

V. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

27. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 18 février 1931 dans la cause Forster contre D. & N., S. A.

Nature juridique d'un contrat d'agence de publicité.

A. — Le 17 mars 1927, les défendeurs, qui avaient assumé la publication du *Journal des Parents*, ont passé, avec le demandeur, un contrat dont il y a lieu de citer les dispositions suivantes :

« 1^o Les éditeurs D. & N., S. A. accordent à M. C. Forster, le droit exclusif de la publicité dans le *Journal des Parents*.

2^o La durée de cet engagement est de cinq ans.

3^o De son côté, M. Ch. Forster s'engage à procurer des annonces au *Journal des Parents* et à atteindre le chiffre d'affaires net suivant : 1^{re} année, 5000 fr., 2^e année, 7000 fr., 3^e année, 10 000 fr., 4^e année, 13 000 fr., 5^e année, 16 000 fr.

Si les chiffres ci-dessus indiqués n'étaient pas atteints, la présente convention pourrait être rompue dans un délai de trois mois.

4^o Les prix des annonces sont ceux de notre nouveau tarif.....

7^o La remise accordée par la maison D. & N., S. A. à M. Charles Forster sur le produit net de ses annonces est de 33 1/3 % payable à réquisition des ordres signés.

8^o Lorsque M. Charles Forster le désirera, la maison D. & N., S. A. soutiendra ses efforts par lettres adressées à la clientèle. »

B. — Par une lettre du 12 mars 1929, D. & N. informèrent Charles Forster qu'ils avaient décidé d'interrompre la publication du *Journal des Parents* à la fin de l'année

et l'engagèrent à se chercher une nouvelle occupation pour ce moment.

C. — Forster a ouvert action à la société anonyme D. & N., en lui réclamant la somme de 8000 fr. pour tort matériel et moral et celle de 336 fr. pour provisions dues.

D. — Par jugement du 7 octobre 1930, le Tribunal cantonal neuchâtelois a admis le principe de la demande et a alloué au demandeur des dommages-intérêts réduits à la somme de 1500 fr.

E. — Le demandeur a recouru en réforme au Tribunal fédéral, en reprenant ses précédentes conclusions. Il soutient que l'on se trouve en présence d'un contrat de travail, que les défendeurs sont en demeure d'accepter les prestations de l'employé Forster et lui doivent, en conséquence, conformément à l'art. 332 CO, la totalité du salaire prévu.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — Pour savoir si le demandeur peut être mis au bénéfice de l'art. 332 CO, il faut examiner si la convention conclue entre les parties est régie par les dispositions légales relatives au contrat du travail. Pour résoudre cette question, il est indispensable de déterminer la nature juridique de cette convention.

On remarque à première vue qu'il s'agit d'un dérivé du contrat de publicité. Ce n'est toutefois pas un contrat de publicité direct, car Forster n'est pas lui-même l'annonceur, mais un agent chargé d'établir la liaison entre celui-ci et les éditeurs.

Au point de vue juridique, le rôle d'un tel agent et la nature d'un semblable contrat sont très délicats à déterminer et ont donné lieu à de grandes divergences d'opinion dans la doctrine et la jurisprudence (cf. NAUER, « Der Annoncenpachtvertrag », diss. 1927, p. 23 sq.). Ces divergences s'expliquent par le fait que les relations entre les contractants sont complexes, qu'elles peuvent être réglées à leur gré, suivant des formes assez diverses, et

qu'elles appartiennent à un domaine de la vie des affaires encore en pleine évolution. Il faut donc prendre garde de chercher à ramener tous les contrats de ce genre à un type uniforme, et se borner à analyser *in concreto* les droits et les obligations des parties, sans se dissimuler que, dans un autre cas, le résultat de cette analyse pourrait être différent.

