



Monsieur T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Jérôme PICOT  
Rue Verdaine 12  
Case Postale 3804  
1211 GENEVE 3

E \_\_\_\_\_ GmbH  
**Dom. élu** : Me Daniel PEREGRINA  
Chemin des Vergers 4  
1208 GENEVE

**Partie appelante et intimée sur  
appel incident**

**Partie intimée et appelante  
incidente**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du 7 octobre 2005

M. Christian MURBACH , président

Mme Monique FORNI et M. Bernard JEANNERET, juges employeurs

M. Thierry ZEHNDER et Mme Heidi BUHLMANN, juges salariés

Mme Laure-Hélène LAISSUE, greffière d'audience

**EN FAIT**

A. a) E\_\_\_\_\_ INC. est un groupe américain fondé en 1980, actif dans le domaine du commerce de programmes informatiques, visant, notamment, à améliorer les capacités et performances de logiciels en matière de sauvegarde des données de rapidité d'exécution et de fiabilité.

b) Le 5 mars 1997, une société E\_\_\_\_\_ GmbH (ci après E\_\_\_\_\_ ) a été fondée à Zurich par le groupe E\_\_\_\_\_ INC précité.

En novembre 1998, E\_\_\_\_\_ a ouvert à Genève un bureau de représentation pour la Suisse romande.

c) Au mois de juin 1999, a été prise la décision de transférer T\_\_\_\_\_ du bureau parisien de E\_\_\_\_\_ – où il était employé depuis le 2 février 1998 – auprès du bureau genevois de E\_\_\_\_\_.

T\_\_\_\_\_ a ainsi été engagé par E\_\_\_\_\_ par contrat du 30 juin 1999, avec effet au 16 août 1999, en qualité de « software consultant senior », pour un salaire annuel fixe de fr. 120'000.- brut, auquel s'ajoutait, notamment, « francs suisses 20'000.- de salaire variable, défini dans le plan de commissionnement joint à ce contrat et redéfini annuellement ».

Pour l'année fiscale débutant le 1<sup>er</sup> avril 1999 et se terminant le 31 mars 2000, l'octroi de la part variable de fr. 20'000.- était lié à des objectifs déterminés par trimestre.

Le contrat de travail liant les parties prévoyait également que T\_\_\_\_\_ avait droit à 25 jours ouvrables de vacances par année de service.

d) E\_\_\_\_\_ a requis et obtenu pour T\_\_\_\_\_ une autorisation de séjour avec activité lucrative, de catégorie B, basée sur le contingent fédéral et valable 48 mois.

e) Par télécopie du 5 août 1999, T\_\_\_\_\_ a posé à l'avocat de son employeur, Me A\_\_\_\_\_, diverses questions au sujet de son permis de travail, aux motifs qu'il souhaitait se tenir informé des conditions exactes de sa mutation, « car personne ne sait ce qu'il peut advenir demain, surtout dans le secteur informatique. D'autre part il est toujours préférable de garder le maximum de portes ouvertes, du moins de ne pas s'enfermer ».

Me A\_\_\_\_\_ a fait parvenir à l'intéressé une réponse détaillée par télécopie du 12 août 1999, lui indiquant, en particulier, qu'au cas où il restait employé de E\_\_\_\_\_ jusqu'au terme des quatre ans et que son séjour en Suisse devait se prolonger, son employeur pouvait solliciter pour son compte un permis de durée indéterminé, prélevé sur le contingent cantonal, l'expérience montrant que cette transformation d'un permis de quatre ans en un permis illimité était pratiquement toujours accordée ; Me A\_\_\_\_\_ relevait, en outre, que d'ici quatre ans les négociations bilatérales entre la Suisse et l'Union européenne, prévoyant notamment la libre circulation des personnes, aboutiraient certainement, de sorte que son permis serait alors renouvelé automatiquement.

f) Par décision du 18 août 1999, l'Office fédéral des étrangers a accepté la demande de E\_\_\_\_\_ et octroyé pour son employé une autorisation de séjour avec activité lucrative d'un maximum de 36 mois.

