



E_____ SA
Dom. élu : Me Laurent ISENEGGER
Avenue de Champel 8C
Case postale 385
1211 Genève 12

Monsieur T_____
Dom. élu : Me Lachemi BELHOCINE
Rue de Romont 29/31
Case postale 206
1701 Fribourg

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du jeudi 17 novembre 2005

M. Blaise GROSJEAN, président

Mme Rose-Marie MATHIER et M. Thierry ULMANN, juges employeurs

Mme Sylvianne ZEDEZ-AUBERT et M. Thierry ZEHNDER, juges salariés

Mme Nathalie BULLIARD, greffière d'audience

EN FAIT

A. Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 24 février 2005, E_____ SA appelle d'un jugement du Tribunal des Prud'hommes rendu le 21 janvier 2005, dans la cause n° C/12979/2004-5, expédié pour notification aux parties par pli recommandé du 24 janvier 2005, dont le dispositif est le suivant :

- Condamne E_____ SA à verser à T_____ la somme brute de fr. 8'211.20 plus intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 1^{er} janvier 2004;
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

En substance, le Tribunal a retenu que le système de commissionnement mis en place par l'employeur dès janvier 2003 n'excluait pas la perception d'un bonus annuel. En 2003, ledit bonus devait être imputé du montant reçu à titre de commission. En procédant à une comparaison de trois personnes ayant travaillé au sein du même département que le demandeur, en 2002 et en 2003, il a constaté une diminution moyenne du bonus de 16.1 % par rapport à 2002, commissions comprises. Il a alloué au demandeur fr. 8'211.20 plus intérêts à compter du 1^{er} janvier 2004. Le Tribunal a considéré que le demandeur pouvait prendre son solde de vacances de 12.84 jours pendant le délai de congé qui représentait deux mois et seize jours ouvrables puisqu'il a été libéré de son obligation de travailler dès l'annonce de son licenciement. Il a enfin rejeté les conclusions en paiement des frais d'avocats, estimant que E_____ SA n'avait pas fait preuve de témérité.

L'appelante prend les conclusions suivantes :

- Annuler le jugement du Tribunal des Prud'hommes du 21 janvier 2005 dans la cause n° C/12979/2004-5, en tant qu'il condamne E_____ SA à verser à T_____ la somme brute de fr. 8'211.20 plus intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 1^{er} janvier 2004;
- Confirmer ledit jugement pour le surplus.

Elle demande, la réouverture des enquêtes, sauf si la Cour ne l'estime pas nécessaire et dépose une liste de trois témoins.

L'intimé, dans son mémoire de réponse du 14 avril 2005, conclut à la confirmation dans son entier du jugement attaqué.

Dès lors, seule la question relative au bonus 2003 devra être examinée par la Cour de céans.

B. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

- a) E_____ SA a pour but : *"création et exploitation d'un marché électronique sur l'Internet offrant, principalement à des entreprises actives dans le secteur des biens de consommation emballés et à leurs fournisseurs, des services liés à l'approvisionnement et à la fourniture pour toute chaîne d'approvisionnement et d'autres services annexes"*.
- b) T_____ a été engagé dès le 1^{er} mars 2002 en qualité de Senior Integration Project Manager. Son salaire annuel de base a été fixé à fr. 150'000.- payable en treize mensualités de fr. 11'538.45.
- c) L'article 6 du contrat de travail, intitulé bonus et participations au plan de stock options, a la teneur suivante: *"En complément de son salaire brut, l'employé pourra percevoir, après la période d'essai, un bonus annuel. Ce dernier sera calculé en fonction de critères de performance définis par E_____ SA. Dans tous les cas, le bonus ne pourra dépasser 15 % du salaire annuel brut...Les documents de politique salariale (bonus et plan de stock options) seront annexés au présent contrat, dont ils font partie intégrante"*.
- d) Le salaire annuel brut a été augmenté en octobre 2002 à fr. 170'000.-.
- e) Le contrat prévoyait également que toute modification ou adjonction devra faire l'objet d'un accord écrit.
- f) Au début de l'année 2003, E_____ SA a versé à T_____ un bonus d'un montant brut de fr. 16'620.- pour l'année 2002.
- g) Le bonus annuel est calculé selon une règle mathématique. Il s'agit d'un pourcent du salaire. L'employeur tient compte d'un coefficient correspondant au poste occupé par l'employé. Pour ce qui concerne T_____ : 18 % dès le 1^{er} janvier 2003. Dès lors, il s'agit de 18 % du salaire annuel multiplié par le coefficient de performance qui peut aller de 60 à 120 %. En 2002, le taux était de 100 %. Ce résultat est alors multiplié par un taux d'ajustement décidé par le conseil d'administration. Ce taux dépend de différents critères discrétionnaires, dont les performances de l'entreprise. En 2002, ce coefficient s'est élevé à 80 %. L'employeur a précisé, à l'audience du 12 juillet 2005, que s'il avait attribué un bonus à T_____ en 2003, il aurait appliqué le taux de 18 %. En 2003, le critère discrétionnaire a également été fixé à 80 %. Il faut préciser aussi que T_____ a perçu un bonus en 2002 alors même que la société n'avait pas réalisé de bénéfice.
- h) En janvier 2003, T_____ a été promu en qualité de Head of Sales. Contrairement à ce qu'affirme l'appelant, le salaire n'a pas été augmenté à cette occasion puisqu'il avait déjà passé de fr. 130'000.- à fr. 170'000.- en octobre 2002, soit trois mois auparavant.

- i) L'intimé a reçu fr. 73.- en avril et fr. 5'650.- en juillet 2003. Ces montants ont été versés à titre de commission sur des ventes conclues.
- j) E_____ SA a allégué qu'au moment de la promotion de T_____, il lui a été proposé de remplacer le système du bonus par des commissions sur le chiffre d'affaires. Elle en veut pour preuve que T_____ a signé le 28 janvier 2003 un document intitulé "*Commission scheme 2003 form*". Cette modification a été confirmée par courrier électronique du 30 mai 2003. Ces documents n'annulent pas expressément l'article 6 du contrat de travail et ne précisent pas que le système de commissionnement annule et remplace le système de bonus.
- k) Le 1^{er} juillet 2003, E_____ SA a remis à T_____ un document intitulé « *Commission payment policy* » prenant effet du 1^{er} juillet 2003 jusqu'au 31 décembre 2004. Ce document précisait qu'il remplaçait toute autre réglementation concernant le paiement de commissions, de bonus ou d'autres rémunérations variables. Dans la mesure où T_____ a refusé d'y apposer sa signature, ce document lui a été envoyé par courrier recommandé du 23 septembre 2003.
- l) T_____ admet avoir bien reçu ce document mais n'en avoir pas accepté les termes. Pour lui, les commissions devaient être versées en plus du bonus annuel. C'est pourquoi il avait signé le document de janvier 2003, mais avait refusé toute autre modification.
- m) Par courrier du 6 octobre 2003, E_____ SA a résilié le contrat de T_____ pour le 31 décembre 2003, en le libérant de son obligation de travailler dès le 10 octobre. Elle l'a informé du fait qu'il n'était plus éligible aux commissions et bonus à partir du 10 octobre et que le 13^{ème} salaire serait payé au prorata temporis le 31 décembre 2003.
- n) Par demande reçue au greffe de la Juridiction des Prud'hommes le 16 juin 2004, T_____ a assigné E_____ SA en paiement de fr. 27'256.- dont fr. 17'881.45 à titre de participation au bonus pour l'année 2003.
- o) Les autres postes de la demande n'ayant pas à être examinés dans le cadre de la présente procédure, ils ne seront pas évoqués.
- p) Se référant à une ordonnance du 15 novembre 2004, E_____ SA a produit, par chargé du 3 décembre 2004 différents documents dont le tableau des commissions versées aux employés du département "Vente" pour l'année 2002 (pièce n° 14), le tableau des bonus versés aux employés du département "Integration" pour l'année 2003 (pièce n° 15) et le tableau des commissions versées aux employés du département "Integration" pour l'année 2003 (pièce n° 16).
- q) Il ressort de ces documents qu'en 2002, les cinq employés du département "Integration" ont reçus des bonus calculés selon les mêmes normes que pour T_____. Ainsi A_____ a perçu fr. 11'543.- pour neuf mois d'activité, B_____

fr. 14'352.-, C_____ fr. 13'572.- et D_____ fr. 14'040.- pour douze mois d'activité. Il s'avère que A_____, B_____ et D_____ ont continué de travailler au sein du même département en 2003. Au cours de cet exercice, ils ont perçu un bonus calculé sur six mois ainsi que des commissions. A_____ a perçu fr. 7'614.- à titre de bonus et fr. 4'768.- à titre de commission, B_____ fr. 7'348.- à titre de bonus et fr. 4'605.- à titre de commission et D_____ fr. 7'722.- à titre de bonus et fr. 4'606.- à titre de commission. On relèvera aussi que F_____ et G_____ ont perçu en 2003 des bonus et des commissions.

- r) Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. Déposé dans le délai et la forme prévus à l'article 59 LJP, l'appel formé par E_____ SA est recevable.
2. Le Tribunal des Prud'hommes ayant statué en premier ressort, la Cour d'Appel revoit librement le fait et le droit (Aubert, 400 arrêts sur le contrat de travail, n° 449).
3. La Cour de céans est amenée à se pencher sur les questions suivantes :
 - Le bonus prévu contractuellement doit-il être considéré comme discrétionnaire ?
 - L'employeur a-t-il apporté la preuve qu'à partir de janvier 2003, les parties étaient convenues de substituer des commissions au bonus ?
 - Quel serait le montant d'un bonus en 2003 ?
4. Selon l'article 322d d CO, la gratification est une rétribution spéciale qui constitue une prestation de l'employeur s'ajoutant au salaire. Elle est en général versée à des occasions particulières et dépend, dans une certaine mesure en tout cas, de l'employeur, si ce n'est dans son principe du moins dans son montant. Il faut distinguer entre la gratification à bien plaie et la gratification obligatoire. La première est exceptionnelle et volontaire, elle ne fait pas partie du salaire. L'employeur décide librement du versement, de l'occasion et du montant de la gratification. La seconde est due lorsque son versement est convenu entre les parties et fait alors partie du salaire (Brunner/Bühler/Weber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, art. 322d CO; Duc/Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, *ad* art. 322).

Dans la mesure où le principe du bonus est fixé contractuellement et que son montant est déterminable selon des règles précises, on doit admettre qu'il ne s'agit pas d'une gratification à bien plaisir. Elle fait donc partie du salaire (Duc/Subilia, *op. cit. ad art. 322d p. 169*). Il en résulte également que l'article 322d ch. 2 CO est inapplicable (ATF 109 II 447; Duc/Subilia, *op. cit. p. 171*). La question de savoir si la gratification est purement facultative de l'employeur ou si le travailleur a une prétention à en obtenir le versement dépend des circonstances. Un montant fixé définitivement, convenu à l'avance, est un salaire. A l'inverse, on ne peut déduire du seul caractère variable de la bonification qu'il s'agit d'une gratification. L'accord – obligatoire pour l'employeur – peut toutefois ne porter que sur le principe du versement d'une gratification, dont l'employeur peut moduler les montants en fonction de la qualité de la prestation de travail, du cours des affaires et d'autres critères qu'il détermine librement (ATF 129 III 276, ATF 4C.244/2004).

En l'espèce, on relèvera que le paiement du bonus annuel est stipulé à l'article 6 du contrat : l'employeur s'y est engagé. En 2002, T_____ a perçu un bonus sans aucune réserve quant à son caractère exceptionnel. Ensuite, le bonus annuel est calculé selon une règle mathématique précise : dans la mesure où les objectifs fixés en début d'année sont réalisés, la gratification doit être payée. Il ne s'agit dès lors pas d'un montant laissé à l'entière discrétion de l'employeur mais bien d'une somme due et exigible en cas de réalisation d'objectifs précis. Les déclarations de l'appelante à l'audience du 12 juillet 2005 sont très claires à ce propos. Enfin, l'article 6 du contrat prévoit que le bonus pour l'année au cours de laquelle les rapports de travail prennent fin est dû, sauf si le congé a été donné pour un juste motif. On doit en déduire que l'employeur avait bien admis le principe du paiement d'un bonus, même jusqu'à l'échéance des relations contractuelles, en l'espèce jusqu'au 31 décembre 2003.

5. La deuxième question concerne la substitution éventuelle d'un système de commissionnement à celui d'un bonus.

On relèvera tout d'abord que la preuve d'un changement effectif dans le mode de paiement du complément de salaire (bonus et commissions) est à charge de l'employeur, conformément à l'article 8 CC, quand bien même la procédure prud'homale est régie par la maxime d'office (ATF 108 II 337 = JdT 1983 p. 538).

Comme l'a relevé le Tribunal des Prud'hommes, l'article 8 CC n'exclut pas l'appréciation anticipée des preuves (ATF 109 II 26 = JdT 1983 p. 260; ATF 119 II 557 = JdT 1994 p. 293; ATF 127 III 519). Le Juge peut refuser d'administrer une preuve dans la mesure où les moyens proposés ne seraient pas de nature à influencer le résultat des mesures probatoires.

Dans le cas d'espèce, la Cour de céans relèvera que l'appelante a allégué avoir augmenté le salaire de T_____ pour tenir compte de sa nouvelle fonction. Cela est

inexact puisque ladite augmentation a été consentie trois mois avant cette promotion. Il est également à relever que le document signé par T_____ le 28 janvier 2003 fait certes état d'un système de commissions, mais il n'est nullement précisé que le versement de commissions annule et remplace le versement du bonus annuel prévu à l'article 6 du contrat. Le courrier électronique du 30 mai 2003 donne certes des précisions sur la façon de calculer les commissions; nulle allusion concernant l'annulation pure et simple du système de bonus. Enfin, le document intitulé « Commission Policy Payment » prend effet du 1^{er} juillet 2003 jusqu'au 31 décembre 2004. Ce document indique effectivement que le paiement de commissions remplacera tout bonus. Or, l'article 20 du contrat de travail stipule que toute modification devait faire l'objet d'un accord écrit. Un tel accord écrit fait défaut. D'ailleurs, T_____ indique avoir refusé de s'y soumettre. Il a reçu ce document en juillet, puis par pli recommandé du 23 septembre 2003, soit un peu plus de deux semaines avant son licenciement. On relèvera enfin que les autres collaborateurs du département dans lequel travaille T_____ ont perçu, en sus des commissions, un bonus pour l'exercice 2003. La Cour estime dès lors qu'il n'est pas nécessaire de recourir à d'autres moyens de preuve tels que l'audition de témoins, et admettra que les parties n'ont pas manifesté un accord réciproque de substituer le bonus annuel par des commissions.

6. Dans la mesure où la gratification n'était pas discrétionnaire et que le versement de commissions n'en avait pas annulé le principe, on doit s'interroger sur son montant.

Jurisprudence et doctrine reconnaissent le principe de l'égalité de traitement dans le paiement d'une gratification. Cela veut dire que l'employeur doit traiter de manière égale les travailleurs se trouvant dans une situation semblable dans l'attribution des bonus. Toutefois, même en tenant compte du principe de l'égalité de traitement, l'employeur reste libre dans le choix des principes qu'il pose permettant de différencier les employés. Il pourra créer des groupes d'employés dans l'attribution des gratifications (JAR 1985 p. 128; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht n° 20 ad. art. 322 CO, n° 5).

Les collaborateurs du département dans lequel travaillait l'intimé ont reçu en 2003 et un bonus et des commissions, certes réduites en moyenne de 16.1 % par rapport à l'année précédente. Le calcul effectué par les premiers juges a pris en compte la totalité du bonus reçu en 2002 et tous les montants perçus, tant à titre de bonus que de commissions, en 2003. L'appelante avait pourtant déclaré à l'audience du 12 juillet 2005 que les critères de calcul du bonus 2003 auraient été les mêmes qu'en 2002. Dans la mesure où l'intimé ne fait pas appel incident, le calcul effectué par les premiers juges devra être confirmé quand bien même ils ont réduit de plus de 16 % le bonus 2003, tout en prenant en compte les commissions versées aux collaborateurs.

7. Selon l'art. 76 LJP, la procédure est gratuite pour les parties, sauf disposition contraire de la loi. Toutefois, le Juge peut mettre les dépens et les frais de justice à la charge de la partie qui plaide de manière téméraire. Dans le cas d'espèce E_____ SA n'a pas usé de procédés déloyaux.

PAR CES MOTIFS

Le Président de la Cour d'appel des prud'hommes, groupe 5

A la forme :

- Reçoit l'appel formé par E_____ SA contre le jugement du Tribunal des Prud'hommes du 21 janvier 2005 rendu dans la cause n° C/12979/2004-5.

Au fond :

- Confirme ledit jugement;
- Déboute les parties de toute autre ou contraire conclusion.

La greffière de juridiction

Le président