jugement:*

1.1 CHF 51'448.85 avec intérêt à 5 % dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012;

1.2 (supprimé)

1.3 CHF 1'553.45 avec intérêt à 5 % dès le 9 novembre 2014.

Pour le surplus, la demande est rejetée.

2. Toutes autres ou contraires conclusions des parties sont rejetées, dans la mesure de leur recevabilité.
  3. Les frais de justice, qui s'élèvent à CHF 9'000.-, sont mis pour 1/3, soit CHF 3'000.-, à la charge de A.\_\_\_\_\_ et pour 2/3, soit CHF 6'000.-, à la charge de B.\_\_\_\_\_ Sàrl. Indépendamment de cette attribution, ils seront prélevés sur les avances versées par B.\_\_\_\_\_ Sàrl, qui aura droit au remboursement de la somme de CHF 3'000.- par A.\_\_\_\_\_.
  4. Les dépens de B.\_\_\_\_\_ Sàrl sont fixés, sur la base de la liste de frais de Me Christian Giauque, à CHF 24'392.90 (TTC). A.\_\_\_\_\_ est condamné à payer à B.\_\_\_\_\_ Sàrl le 1/3 de ses dépens, soit CHF 8'130.95 (TTC).
  5. Les dépens A.\_\_\_\_\_ sont fixés, sur la base de la liste de frais de Me Tony Donnet-Monay, à CHF 16'772.40 (TTC). B.\_\_\_\_\_ Sàrl est condamnée à payer à A.\_\_\_\_\_ le 2/3 de ses dépens, soit CHF 11'181.60(TTC).
- II. Chaque partie supporte ses propres dépens d'appel et la moitié des frais judiciaires dus à l'Etat, fixés à CHF 5'000.-. Indépendamment de cette attribution, les frais de justice seront acquittés par prélèvement sur l'avance versée par A.\_\_\_\_\_, qui aura droit au remboursement de la somme de CHF 2'500.- de la part de B.\_\_\_\_\_ Sàrl.
- III. Notification.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Fribourg, le 20 décembre 2018/lfa

Le Président:

Le Greffier-rapporteur: