REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/26550/2019-5 **CAPH/48/2022**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 4 AVRIL 2022

Entre

A_____ SA, domiciliée _____ [GE], appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 9 mars 2021 (JTPH/82/2021), comparant par Me Olivier NICOD, avocat, avenue du Théâtre 1, case postale 6069, 1002 Lausanne, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, Monaco, intimé, comparant par Me Alec REYMOND, avocat, rue de Contamines 6, 1206 Genève, en l'Étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 5 avril 2022.

EN FAIT

A. Par jugement JTPH/82/2021 du 9 mars 2021, reçu par A_____ SA le lendemain, le Tribunal des prud'hommes, groupe 5, statuant par voie de procédure ordinaire, a, à la forme, déclaré recevable la demande formée le 15 avril 2020 par B_____ contre A_____ SA et sa modification du 8 décembre 2020 (chiffre 1 du dispositif), renoncé à ordonner la production, par A_____ SA et C_____ SARL, des documents utiles au calcul du salaire variable de B_____ pour les années 2018 et 2019 (ch. 2), renoncé à entendre D_____ en qualité de témoin (ch. 3), déclaré recevable la pièce 70 dem. déposée par B_____ le 10 décembre 2020 (ch. 4), déclaré recevables les allégués de A_____ SA du 30 novembre 2020 et 59 et 60 déf. du 10 décembre 2020 (ch. 5), déclaré recevable l'allégué 105 dem. de B_____ du 10 décembre 2020 (ch. 6) et déclaré irrecevable la demande de B_____ en délivrance d'un certificat de travail complet (ch. 7).

Au fond, il a condamné A_____ SA à verser à B_____ la somme brute de 27'881 fr. 15, avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 3 mai 2019 (ch. 8), la somme brute de 363'360 fr., avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 30 juin 2019 (ch. 9), ainsi que la somme nette de 91'405 fr. 95, avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 3 mai 2019 (ch. 10), invité la partie qui en avait la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles (ch. 11), prononcé la mainlevée définitive de l'opposition formée par A_____ SA au commandement de payer, poursuite n° 1_____ (ch. 12), infligé à A_____ SA une amende disciplinaire de 5'000 fr. (ch. 13), statué sur les frais judiciaires et les dépens (ch. 15 à 20) et débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 14 et 21).

B. **a.** Par acte expédié le 23 avril 2021 au greffe de la Cour de justice, A_____ SA appelle de ce jugement. Elle conclut à l'irrecevabilité de la demande et de la modification de la demande formées le 15 avril 2020 par B_____, à l'annulation du jugement entrepris et au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions.

Elle allègue des faits nouveaux au sujet du statut de membre du conseil d'administration de B_____, du bonus et des frais de représentation perçus par le précité, ainsi que des procédures en contestation des décisions de l'assemblée générale initiées par ce dernier. Elle produit également des pièces nouvelles en relation avec ces allégués (pièces 2 à 8 app.).

b. B_____ conclut, avec suite de frais, à l'irrecevabilité des allégués 3 à 24, 28 à 43 et 48 à 66 de l'appel, ainsi que des pièces 3 à 8 produites à l'appui de celui-ci, au rejet de l'appel, à la confirmation du jugement entrepris et au déboutement de A_____ SA de toutes autres ou contraires conclusions.

Il allègue des faits nouveaux et produit des pièces nouvelles, à savoir un tirage de la requête en annulation et en constat de nullité des décisions de l'assemblée

générale de A_____ SA déposée le 17 février 2021 par ses soins devant le Tribunal, ainsi qu'une copie d'un arrêt du Tribunal fédéral du 24 avril 2021.

c. Les parties ont répliqué et dupliqué, persistant dans leurs conclusions.

d. Elles ont été avisées par pli du 3 août 2021 de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les éléments suivants résultent du dossier soumis à la Cour :

a. A_____ SA est une société de droit suisse dont le but est l'achat, la vente, la fabrication et l'emballage de produits pharmaceutiques, de même que l'achat, la vente, la détention et l'exploitation de licences et de brevets relatifs à de tels produits ainsi que la participation et le financement de sociétés à buts similaires ; son siège est à Genève. Elle est administrée par E_____, F_____ et G_____.

H_____ SA (ci-après : H_____ SA) est la société mère et l'actionnaire unique de A_____ SA. De droit suisse, son but est la prise, l'achat, la vente, l'administration et la gestion de participations dans toutes sociétés ou entreprises pharmaceutiques, dans le respect de la LFAIE ; son siège est à Genève. Elle est détenue à parts égales par les actionnaires G_____ et B_____.

I_____, dissoute le 28 octobre 2019, était une société de droit russe, dont le but était le développement, en Russie, des activités de A_____ SA et de H_____ SA. Ces trois sociétés formaient entre elles le "groupe J_____".

b. B_____ a été administrateur puis administrateur secrétaire de A_____ SA d'avril 2006 à juin 2019, avec signature collective à deux. Il a occupé brièvement le poste d'administrateur président de juin à juillet 2019, avant d'être exclu du conseil d'administration le 8 juillet 2019. Il n'a jamais exercé son activité depuis la Suisse.

G_____ a occupé, durant cette même période, les fonctions d'administrateur puis d'administrateur président de A_____ SA, avec signature collective à deux.

E_____ est devenue, au mois d'avril 2016, administratrice puis administratrice secrétaire de A_____ SA, avec signature individuelle.

F_____ est devenu administrateur de A_____ SA avec signature individuelle au mois d'avril 2016.

c. Par convention du 31 août 2007, les actionnaires de H_____ SA ont notamment confirmé l'engagement de B_____, par H_____ SA, pour une durée de cinq ans.

Le salaire mensuel convenu était de 17'000 fr. brut, auquel s'ajoutait un bonus annuel équivalant à 4,5% du bénéfice annuel net de A_____ SA, lequel devait

être versé à B_____, sauf accord contraire, durant toute la durée d'existence de la société.

B_____ a travaillé pour H_____ SA de janvier 2007 à décembre 2010. Il a notamment perçu des bonus de 30'000 fr. brut en 2009 et 70'500 fr. brut en 2010.

d. Du 1er janvier 2009 au 30 décembre 2016, B_____ a été salarié de A_____ SA et exerçait par l'intermédiaire de l'agence moscovite de la société.

e. Le 30 décembre 2016, B_____ et A_____ SA ont résilié d'un commun accord le contrat de travail du 1er janvier 2009.

f. B_____ a allégué que dans le courant du premier trimestre 2017, il avait conclu un contrat de travail soumis au droit suisse avec A_____ SA, avec effet rétroactif au 1er janvier 2017 et prévoyant une rémunération annuelle de 360'259 fr. Il a produit le contrat en question, lequel n'était toutefois pas signé.

A_____ SA a allégué que si les parties avaient bien discuté d'un projet de contrat de travail à cette époque, ce projet n'avait jamais abouti, ni n'avait été signé.

B_____ a néanmoins continué de travailler pour A_____ SA après le 1er janvier 2017.

Les parties étant finalement, selon A_____ SA, convenues d'une rémunération légèrement inférieure à celle prévue par le projet de contrat susmentionné, B_____ a perçu, à ce titre, une rémunération annuelle brute de 334'574 fr. en 2017 et de 334'573 fr. 20 en 2018.

Son salaire s'élevait, en dernier lieu, à 27'881 fr. 15 brut par mois, auxquels s'ajoutait un forfait de 1'940 fr. 50 net à titre de frais de représentation.

g. Le 2 mai 2018, A_____ SA et H_____ SA ont conjointement déposé plainte pénale à l'encontre de B_____ et de son fils des chefs d'infraction de gestion déloyale et d'abus de pouvoir de représentation. Les sociétés ont fait valoir des conclusions civiles à hauteur de 75'000'000 dollars US, censés correspondre au dommage provoqué par les mis en cause.

h. Par courriel du 12 février 2018, A_____ SA, soit pour elle E_____, s'est adressée à la société C_____ (ci-après C_____ SARL ou la fiduciaire), en charge de l'assister dans ses tâches de comptabilité, fiscalité et ressources humaines. Se référant à des documents signés en 2013 et qui autorisaient la direction à allouer à B_____ un bonus allant jusqu'à 4,5% du bénéfice de la société, elle a demandé à C_____ SARL comment calculer le bonus du précité pour l'année 2017.

i. Le 22 février 2018, A_____ SA, soit pour elle E_____, a envoyé à C_____ SARL un courriel dont l'objet était "Document portant sur les bonus

pour P_____ et B_____", auquel était jointe une lettre d'intention signée le 18 juillet 2007 entre G_____ et B_____ d'une part, et L_____ d'autre part, en vue de la restructuration du groupe J_____ et de la conclusion d'une convention d'actionnaires ("Head of terms for J_____ restructuring procedure"). Au terme de cette lettre, il était notamment prévu que la convention d'actionnaires garantisse à B_____ le versement d'un bonus annuel équivalent à 4,5% du bénéfice net de A_____ SA.

j. Par courriel du 27 février 2018, C_____ SARL a répondu à A_____ SA qu'un bonus avait été calculé sur la base du document précédemment adressé. Elle a attiré son attention sur le risque que l'administration fiscale considère le paiement du bonus comme un bénéfice caché compte tenu du fait que celui-ci n'avait jamais été versée auparavant.

k. Par courriel du 28 février 2018, A_____ SA, soit pour elle E_____, a confirmé à C_____ SARL que B_____ avait perçu un bonus en 2010 et 2011, mais pas ultérieurement car la société n'avait plus été bénéficiaire. Elle a souhaité s'assurer qu'une provision comptable avait été constituée pour le bonus 2017 du précité, ce que C_____ SARL lui a confirmé le 2 mars 2018, précisant que ledit bonus s'élevait à 394'280 fr.

l. Le 21 mars 2018, C_____ SARL a soumis à A_____ SA un projet d'état comptable de la société pour l'année 2017, portant en déduction du bénéfice net avant impôt un montant de 363'360 fr. à titre de bonus pour B_____.

m. Par courriels du 21 décembre 2018, A_____ SA, soit pour elle E_____, a demandé à son conseil fiscaliste de préparer un amendement au contrat de travail de B_____ afin d'inclure une clause prévoyant un bonus annuel. Il était en effet apparu que ledit contrat ne comportait pas une telle clause ("*Referring to the last discussions you have had with G_____ and D_____ in the last few months, it appears that the employment contract of Mr. B_____ does not contain a provision for annual bonus. Kindly prepare an amendment to allow payment of bonus to Mr. B_____*").

L'employeuse a également confirmé à son conseil qu'un bonus de 363'360 fr. était dû à B_____ et devait lui être versé dès que l'avenant à son contrat de travail serait prêt, soit en janvier 2019, et ce par les mots suivants : "*yes, 363,360 fr. is due to each of them. Since the payroll for December is done we will schedule the payment to P_____ in early January, and for B_____ - as soon as the amendment to the contract is ready, in January*").

Le même jour, l'employeuse a demandé à B_____ de valider le montant de 335'270 fr. à titre de bonus pour l'année 2017, ce que le travailleur a fait par retour de courriel, en mettant G_____ en copie.

n. Le 11 janvier 2019, C_____ SARL a indiqué à A_____ SA qu'il n'était pas nécessaire d'amender le contrat de B_____ eu égard à la convention d'actionnaires de 2007 qui en prévoyait déjà le principe. La fiduciaire proposait d'inclure le montant de 363'360 fr. dû au travailleur dans la comptabilité de janvier 2019, approche validée le même jour par l'employeuse, dans un courriel dont B_____ et G_____ ont reçu copie.

o. Par courriel du 18 janvier 2019, C_____ SARL a indiqué à A_____ SA que le bonus de 363'360 fr. de B_____ aurait des répercussions sur le calcul des charges sociales. Plusieurs échanges de courriels sur cette question sont intervenus à ce sujet entre la fiduciaire et l'employeuse.

p. Le 24 février 2019, A_____ SA a prévenu C_____ SARL qu'il avait été pour l'instant décidé de ne pas payer le bonus de B_____.

q. La fiduciaire a confirmé le 26 février 2019 avoir soustrait le montant du bonus du salaire du travailleur et avoir opéré les annonces idoines aux assurances sociales.

r. Par courriel du 7 mars 2019, C_____ SARL a répondu à A_____ SA que la provision pour le bonus de B_____ était toujours inscrite comme un passif dans les comptes de la société et qu'il fallait donc aborder la question du maintien ou non de son paiement.

s. Le 17 avril 2019, C_____ SARL a informé A_____ SA que les comptes 2018 de la société ne prenaient en compte le paiement d'un bonus que pour un seul actionnaire et non pas pour le demandeur, ce qui n'était pas conforme à la convention de 2007, laquelle prévoyait le versement d'un bonus conjointement avec B_____, et pouvait ainsi poser problème auprès de l'administration fiscale.

t. Par courrier recommandé du 3 mai 2019, anticipé par courriel, A_____ SA a résilié avec effet immédiat les rapports de travail la liant à B_____, au motif de performances insuffisantes de sa part.

u. Par courrier recommandé du 7 mai 2019, anticipé par courriel, B_____, sous la plume de son conseil, a en substance signifié à A_____ SA qu'il tenait son congé pour formellement nul et non avenu – faute de signature "lisible et autorisée" – et lui a demandé de motiver cette résiliation.

Il a par ailleurs affirmé n'avoir été ni présent ni valablement convoqué à l'assemblée générale ordinaire qui s'était tenue à Genève le 29 avril 2019. Il a précisé que les états financiers ne lui avaient jamais été soumis.

v. Par courriel du 8 mai 2019, A_____ SA a précisé que, globalement, la résiliation se fondait sur le constat que B_____ n'était pas apte à diriger une société suisse au vu de son incapacité à adopter une communication adéquate.

w. Par pli du 10 mai 2019, le travailleur a persisté dans sa demande de voir le motif de son congé précisé par écrit, rappelant qu'il considérait toujours son licenciement comme nul et non avenu.

x. Par courriel du 13 mai 2019, A_____ SA a complété la motivation du congé du travailleur en indiquant que son incapacité à communiquer convenablement se traduisait par des propos offensants tenus tant à l'écrit qu'à l'oral, ce qui ne permettait pas de résoudre les questions opérationnelles de manière coopérative. À l'appui de son courriel, l'employeuse a joint une traduction française d'échanges de messages WhatsApp datés du 12 février 2019 entre le travailleur et E_____, au cours desquels le premier répondait : "*En quoi cela te regarde, putain ?*" à la question de savoir jusqu'à quand il était absent.

y. Par courrier du 15 mai 2019, B_____ a indiqué à A_____ SA considérer que le congé avec effet immédiat était tardif et a rappelé qu'il n'avait pas été précédé d'un avertissement. Il a ajouté qu'il se tenait à la disposition de la société pour poursuivre les rapports de travail.

z. Par courriel du 20 mai 2019, C_____ SARL a confirmé à A_____ SA que, selon ses instructions, elle avait interrompu le paiement du salaire de B_____ avec effet au 1er mai 2019.

aa. Par courrier du 31 mai 2019, le conseil de A_____ SA a indiqué au travailleur prendre acte du fait qu'il considérait son congé comme nul et lui a notifié une nouvelle résiliation ordinaire de son contrat de travail moyennant un délai de congé de deux mois pour la fin d'un mois, soit pour le 31 juillet 2019.

bb. Le 3 juin 2019, B_____ a indiqué à l'employeuse qu'il tenait le congé ordinaire pour nul également, précisant néanmoins former opposition à son encontre dans la mesure où il serait valable.

cc. Lors de la séance du conseil d'administration de A_____ SA du 7 juin 2019, B_____ a proposé de dissoudre la société dans la mesure où elle ne pouvait plus être dirigée au vu de la procédure pénale pendante et de la rupture des liens de confiance entre les actionnaires qui détenaient respectivement 50% chacun de H_____ SA. Cette proposition a été refusée à la majorité des voix.

Le conseil d'administration a décidé, à la majorité des voix, de révoquer le mandat d'administrateur de B_____.

Sur question de celui-ci, les administrateurs ont refusé de lui indiquer les motifs de son licenciement et de lui transmettre des informations sur l'identité du plaignant au pénal compte tenu du conflit d'intérêts qui prévalait.

La requête de B_____ tendant au paiement immédiat du bonus resté en suspens a en outre été rejetée ("*10. Payment to Mr B_____ of the outstanding bonus: Mr*

B_____ requests that the bonus be immediately paid. Mr G_____, Mr F_____, Ms E_____ vote against the request. Mr B_____ votes in favor of the request. The request is rejected by three votes against one.")

Sur proposition de G_____, le conseil d'administration a en revanche décidé que le bonus de B_____ serait provisionné dans les comptes de la société et que la décision finale de son paiement dépendrait de l'issue du litige pénal.

dd. Par courriel du 9 juin 2019, A_____ SA a demandé à C_____ SARL de réinscrire une provision pour le bonus de B_____ dans les comptes 2018 de la société et de verser son salaire au précité jusqu'au mois de juillet 2019, date à laquelle son droit à percevoir une rémunération prendrait fin.

ee. Le 3 juillet 2019, B_____ a requis une poursuite à l'encontre de A_____ SA à hauteur de 363'360 fr. à titre de bonus pour l'exercice 2018. Un commandement de payer, poursuite n°1_____, a été notifié à la société le 15 juillet 2019 et a été frappé d'opposition totale.

ff. Le 24 juillet 2019, B_____ a déposé plainte pénale contre les administrateurs de A_____ SA du chef de dénonciation calomnieuse.

gg. A_____ SA a versé à B_____ son salaire jusqu'au mois de juillet 2019, soit mensuellement 27'881 fr. 15 brut à titre de salaire et 1'940 fr. 50 net à titre de frais de représentation.

hh. Le 11 novembre 2019, A_____ SA a sollicité par courriel sa fiduciaire afin qu'elle dissolve la provision pour bonus 2017 de B_____ inscrite à hauteur de 363'360 fr., ce que la précitée a confirmé avoir fait le lendemain. C_____ SARL a également expliqué à A_____ SA que le bonus de 363'360 fr. représentait 4,5% du bénéfice de l'exercice 2017 avant impôt, lequel s'élevait à 8'074'577 fr. 76.

ii. Par ordonnance du 1er mai 2020, le Ministère public a classé la procédure pénale P/2_____/2018 ouverte à l'encontre de B_____ à la suite du dépôt de la plainte pénale de A_____ SA et H_____ SA. L'ordonnance précisait notamment que les sociétés plaignantes n'avaient subi aucun dommage direct.

jj. Par arrêt ACPR/889/2020 du 9 décembre 2020, la Chambre pénale de recours a confirmé le classement de la procédure pénale initiée à l'encontre de B_____.

kk. Par arrêt 6B_103/2021 du 24 avril 2021, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours en matière pénale formé par A_____ SA et H_____ SA à l'encontre de cet arrêt.

D. **a.** Par demande déposée en conciliation le 18 novembre 2019 et portée devant le Tribunal le 15 avril 2020, B_____ a assigné A_____ SA, avec suite de frais, en

paiement de la somme de 997'431 fr. 15, ladite somme se décomposant comme suit :

- 363'360 fr. brut à titre de salaire variable pour l'année 2018, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 30 juin 2019 ;

- 30'021 fr. 65 brut à titre de salaire pour le mois d'août 2019, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 3 mai 2019 ;

- 242'240 fr. brut à titre de salaire variable pour la période de janvier à août 2019, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 3 mai 2019 ;

- 361'809 fr. 50 net à titre d'indemnité pour licenciement immédiat sans justes motifs, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 3 mai 2019.

Il a également conclu, s'agissant des points litigieux en appel, au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition formée par A_____ SA au commandement de payer qui lui avait été notifié.

À l'appui de ses conclusions, il a en substance allégué qu'il avait des relations d'amitié de longue date avec G_____ et que la conduite des affaires du groupe J_____ reposait sur ce rapport de confiance. Son licenciement était intervenu dans le cadre d'un conflit entre les actionnaires du groupe J_____ qui résultait notamment du dépôt de la plainte pénale à son encontre. Parallèlement à ce volet pénal, G_____ avait entrepris plusieurs actions visant à l'évincer des sociétés du groupe J_____. Il avait ainsi notamment été exclu du conseil d'administration de A_____ SA le 8 juillet 2019 pour être remplacé par G_____. Ce dernier avait également repris sa position de président du conseil d'administration de H_____ SA, société de laquelle il avait ainsi également été évincé. En raison de ces faits, il avait dû déposer une action en annulation et constat de nullité des décisions contre H_____ SA qui était toujours pendante par-devant le Tribunal de première instance. Une ordonnance statuant sur mesures provisionnelles, rendue par cette dernière juridiction le 12 mars 2020, interdisait notamment à H_____ SA de procéder à des distributions de fonds qui avaient pour conséquence d'avantager, sans motif, les intérêts de G_____ au détriment des siens.

S'agissant de ses bonus, il a allégué avoir reçu, en 2017, un salaire annuel brut de 360'259 fr. 80 et un salaire variable brut de 335'270 fr., tandis qu'en 2018, il n'avait perçu qu'un salaire annuel brut de 360'259 fr. 80. Il réclamait ainsi le paiement de son salaire variable pour l'année 2018, à hauteur de 363'360 fr. et de 242'240 fr. pour la période de janvier à août 2019, ce dernier montant étant calculé sur la base du bonus 2018.

Il a indiqué que le principe du versement du bonus et ses modalités de calcul avaient été convenus avec A_____ SA. Les bonus des années 2017 et 2018

avaient été calculés lors d'une séance du Conseil d'administration de A_____ SA au cours de l'année 2017.

À l'appui de ses allégués, il a sollicité la production, par A_____ SA, de ses certificats de salaire pour les années 2017 à 2018, de la décision du Conseil d'administration de 2017 concernant les salaires variables des employés, des courriels et courriers échangés entre la défenderesse et la société C_____ SARL à propos des salaires variables des employés, en particulier les siens, pour les années 2017 à 2019, des documents préparés par cette même fiduciaire à l'attention de A_____ SA s'agissant du paiement des salaires variables, en particulier les siens, pour les années 2017 à 2019, ainsi que tous les documents utiles au calcul de son salaire variable pour les années 2018 à 2019. Il a également sollicité la production de ces pièces, à l'exception des certificats de salaire, en main de C_____ SARL.

b. Par mémoire de réponse du 13 août 2020, A_____ SA a conclu au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions.

À titre subsidiaire, elle a conclu à la compensation de tout montant qu'elle devrait verser à B_____ avec la créance de 75'000'000 dollars US qu'elle indiquait détenir à son encontre.

Elle a fait valoir, en substance, que la résiliation immédiate des rapports de travail avec B_____ reposait sur la communication particulièrement difficile avec celui-ci. L'incident du courriel injurieux n'était qu'un exemple parmi d'autres.

S'agissant des bonus, elle a notamment allégué qu'en date du 24 décembre 2013, les parties à la convention d'actionnaires du 31 août 2007 avaient signé un accord, annulant et remplaçant toute convention antérieure et qui ne mentionnait plus ni contrat de travail entre B_____ et H_____ SA ni droit à une quelconque rémunération, sous quelque forme que ce soit. Elle a produit à l'appui de ses allégués un extrait partiel d'une convention signée entre G_____ et B_____ d'une part et L_____ et M_____ d'autre part.

Elle a précisé que si B_____ avait travaillé dès le 1er janvier 2009 pour A_____ SA, aucun bonus n'avait été convenu entre les parties et aucun montant à ce titre versé au travailleur. Le contrat de travail produit par le demandeur était un projet qui n'avait pas été signé; il ne prévoyait en outre pas le versement d'un bonus. Les parties avaient ouvert des discussions sur la possibilité d'établir un avenant prévoyant le versement d'un bonus mais celles-ci n'avaient pas abouti. Aucune décision du conseil d'administration portant sur le versement d'un bonus à B_____ n'avait en outre été prise. Aucun bonus n'avait non plus été versé à celui-ci en 2017 ou 2018.

Elle n'a en revanche contesté à aucun moment avoir été liée par un contrat de travail avec B_____, ni n'a fait valoir que le Tribunal des prud'hommes serait incompétent à raison de la matière pour connaître du litige.

c. Lors de l'audience de débats d'instruction du 20 octobre 2020, le Tribunal a rendu une ordonnance de preuve et d'instruction, ordonnant notamment à A_____ SA et à C_____ SARL de verser à la procédure, d'ici au 30 novembre 2020, les pièces requises par B_____ dans sa demande du 15 avril 2020, à l'exception des certificats de salaire 2017 et 2018 déjà produits.

À l'issue de l'audience, les débats principaux ont été ouverts.

d. Le 25 novembre 2020, C_____ SARL a déposé un chargé de pièces comportant différentes correspondances échangées avec A_____ SA concernant les salaires variables de B_____, soit notamment les courriels des 12, 22, 27 et 28 février 2018, du 21 mars 2018, du 21 décembre 2018 ainsi que des 11 janvier, 24 février et 17 avril 2019 (cf. *supra* let. C.h ss).

e. Le 30 novembre 2020, A_____ SA a produit ses échanges de correspondance avec C_____ SARL des 22 février 2018, 21 décembre 2018, 11 janvier, 23 janvier, 26 février et 14 juin 2019.

Par pli adressé le même jour au Tribunal, elle a allégué, en substance, que son conseil d'administration n'avait pris aucune décision au sujet du versement d'un salaire variable à B_____, ni en 2017, ni à aucun autre moment et que C_____ SARL n'avait préparé aucun document en lien avec le paiement de tels bonus pour les années 2017 à 2019.

S'agissant des éléments utiles au calcul du salaire variable de B_____ pour les années 2017 et 2018, elle a produit des échanges intervenus entre C_____ SARL et elle-même, ainsi que divers messages WhatsApp échangés avec le travailleur entre avril et septembre 2017, dans lesquels ce dernier demandait fréquemment à E_____ si la fiduciaire avait finalisé le calcul de son salaire et des impôts. Elle a exposé que si des références à une décision du conseil d'administration portant sur les bonus ressortaient des courriels produits, il s'agissait en réalité d'une confusion avec la convention d'actionnaires du 31 août 2007, laquelle avait été annulée par l'accord du 24 décembre 2013. Si un bonus avait été provisionné, c'était uniquement à la demande de B_____, lequel exerçait des pressions très importantes sur E_____, ce que les messages WhatsApp laissaient transparaître.

i. Par courrier du 8 décembre 2020, B_____, se prévalant des pièces nouvellement produites par C_____ SARL, a modifié ses conclusions en ce sens que ses prétentions en paiement du salaire variable portaient en réalité sur l'année 2017 et non sur l'année 2018.

j.a Lors de l'audience des débats principaux du 9 décembre 2020, B_____ a expliqué que la confusion entre l'année 2017 et l'année 2018 s'expliquait par le fait qu'il n'avait initialement en sa possession que des échanges de courriels partiels se rapportant à l'année 2018 et que les discussions sur le versement de son bonus étaient intervenues durant toute l'année 2018.

Il a confirmé que la somme de 363'360 fr. se rapportait à l'année 2017 et qu'il n'avait jamais perçu ce montant. À ce sujet, il s'est interrogé sur la différence de volume entre les échanges de courriels produits A_____ SA et ceux produits par C_____ SARL.

Il a déclaré qu'avant le 3 mai 2019, sa relation de travail avec A_____ SA était idéale. Le conflit entre actionnaires s'était matérialisé lors de la première audience pénale au mois de mars 2019. Selon lui, son licenciement avait été décidé dans le contexte des litiges tant civils que pénaux opposant les actionnaires.

Il ne se souvenait pas si le contrat de travail qu'il avait produit (cf. *supra*, let. C.f) avait finalement été signé par l'une ou l'autre des parties. Il avait toutefois reçu un salaire après le début de l'année 2017.

j.b G_____, interrogé pour le compte de A_____ SA, a pris acte de la modification des conclusions de B_____.

Il a déclaré que la différence de volume entre les pièces produites par la défenderesse et celles produites par C_____ SARL s'expliquait notamment par le fait que de nombreux courriels figuraient en plusieurs exemplaires dans le chargé de pièces de la fiduciaire.

Il a confirmé qu'il n'y avait eu de discussions ni sur le paiement d'un bonus pour l'année 2017 ni au sujet du principe d'un bonus au moment où les parties avaient parlé du projet de contrat produit par B_____. Le licenciement de B_____ s'expliquait uniquement en raison de l'adoption d'une communication inadéquate pour un employé. Ce changement était intervenu alors que son rôle au sein de la société avait perdu de l'importance, puis cessé d'exister. G_____ a précisé n'avoir jamais constaté lui-même que B_____ avait tenu des propos inadéquats, voire injurieux, mais le savait par E_____ qui se plaignait souvent des difficultés à travailler avec ce dernier.

j.c F_____, interrogé pour le compte de A_____ SA, a déclaré n'avoir jamais participé à des discussions portant sur d'hypothétiques bonus en faveur de B_____ pour les années 2017 et 2018, pas plus qu'il n'en avait entendu parler. Il ne savait absolument rien au sujet de tels bonus. Il avait connaissance du conflit existant entre B_____ et son père, G_____, mais a ajouté que les procédures, pénales en particulier, n'avaient aucun lien avec le licenciement du travailleur.

k.a Entendu en qualité de témoin à l'audience de débats principaux du 10 décembre 2020, N_____, associé-gérant de C_____ SARL, a confirmé l'existence et l'exactitude de l'intégralité des courriels figurant dans le chargé produit. Il n'avait jamais assisté à une discussion entre les parties au sujet d'un éventuel bonus ou salaire variable devant être payé par la société au travailleur. Lorsque A_____ SA lui avait remis un document évoquant le paiement d'un salaire variable, il avait dans un premier temps compris qu'il émanait du conseil d'administration, puis seulement ensuite qu'il émanait des actionnaires. Le document en question avait été établi avant que C_____ SARL n'œuvre pour l'employeuse.

D'un point de vue fiscal, il s'était étonné de l'existence de ce bonus variable car il n'avait pas constaté qu'un tel avantage ait été payé au travailleur les années précédentes. Il avait donc interrogé A_____ SA à ce sujet.

Le conseil d'administration lui avait confirmé pour une année au moins qu'une provision comptable devait être inscrite pour le bonus du travailleur. Il y avait eu plusieurs discussions quant au fait de savoir si ce bonus allait être payé ou non. À la fin de l'année 2018, il avait été demandé à sa société de supprimer la provision pour bonus, puis de la remettre. À aucun moment un représentant de l'employeuse ne lui avait clairement indiqué que le bonus était dû à B_____.

A la suite de cette déclaration, B_____ a fait valoir que le témoin avait déclaré ce qui suit : "le conseil d'administration m'a confirmé un bonus pour 2017 (à payer au demandeur)". Ce n'était qu'ensuite, sur question du Tribunal, que le témoin avait mentionné l'inscription d'une provision dans les comptes.

Sur question du Tribunal, le témoin a encore déclaré que la seule information qu'il avait eue était de nature comptable, à savoir l'inscription d'une provision en lien avec un bonus en faveur de B_____ pour l'année 2017, équivalant à 4,5% du bénéfice net avant impôt. Ce n'était que sur le bilan 2019 que A_____ SA l'avait instruit de supprimer la provision pour le bonus 2017.

k.b Au cours de la même audience, O_____ a été entendue en qualité de témoin. Elle a expliqué être présidente et associée gérante de C_____ SARL, en charge des questions fiscales et RH. C'était uniquement dans ce second domaine qu'elle intervenait pour le compte de A_____ SA. Elle interrogeait la société en fin d'année afin de s'enquérir du versement d'éventuels bonus ou d'autres paiements et s'assurer des déclarations aux assurances sociales et à l'État pour ce qui concernait l'impôt à la source. Son rôle n'était pas de payer les montants dus, mais d'établir les documents RH. A_____ SA l'avait informée de ce qu'un bonus devait être versé à B_____ pour finalement annuler l'ordre de paiement en 2019. L'instruction d'établir une fiche de salaire incluant le bonus avait très rapidement été suivie d'une instruction contraire, si bien qu'elle n'avait pas eu le temps de préparer le document.

k.c À l'issue de l'administration des preuves, les parties ont plaidé, à la suite de quoi le Tribunal a gardé la cause à juger.

E. Aux termes du jugement entrepris, le Tribunal a considéré, en particulier, que le licenciement immédiat signifié le 3 mai 2019 par l'employeuse à B_____ était dénué de justes motifs et, en toute hypothèse, tardif. Les rapports de travail avaient toutefois pris fin ce jour-là, de sorte que le retrait de cette résiliation par l'employeuse le 31 mai 2019 et la notification simultanée d'un congé ordinaire à l'employé étaient nuls. Le licenciement immédiat étant infondé, B_____ pouvait prétendre à des dommages-intérêts ainsi qu'à une indemnité punitive sur la base de l'art. 337c al. 1 et 3 CO.

S'agissant du salaire variable, le Tribunal a admis la modification des conclusions de l'employé intervenue par courrier du 8 décembre 2020. Constatant que le bonus de 363'360 fr. pour l'année 2017 avait été soumis à et/ou évoqué par l'employeuse, en particulier les 21 mars 2018, 21 décembre 2018, 11 janvier 2019, 18 janvier 2019 et 9 juin 2019, il s'est estimé convaincu de l'existence d'un accord des parties sur le versement de ce montant à l'employé, étant précisé que l'octroi de ce bonus ne se fondait pas sur la convention d'actionnaires du 18 juillet 2007 mais sur un engagement de l'employeuse confirmé à plusieurs reprises entre 2018 et 2019. Celle-ci devait dès lors être condamnée à verser ce montant à l'employé. La mainlevée définitive de l'opposition formée par l'employeuse au commandement de payer, poursuite n° 1_____, notifié le 15 juillet 2019, devait également être prononcée.

L'employeuse n'ayant pas établi que le travailleur lui aurait causé un dommage de 75'000'000 dollars US au motif qu'il lui aurait fait perdre une opportunité commerciale et ayant fait valoir ses prétentions civiles dans le cadre de la procédure pénale intentée à son encontre, la créance dont elle se prévalait devait en outre être écartée et son exception de compensation rejetée.

L'employeuse s'était enfin comportée de manière téméraire au cours de la procédure à deux égards. Elle n'avait tout d'abord donné suite que très partiellement à l'injonction du Tribunal de produire les échanges de courriels à propos du bonus de l'employé pour les années 2017 à 2019, procédant ainsi à un tri inadmissible des informations requises sur ce point. Elle avait ensuite persisté à soutenir, au cours des enquêtes, qu'il n'y avait pas eu de discussions sur le paiement d'un bonus pour l'année 2017 alors que celui-ci avait fait l'objet de nombreux échanges de courriels. Eu égard à la gravité de son comportement, il se justifiait de lui infliger l'amende maximale prévue par la loi.

EN DROIT

1. **1.1** Compte tenu de la valeur litigieuse au dernier état des conclusions et du caractère final de la décision entreprise, la voie de l'appel est ouverte (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

1.2 L'appel a été interjeté auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ), dans le délai utile de trente jours (art. 142 al. 1, 145 al. 1 let. a et 311 CPC) et selon la forme prescrite par la loi (art. 130, 131 et 311 CPC). Il est dès lors recevable.

1.3 Sont également recevables la réponse de l'intimé de même que les réplique et duplique respectives, déposées dans les délais légaux (art. 312 al. 2 CPC), respectivement impartis à cet effet (art. 316 al. 1 CPC).

2. La Cour revoit le fond du litige avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 310 CPC) et applique le droit d'office (art. 57 CPC). Elle peut dès lors apprécier à nouveau les preuves apportées, notamment les témoignages et les déclarations des parties tels qu'ils ont été dûment consignés au procès-verbal, et parvenir à des constatations de fait différentes de celles de l'autorité de première instance (arrêts du Tribunal fédéral 4A_238/2015 du 22 septembre 2015 consid. 2.2 s. ; 4A_748/2012 du 3 juin 2013 consid. 2.1).

Conformément à l'art. 311 al. 1 CPC, elle le fait cependant uniquement sur les points du jugement que l'appelant estime entachés d'erreurs et qui ont fait l'objet d'une motivation suffisante – et, partant, recevable –, pour violation du droit (art. 310 let. a CPC) ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 let. b CPC). Hormis les cas de vices manifestes, elle doit en principe se limiter à statuer sur les critiques formulées dans la motivation écrite contre la décision de première instance (ATF 142 III 413 consid. 2.2.4; arrêt du Tribunal fédéral 5A_111/2016 du 6 septembre 2016 consid. 5.3).

3. Les parties ont allégué des faits nouveaux et produit des pièces nouvelles en appel.

3.1 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuve nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b).

Il faut distinguer les "vrais nova" des "pseudo nova". Les "vrais nova" sont des faits et moyens de preuve qui ne sont survenus qu'après la fin des débats principaux, soit après la clôture des plaidoiries finales (cf. ATF 138 III 788 consid. 4.2; TAPPY, in Code de procédure civile commenté, Commentaire romand, 2ème éd. 2019, art. 229 CPC, n. 11). En appel, ils sont en principe toujours admissibles, pourvu qu'ils soient invoqués sans retard dès leur découverte. Les "pseudo nova" sont des faits et moyens de preuve qui étaient déjà survenus

lorsque les débats principaux de première instance ont été clôturés. Leur admissibilité est largement limitée en appel, dès lors qu'ils sont irrecevables lorsqu'en faisant preuve de la diligence requise, ils auraient déjà pu être invoqués dans la procédure de première instance. Il appartient au plaideur d'exposer en détails les motifs pour lesquels il n'a pas pu présenter le "pseudo nova" en première instance déjà (ATF 143 III 42 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_1006/2017 du 5 février 2018 consid. 3.3).

3.2.1 En l'espèce, l'appelante débute son mémoire d'appel par un chapitre intitulé "Faits complémentaires". Elle y allègue, notamment, qu'en sa qualité de membre du conseil d'administration, l'intimé disposait d'un accès illimité aux comptes et aux états financiers de la société et exerçait une influence déterminante au sein de celle-ci. Il n'existait dès lors aucun lien de subordination entre la société et lui-même. L'intimé remettait par ailleurs en question les décisions valablement prises par les assemblées générales de sorte qu'il entravait de manière générale la bonne conduite des affaires sociales.

S'agissant de la question du bonus, l'appelante allègue, en substance, que E_____ se trouvait dans l'erreur lorsqu'elle avait affirmé, dans le courriel adressé le 21 décembre 2018 à C_____ SARL, qu'un bonus de 363'360 fr. était dû à l'intimé. Elle fait également valoir que l'intimé était, depuis le début de la procédure, en possession de tous les éléments nécessaires pour déterminer l'année pour laquelle il prétendait à un bonus. Il avait ainsi reçu, au plus tard à l'assemblée générale du 8 juillet 2019, les comptes 2017 de la société, lesquels mentionnaient une provision en prévision du paiement de ce bonus. Elle affirme encore que, contrairement à l'intimé, P_____ – qui était mentionnée dans les échanges de courriels intervenus entre l'appelante et C_____ SARL au sujet du bonus 2017 – bénéficiait d'un contrat de travail prévoyant une rémunération variable et qu'une décision avait été prise par le conseil d'administration de la société sur ce point.

L'ensemble des faits susmentionnés ne figurant pas dans l'état de fait établi par le Tribunal et étant antérieurs à la clôture des débats de première instance, il s'agit de faux *nova*. Il incombait par conséquent à l'appelante d'exposer en détails les motifs pour lesquels elle n'avait pas pu les alléguer en première instance déjà. L'appel ne comporte toutefois aucune explication sur ce point. Les faits susmentionnés sont par conséquent irrecevables, de même que les pièces qui s'y rapportent (pièce 8 app. soit le procès-verbal de la séance du conseil d'administration du 23 décembre 2014).

Le nouvel allégué de l'appelante relatif au dépôt par l'intimé, le 17 février 2021, d'une requête de conciliation en annulation et en constat de nullité des décisions de l'assemblée générale de A_____ SA ainsi que la copie de la page de garde de ladite requête (pièce 3 app.) sont en revanche recevables dès lors qu'ils concernent un événement postérieur à la clôture des débats de première instance.

Sont également recevables les nouveaux allégués et pièces n^{os} 4, 5, 6 et 7 de l'appelante relatifs à la remise du rapport de révision des comptes 2019 et à la décision du conseil d'administration de A_____ SA du 12 février 2021 de n'octroyer aucun bonus à l'intimé pour l'exercice 2017. Ces faits sont en effet survenus postérieurement à la clôture des débats de première instance.

La page de garde de la demande en annulation et en constat de nullité des décisions de l'assemblée générale formée par l'intimé le 6 septembre 2019 (pièce 2 app.) figurant au dossier de première instance sous pièce 63 dem., il ne s'agit enfin pas d'une pièce nouvelle. Celle-ci est donc également recevable.

3.2.2 L'intimé a produit pour sa part, à l'appui de sa réponse, un tirage de la requête en annulation et en constat de nullité des décisions de l'assemblée générale de A_____ SA qu'il a déposée le 17 février 2021 par devant le Tribunal. Dès lors qu'elle concerne, comme indiqué ci-dessus, un événement postérieur à la clôture des débats de première instance, cette pièce est recevable, de même que l'allégué qui s'y rapporte.

Il en va de même de l'arrêt du Tribunal fédéral du 24 avril 2021 joint à la réponse de l'intimé, déclarant irrecevable le recours en matière pénale formé par A_____ SA et H_____ SA à l'encontre de l'arrêt de la Chambre pénale du 9 décembre 2020.

4. L'appelante reproche en premier lieu au Tribunal de n'avoir pas examiné si les parties étaient effectivement liées par un contrat de travail. Elle fait valoir que ses rapports juridiques avec l'intimé relevaient exclusivement du droit des sociétés. Le Tribunal aurait dès lors dû écarter d'office sa compétence à raison de la matière.

4.1 Selon l'art. 59 al. 1 et 2 let. b CPC, le tribunal n'entre en matière que sur les demandes et les requêtes qui satisfont aux conditions de recevabilité de l'action, notamment celles selon lesquelles le tribunal est compétent à raison de la matière et du lieu.

Le tribunal examine d'office si les conditions de recevabilité sont remplies (art. 60 CPC).

4.1.1 Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO). Les éléments caractéristiques de ce contrat sont une prestation de travail, un rapport de subordination, un élément de durée et une rémunération (arrêt du Tribunal fédéral 4A_500/2018 du 11 avril 2019 consid. 4.1 et les arrêts cités).

Le contrat de travail se distingue avant tout des autres contrats de prestation de services, en particulier du mandat, par l'existence d'un lien de subordination, qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel,

organisationnel et temporel ainsi que, dans une certaine mesure, économique. Les critères formels, tels l'intitulé du contrat, les déclarations des parties ou les déductions aux assurances sociales, ne sont pas déterminants (ATF 125 III 78 consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 4A_500/2018 précité, *ibidem* et les arrêts cités).

S'agissant des rapports juridiques entre une personne morale et ses organes, singulièrement entre une société anonyme et les membres du conseil d'administration ou de la direction, ils peuvent relever à la fois du droit des sociétés et du droit des contrats. Sous ce dernier aspect, la tendance est plutôt de considérer que les directeurs sont liés par un contrat de travail et les administrateurs par un mandat ou un contrat *sui generis* analogue au mandat. En tous les cas, lorsque l'organe dirigeant exerce son activité à titre principal, le critère décisif en faveur du contrat de travail est le rapport de subordination, l'intéressé étant alors soumis à des instructions, par exemple du conseil d'administration (ATF 130 III 213 consid. 2.1; 128 III 129 consid. 1a/aa; arrêt du Tribunal fédéral 4A_500/2018 précité, *ibidem*). Par définition, il n'existe aucun rapport de subordination lorsqu'il y a identité économique entre la personne morale et son organe dirigeant; un contrat de travail ne saurait ainsi lier une société anonyme et son actionnaire et administrateur unique (ATF 125 III 78 précité, *ibidem*; arrêt du Tribunal fédéral 4A_500/2018 précité, *ibidem*).

Seul l'examen de l'ensemble des circonstances du cas concret permet de déterminer si l'activité en cause est exercée de manière dépendante ou indépendante (ATF 130 III 213 consid. 2.1; 129 III 664 consid. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_500/2018 précité, *ibidem*).

4.1.2 Le canton de Genève a institué une juridiction spécialisée - le Tribunal des prud'hommes - pour juger "[d]es litiges découlant d'un contrat de travail, au sens du titre dixième du Code des obligations" (art. 1 al. 1 let. a LTPH).

L'existence d'un contrat de travail est un fait doublement pertinent, soit un fait déterminant pour la compétence du tribunal comme pour le bien-fondé de l'action (ATF 142 III 466 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_429/2020 du 5 mai 2021 consid. 2.1).

En présence de tels faits, la jurisprudence prescrit de procéder de la façon suivante (ATF 147 III 159 consid. 2.1.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_429/2020 précité, *ibidem* et les arrêts cités) :

- Lors de l'examen de la compétence, que le juge effectue d'office *in limine litis*, les faits doublement pertinents sont réputés vrais et n'ont pas à être prouvés. En s'appuyant sur les allégués, moyens et conclusions du seul demandeur, le juge doit rechercher si ces faits sont concluants, i.e.

permettent de déduire juridiquement la qualification de contrat de travail, et partant le for invoqué.

Si, à ce stade déjà, il aboutit à la conclusion qu'un tel contrat ne peut être retenu, le juge doit déclarer la demande irrecevable. Dans le cas contraire, le procès se poursuit normalement et le juge procède à l'administration des preuves.

- Si, en examinant le fond de la cause, le juge réalise finalement qu'il n'y a pas de contrat de travail, il ne peut rendre un nouveau jugement sur la compétence mais doit rejeter la demande par une décision de fond, revêtue de l'autorité de chose jugée. Le cas échéant, il doit examiner si la prétention repose sur un autre fondement et statuer en vertu des règles y relatives, même si elles ne sont pas de la compétence du Tribunal des prud'hommes; en effet, en vertu du principe *jura novit curia* (cf. art. 57 CPC), un seul et même juge doit pouvoir examiner la même prétention sous toutes ses "coutures juridiques" (arrêt du Tribunal fédéral 4A_429/2020 précité, *ibidem* et les arrêts cités; CAPH/153/2021 du 25 août 2021 consid. 2.2.3.4).

4.1.3 L'art. 52 CPC impose à quiconque participe à la procédure de se conformer aux règles de la bonne foi, principe qui contraint le plaideur à se prévaloir de ses moyens au moment prévu par la loi et sans tarder. Il est ainsi contraire au principe de la bonne foi d'invoquer après coup des moyens que l'on avait renoncé à faire valoir en temps utile en cours de procédure, parce que la décision intervenue a finalement été défavorable (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2; arrêt du Tribunal fédéral 5D_136/2014 du 3 février 2015 consid. 4.2.2). La bonne foi impose également de soulever l'exception d'incompétence préalablement à toute défense au fond (ATF 128 III 50 consid. 2c/aa), règle qui est d'ailleurs expressément inscrite à l'art. 18 CPC (acceptation tacite de compétence; arrêt du Tribunal fédéral 5D_136/2014 précité, consid. 4.2.2).

Dans l'arrêt du 3 février 2015 précité, le Tribunal fédéral a ainsi jugé que sauf à violer le principe de la bonne foi, une partie ne pouvait pas attendre la seconde instance pour prétendre que la valeur litigieuse avancée par l'autre était manifestement erronée afin de contester la compétence du Tribunal cantonal et, par voie de conséquence celle de l'autorité de première instance.

Dans un arrêt rendu le 20 février 2015, le Tribunal fédéral a cependant relevé que la compétence matérielle était une condition de recevabilité s'examinant d'office (art. 60 CPC) et dès lors pas seulement sur exception d'une partie. Si un tribunal incompétent à raison de la matière prononçait une décision, celle-ci souffrait en effet d'un vice important qui selon les circonstances, pouvait avoir pour conséquence sa nullité. L'instance cantonale supérieure devait dès lors examiner d'office la compétence matérielle de l'instance précédente, même sans grief des

parties à cet égard. Le fait de soulever une exception d'incompétence ne pouvait par conséquent tomber sous le coup de l'abus de droit (arrêt du Tribunal fédéral 4A_488/2014 du 20 février 2015 consid. 3.2 n.p. in ATF 141 III 137).

Dans un arrêt rendu le 26 octobre 2018, le Tribunal fédéral, se fondant sur un arrêt publié (ATF 105 II 149 consid. 3a i.f., JdT 1980 I 177), a néanmoins rappelé que l'application des règles de la bonne foi n'était pas limitée aux conditions de recevabilité concernant la compétence ou la composition du tribunal, ou aux conditions que le juge ne serait pas en mesure de détecter d'office. Cette règle pouvait au contraire être opposée en cas d'invocation tardive des exceptions d'irrecevabilité, qu'elles doivent être examinées d'office ou non (arrêt du Tribunal fédéral 5A_347/2018 du 26 octobre 2018 consid. 3.2.4 commenté in RSPC 1/2019 n. 2183).

4.2 En l'espèce, il résulte de l'état de fait dressé par le Tribunal que l'intimé a appartenu, jusqu'en 2019, au conseil d'administration de l'appelante et était actionnaire à 50% de H_____, détentrice du capital-actions de l'appelante. Il avait toutefois été lié dès 2009 à l'appelante par un contrat de travail et ce conformément à la convention d'actionnaires conclue en 2007. Ce contrat avait été résilié à la fin du mois de décembre 2016 sans être remplacé par un nouveau contrat écrit, celui négocié en janvier 2017 n'ayant jamais été signé. L'intimé avait néanmoins continué à travailler pour l'appelante jusqu'à son licenciement au mois de mai 2019 et à recevoir un salaire ainsi qu'une indemnité pour frais de représentation. Ces faits n'ayant pas été contestés et l'appelante n'ayant soulevé aucun grief d'incompétence à raison de la matière, le Tribunal s'est estimé compétent pour connaître du présent litige sans examiner plus avant cette question. Il a procédé à l'administration des preuves et statué en application des art. 319 ss CO sur les prétentions de l'intimé.

4.3 Devant la Cour, l'appelante fait valoir, pour la première fois dans la présente procédure, que ses rapports juridiques avec l'intimé ne relevaient pas du droit du travail mais du droit des sociétés, de sorte que les juridictions prud'homales n'étaient pas compétentes pour connaître du cas d'espèce. Elle argue que l'intimé bénéficiait d'une liberté totale dans l'organisation de son temps de travail, ne recevait aucune instruction de la part de ses coadministrateurs et n'était pas tenu de rendre compte de ses activités. Les conversations WhatsApp avec E_____ versées au dossier démontraient au contraire que c'était l'intimé qui instruisait la précitée.

En ne soulevant un tel grief qu'à ce stade, l'appelante contrevient manifestement au principe de bonne foi en procédure qui impose aux plaideurs d'invoquer l'incompétence de la juridiction saisie préalablement à leur défense au fond. Le fait que le Tribunal fédéral ait retenu, dans l'arrêt 4A_488/2014 du 20 février 2015 mentionné ci-dessus, que la question de la compétence matérielle était soustraite à

la libre disposition des parties et s'examinait d'office, de sorte qu'il n'était pas abusif d'invoquer cette exception en deuxième instance cantonale, ne saurait conduire à un résultat différent. Se fondant sur un arrêt publié aux ATF 105 II 149, le Tribunal fédéral a en effet considéré, dans un arrêt subséquent du 26 octobre 2018, que la vérification d'office des conditions de recevabilité n'empêchait pas d'examiner si le grief d'incompétence pouvait tomber sous le coup de l'abus de droit. Il avait tenu le même raisonnement dans un arrêt rendu quelques jours avant l'arrêt 4A_488/2014 précité. Or, en l'espèce, l'appelante – bien que représentée par un avocat *ab initio* – s'est prévalue, dès le début du litige, des règles régissant le contrat de travail et n'a invoqué l'absence d'un tel contrat qu'après avoir succombé devant le Tribunal. Elle n'a fourni, dans aucune de ses écritures d'appel, une quelconque explication pour justifier son revirement. Dans de telles circonstances, il est manifeste que l'appelante s'est accommodée, dans un premier temps – et pour des raisons qui lui sont propres –, de la compétence des juridictions prud'homales, avant de changer son fusil d'épaule compte tenu du caractère défavorable de la décision de première instance. Une telle attitude confinant à l'abus de droit, le grief d'incompétence soulevé par l'intéressée ne saurait être examiné plus avant.

A supposer qu'il convienne d'entrer en matière sur ce grief et qu'il faille considérer que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail, le résultat ne serait pas différent. Dès lors qu'il ne s'était pas déclaré incompétent d'entrée de cause et avait mené une instruction complète, le Tribunal aurait en effet dû – une fois admis que les rapports juridiques entre les parties ne relevaient pas du contrat de travail – examiner si l'intimé pouvait fonder ses prétentions sur un autre rapport obligationnel et trancher le litige sur la base des règles applicables audit rapport. Or, l'appelante se limite, sur ce point, à rappeler que les versements indus ou disproportionnés en faveur des membres du conseil d'administration "*nécessitent un examen à la lumière de l'art. 678 CO*". Ce faisant, elle ne tente en rien de démontrer, sur la base des faits résultant du jugement entrepris, que les règles qui régissaient les rapports juridiques qu'elle entretenait avec l'intimé ne permettaient pas d'octroyer à celui-ci les avantages qu'il réclamait. Son argumentaire s'avère dès lors, en toute hypothèse, irrecevable compte tenu des exigences de motivation applicables au stade de l'appel.

Au vu de ce qui précède, le grief d'incompétence *ratione materiae* soulevé par l'appelante sera écarté.

5. L'appelante reproche en second lieu au Tribunal d'avoir admis la modification des conclusions de l'intimé intervenue par courrier du 8 décembre 2020.

5.1.1 Une fois les débats principaux ouverts, une prétention nouvelle ou modifiée ne peut être introduite que si les conditions cumulatives suivantes sont remplies (art. 230 al. 1 CPC) : la même procédure est applicable à la nouvelle prétention ;

celle-ci présente un lien de connexité avec les premières prétentions ou la partie adverse y consent ; elle repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux au sens de l'art. 229 CPC (TAPPY, in CR-CPC, 2ème éd. 2019, art. 230, n. 4 s.).

Il y a modification de la demande au sens des art. 227 et 230 CPC soit lorsqu'une prétention jusqu'alors invoquée est modifiée, soit lorsqu'une nouvelle prétention est invoquée. Selon la jurisprudence, le contenu d'une prétention ressort des conclusions et de l'ensemble des allégués de fait sur lesquels elles sont fondées (ATF 139 III 126 consid. 3.2.3 et les références; arrêt du Tribunal fédéral 4A_439/2014 du 16 février 2015 consid. 5.4.3.1 résumé in CPC Online, ad art. 227 CPC).

Une simple précision des conclusions doit être distinguée d'une modification de la demande. Il y a modification lorsque le demandeur introduit de nouveaux allégués au procès et que de ce fait, la demande n'est plus identique à celle initialement déposée. La demande reste en revanche identique lorsque les conclusions, les faits et les "tenants et aboutissants juridiques" qui fondent la prétention invoquée sont identiques (ATF 136 III 341 consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 5A_621/2012 du 20 mars 2013 consid. 4.3.2 résumé in CPC Online, ad art. 227 CPC).

5.1.2 Il y a formalisme excessif lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi et complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux. L'excès de formalisme peut résider soit dans la règle de comportement imposée au justiciable par le droit de procédure, soit dans la sanction qui lui est attachée (ATF 135 I 6 consid. 2.1, JdT 2011 IV 17; 132 I 249 consid. 5 et les arrêts cités; arrêt du Tribunal fédéral 4A_44/2019 du 20 septembre 2019 consid. 4 n.p. in ATF 145 III 428).

5.2 En l'espèce, le Tribunal a admis, en référence aux déclarations de l'intimé lors de l'audience du 9 décembre 2020, que la modification des conclusions du précité reposait sur des moyens de preuve nouveaux, soit les échanges de courriels versés à la procédure par C_____ SARL le 25 novembre 2020. Il a ajouté que cette modification constituait plutôt une rectification matérielle. Le montant du bonus et les circonstances donnant lieu à son paiement étaient en effet identiques, seule la mention formelle de l'année de référence étant rectifiée.

5.3 L'appelante conteste ce raisonnement au motif que l'intimé disposait déjà, au moment du dépôt de sa demande, de tous les éléments nécessaires pour déterminer la période en relation avec laquelle il réclamait son salaire variable. Son échange de courriels du 21 décembre 2018 avec E_____ mentionnait en effet que le bonus se rapportait à l'année 2017. Les comptes 2017 de la société – dont il avait connaissance en sa qualité de membre du conseil d'administration – comportaient également une provision en lien avec le bonus en question.

En l'occurrence, l'intimé a allégué, dans sa demande en paiement, avoir reçu, en 2017, un salaire annuel brut de 360'259 fr. 80 et un salaire variable brut de 335'270 fr., renvoyant sur ce point au courriel que lui avait adressé E_____ le 21 décembre 2018, dans lequel elle lui demandait de valider le montant de 335'270 fr. à titre de bonus pour l'année 2017. Il a ensuite allégué n'avoir perçu, en 2018, qu'un salaire annuel brut de 360'259 fr. 80, de sorte que l'appelante restait lui devoir son salaire variable 2018 à hauteur de 363'360 fr. Il a produit, à l'appui, les courriels échangés entre le 21 décembre 2018 et le 11 janvier 2019 entre C_____ SARL et E_____, dont il avait reçu copie, lesquels mentionnaient qu'un bonus de 363'360 fr. lui était dû – sans toutefois préciser pour quelle année – et lui serait versé au mois de janvier 2019 dès que l'avenant à son contrat de travail serait prêt. Il a ensuite déclaré, lors de l'audience du 9 décembre 2020, que ce n'était qu'à réception des échanges de courriels produits par C_____ SARL – dont il n'avait pour la plupart pas reçu copie – qu'il avait réalisé que le bonus susmentionné se rapportait en réalité à l'année 2017. L'appelante demandait en effet dans ces échanges à sa fiduciaire comment calculer son bonus 2017 et si une provision comptable avait été constituée dans les comptes 2017 en vue du paiement des 363'360 fr. dus à l'intimé.

A titre liminaire, force est de constater que l'intimé a allégué d'entrée de cause qu'un bonus de 363'360 fr. lui avait été octroyé pour l'année 2018 et a conclu à ce que l'appelante soit condamnée à lui verser cette somme. Il a certes modifié cette conclusion par courrier du 8 décembre 2020, en indiquant que ce montant se rapportait, en fin de compte, à l'année 2017. Il n'en demeure pas moins que les faits et les "tenants et aboutissants juridiques" à la base de la conclusion litigieuse avaient été introduits au procès en temps utile. Dans de telles circonstances, la simple rectification de l'année pour laquelle le montant était réclamé ne saurait constituer – ainsi que l'a retenu le Tribunal – une modification des conclusions au sens de l'art. 230 CPC, dont la recevabilité serait soumise à l'existence de faits ou de moyens de preuve nouveaux. Une telle assimilation relèverait en effet d'un formalisme excessif incompatible avec les règles de la bonne foi en procédure.

5.4 A supposer que la modification de la demande doive être examinée sous l'angle de cette disposition, l'issue du litige n'en serait pas modifiée.

Au vu des éléments mentionnés ci-dessus, il peut en effet être admis que l'intimé ait cru de bonne foi qu'il avait reçu un bonus de 335'270 fr. pour l'exercice 2017 et que la gratification de 363'360 fr. que l'appelante restait lui devoir concernait l'année 2018. Les échanges de courriels en sa possession mentionnaient en effet des montants différents, soit un bonus de 335'270 fr. pour l'année 2017 et un bonus de 363'360 fr. sans précision de l'année à laquelle ce montant se rapportait. Ils étaient en outre intervenus entre le mois de décembre 2018 et le mois de janvier 2019, soit à la fin de l'exercice comptable 2018. A cela s'ajoute que

l'intimé ne disposait pas de son certificat de salaire 2017 au moment du dépôt de la demande dès lors qu'il en sollicitait la production dans ses écritures.

Bien qu'il soit membre du conseil d'administration de l'appelante, il ne résulte par ailleurs pas du jugement entrepris que l'intimé était en possession, au moment où il a saisi le Tribunal, des comptes 2017 mentionnant une provision de 363'360 fr. à titre de bonus 2017, ce qui lui aurait permis de savoir que ce montant se rapportait à l'exercice 2017 et non 2018.

Dans de telles circonstances, il peut être admis que l'intimé n'a réalisé qu'à réception des échanges de courriels produits par C_____ SARL que le montant de 335'270 fr. mentionné dans le courriel de E_____ du 21 décembre 2018 correspondait à la part nette du bonus de 363'360 fr. que l'appelante s'était engagée à lui verser pour l'exercice 2017. La modification des conclusions intervenue par courrier du 8 décembre 2020, par laquelle l'intimé a indiqué qu'il réclamait 363'360 fr. à titre de bonus 2017 et non 2018, reposait dès lors bien sur des éléments de preuve nouveaux. Elle était par conséquent recevable au sens de l'art. 230 CPC.

6. L'appelante reproche au Tribunal, en troisième lieu, d'avoir retenu, sur la base des différents échanges de courriels versés à la procédure, que les parties s'étaient entendues sur le paiement d'un bonus de 363'360 fr. brut en faveur de l'intimé pour l'année 2017.

6.1.1 Le droit suisse ne contient aucune disposition qui traite spécifiquement du bonus, lequel peut consister dans le versement d'une somme d'argent ou encore dans la remise d'actions ou d'options (ATF 141 III 407 consid. 4.1).

Dans chaque cas, il faut donc, dans une première étape, déterminer, par interprétation des manifestations de volonté des parties lors de la conclusion du contrat ou de leur comportement ultérieur au cours des rapports de travail (accord par actes concluants, c'est-à-dire tacite), le contenu du contrat puis, dans une seconde étape, qualifier le bonus convenu d'élément du salaire (art. 322 s. CO) ou de gratification (art. 322d CO; ATF 142 III 381 consid. 2.1 et 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_280/2020 du 3 mars 2021 consid. 3).

Lorsqu'il est déterminé ou objectivement déterminable – c'est-à-dire qu'il a été promis par contrat dans son principe et que son montant est déterminé ou doit l'être sur la base de critères objectifs prédéterminés comme le bénéfice, le chiffre d'affaires ou une participation au résultat de l'exploitation, et qu'il ne dépend pas de l'appréciation de l'employeur –, le bonus doit être considéré comme un élément du salaire (variable), que l'employeur est tenu de verser à l'employé (art. 322 s. CO; ATF 141 III 407 consid. 4.2.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_280/2020 précité consid. 3.1). Tel est notamment le cas, en règle générale, des dirigeants d'entreprise (arrêt du Tribunal fédéral 4A_280/2020 précité, *ibidem* et l'arrêt cité).

En revanche, on se trouve en présence d'une gratification lorsque le bonus est indéterminé ou objectivement indéterminable, c'est-à-dire que son versement dépend du bon vouloir de l'employeur et que sa quotité dépend pour l'essentiel de la marge de manœuvre de celui-ci en ce sens qu'elle n'est pas fixée à l'avance et qu'elle dépend de l'appréciation subjective de la prestation du travailleur par l'employeur; le bonus doit alors être qualifié de gratification (ATF 141 III 407 consid. 4.2.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_280/2020 précité, *ibidem*).

Bien que l'employeur soit en principe libre d'octroyer une gratification prévue "à bien plaire", il n'en demeure pas moins tenu de respecter les engagements supplémentaires qu'il a pris à ce sujet. Ainsi, lorsqu'il promet à son personnel que, pour une année déterminée, une gratification d'un certain montant lui sera versée, il se trouve lié et ne peut revenir en arrière, sous réserve du cas où un travailleur aurait violé fautivement et d'une manière grave son devoir de diligence ou de fidélité (arrêts du Tribunal fédéral 4A_122/2010 du 26 mai 2010 consid. 2; 4C.277/2000 du 19 décembre 2000 consid. 3c n. p. in ATF 127 III 86).

6.1.2 La société anonyme est représentée à l'égard des tiers par ses organes conformément à l'art. 718 CO (ATF 146 III 37 consid. 5.1). Cette disposition est une norme d'imputation: l'acte de l'organe est directement attribué à la personne morale comme son acte propre. Autrement dit, les organes ne sont pas des représentants au sens des art. 32 ss CO, mais lorsqu'ils agissent, c'est la société elle-même qui agit (ATF 146 III 37 consid. 5.1.1).

Sont notamment des organes, qui peuvent représenter la SA à l'égard des tiers, chacun des membres du conseil d'administration ("sauf disposition contraire des statuts ou du règlement d'organisation"; art. 718 al. 1, 2ème phrase, CO) ou, exceptionnellement, le conseil d'administration *in corpore* (art. 718 al. 1, 1ère phrase, CO; ATF 146 III 37 précité, *ibidem*).

Ces organes (exécutifs) ont en principe le droit d'accomplir au nom de la SA tous les actes que peut impliquer le but social (art. 718a al. 1 CO). Leurs pouvoirs peuvent toutefois être limités (cf. art. 718a al. 2 CO; ATF 146 III 37 précité consid. 5.1.1.1 et les arrêts cités).

Sur le plan interne, c'est-à-dire dans les rapports existants entre la société et son représentant, la société peut librement restreindre l'autorisation de représenter. Ces restrictions peuvent intervenir verbalement, par écrit (dans les statuts, dans le règlement d'organisation ou un autre règlement interne de la société, dans une décision du conseil d'administration, dans le contrat – notamment de travail – passé entre la société et son représentant), voire de manière tacite lorsque l'acte envisagé est contraire à la volonté présumable de la société. Elles peuvent être relativement générales et abstraites, ou au contraire ponctuelles et concrètes, c'est-à-dire ne s'appliquer qu'à des circonstances déterminées ou à un cas particulier. Une violation par le représentant des restrictions internes engage sa responsabilité

à l'égard de la société (PETER/CAVADINI, in Code des obligations II, Commentaire romand, 2ème éd. 2017, art. 718a CO, n. 9-10 et les références).

L'existence d'une limitation des pouvoirs du représentant sur le plan interne est opposable au tiers de mauvaise foi. Par cela, il faut entendre toute personne qui connaissait les restrictions qui ont été apportées par la société à l'autorisation de représenter du représentant ou qui, en prêtant l'attention que les circonstances permettaient d'exiger d'elle en vertu de l'obligation générale d'agir de bonne foi (art. 3 al. 2 CC), devait ou pouvait se rendre compte de l'existence et de la portée de ces limitations (PETER/CAVADINI, op. cit., art. 718a CO, n. 12 et les références).

La bonne foi est, cela étant, présumée (art. 3 al. 1 CC). Il suffit donc au tiers d'alléguer sa bonne foi. Pour renverser cette présomption, la société au nom de laquelle le *falsus procurator* a agi doit établir que le tiers connaissait le vice (c'est-à-dire l'absence de pouvoir) et était ainsi de mauvaise foi ; elle peut également ne pas remettre en cause la bonne foi du tiers qui s'en prévaut, mais démontrer qu'elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui au sens de l'art. 3 al. 2 CC (PETER/CAVADINI, op. cit., art. 718a CO, n. 14 et les références).

6.1.3 Selon l'art. 23 CO, le contrat n'oblige pas celle des parties qui, au moment de conclure, était dans une erreur essentielle.

Le contrat entaché d'erreur ou de dol, ou conclu sous l'empire d'une crainte fondée, est tenu pour ratifié lorsque la partie qu'il n'oblige point a laissé s'écouler une année sans déclarer à l'autre sa résolution de ne pas le maintenir, ou sans répéter ce qu'elle a payé (art. 31 al. 1 CO). Le délai court dès que l'erreur ou le dol a été découvert, ou que la crainte s'est dissipée (art. 31 al. 3 CO).

Une simple déclaration soumise à réception, explicite ou concluante, suffit pour invalider le contrat. La déclaration ne doit pas contenir une spécification exacte de la cause de l'invalidation; il suffit de signifier, explicitement ou implicitement, qu'on ne veut pas maintenir le contrat. L'invalidation peut dès lors intervenir simplement par acte concluant. Cependant, une telle déclaration n'a d'effet que si elle repose sur un vice de la volonté justifiant une invalidation. Sans cause, la déclaration n'a pas d'effet (SCHMIDLIN/CAMPI, in Code des obligations I, Commentaire romand, 3ème éd. 2021, art. 31, n. 14 et les références).

Savoir si et dans quelle mesure une partie se trouve dans l'erreur au moment où elle manifeste une volonté relève du fait, tandis qu'apprécier si l'erreur constatée est essentielle au sens de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO relève du droit (ATF 135 III 537 consid. 2.2; 134 III 643 consid. 5.3.1; 113 II 25 consid. 1a).

6.1.4 Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC). Il résulte de l'art. 8 CC que la partie demanderesse doit prouver les faits qui fondent sa prétention, tandis que sa partie adverse doit prouver les faits qui entraînent l'extinction ou la perte du droit (arrêt du Tribunal fédéral 4A_256/2013 du 17 octobre 2013 consid. 2.2 et les références citées).

En principe, la règle de l'art. 8 CC s'applique également lorsque la preuve porte sur des faits négatifs (ATF 119 II 305 consid. 1b/aa; arrêt du Tribunal fédéral 4A_256/2013 précité, *ibidem*). La preuve de tels faits étant, par nature, difficile à rapporter, il suffit au plaideur d'apporter cette preuve avec une vraisemblance prépondérante (arrêts du Tribunal fédéral 4A_550/2018 du 29 mai 2019 consid. 4.2; 4A_607/2015 du 4 juillet 2016 consid. 3.2.1). Le plaideur peut établir le fait allégué de manière indirecte à l'aide d'indices. La vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (arrêt du Tribunal fédéral 5A_78/2020 du 5 février 2021 consid. 3.1.2).

Conformément à l'art. 157 CPC, le tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées. Si une partie refuse de collaborer sans motif valable, il en tient compte lors de l'appréciation des preuves (art. 164 CPC).

6.2.1 En l'espèce, le Tribunal a considéré, aux termes du jugement entrepris, que les nombreux échanges de courriels intervenus entre décembre 2018 et janvier 2019 entre l'appelante, soit pour elle E_____, l'intimé et C_____ SARL démontraient l'existence d'un accord des parties de verser un bonus de 363'360 fr. à l'intimé pour l'année 2017. Force est tout d'abord de constater que l'appelante ne tente pas de remettre en cause, devant la Cour, que les courriels versés à la procédure comportaient, en tant que tels, un engagement de verser le bonus susmentionné. Ce point peut dès lors être considéré comme acquis.

6.2.2 L'appelante fait cependant valoir que la promesse figurant dans les courriels susmentionnés ne s'appuyait sur aucune décision du conseil d'administration, ce que l'intimé savait eu égard à sa position d'administrateur. Bien que E_____, qui avait rédigé ces courriels, dispose de la signature individuelle et puisse engager la société, l'intimé ne pouvait dès lors pas déduire de bonne foi des courriels en question qu'un bonus lui avait été octroyé pour l'exercice 2017.

Cet argument n'emporte pas conviction. Le fardeau de la preuve de la mauvaise foi de l'intimé lui incombant, l'appelante avait la charge d'établir que le conseil d'administration n'avait pas avalisé le versement d'un bonus à l'intéressé. Or, elle s'est limitée à déclarer en audience, par la voix de G_____, qu'il n'y avait pas eu de discussion sur l'octroi d'un bonus à l'intimé pour l'exercice 2017. Le Tribunal a

toutefois jugé cette déclaration mensongère dans le jugement entrepris, ce que l'appelante ne tente pas de remettre en cause en appel. Le fardeau de la preuve lui incombant, l'appelante ne pouvait, quoi qu'il en soit, se limiter à affirmer par la voix d'un de ses administrateurs qu'aucune discussion n'était intervenue sur ce point. Elle se devait de rendre cette absence de discussion vraisemblable à l'aide d'indices ou de preuves indirectes, en produisant par exemple le procès-verbal de la séance du conseil d'administration confirmant l'octroi d'un bonus de 363'360 fr. à P_____ pour l'exercice 2017, à l'exclusion de l'intimé. Une telle pièce – qui aurait dû exister au regard de la position défendue par l'appelante – n'a toutefois pas été produite. L'appelante n'a pas non plus fourni d'explication crédible quant au contenu du procès-verbal de la séance du conseil d'administration du 7 juin 2019, selon lequel le bonus 2017 de l'intimé, qui était alors "en suspens" ("*Payment to Mr B_____ of the outstanding bonus*"), ne serait pas payé "immédiatement". Or, ce procès-verbal n'aurait pas été rédigé en pareils termes si le conseil d'administration n'avait pas décidé, préalablement, d'octroyer ce bonus à l'intimé.

A cela s'ajoute qu'aux termes du jugement entrepris, l'appelante n'a guère collaboré à la procédure, s'abstenant notamment délibérément de produire les pièces défavorables à sa position. Or, un tel défaut de collaboration tend à indiquer que la position défendue par l'appelante n'est pas conforme à la réalité.

Au vu de ce qui précède, la Cour ne saurait se déclarer convaincue que les courriels de E_____ promettant le versement à l'intimé d'un bonus pour l'exercice 2017 ne reposaient pas sur une décision du conseil d'administration ou n'avaient pas reçu, sous une autre forme, l'aval de celui-ci. L'appelante échouant ainsi à démontrer que l'intimé aurait été de mauvaise foi, elle est liée par l'engagement contenu dans les courriels en question.

6.2.3 Dans un second grief, l'appelante reproche au Tribunal de ne pas avoir tenu compte du fait que les déclarations de volonté contenues dans les courriels échangés par E_____, C_____ SARL et l'intimé étaient viciées dès lors qu'elles se fondaient sur une décision du conseil d'administration qui n'avait jamais existé. Il ressortait en effet de ces échanges que C_____ SARL puis E_____ avaient assimilé par erreur la convention d'actionnaires du 18 juillet 2007 à une décision du conseil d'administration. Ces déclarations étaient dès lors entachées d'une erreur essentielle, ce dont l'appelante s'était rendue compte à la lecture des pièces de la procédure.

Comme cela a déjà été exposé ci-dessus (cf. *supra* consid. 3.2), ces allégations de l'appelante relatives à une prétendue erreur lors de l'octroi du bonus 2017 sont irrecevables. A teneur du jugement entrepris, l'appelante s'est en effet limitée à exposer, dans ses déterminations du 30 novembre 2020, que si des références à une décision du conseil d'administration d'octroyer un bonus à l'intimé figuraient

dans ses échanges de courriels avec C_____ SARL, il s'agissait en réalité d'une confusion avec la convention d'actionnaires du 31 août 2007, laquelle avait été annulée par l'accord du 24 décembre 2013 (cf. En fait, let. D.e). Il ne résulte en revanche pas du jugement querellé que l'appelante s'était prévalue, dans lesdites déterminations, du fait que ses organes, en particulier E_____, avaient, à l'époque, été induits en erreur, d'une manière déterminante, par les explications et les pièces fournies par C_____ SARL et que leurs décisions relatives au bonus 2017 étaient dès lors intervenues sous l'emprise d'un vice de la volonté. L'appelante n'exposant pas les circonstances qui l'auraient empêché d'alléguer ces faits en première instance déjà, elle ne saurait rattraper cette omission au stade de l'appel. Son grief ne saurait dès lors être examiné plus avant par la Cour.

A supposer que l'appelante ait réellement été dans l'erreur et qu'elle ait allégué celle-ci à temps dans le cadre de la présente procédure, elle était au demeurant tenue d'invalider sa déclaration de volonté dans l'année suivant la découverte du vice. Or, l'appelante ne prétend pas qu'une telle invalidation serait intervenue. Elle se limite à faire valoir qu'une invalidation n'était pas nécessaire au motif que son conseil d'administration avait décidé, lors de sa séance du 7 juin 2019, de ne verser aucun bonus à l'intimé, décision confirmée lors de la séance du 12 février 2021**.** Force est toutefois de constater que ces décisions faisaient suite au licenciement de l'intimé et aux dissensions intervenues dans ce cadre, et non à la découverte d'une prétendue erreur lors de l'octroi du bonus. L'appelante admet du reste explicitement ceci lorsqu'elle affirme dans son appel s'être rendue compte de ladite erreur à la lecture des pièces de la procédure. Or, en l'absence d'un vice sous-jacent, le refus de l'appelante d'octroyer un bonus à l'intimé ne saurait constituer une déclaration d'invalidation au sens de l'art. 31 al. 1 CO. L'allocation du bonus litigieux doit dès lors, sous cet angle, être considérée comme ratifiée.

L'appelante ne soutient au surplus en outre pas que l'intimé aurait violé fautivement et de manière grave son devoir de diligence ou de fidélité, de sorte qu'elle aurait été fondée à revenir sur sa décision de lui octroyer ledit bonus comme le permet la jurisprudence (cf. supra, consid. 6.1.1 *in fine*). Son grief est dès lors, en toute hypothèse, mal fondé.

Au vu de ce qui précède, c'est à bon droit que le Tribunal a condamné l'appelante à verser à l'intimé la somme de 363'360 fr. brut à titre de bonus pour l'année 2017, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 30 juin 2019, et prononcé la mainlevée définitive de l'opposition frappant le commandement de payer, poursuite n° 1_____, notifié à l'appelante le 15 juillet 2019.

Le jugement entrepris sera dès lors confirmé sur ce point.

7. L'appelante critique enfin le montant des indemnités pour licenciement immédiat injustifié allouées à l'intimé. Elle reproche en substance au Tribunal d'avoir inclus le forfait pour frais de représentation de 1'940 fr. 50 par mois de l'intimé dans les

dommages-intérêts qu'elle a été condamnée à lui verser en vertu de l'art. 337 al. 1 CO. Ces frais visaient en effet à couvrir les dépenses effectives engagées par l'intéressé à l'étranger dans le cadre de la représentation de son employeuse et celui-ci n'avait exercé aucune activité professionnelle durant son délai de congé.

Elle fait également grief aux premiers juges d'avoir tenu compte des frais de représentation susmentionnés dans la fixation de l'indemnité à hauteur de trois mois de salaire octroyée à l'intimé en vertu de l'art. 337c al. 3 CO. Cette indemnité devait, selon elle, être réduite de 5'821 fr. 50 (1'940 fr. 50 x 3 mois).

7.1.1 Selon l'art. 337c CO, lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée (al. 1). On impute sur ce montant ce que le travailleur a épargné par suite de la cessation du contrat de travail ainsi que le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a intentionnellement renoncé (al. 2).

L'indemnité due au travailleur en vertu de l'art. 337c al. 1 CO vise à placer celui-ci dans la même situation que si le contrat s'était maintenu jusqu'au prochain terme contractuel (intérêt positif à l'exécution du contrat; DONATIELLO, in Code des obligations I, Commentaire romand, 3ème éd. 2021, art. 337c CO, n. 2). Conformément à l'art. 337c al. 2 CO, on déduit notamment du montant de cette indemnité ce que le travailleur a épargné par suite de la cessation du contrat de travail (p. ex. ses frais de déplacement entre le domicile et le lieu de travail). Cette imputation est l'expression du principe du dommage réel pour la fixation duquel on tient compte des avantages, car le travailleur ne doit pas s'enrichir au détriment de l'employeur (DONATIELLO, op. cit., art. 337c, n. 13). Il s'ensuit que, à moins qu'il ne constitue une forme déguisée de salaire, le remboursement forfaitaire des frais professionnels dont bénéficie l'employé est subordonné à la condition de l'exercice effectif d'une activité professionnelle pendant la période considérée. S'il est libéré de son obligation de travailler, l'employé ne peut y prétendre (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4ème éd. 2019, p. 381 et les références).

7.1.2 Outre les dommages-intérêts dus selon l'art. 337c al. 1 CO, le travailleur victime d'un licenciement immédiat injustifié a droit à une indemnité spécifique qui ne peut pas excéder le montant correspondant à six mois de salaire (art. 337c al. 3 CO). Cette indemnité doit être proportionnée à l'atteinte à la personnalité subie par le travailleur. Son montant est fixé librement par le juge en fonction de toutes les circonstances du cas (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 766 et les arrêts cités).

Le salaire déterminant pour fixer le montant maximal admis par la loi correspond au salaire brut (fixe et/ou variable) auquel le travailleur avait droit avant le congé immédiat. Toute forme de rémunération est prise en considération, si elle était due

au travailleur, notamment le treizième salaire (DONATIELLO, op. cit.,, n. 17 et les références).

Par mois de salaire, il faut se référer ici – contrairement à ce qui prévaut pour l'indemnité due en vertu des art. 337c al. 1 et 2 CO qui vise à placer l'employé dans la même situation que si le contrat s'était maintenu jusqu'au prochain terme contractuel – non pas à ce que le travailleur aurait gagné s'il n'avait pas été licencié, mais à sa rémunération mensuelle au moment de la résiliation de son contrat. Compte tenu des diverses solutions proposées par la doctrine quant au salaire déterminant, le juge dispose d'une marge d'appréciation sur ce point (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail, code annoté, 2ème éd. 2010, art. 337c CO, n. 3.7 et l'arrêt cité; cf. également arrêt du Tribunal fédéral 4A_234/2015 du 5 août 2015 consid. 3.2).

7.2 En l'espèce, le Tribunal a considéré, dans le jugement entrepris, que l'intimé avait passé plus de neuf années au service de l'appelante lorsque celle-ci lui avait donné son congé immédiat le 3 mai 2019, de sorte qu'un délai de congé de trois mois était applicable. Les rapports de travail auraient par conséquent dû prendre fin le 31 août 2019, si bien que l'intimé, qui avait été rémunéré jusqu'au 31 juillet 2019, était créancier d'un mois de salaire.

Se fondant sur les montants que l'appelante lui avait versés durant l'année 2019 et le fait que le dossier ne comportait pas "d'éléments contractuels contraires", le Tribunal a dès lors condamné l'appelante à verser à l'intimé la somme brute de 27'881 fr. 15, correspondant à un mois de salaire, et la somme nette de 1'940 fr. 50, correspondant à son forfait mensuel pour frais de représentation, à titre de dommages-intérêts au sens de l'art. 337c al. 1 CO.

Il a en outre estimé que, compte tenu des circonstances du cas, l'intimé pouvait prétendre à une indemnité pour licenciement immédiat injustifié à hauteur de trois mois de salaire, soit 89'464 fr. 95 nets [(27'881 fr. 15 + 1'940 fr. 50) x 3 mois].

7.3 En l'occurrence, l'appelante fait valoir que le forfait pour frais de représentation que percevait l'intimé visait à couvrir ses dépenses effectives dans le cadre de la représentation de son employeuse. Dans la mesure où il n'avait plus été à son service à compter du 3 mai 2019, il n'y avait dès lors pas lieu d'inclure ce forfait dans la somme qui lui était due pour le mois d'août 2019.

Par ce raisonnement, l'appelante se fonde toutefois sur des faits qui ne résultent pas du jugement entrepris et qu'elle ne prétend pas avoir allégués en première instance. Ces faits sont par conséquent irrecevables au stade de l'appel (art. 317 al. 1 CPC) et l'appelante ne saurait s'en prévaloir à l'appui de son grief, ce qui scelle le sort de ce dernier.

Indépendamment de ce qui précède, il sied de relever que l'appelante a continué à verser à l'intimé son forfait pour frais de représentation entre son licenciement immédiat, le 3 mai 2019, et la fin présumée de son contrat de travail, le 31 juillet 2019, et ce alors qu'elle l'avait libéré de son obligation de travailler. L'argument de l'appelante, selon lequel ce forfait visait à compenser des dépenses effectivement encourues par l'intimé et ne correspondait pas à un salaire déguisé, est dès lors contredit par le comportement qu'elle a elle-même adopté. Sa critique est dès lors, en toute hypothèse, infondée.

L'appelante ne saurait en outre faire grief au Tribunal d'avoir fixé l'indemnité pour licenciement immédiat injustifié allouée à l'intimé en tenant compte des frais de représentation susmentionnés. Conformément à la jurisprudence, cette indemnité doit en effet être calculée sur la base du salaire mensuel effectivement perçu par l'employé au moment de la résiliation de son contrat, le juge disposant en tout état d'une marge d'appréciation pour déterminer le salaire en question. Dans la mesure où l'appelante n'avait pas démontré – comme indiqué ci-avant – que le forfait pour frais de représentation de l'intimé ne visait qu'à couvrir des dépenses effectives, le Tribunal pouvait inclure à bon droit ce montant dans le calcul de l'indemnité susmentionnée.

Le jugement entrepris sera dès lors confirmé sur les points qui précèdent.

L'appelante ne contestant pour le surplus ni le caractère injustifié de la résiliation immédiate des rapports de travail, ni le principe de l'octroi d'une indemnité à l'intimé à ce titre, point n'est besoin d'examiner ces questions dans le cadre du présent arrêt.

8. Les frais judiciaires d'appel, arrêtés à 4'000 fr., seront mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 95 et 106 al. 1 CPC; art. 5 et 71 RTFMC). Ils seront compensés par l'avance du même montant effectuée par celle-ci, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

Il ne sera pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre des prud'hommes, groupe 5 :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ SA le 23 avril 2021 contre le jugement JTPH/82/2021 rendu le 9 mars 2021 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/26550/2019-5.

Au fond :

Confirme le jugement entrepris.

Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 4'000 fr., les met à la charge de A_____ SA et les compense avec l'avance effectuée par celle-ci, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens d'appel.

Siégeant :

Madame Jocelyne DEVILLE CHAVANNE, présidente; Madame Anne-Christine GERMANIER, juge employeur; Madame Shirin HATAM, juge salariée; Madame Chloé RAMAT, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000 fr.