En date du 27 novembre 2001, E\_\_\_\_\_, par l'intermédiaire de son avocat, a sollicité en faveur de T\_\_\_\_\_ un permis de séjour avec activité lucrative de catégorie B, basé sur le contingent cantonal, aux motifs « que le permis temporaire ne correspond pas à l'accord passé entre E\_\_\_\_\_ et Monsieur T\_\_\_\_\_ qui prévoyait que ce dernier était définitivement transféré à Genève sans plan de retour en France ou de projet d'envoi à terme dans une autre société du groupe », avec la précision que T\_\_\_\_\_ avait « démissionné de la société française, ne gardant plus aucun lien avec elle, ni en matière de contrat ni en matière de fond de prévoyance » et que c'était « il y a quelques mois seulement que Monsieur T\_\_\_\_\_ a réalisé avec stupéfaction que son permis B et son statut en Suisse étaient précaires, ce qui ne correspondait pas [*manque un mot*] à la E\_\_\_\_\_ France et de signer avec E\_\_\_\_\_ Suisse un contrat de travail de durée indéterminé ».

E\_\_\_\_\_ affirme que la motivation à l'appui de sa requête en délivrance du permis susmentionné avait été faite « pour les besoins de la cause », n'ayant

jamais fait la moindre promesse à T\_\_\_\_\_ qu'elle demanderait une telle autorisation (cf. mémoire de réponse et appel incident de E\_\_\_\_\_ du 13.9.2005, p. 5 ad 7).

La requête de E\_\_\_\_\_ a été refusée par décision de l'Office de la main-d'œuvre étrangère du 18 janvier 2002 avec le motif suivant : « l'exiguïté du quota ne permet pas de reconnaître l'intérêt de la demande ».

h) E\_\_\_\_\_ ayant décidé de ne pas recourir contre cette décision, T\_\_\_\_\_ a contesté celle-ci, à titre personnel, par le biais de Me B\_\_\_\_\_, avocat.

Par décision du 9 juillet 2002, l'Office cantonal de l'emploi a délivré à T\_\_\_\_\_ une autorisation de séjour avec activité lucrative, valable jusqu'au 30 novembre 2002, indiquant que ladite décision avait été prise en raison de l'entrée en vigueur, le 1er juin 2002, de l'entrée en vigueur de l'accord bilatéral sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne, avec la précision que le recours était devenu sans objet.

Pour le recours susmentionné, intenté à ses frais, T\_\_\_\_\_ s'est acquitté d'une note d'honoraires de son avocat de fr. 6'000.-.

i) Par courrier du 6 mai 2002, E\_\_\_\_\_ a mis fin à ses rapports de travail avec T\_\_\_\_\_ pour le 31 août 2002, l'intéressé étant informé qu'il serait libéré de son obligation de travailler dès le 8 mai 2002 et qu'il devait prendre ses vacances durant le délai de congé.

j) T\_\_\_\_\_ a été en incapacité totale de travailler du 10 juillet au 16 septembre 2002, puis du 15 novembre au 8 décembre 2002.

k) Les bonus versés à T\_\_\_\_\_ pour l'année fiscale 2002/2003 se sont élevés à fr. 10'024.-.

l) Selon le décompte établi par son employeur, T\_\_\_\_\_ avait un solde de vacances de 32 jours au mois de novembre 2002.

**B. a)** En date du 14 avril 2003, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_ devant la juridiction de prud'hommes en paiement d'un montant de fr. 101'000.- avec intérêts, soit :

- fr. 56'000.- à titre d'indemnité pour réparation de tort moral ;
- fr. 20'000.- à titre de participation au résultat de l'exploitation ;
- fr. 25'000.- à titre d'indemnisation de solde de vacances.

A l'appui de ses prétentions, T\_\_\_\_\_ a fait valoir que son employeur n'avait pas été diligent dans l'exécution des procédures d'obtention d'un permis de travail B du contingent cantonal, ceci dans l'objectif de le faire démissionner, ce qui était « générateur pour lui » d'un tort moral. Par ailleurs, l'intéressé estimait avoir droit à la part variable de son salaire pour un montant supérieur à celui qui lui avait été versé ainsi qu'à une indemnité équivalant à un solde de vacances de 46,5 jours.

Dans sa demande en justice, l'appelant a indiqué, s'agissant du bonus - qualifié de « primes » -, ce qui suit :

« La fin des rapports de travail étant intervenue le 30 novembre 2002, il (T\_\_\_\_\_ ) devait néanmoins obtenir des primes relatives aux deux premiers trimestres de l'année fiscale 2002/2003 ainsi qu'une prime pro rata temporis pour le troisième trimestre de cette même année. E\_\_\_\_\_ a toujours calculé et payé ses primes sur la base du trimestre précédent. A titre d'exemple, à la fin du mois de juin 2002, T\_\_\_\_\_ aurait dû obtenir une prime pour la période allant d'avril 2002 à juin 2002, soit le premier trimestre de l'année fiscale 2002/2003 ».

Lors de l'audience du 21 août 2003, T\_\_\_\_\_ a précisé que le montant de fr. 56'000.- qu'il réclamait se rapportait, à hauteur de fr. 6'000.- aux honoraires de son avocat pour la procédure ayant mené à l'octroi d'un permis de travail cantonal et, pour le solde, aux salaires qu'il n'avait pas pu toucher en raison de l'absence de permis.

b) Le Tribunal a procédé à des enquêtes.

C\_\_\_\_\_, ancienne employée de E\_\_\_\_\_ en tant que directrice des ventes et supérieur hiérarchique de T\_\_\_\_\_, a notamment indiqué que le bonus de ce dernier n'était pas lié aux prestations de celui-ci, mais à celles de la société, et

plus particulièrement du groupe auquel l'intéressé appartenait. Le bonus correspondait au pro rata des objectifs atteints indépendamment du fait que T\_\_\_\_\_ était absent.

Pour sa part, le témoin D\_\_\_\_\_ a indiqué que le bonus des employés de E\_\_\_\_\_ dépendait principalement du chiffre d'affaires et des buts à atteindre et que les absences du travailleur n'avaient pas d'influence à ce égard.

F\_\_\_\_\_, directeur technique de E\_\_\_\_\_ depuis mars 2002, a notamment expliqué que, jusqu'au départ de T\_\_\_\_\_ de la société, celui-ci travaillait principalement pour le dossier de J\_\_\_\_\_ mais qu'à cette époque aucun contrat n'avait été signé. Le témoin a indiqué, s'agissant du dossier de J\_\_\_\_\_, que l'activité de T\_\_\_\_\_ – consistant à faire les présentations des diverses solutions à tous les managers – n'avait pas mené à la conclusion d'un contrat, précisant toutefois que seulement 20% des propositions environ aboutissaient. F\_\_\_\_\_ a confirmé avoir adressé, le 18 mars 2002, un e-mail à T\_\_\_\_\_ pour le féliciter du travail accompli pour J\_\_\_\_\_ ; toutefois, il n'y avait pas eu de contrat signé immédiatement à la suite de la présentation par l'intéressé à la banque, mais, ultérieurement, plusieurs contrats avaient été signés sans qu'aucun d'entre eux n'ait résulté de la seule activité de T\_\_\_\_\_ qui toutefois, « naturellement », avait eu une influence sur le processus de négociations et de signatures.

Le témoin a encore confirmé que J\_\_\_\_\_ était une cliente de E\_\_\_\_\_ avant l'arrivée de T\_\_\_\_\_ et qu'il ne pouvait pas dire si un contrat précis avait « fait suite » à l'activité de ce dernier, précisant qu'aucun contrat n'avait été signé sur la partie « storage » pour laquelle l'intéressé avait fait la présentation dont il était question dans l'e-mail précité du 18 mars 2002.

Le témoin a encore indiqué que le fait que T\_\_\_\_\_ ait ou non travaillé sur le dossier de J\_\_\_\_\_ n'aurait rien changé, dans la mesure où il aurait touché une part du chiffre d'affaires réalisé.