2. — En l'espèce, il y a lieu de relever ce qui suit :

Par les articles 1 et 2 du contrat du 17 mars 1927 les éditeurs D. & N. ont abandonné à l'agent Forster le monopole de la publicité du *Journal des Parents* pour un délai de cinq ans. En d'autres termes, ils lui ont cédé l'usage d'un bien immatériel productif, en lui laissant le soin d'en percevoir les fruits civils, soit le prix des annonces. En retour, Forster a pris l'engagement implicite de leur verser une quote-part de ce prix (les 2/3, ainsi qu'il ressort de l'art. 7). Comme dans le contrat de licence, en matière de brevets d'invention (RO 51 II 61 ; 53 II 127 ; Jdt 1925, 334 ; 1927, 453), on rencontre donc ici les éléments constitutifs du bail à ferme (dans un autre sens, mais à tort, RO 23 II 1806). Cependant, on ne peut faire rentrer dans le cadre de ce dernier contrat tous les droits et toutes les obligations des deux parties. Il est clair en effet que D. & N. ne se sont pas bornés à assurer à leur agent ou fermier d'annonces, Charles Forster, l'exclusivité de la publicité du *Journal des Parents*, mais qu'ils se sont encore tacitement obligés envers lui à imprimer dans leurs colonnes les annonces qu'il aurait acquises, et à les diffuser par la vente au numéro et la distribution aux abonnés.

La convention dont il s'agit en l'espèce tient donc également du contrat d'entreprise. C'est un contrat mixte, présentant en même temps les éléments du bail à ferme et ceux du louage d'ouvrage : un contrat dans lequel l'éditeur est à la fois entrepreneur et bailleur, tandis que l'agent est tout à la fois maître et fermier (NAUER, p. 29 sq.).

3. — Mais ce n'est pas tout : ce contrat suppose une activité de l'agent en vue de l'acquisition des annonces.

L'éditeur a évidemment intérêt à ce que cette activité soit efficace, car de là dépend le bon rendement de son journal. Aussi bien D. & N. ont eu soin de stipuler que Forster devrait atteindre certains chiffres de production (art. 3), et cette condition leur a paru assez importante pour faire de son défaut une cause de résiliation prématurée du contrat (art. 3 al. 2).

Dès lors on doit se demander si cette activité constitue un élément particulier et essentiel du contrat mixte conclu entre les parties, ou si, au contraire, elle ne se distingue pas foncièrement des obligations ordinaires du fermier, notamment dans le bail partiaire (cf. NAUER, p. 30, GUHL, Die Teilpacht in der Schweiz, ZSR, n. F. 41, p. 249). A supposer que cette question fût résolue dans le premier sens, il s'en poserait une nouvelle : savoir si ladite activité présente l'aspect caractéristique des prestations personnelles inhérentes à un autre contrat nommé, le contrat de travail par exemple.

D'un point de vue tout à fait général, on peut sans doute concevoir une convention qui réglerait les relations entre l'éditeur et l'agent comme dans un contrat de travail, c'est-à-dire qu'elle ferait du premier un patron et du second un employé. Mais c'est en vain que l'on chercherait une convention de ce genre dans le contrat du 17 mars 1927.

En effet, ce n'est pas le *travail* du recourant qui fait, comme tel, l'objet de ce contrat, mais bien le résultat de ce travail, c'est-à-dire les affaires que Forster aura apportées au journal. A l'inverse d'un patron, l'éditeur ne se soucie pas de connaître les moyens par lesquels ce résultat aura été atteint, ni le temps que l'agent y aura consacré, ni les frais qu'il aura déboursés. D'ailleurs, il n'y a pas entre les contractants, ce rapport de dépendance, voire de subordination, qui est en général caractéristique du contrat de travail. Au contraire, on voit par la nombreuse correspondance échangée entre eux, qu'ils traitent d'égal à égal. Forster considère d'ailleurs les annonceurs comme ses propres clients et s'intitule

lui-même gérant de la publicité du journal. Ce n'est pas là le langage ni l'attitude d'un employé.

