



T _____
Dom. élu : Me Yves BERTOSSA
Rue de la Fontaine 2
1204 Genève

E _____ SA
Dom. élu : Me Clarence PETER
Rue Massot 9
1206 Genève

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 30 avril 2007

M. Patrick BLASER, président

MM. Raymond BOURRECOUD et Franco MAURI, juges employeurs

MM. Alfred HUSMANN et Alexandre-Frédéric LAMY, juges salariés

Mme Katia METRAILLER, greffière d'audience

EN FAIT

- A. T_____ (ci-après : l'appelant) a été engagé par contrat daté du 1^{er} mars 2004 par E_____ SA (pièce 1 appelant), société anonyme ayant son siège à Genève et dont le but est de développer des programmes et des services informatiques dans le domaine du commerce international (ci-après : l'intimée). Son entrée en service était fixée au 17 mars 2004.

Selon l'article premier dudit contrat, la première mission de l'appelant était « *la mise en place d'un bureau et centre opérationnel de E_____ en Asie Pacifique* », tâche qui comprenait « *entre autres, le recrutement et formation du personnel dont les compétences permettront à E_____ de poursuivre son développement dans cette région et de consolider les partenariats avec A_____ et B_____* ».

Sous la rubrique « *rémunération* » (art. 3 du contrat de travail), « *un salaire mensuel brut de CHF 12'500.- par mois, 12 fois par an* » ainsi qu'« *un bonus annuel de CHF 30'000.- basé sur la performance par rapport aux objectifs à déterminer ultérieurement* » ont été stipulés.

Conformément à cette stipulation, l'intimée avait d'ailleurs préparé, en novembre 2003, un plan des salaires de son personnel pour l'année 2004 (pièce 2 appelant) duquel il ressort que le « *bonus potentiel* » (« *potential bonus* » ou « *monthly average of potential bonus* ») de l'appelant était fixé à environ CHF 2'500.- par mois et qu'hormis l'appelant, un tel bonus n'avait été accordé qu'à un seul employé de E_____ SA, le dénommé C_____.

Le contrat prévoyait encore qu'« *en fonction des objectifs arrêtés et réalisés, l'employé se verra attribuer des options à titre de gratification* », conformément à un plan d'intéressement que l'intimée s'engageait à mettre en place (art. 4 du contrat).

- B. Avant d'être engagé comme salarié, l'appelant, alors domicilié aux Etats-Unis, avait été au bénéfice d'un contrat de mandat conclu le 5 novembre 2003 avec l'intimée, « *pour l'assister à mettre en place un bureau E_____ dans la région d'Asie Pacifique, ce qui comprendra le recrutement et la formation de personnel* » (pièce 2 intimée).

L'article troisième de ce contrat de mandat prévoyait une rémunération de CHF 750.- pour une journée de huit heures.

A teneur du cahier des charges établi par l'appelant en date du 30 novembre 2003, ses « *objectifs initiaux* » étaient, dans ce cadre, de « *planifier et diriger la mise en place d'une présence physique de E_____ en Asie Pacifique* »,

d'« assurer un développement solide des relations avec les partenaires commerciaux de E_____ », soit, en particulier A_____, D_____ et B_____, et d'« utiliser les contacts des partenaires de même que les connaissances acquises localement dans les diverses régions, développer de solides relations avec des clients, qu'elles soient existantes ou potentielles, dans le but de promouvoir les ventes et de soutenir l'implantation éventuelle des produits » (pièce 3 intimée).

- C. Par courrier du 15 décembre 2004 (pièce 3 appelant), l'intimée a mis un terme au contrat la liant à l'appelant, avec effet au 28 février 2005, suite à sa décision de fermer son bureau de Singapour, pays dans lequel l'appelant avait été affecté depuis peu.
- D. Sous la plume de son conseil, l'appelant a, par courrier du 25 avril 2005, mis l'intimée en demeure de lui verser le bonus stipulé au troisième article de son contrat de travail à hauteur de CHF 30'000.-, en alléguant qu'il avait toujours parfaitement rempli les tâches qui lui étaient assignées et que ce montant lui était dû « d'autant plus qu'il a été prévu pour correspondre, ajouté au salaire précité [de CHF 12'500.-], au salaire de T_____ avant son engagement définitif, soit CHF 15'000.- par mois » (pièce 4 intimée).
- E. Par lettre de son avocat du 13 mai 2005, l'intimée a refusé le versement du bonus aux motifs que, d'une part, « le travail à Singapour de T_____ s'est révélé n'être pas satisfaisant » et que, d'autre part, elle n'avait jamais eu l'intention de majorer le salaire contractuel de l'appelant pour le faire correspondre à sa rétribution antérieure, l'octroi du bonus en question étant expressément conditionnel (pièce 4 appelant).

Concernant le premier des motifs sus exposés, l'intimée a précisé que, premièrement, « T_____ s'est contenté d'exploiter, sans l'accroître, le réseau de connaissances précédemment acquis par F_____ », absence de développement qui « a eu pour conséquence que le bureau de Singapour n'a pas généré suffisamment d'opportunités commerciales qui auraient permis l'engagement de personnel nouveau et le développement rapide de E_____ à Singapour », et que, deuxièmement, « T_____ n'a pas pu répondre de façon satisfaisante à l'appel d'offres reçu à Singapour fin novembre, début décembre 2004 » faute de connaissance suffisante du dossier.

- F. Par demande parvenue au greffe de la Juridiction des Prud'hommes le 18 octobre 2005, T_____ a assigné E_____ SA en paiement de CHF 55'000.-, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 28 février 2005, somme qui se décomposait en CHF 30'000.- à titre de bonus et CHF 25'000.- à titre de gratifica-

tion – cette seconde prétention ayant été abandonnée au stade de l'instance supérieure.

T_____ a en substance exposé que les objectifs sur la base desquels devait être versé le bonus devaient être déterminés après la signature du contrat. Le bonus n'était donc pas lié à l'accomplissement des tâches prévues par son contrat de travail.

G. L'audience de conciliation a eu lieu le 10 novembre 2005, sans succès, et la cause a été renvoyée au Tribunal des Prud'hommes.

H. Le mémoire de réponse de E_____ SA est parvenu le 6 décembre 2005 au greffe de la Juridiction. Elle a exposé qu'entre novembre 2003 et mars 2004, la rémunération de T_____ avait été calculée en fonction de son statut d'indépendant, statut qui impliquait la prise en charge par lui-même de ses cotisations sociales. Or, le bonus prévu dans le contrat de travail était conditionnel, potentiellement fixé à CHF 30'000.- par an, soit CHF 2'500.- par mois, qui seraient attribués sur la base des objectifs qui devaient être déterminés en fonction de l'évolution du projet à Singapour. Aucun des objectifs initiaux n'avait toutefois été atteint.

I. A l'audience du 17 janvier 2006, les parties ont persisté dans leurs conclusions. T_____ a déclaré que le produit qu'il devait vendre à Singapour n'était pas fini, ce qui rendait sa vente difficile, au point qu'il avait suggéré en septembre 2004 de stopper l'activité y relative. Il s'agissait d'un marché très difficile, qui nécessitait une longue période de mise en place durant laquelle il aurait fallu pouvoir présenter le produit. S'agissant du bonus, il a relevé qu'un autre collaborateur l'avait perçu dans son intégralité à la fin de l'année 2004. T_____ a encore ajouté que les tâches qu'il avait dû accomplir en tant que consultant n'étaient pas très différentes de celles qui lui avaient été confiées comme salarié. La différence de statut s'expliquait par le fait qu'il avait dû faire diverses démarches en vue d'obtenir un permis de travail.

Il a également été procédé à l'audition de F_____, entendu en qualité de témoin assermenté. Administrateur de E_____ SA jusqu'au mois de janvier 2006, il est devenu, suite à la radiation de sa fonction, administrateur de E_____ HOLDING SA, société par laquelle E_____ SA a été rachetée courant 2005. Il occupa cette fonction jusqu'à la fin mars 2006. Il a déclaré que l'initiative d'installer un bureau à Singapour provenait de A_____, afin de préparer l'aspect opérationnel qui devait suivre la création du produit. Il avait engagé T_____, avec lequel il avait auparavant travaillé au sein de la B_____, l'une des sociétés partenaires de l'intimée. La phase opérationnelle n'avait pas eu lieu et les objectifs fixés n'avaient pas été réalisés. L'intimée a vite réalisé que ce service réclamait des compétences particulières dans le domaine des douanes ainsi que dans celui

technologique, ce qui dépassait les seules compétences de vendeur de l'appelant. La tâche était certes difficile, mais elle aurait pu et dû être mieux accomplie. Le marché concerné présentait peu de concurrence et les circuits étaient longs à installer. Toutefois, si le produit n'était pas prêt, il était néanmoins possible de présenter certains composants à l'écran, dès lors que le travail de conception était fait. T_____ devait développer les relations avec les partenaires potentiels. Quand bien même Singapour était la Genève de la montre, le témoin a été surpris du fait que l'appelant ne lui avait pas présenté une seule personne de contact. L'appel d'offre de douanes de novembre et décembre 2004, auquel la société n'avait même pas répondu, aurait nécessité d'avoir un relais avec un acteur local ; il était nécessaire de connaître le client, ses fournisseurs et ses activités. Cela étant, il s'était agi d'un travail d'équipe et il était apparu que A_____, contrairement à ce qui avait été estimé au départ, ne possédait pas les éléments suffisants pour répondre elle-même à l'appel d'offres. Le témoin était lui-même en relation quotidienne avec l'appelant sur cette affaire. La fermeture des bureaux avait été décidée avec A_____, afin de consacrer l'argent et le temps disponibles à d'autres régions.

F_____ a fait état de trois événements qui l'ont mécontenté dans le parcours de T_____ : i) un projet avec G_____, basée à Hong-Kong, a été mal géré par celui-ci, ii) en juin 2004, la division de la B_____ (le principal partenaire de E_____ SA) avec laquelle il travaillait lui a fait comprendre que T_____ a été *persona non grata* et iii) T_____ a fait preuve de beaucoup de mauvaise volonté lorsqu'il lui avait demandé son aide sur Dubaï. Il a ajouté que T_____ était le moins performant des employés.

S'agissant du bonus stipulé dans le contrat de travail de l'appelant, le témoin a soutenu que les objectifs auxquels il était conditionné étaient fixés régulièrement, sur la base d'un dialogue quotidien. Il a en outre indiqué qu'il avait été convenu de le verser à raison de CHF 30'000.- si les affaires se développaient bien. Il ne s'agissait pas d'intégrer ce bonus au salaire. Il a ajouté que le coût réel de cet employé était plus élevé, au vu de son âge, que la rémunération qui lui avait été proposée. Enfin, le témoin a déclaré que le bonus payé à C_____, collaborateur de T_____, avait été payé par la B_____, avec qui cela avait été discuté.

- J. A l'issue de l'audience, l'affaire a été gardée à juger. Par jugement n° TRPH/332/2006 du 25 avril 2006, le Tribunal, après avoir déclaré recevable la demande formée le 18 octobre 2005 par T_____, a débouté ce dernier des fins de sa demande.
- K. Par mémoire parvenu au greffe de la Juridiction des Prud'hommes le 2 juin 2006, T_____ a appelé du jugement susmentionné, concluant à son annulation et

à la condamnation de E_____ SA à lui payer la somme de CHF 30'000.- avec intérêts à 5% l'an dès le 28 février 2005.

A l'appui de ses conclusions, l'appelant expose i) que le bonus litigieux a été prévu sous la rubrique « *rémunération* » du contrat de travail du 1^{er} mars 2004 et non sous la rubrique « *gratification* », ii) que ledit bonus a été prévu afin de compenser sa perte de salaire par rapport au salaire qu'il recevait antérieurement, soit CHF 15'000.- et iii) qu'aucun objectif n'a été discuté ou déterminé qui aurait conditionné l'attribution dudit bonus – ce que E_____ SA n'aurait pas contesté. Pour ces raisons, l'appelant estime que, s'agissant d'un montant fixé définitivement et convenu à l'avance, le bonus litigieux constitue un salaire.

L. La réponse de E_____ SA audit appel est parvenue quant à elle le 6 juillet 2006 au greffe de la Juridiction, concluant à la confirmation du jugement entrepris.

L'intimée a contredit l'argumentation de l'appelant en avançant i) que le versement du bonus litigieux était soumis à la satisfaction d'objectifs, que E_____ SA n'a du reste jamais admis avoir omis de fixer, point de vue pour le surplus confirmé par la formulation de la pièce 2 produite par l'appelant (« *potential bonus* »), ii) que si le montant du bonus était indiqué dans le contrat, il n'en allait pas de même de son échéance et iii) que, dans tous les cas, l'appelant n'avait ni satisfait à l'objectif initial prévu par le contrat du 1^{er} mars 2004, ni fait aboutir les missions qui lui ont été confiées ultérieurement.

M. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties qui s'est tenue le 26 septembre 2006, les parties ont persisté dans leurs conclusions et confirmé intégralement les déclarations faites en première instance.

Au terme de l'audience, la Cour d'appel a gardé la cause à juger.

EN DROIT

1. Interjeté dans la forme et les délais prévus par la loi, l'appel est recevable.
2. L'appelant réclame le versement d'une somme de CHF 30'000.- à titre de bonus.

A teneur de l'art. 322d CO, si l'employeur accorde en sus du salaire une rétribution spéciale (gratification ou bonus) à certaines occasions, telles que Noël ou la

fin de l'exercice annuel, le travailleur y a droit lorsqu'il en a été convenu ainsi (al. 1).

Comme l'a rappelé le Tribunal des Prud'hommes, sans être contredit par les parties, doctrine et jurisprudence posent que l'obligation d'accorder une gratification n'existe que s'il y a eu accord exprès ou tacite à ce sujet. Une telle obligation peut en effet avoir été convenue expressément dans un contrat de travail. Mais elle peut également résulter, pendant la durée de ce dernier, d'actes concluants, comme le versement régulier et sans réserve d'un certain montant (ATF du 22 janvier 2002 en la cause 4C.263/2001, consid. 4b ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^{ème} éd., N. 5 *ad* art. 322d CO ; TERCIER, Les Contrats spéciaux, 3^{ème} éd., N. 3142). La gratification ne doit, en outre, pas être considérée comme une partie intégrante du salaire mais comme une prestation supplémentaire (KUHN, Le Droit du travail actuel dans les entreprises, N. 4/3.4.1, p. 2 ; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5^e éd., N. 3 *ad* art. 322d CO). En général, elle est octroyée à titre de récompense pour le travail fourni ou comme stimulation pour les activités futures (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le Contrat de travail, Code annoté, 3^{ème} éd., N. 1.1 *ad* art. 322d CO). Il convient de noter, à cet égard, qu'une rétribution dont le montant et l'échéance inconditionnelle sont fixés d'avance constitue, en revanche, un élément du salaire (ATF du 6 décembre 1995, JAR 1997, 124 consid. 2a ; ATF 109 II 447, consid. 5c ; WYLER, Droit du travail, pp. 118 s. ; TERCIER, *op. cit.*, N. 3139 ss).

Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, le juge doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1^{er} CO). S'il ne parvient pas à établir avec sûreté cette volonté effective, ou s'il constate que l'un des cocontractants n'a pas compris la volonté réelle exprimée par l'autre, il recherchera le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques (ATF 125 III 435, consid. 2a ; ATF 122 III 118, consid. 2a ; ATF 118 III 342, consid. 1a ; ATF 112 II 245, consid. II/1c). Le juge commence par interpréter le contrat de manière littérale et tient compte des circonstances qui ont entouré sa conclusion (ATF 127 III 444, consid. 1b ; ATF 125 III 305, consid. 2b ; ATF 115 II 264, consid. 5a). Cependant, la jurisprudence considère qu'en dépit de la teneur à première vue claire et indiscutable d'une clause contractuelle, il peut résulter des circonstances que la lettre ne corresponde pas exactement au sens de l'accord conclu (ATF 128 III 212, consid. 2b/bb et 3c, p. 221 ; ATF du 28 février 2002 en la cause 5C.305/2001, consid. 4b ; ATF 127 III 444, consid. 1b ; ATF 125 III 305, consid. 2b ; ATF du 9 juillet 1998 en la cause 4C.436/1997, consid. 2 ; ATF du 2 mars 1998 en la cause 4C.24/1997, consid. 1c ; CHAPPUIS, Le texte clair du contrat, *in* Pour un droit pluriel, 2002, pp. 3 ss).

Selon l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. A moins que la loi ne prescrive le

contraire, le juge apprécie librement le résultat des mesures probatoires (art. 343 al. 4 CO ; art. 196 LPC applicable à titre supplétif en vertu de l'art. 11 LJP).