S'agissant des plans de commissionnement, F\_\_\_\_\_ a encore indiqué que la période concernée débutait le 1<sup>er</sup> avril et était divisée en trimestres et que quatre critères étaient utilisés pour fixer ces commissionnements, à savoir le chiffre

d'affaires par pays, celui de la région, le bénéfice en Suisse et le chiffre d'affaires des différentes prestations de service. Il a ajouté que le quota était défini une fois par année et que l'absence de participation de l'employé dans un dossier, fût-il important, ne changeait rien au montant de commissions de celui-ci, de même que d'éventuelles longues absences, la commission étant alors calculée sur l'année en cours et par trimestre. A cet égard, le témoin a précisé qu'il y avait des exceptions, résultant d'un usage au sein de la société, notamment en cas de licenciement, qui entraînait le calcul de la commission sur la moyenne des douze derniers mois.

c) Dans un courrier adressé à la juridiction des prud'hommes le 22 décembre 2003, E\_\_\_\_\_ a expliqué en détail la manière dont le bonus de T\_\_\_\_\_ était calculé. Elle a, par ailleurs, produit plusieurs documents relatifs aux plans de commissionnement pour l'année fiscale 2001/2002.

d) Lors de l'audience du 5 février 2004, T\_\_\_\_\_ a réduit ses conclusions afférentes au paiement d'une indemnité de vacances à un total de 32 jours.

Pour sa part, E\_\_\_\_\_ a notamment indiqué que l'ensemble des membres de l'équipe dont son ex-employé faisait partie, recevait un salaire variable établi sur une base identique, précisant, notamment, que le calcul de commissions rétroactif sur 12 mois était surtout fréquent dans le domaine de la vente. E\_\_\_\_\_ a également produit divers documents - en particulier une feuille récapitulative des commissions qui, selon elle, étaient dues à T\_\_\_\_\_ pour l'année fiscale 2002/2003, si ce dernier n'avait été ni absent pour cause d'incapacité de travail ni licencié - ainsi que divers décomptes relatifs à la part variable du salaire de celui-ci.

e) A l'issue de l'audience susmentionnée du 5 février 2004, le Tribunal, par ordonnance préparatoire, a ordonné à E\_\_\_\_\_ de produire des documents attestant du montant des salaires variables des commissions reçues par deux anciens collègues directs de T\_\_\_\_\_, soit G\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_, pour les trois premiers trimestres de l'année fiscale 2002/2003.

E\_\_\_\_\_ a ainsi produit, le 4 mars 2004, d'une part les plans de commissionnement de ses deux employés, qui mentionnaient les montants leur

ayant été versés au titre de bonus et, d'autre part, divers documents attestant du paiement effectif de ces bonus.

f) T\_\_\_\_\_ a également déposé un tableau comparatif, établi par ses soins, sur la base duquel il a amplifié le montant réclamé au titre de participation au résultat de l'exploitation à fr. 22'499.75.

g) Par jugement rendu suite à l'audience de délibération du 2 avril 2004, et notifié le 8 juillet 2004 aux parties, le Tribunal des prud'hommes a condamné E\_\_\_\_\_ à payer à T\_\_\_\_\_ la somme de fr. 30'822.85 brut, avec intérêts, soit fr. 12'050.55 à titre de bonus (soit fr. 22'074.55 dus à ce titre moins la somme de fr. 10'024.- déjà reçue) ainsi que fr. 18'772.30 à titre de 32 jours de vacances non prises, déboutant les parties de toutes autres conclusions.

