



E1\_\_\_\_

**Dom. élu** : Me Serge FASEL  
FBT Avocats  
Rue du 31 Décembre 47  
1207 Genève

Monsieur T\_\_\_\_

**Dom. élu** : Me Olivier SUBILIA  
Ch. Des Trois-Rois 5bis  
Case postale 5843  
1002 Lausanne

E2\_\_\_\_

**Dom. élu** : Me Serge FASEL  
FBT Avocats  
Rue du 31 Décembre 47  
1207 Genève

**Parties appelantes**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 26 novembre 2009

M. Guy STANISLAS, président

MM. Franco MAURI et Lorin VOUTAT, juges employeurs

Mme Paola ANDREETTA et M. Raymond FONTAINE, juges salariés

Mme Chantal MARGAND, greffière d'audience

**EN FAIT**

- A.** Par jugement du 18 février 2009, le Tribunal des prud'hommes a condamné les sociétés E1\_\_\_ et E2\_\_\_ à verser à T\_\_\_, conjointement et solidairement, la somme brute de fr. 35'000.- au titre de bonus garanti dû à l'employé. A l'appui de sa décision, les premiers juges ont considéré que la rémunération proposée à l'employé englobait un bonus garanti annuel de fr. 28'000.- qui constituait un élément du salaire au sens de l'article 322 CO. L'employé était ainsi habilité à réclamer le paiement de ce bonus garanti pour l'année 2007 (fr. 28'000.-) et pour l'année 2008 calculé prorata temporis (fr. 7'000.-). Le Tribunal a débouté T\_\_\_ de ses conclusions tendant au paiement d'une somme de fr. 24'204.50 à titre de commissions sur les affaires apportées à son employeur, faute d'accord spécifique convenu à ce sujet. En outre, l'employeur fut condamné à remettre un certificat de travail conforme à T\_\_\_.
- B.** A l'encontre de ce jugement notifié le 19 février 2009, E1\_\_\_ et E2\_\_\_ interjettent appel par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 23 mars 2009. A l'appui de leur appel, E1\_\_\_ et E2\_\_\_ font grief aux premiers juges d'avoir retenu que le bonus annuel de fr. 28'000.- constituait un élément de la rémunération versée à l'employé. Les appelantes retiennent que, hormis pour la première année où la rétribution avait un caractère obligatoire, le bonus constituait une gratification purement facultative de l'employeur qui était versée à bien plaire et sans obligation contractuelle. Les appelantes rappellent que l'animateur des sociétés et président du conseil d'administration, A\_\_\_, avait mis en place une politique de versement de bonus pour les membres de la direction aux termes de laquelle l'octroi d'un bonus avait un caractère exclusivement discrétionnaire et dépendait de critères d'appréciation tels l'engagement personnel du collaborateur, l'apport de nouveaux dossiers, la facturation ainsi que la marge contributive laissée par le collaborateur. Compte tenu de son caractère discrétionnaire, l'employé ne pouvait prétendre au versement de ce bonus. Les appelantes concluent ainsi que le jugement du Tribunal des prud'hommes du 18 février 2009 soit annulé et que T\_\_\_ soit débouté de ses réclamations.
- C.** Par mémoire de réponse adressé à la Juridiction des prud'hommes le 11 mai 2009, T\_\_\_ a conclu à la confirmation du jugement entrepris en retenant que le bonus annuel de fr. 28'000.- constituait un élément du salaire.
- D.** Il ressort de la procédure les faits pertinents suivants :

- a) E1\_\_\_ (ci-après « E1\_\_\_ ») et E2\_\_\_ (ci-après « E2\_\_\_ ») sont actives dans l'exécution de mandats fiduciaires et les conseils en constitution, organisation et gestion de sociétés. Les deux sociétés sont présidées par A\_\_\_.
- b) T\_\_\_ fut engagé par le groupe A\_\_\_ à compter du 1<sup>er</sup> mai 2005 en qualité d'expert-fiscal diplômé avec rang de directeur-adjoint, puis de directeur du département fiscal.
- c) Aucun contrat écrit n'a été établi. Les parties divergent sur les modalités de la rémunération liée à l'activité de l'employé. Ce dernier indique que, lors des discussions précédant son engagement, il avait demandé à pouvoir bénéficier d'une rémunération annuelle globale de fr. 220'000.-, son employeur ayant accédé à cette exigence en fractionnant cette rémunération en trois postes, l'un relatif à un salaire fixe (fr. 180'000.-), l'autre relatif à des frais forfaitaires (fr. 12'000.-) et le troisième relatif à un bonus garanti (fr. 28'000.-). Un bonus complémentaire, à caractère discrétionnaire, avait également été évoqué lors de l'entretien d'embauche.
- A\_\_\_, pour sa part, relève qu'une enveloppe globale de fr. 220'000.- avait bien été évoquée lors des pourparlers, mais cette rémunération comprenait un « incentive » sous forme d'un bonus qui avait nécessairement un caractère à bien plaie et discrétionnaire, hormis pour la première année où il présentait un caractère contractuel et garanti.
- d) En sus de son salaire et des frais forfaitaires, T\_\_\_ a reçu, en mars 2006, une somme de fr. 19'000.- à titre de « décompte bonus 2005 ». De même, le 25 juin 2007, T\_\_\_ reçut de son employeur une somme brute de fr. 28'000.- à titre de « décompte bonus 2006 ».
- e) Par courrier du 27 janvier 2008, T\_\_\_ a dénoncé les rapports de service pour le 31 mars 2008. Ayant reçu son décompte de salaire au 31 mars 2008, il réclama alors le paiement du bonus pour l'année 2007 et pour l'année 2008 prorata temporis.
- E. Le 1<sup>er</sup> septembre 2008, T\_\_\_ saisit la Juridiction prud'homale d'une réclamation à l'encontre de E1\_\_\_ et E2\_\_\_. Dans ses dernières conclusions, il a conclu à la condamnation des sociétés précitées à lui payer les sommes de fr. 28'000.- à titre de complément de salaire pour l'année 2007, fr. 7'000.- à titre de complément de salaire pour l'année 2008, fr. 24'204.50 à titre de commissions sur les affaires apportées pendant la relation de travail et fr. 7'000.- à titre de frais forfaitaires. Il a réclamé, en outre, la remise d'un certificat de travail conforme. A l'appui de sa réclamation, il a indiqué que, lors de son engagement au sein des sociétés précitées, les parties étaient tombées d'accord sur une rémunération globale de fr. 220'000.- qui était composée d'un salaire fixe, d'une indemnité de frais forfaitaires et d'un bonus annuel garanti. Il a indiqué avoir reçu ce bonus annuel

garanti, calculé prorata temporis, pour l'année 2005 et l'avoir également reçu intégralement pour l'année 2006 correspondant à sa deuxième année de service. Il en réclamait donc le paiement pour l'année 2007, ainsi que pour l'année 2008 sur une base prorata temporis.

L'employeur a indiqué qu'une enveloppe de fr. 220'000.- avait bien été indiquée lors des pourparlers contractuels, mais qu'il avait précisé qu'une rémunération globale prenait en considération un bonus à bien plaire d'un montant annuel de fr. 28'000.- qui n'était garanti que la première année, montant qui avait été payé. L'employeur a indiqué que le bonus annuel avait également été versé la deuxième année (2006), compte tenu des mérites qu'avait démontrés l'employé et de la motivation que l'employeur entendait préserver en allouant cette rétribution. Par contre, l'employeur estimait que la dégradation des rapports de travail en 2007 et l'incapacité de l'employé à s'imposer comme un responsable du département fiscal ne permettaient pas l'octroi d'un bonus pour l'année 2007, a fortiori pour l'année 2008.

- F.** Par jugement du 18 février 2009, le Tribunal des prud'hommes a fait droit à la réclamation de T\_\_\_ liée au paiement du bonus pour les années 2007 et 2008. A l'appui de son argumentation, le Tribunal a relevé qu'une enveloppe annuelle de fr. 220'000.- avait été convenue lors de l'entretien de T\_\_\_, que ce dernier avait reçu son bonus pour l'année 2005 calculé prorata temporis, ainsi que pour l'année 2006 sur une base intégrale sans que l'employeur ait procédé à une évaluation approfondie des objectifs réalisés par son employé. Le Tribunal en a retenu que le bonus annuel de fr. 28'000.- constituait un élément du salaire et était ainsi dû à l'employé.

Les autres postes de la réclamation de T\_\_\_ ont été écartés au motif qu'il n'avait pas rapporté la preuve d'un accord concernant l'octroi de commissions sur les affaires apportées et que l'indemnité de frais forfaitaires réclamée en procédure lui avait été intégralement versée.

- G.** A l'encontre de ce jugement, notifié le 19 février 2009, E1\_\_\_ et E2\_\_\_ interjettent appel par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 23 mars 2009 en faisant grief au Tribunal d'avoir retenu le caractère obligatoire du bonus proposé à l'employé. T\_\_\_ a sollicité la confirmation du jugement entrepris, ne contestant pas les autres points du jugement qui avaient écarté sa réclamation.
- H.** A l'audience de ce jour, A\_\_\_, représentant des appelantes, a indiqué que le bonus offert aux responsables du management était décidé par lui-même et ses associés en fonction de divers critères liés à la prestation de l'employé tels que son engagement et son comportement, l'apport de nouveaux dossiers, sa

facturation et la marge contributive laissée par le collaborateur. Il a précisé que, dans le cadre de la politique de rémunération de l'entreprise, le bonus ainsi octroyé avait un caractère à bien plaie et discrétionnaire. S'agissant de T\_\_\_, il a rappelé qu'une rémunération globale de fr. 220'000.- avait bien été évoquée lors de l'entretien d'embauche, mais que cette rémunération devait englober un « incentive », hormis pour la première année où la rémunération avait été garantie. Il a indiqué avoir accepté de verser le bonus également la seconde année, prorogeant ainsi d'une année complémentaire l'engagement souscrit, afin de motiver son employé dans l'accomplissement de ses tâches.

T\_\_\_ a indiqué avoir prétendu à un niveau de rémunération de l'ordre de fr. 220'000.- par année, compte tenu de sa rémunération précédente, et qu'il avait accepté que cette rémunération soit composée d'un fixe, d'une indemnité de frais forfaitaires et d'un bonus annuel garanti.

### **EN DROIT**

1. L'appel est recevable pour avoir été interjeté dans la forme et les délais prescrits par la loi (article 59 LJP).
  
2. Devant la Cour d'appel des prud'hommes, seule la question du bonus lié aux années 2007 et 2008 reste litigieuse, les autres éléments de la contestation (commissions, frais forfaitaires, certificat de travail) n'étant pas repris par les parties. La légitimation passive des appelantes, défenderesses à la procédure, est également admise.
  
- 3.a) Le droit suisse ne contient aucune disposition qui définisse et traite de façon spécifique du bonus (PORTMANN, Die Arbeitsbedingungen der Bankangestellten, in Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Zürich 2004, p. 581 ss, 587 ; MEIER, Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis, ArbR 2001, p. 61 ss 64; VÖGELI GALLI / HEHLI HIDBER, Bonuszahlungen : Möglichkeiten und Risiken, RSJ 2001, p. 445 ss, 446). Selon ses caractéristiques, le bonus sera considéré soit comme une gratification au sens de l'article 322d CO, soit comme un élément du salaire (article 322d CO), pouvant revêtir, selon les cas, la forme d'une participation au résultat de l'exploitation (article 322a CO) (PORTMANN, op. cit., p. 587 ; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2005, p. 108). Cette qualification est déterminante, car le régime des gratifications est beaucoup plus flexible que les règles applicables aux éléments du salaire. Ainsi, contrairement au salaire, la gratification dépend, au moins partiellement, du bon vouloir de l'employeur. Si

elle n'a pas été convenue expressément ou par actes concludants, la gratification est entièrement facultative et, si un versement a été convenu, l'employeur est tenu d'y procéder, mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer (ATF 131 III 615 consid. 5.2 ; 129 III 276 consid. 2 p. 278). Il est admis que l'employeur peut, dans les limites de l'article 27 al. 2 CC (cf. ATF 130 III 495 consid. 5 ; VISCHER, op. cit., p. 105 s.), subordonner le droit à la gratification à des conditions (arrêt du Tribunal fédéral 4C.263/2001 du 22 janvier 2002 consid. 4b in fine), par exemple la présence du salarié dans l'entreprise lors de son versement ou l'absence de résiliation du contrat (AUBERT, Commentaire romand, N 8 ad art. 323 CO ; WYLER, Droit du travail, 2<sup>ème</sup> ed. P. 169 s. ; REHBINDER, Commentaire bernois, N 14 ad art. 322d CO ; VÖGELI GALLI / HEHLI HIDBER, op. cit., p. 447). De plus, si les rapports de travail ont pris fin avant l'échéance de la gratification, le salarié ne peut prétendre à un montant prorata temporis que s'il en a été convenu ainsi (cf. art. 322d al. 2 CO).

Lorsque le contrat prévoit le versement d'une somme déterminée pour une année précisément désignée, indépendamment des résultats effectifs de la société et de l'activité de l'employé, cette rétribution est assimilée à un salaire et non pas à une gratification au sens de l'article 322d al. 1 CO, puisque le montant et l'échéance sont inconditionnels (cf. arrêt 4C.178/2002 du 13 septembre 2002, consid. 4 in fine ; 4C.359/1995 du 6 décembre 1998, publié in JAR 1997, p. 124, consid. 2a ; cf. arrêt 4C.340/2005 du 24 janvier 2006 consid. 2.1 in fine).

- b)** La question de savoir si la gratification est une prestation purement facultative de l'employeur ou si le travailleur a une prétention à en obtenir le versement dépend des circonstances. Une obligation peut avoir été convenue expressément dans un contrat écrit ou oral, mais peut également résulter, pendant la durée du contrat de travail, d'actes concludants, par exemple si un certain montant a été versé de manière régulière et sans réserve (WYLER, op. cit., p. 166; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3<sup>ème</sup> éd., n°5 ad art. 322d CO ; DELBRÜCK, Die Gratifikation in schweizerischen Einzelarbeitsvertrag, p. 57). C'est l'application du principe de la confiance qui déterminera si, en cas de versements répétés et sans réserve, la gratification a perdu son caractère volontaire initial pour se transformer en obligation pour l'employeur. Il s'agira de rechercher comment une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 126 III 59 consid. 5b). C'est donc l'ensemble des circonstances qui entourent le versement qui déterminera le caractère facultatif ou obligatoire de la rétribution (DELBRÜCK, op. cit., p. 61).
- 4.** En l'espèce, les parties retiennent qu'elles se sont mises d'accord sur une enveloppe de rémunération annuelle de fr. 222'000.- qui constituait la rétribution à laquelle l'employé pouvait prétendre. Elles divergent toutefois sur une

composante de cette rémunération qui constituait, pour l'un un bonus garanti et, pour l'autre, un bonus discrétionnaire.

- a) La Cour d'appel relève tout d'abord qu'un bonus exclusivement discrétionnaire et à bien plaisir, tel qu'invoqué par l'employeur, s'accommode mal d'une rémunération globale convenue entre l'employeur et l'employé. Le bonus exclusivement discrétionnaire et à bien plaisir reste en effet une contribution extraordinaire qui s'ajoute au salaire, versée en certaines occasions (STAHELIN, Commentaire zurichois, n° 2 et ss, ad art. 322d CO), et qui dépend de la volonté de l'employeur. Cette rétribution présente ainsi un caractère exceptionnel et on conçoit dès lors mal qu'elle constitue la composante d'une rémunération annuelle convenue entre l'employeur et l'employé.
- b) De plus, il est retenu qu'un montant fixe et définitivement convenu à l'avance ne constitue en principe pas une gratification, mais un salaire (ATF 119 II 444 consid. 5c ; JAR 1997 p. 124 consid. 2a). En retenant que la rémunération de l'employé serait composée d'un « bonus », dont le montant était fixé à l'avance à fr. 28'000.-, les parties lui ont fait perdre son caractère exclusivement aléatoire, ce d'autant plus que cette rétribution s'inscrit dans la globalité d'une rémunération convenue.
- c) Le bonus 2005 a été versé le 30 mars 2006 pour un montant de fr. 19'000.- correspondant, prorata temporis, à l'activité déployée par l'intimé du 1<sup>er</sup> mai au 31 décembre 2005. Le bonus 2006 a été versé, dans son intégralité, le 26 juin 2007, et correspond à l'activité déployée par l'employé du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2006. Les appelantes indiquent que ce bonus constituait une gratification à bien plaisir et ne présentait aucun caractère obligatoire. Leur argumentation ne peut être retenue. Tout d'abord, il y a lieu de relever que le versement de cette rétribution n'a été accompagné d'aucune réserve ou condition ; or, il appartenait à l'employeur, dès lors que cette rétribution s'inscrivait dans l'enveloppe de rémunération convenue et qu'un bonus garanti avait, selon ses dires, été prévu pour la première année, d'accompagner le versement de ce second bonus de réserves de manière à ce que l'employé puisse l'identifier sans ambiguïté comme une prestation à bien plaisir. Or, cette gratification, certes versée avec quelques semaines de retard par rapport au bonus de l'année précédente, n'a été accompagnée d'aucune réserve qui eût permis à l'employé d'en comprendre le caractère aléatoire et facultatif. Il n'est pas exclu que A\_\_\_ ait souhaité procéder, à cette occasion, au versement d'une réelle gratification, mais il lui appartenait alors, compte tenu de toutes les circonstances ci-dessus évoquées, d'en informer son employé qui pouvait légitimement comprendre l'exécution de cette prestation comme le paiement de l'intégralité du salaire convenu.

De plus, la Cour d'appel relève que le versement du bonus 2006 a eu lieu le 26 juin 2007, soit à une époque où les relations de travail s'étaient déjà dégradées entre les parties et où les performances de l'employé étaient jugées comme peu

satisfaisantes. Cet élément fait également perdre à la rétribution versée le 26 juin 2007 son caractère aléatoire et exceptionnel de récompense. Enfin, il sera rappelé que le versement de ce bonus n'a été précédé d'aucune évaluation des objectifs réalisés par l'employé et que le libellé lié à son versement (« décompte bonus 2006 ») tend également à démontrer qu'il s'agissait de l'exécution d'un accord contractuel et non d'une gratification complémentaire aléatoire.

- d) Enfin, l'argumentation des appelantes selon laquelle le bonus versé le 26 juin 2007 tendait, pour partie, à honorer le solde du bonus garanti la première année, soit la période du 1<sup>er</sup> janvier au 30 avril 2006, ne peut être retenue. Tout d'abord, le solde de ce bonus garanti s'élevait à fr. 9'000.- et on ne comprend pas que l'employeur ait procédé au versement d'un montant de fr. 28'000.- qui correspond précisément au bonus annuel proposé ; de plus, si le paiement d'une partie de cette somme (fr. 9'000.-) était dû à titre de bonus garanti pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 30 avril 2006, on comprend pas qu'il ait été versé plus d'une année plus tard, soit le 26 juin 2007 en même temps qu'une gratification complémentaire, prétendument au caractère aléatoire, de fr. 19'000.- versée à la même date. D'ailleurs, cette argumentation, développée dans l'acte d'appel, ne semble plus retenue par A\_\_\_ qui a indiqué, à l'audience de ce jour, avoir voulu proroger d'une année le bonus garanti proposé à son employé lors de son engagement, afin d'accentuer sa motivation. Là également, si l'employeur entendait proroger d'une année le versement d'un bonus garanti, il lui appartenait d'en informer clairement son employé, situation qui n'a pas été réalisée en l'espèce. En fonction de ces circonstances, ce dernier était légitimé à considérer de bonne foi que cette prestation relevait d'un salaire convenu.
- e) Pour toutes ces raisons, il y a lieu de confirmer le jugement entrepris.

### **PAR CES MOTIFS**

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 4

#### A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par E1\_\_\_ et E2\_\_\_ à l'encontre du jugement du Tribunal des prud'hommes rendu le 18 février 2009 dans la cause C/19723/2008-4.

#### Au fond :

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Laisse l'émolument d'appel à la charge des appelantes.

La greffière de juridiction

Le président