En l'espèce, l'argumentation de l'appelant ne supporte pas l'examen :

Premièrement, bien que le bonus litigieux de CHF 30'000.- ait littéralement été prévu sous la rubrique « rémunération », il ressort du texte même de l'article 3 du contrat de travail que la commune et réelle intention des parties était de soumettre son octroi à la condition de « *la performance par rapport aux objectifs à déterminer ultérieurement* » (pièce 1 appelant). Pour le surplus, le fait que le contrat contienne une rubrique « gratification » distincte (art. 4 du contrat) ne contrarie en rien cette conclusion. Le témoin a d'ailleurs relevé en première instance : « *On lui a dit que si les affaires se développaient bien, on pourrait lui accorder un bonus de l'ordre de CHF 30'000.-* ». Or, selon l'état de fait, les affaires se sont développées si mal qu'il a été décidé de fermer le bureau de Singapour.

Deuxièmement, l'appelant n'a démontré à aucun stade de la procédure que le bonus en question avait été prévu pour « *compenser la perte de salaire de T_____ qui recevait antérieurement un salaire mensuel de CHF 15'000.-* ». En revanche, l'intimée a exposé, de manière convaincante, dans son mémoire de réponse parvenu au greffe le 6 décembre 2006, que cette différence de rémunération s'expliquait par le fait qu'en tant que consultant indépendant, l'appelant devait supporter « *toutes les charges sociales, contributions au deuxième pilier et autres impôts* », ce qui n'était plus le cas à partir de son engagement du 1^{er} mars 2004.

Troisièmement et enfin, c'est à tort que l'appelant allègue « *l'absence d'objectifs* » à lui fixer. Il est vrai que, suite à la conclusion dudit contrat, l'intimée n'a fixé aucun objectif par écrit à l'appelant. Toutefois, il ressort de la procédure que des objectifs initiaux avaient déjà été formulés avant la signature, dans le cadre du contrat de mandat du 5 novembre 2003 qui l'avait précédemment lié à l'intimée (pièces 2 et 3 intimée), dont la teneur a, pour le surplus, été reprise à l'article premier du contrat de travail daté du 1^{er} mars 2004 : « *mise en place d'un bureau et centre opérationnel de E_____ en Asie Pacifique. Cette tâche comprend, entre autres, le recrutement et formation du personnel dont les compétences permettront à E_____ de poursuivre son développement dans cette région et de consolider les partenariats avec A_____ et B_____* » (pièce 1 appelant).

Pour le reste, diverses missions ponctuelles ont été confiées ultérieurement à l'appelant, notamment répondre à l'appel d'offre de douanes de novembre et décembre 2004, gérer un projet avec la G_____ et apporter son aide à F_____ sur le projet de Dubaï, missions dont l'appelant n'a su mener aucune à terme. En outre, vu son statut de *persona non grata* auprès de la B_____, partenaire prin-

cipal de l'intimée, il était impossible à cette dernière d'employer l'appelant pour des projets en relation avec celle-ci.

Selon le témoin auditionné en première instance, dont la portée des déclarations doit être relativisée dans la mesure où il était alors administrateur de l'intimée, les connaissances techniques de l'appelant étaient insuffisantes pour le travail demandé et la tâche de celui-ci, certes difficile, aurait pu et dû être mieux accomplie. Le même témoin a en outre été surpris du fait que l'appelant ne lui eût pas présenté une seule nouvelle personne de contact à Singapour, se contentant d'exploiter, sans l'accroître, le réseau déjà en place. F_____ a encore ajouté que l'appelant était le moins performant des employés de l'intimée.

En fait, l'appelant n'a pas soutenu avoir développé en Asie une activité rentable, ni ne l'a démontré de manière crédible. Enfin, il ne saurait être retenu à l'encontre de l'intimée le fait que des objectifs n'ont pas été fixés postérieurement à la signature du contrat étant donné que les objectifs initiaux eux-mêmes n'ont pas été atteints.

Force est ainsi de constater que, du fait du caractère précaire et conditionnel du bonus litigieux, l'intimée n'a, en l'espèce, aucune obligation d'octroyer celui-ci à l'appelant.

Par conséquent, l'appelant sera débouté de sa prétention au versement d'un bonus de CHF 30'000.- et le jugement entrepris sera confirmé sur ce point.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

- Reçoit l'appel interjeté par T_____ contre le jugement du Tribunal des Prud'hommes du 25 avril 2006 rendu dans la cause C/23371/2005 - 4.

Au fond :

- Rejette l'appel et confirme le jugement du Tribunal des Prud'hommes ;
- Déboute l'appelant de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président