C. a) Par acte déposé au greffe de la Cour de céans le 10 août 2004, T\_\_\_\_\_ appelle de ce jugement dont il sollicite l'annulation en tant qu'il l'a débouté « de ses prétentions visant au paiement : a) d'une somme d'argent résultant de la violation, par l'intimé, de ses obligations contractuelles dans le cadre de l'obtention d'un permis de travail ; b) d'un montant de fr. 22'499.75 à titre de prime pour l'année 2002 », concluant à la confirmation de la décision entreprise pour le surplus ainsi qu'à la condamnation de son ex-employeur à lui payer la somme de fr. 6'000.- net ainsi que de fr. 22'499.75 brut, et ce avec intérêts.

b) Dans ses écritures responsives du 13 septembre 2004, E\_\_\_\_\_ a conclu au déboutement de T\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions d'appel et à la confirmation du jugement entrepris.

Formant appel incident, E\_\_\_\_\_ a notamment conclu, d'une part, à ce que le jugement entrepris soit annulé en tant qu'il l'avait condamnée à payer à son ex-employé la somme de fr. 18'772.30 à titre de vacances non prises et, d'autre part, à ce qu'elle soit condamnée à payer à l'intéressé à ce titre la somme de fr. 14'712.65, concluant ainsi à ce que T\_\_\_\_\_ soit en définitive condamné à lui rembourser la différence, soit le montant de fr. 4'059.65, qu'il avait déjà reçu de sa part en exécution du jugement querellé.

c) T\_\_\_\_\_ a conclu, dans sa réponse sur appel incident du 18 octobre 2004, au déboutement de sa partie adverse de toutes ses conclusions.

d) Lors de l'audience du 5 janvier 2005, devant la Cour de céans, E\_\_\_\_\_ a affirmé que le salaire variable versé à ses employés pour un trimestre déterminé correspondait au chiffre d'affaires réalisé durant ce semestre, ce que T\_\_\_\_\_ a contesté, soutenant que son ex-employeur pratiquait la technique du « lissage », qui, à son sens n'était du reste pas illégale dans la mesure où tous les comptes étaient bouclés à la fin de l'exercice fiscal, soit au 31 mars de chaque année.

L'intimée a précisé que le salaire variable était calculé non pas sur les montants encaissés mais sur les montants que les clients s'engageaient à payer dans le contrat qu'ils avaient signés ; en revanche, n'étaient pas prises en considération les lettres d'intention des clients, mais uniquement les contrats.

e) Sur demande de la Cour de céans, E\_\_\_\_\_ s'est engagée à produire, dans un délai d'un mois, l'intégralité des pièces justificatives (soit notamment les contrats conclus, dûment caviardés mais permettant de vérifier les montants des transactions, les dates de celles-ci ainsi que les signatures apposées sur lesdits contrats) sur la base desquelles le salaire variable de MM. G\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_ avait été calculé durant le dernier trimestre de l'année fiscale 2002/2003.

f) Les parties ont, par ailleurs, renoncé à l'audition de Me B\_\_\_\_\_.

g) En date du 9 février 2005, E\_\_\_\_\_ a transmis à la Cour de céans, avec copie à sa partie adverse, divers documents. Dans la lettre accompagnant ceux-ci, le conseil de l'intimée indiquait, s'agissant des pièces dont la Cour de céans avait sollicité la production, qu'il n'« était pas possible » et « totalement disproportionné, sous l'angle juridique », compte tenu de l'objet de la constatation de T\_\_\_\_\_, de produire une copie du contrat régissant chacun des honoraires - mentionnés aux pièces 17 et 18 versées à la procédure -, à savoir, respectivement, la liste de tous les honoraires pour l'année fiscale 2003 de E\_\_\_\_\_ pris en considération dans le cadre de la détermination des bonus dans le domaine des licences et contrats de maintenance - avec l'indication des noms des clients ayant

donné lieu à ces encaissements et du mois au cours duquel ces honoraires étaient comptabilisés (pièce 17) - et la liste, par mois, des honoraires pour l'année fiscale 2003 de E\_\_\_\_\_ pris en considération dans le cadre de la détermination des bonus relatifs aux services professionnels rendus par E\_\_\_\_\_ (pièce 19).

A cet égard, l'intimée précisait que ces versements étaient, pour la plupart, liés à des contrats différents dont certains avaient été conclus plusieurs années auparavant et avaient fait l'objet de divers amendements, son service comptable ayant estimé « à deux semaines de travail, à temps plein, l'identification de ces contrats et leur photocopies, ce qui représentait plusieurs classeurs fédéraux ».