L'activité de ce gérant est analogue à celle d'un mandataire ou d'un entrepreneur. Il se peut donc que l'analyse juridique de la convention qui le lie aux éditeurs doive être complétée par des éléments appartenant au mandat ou au contrat d'entreprise (auquel cas il y aurait en l'espèce un bail à ferme et un contrat d'entreprise réciproque). Mais on ne saurait y ajouter aucun élément propre au contrat de travail, l'élément de durée — qui est donné en l'espèce — n'étant au surplus pas absolument spécifique de ce dernier contrat.

4. — L'art. 332 CO relatif à la demeure du patron n'est donc pas applicable dans le cas présent.

D'ailleurs, il n'est pas sans utilité de relever ici que, même si l'activité de Forster avait été organisée sous forme de louage de services, la question de l'applicabilité de l'art. 332 pourrait encore prêter à discussion. Cette disposition est en effet tellement particulière, que l'on peut se demander s'il est possible de l'adapter à un contrat mixte, qui ne présente pas exclusivement les éléments caractéristiques du contrat de travail. On peut même se poser la question de savoir si, dans le cadre de ce seul contrat, il n'y a pas encore place pour une distinction ; si la disposition précitée ne doit pas être réservée à certaines catégories de travailleurs — p. ex. à ceux qui sont expressément nommés en l'art. 333 — à l'exclusion de tous les autres ; et si enfin son application doit être combinée avec celle des règles générales du CO sur l'inexécution des contrats. Ces questions peuvent toutefois demeurer ouvertes en l'espèce.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

Le jugement attaqué est confirmé.

28. Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. März 1931 i. S. Steffen gegen Aisslinger.

Haftung des Dienstherrn für die Folgen eines einer jungen Lehrtochter wegen ungenügender Aufsicht und Unterweisung zugestossenen Unfalles (Tötung infolge Explosion eines in einem Apothekerkeller lagernden mit einem leicht entzündbaren Öl gefüllten Fasses, aus dem die Lehrtochter einen hineingefallenen Gegenstand entfernen wollte, wobei sie mit einem brennenden Zündholz hineinzuzünden versuchte).

A. — Der Beklagte, Apotheker Dr. Hans Aisslinger, war Eigentümer der an der Josefstrasse 93 in Zürich 5 gelegenen «Josefapotheke». Er erstellte und vertrieb das sog. «Bühleröl», ein pharmazeutisches Mittel gegen Gicht und Rheumatismus, welches sich aus Vaselineöl, Rüböl und verschiedenen ätherischen Ölen zusammensetzt. Dieses Öl bewahrte er in einem ca. 150 Liter fassenden Holzfass im Arzneikeller seines Hauses Josefstrasse 93 auf, einem Raum, der durch elektrisches Licht erleuchtet werden konnte und der zudem ein kleines Fenster besass, durch das jedoch nur spärlich Tageslicht einzudringen vermochte. Für besonders explosions- und feuergefährliche Stoffe besass der Beklagte einen speziellen, durch eine feuersichere Türe abschliessbaren Kellerraum, den er den «Feuerkeller» nannte. Das Personal hatte die Weisung, weder den Feuerkeller noch den Arzneikeller mit offenem Lichte zu betreten. Der Verkauf des Bühleröles erfolgte in kleinen Flaschen von ca. zwei dl. Inhalt. Diese wurden jeweils von den Angestellten abgefüllt, wobei letztere vom Kläger zur Vorsicht ermahnt worden waren. Unter diesen Angestellten befand sich die am 15. August 1910 geborene Lehrtochter Josefine Steffen, welche am 1. Mai 1926 für eine Lehrzeit von drei Jahren beim Beklagten eingetreten war.

Als die Steffen anfangs März 1928 mit dem Abfüllen eines solchen Fläschchens beschäftigt war, fiel ihr das