Selon l'intimée, il convenait de rappeler que T\_\_\_\_\_ ne contestait pas les montants encaissés, mais se limitait à affirmer qu'un contrat de J\_\_\_\_\_ avait été « lissé », à savoir artificiellement réparti sur plusieurs trimestres, raison pour laquelle l'intéressé considérait avoir droit à recevoir un bonus prenant en considération ledit contrat. Or, l'examen des documents montrait que si le contrat signé avec J\_\_\_\_\_ avait effectivement influencé de manière importante les bonus liés au dernier trimestre de l'année fiscale 2003, à savoir la période allant de janvier 2003 à fin mars 2003, ledit contrat avait été signé par les deux parties le 31 mars 2003, de sorte qu'aucun des contrats pris en considération pour la détermination du bonus n'avait fait l'objet d'un quelconque « lissage », pratique qui n'avait pas cours chez E\_\_\_\_\_ et qui d'ailleurs n'avait pas été évoquée ni confirmée par aucun des témoins entendus dans cette affaire.

Par ailleurs, E\_\_\_\_\_ a fourni, pièces à l'appui, les explications complémentaires pour le calcul du bonus par rapport à celles adressées au Tribunal des prud'hommes.

h) Se déterminant dans son courrier du 29 février 2005 au sujet de l'envoi de sa partie adverse du 9 février 2005, l'appelant a relevé que E\_\_\_\_\_ n'avait pas déféré à l'ordonnance de la Cour de céans du 5 janvier 2005, n'ayant pas produit tous les contrats relatifs à la période litigieuse. T\_\_\_\_\_ relevait que son ex-employeur s'efforçait de justifier le montant important des primes versées à ses ex-collègues G\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_ en avril 2003 sur la base d'un contrat conclu avec J\_\_\_\_\_ en date du 31 mars 2003, soit une période durant laquelle il n'était

plus employé de la société, ce qui était pour le moins étonnant, dans la mesure où, « comme par miracle », ledit contrat avait été conclu le dernier jour de l'année fiscale alors qu'il était en réalité hautement vraisemblable que cette date avait été choisie par avance et de concert pour procéder à un « lissage ».

Affirmant qu'il était ainsi vraisemblable que le contrat avec J\_\_\_\_\_ n'avait pas pu parvenir à E\_\_\_\_\_ avant le 1<sup>er</sup> avril 2003, puisqu'il avait été signé à Zurich le jour précédent, l'appelant sollicitait que sa partie adverse soit invitée à produire la preuve de la réception dudit contrat au 31 mars 2003.

De surcroît, T\_\_\_\_\_ demandait que son ex-employeur fournisse diverses explications complémentaires au sujet, notamment, d'une réduction du calcul du bonus à facteur de 0,72 ainsi qu'à propos de l'indication d'un montant « prepaid maintenance » (PPM) mentionné dans le contrat J\_\_\_\_\_ de septembre 2002, alors que tel n'était pas le cas dans le contrat du 31 mars 2003 passé avec cette même banque.

L'appelant sollicitait ainsi l'apport par sa partie adverse de tous les contrats J\_\_\_\_\_ conclu pour l'année fiscale 2003 (soit du 1<sup>er</sup> avril 2002 au 31 mars 2003) accompagnés des contrats PPM et des contrats de licence pris en compte pour la maintenance pré-payée qui, selon lui, démontreraient « à l'évidence » que le contrat J\_\_\_\_\_ sur lequel son ex-employeur fondait son argumentation avait été en réalité conclu antérieurement, soit à une période à laquelle il était encore son employé.

i) Déférant à la requête de la Cour de céans du 11 mars 2005, E\_\_\_\_\_ s'est prononcée, par courrier du 15 avril 2005, sur les différentes explications et pièces qu'elle était requise par sa partie adverse de fournir.

j) Le conseil de T\_\_\_\_\_ s'est encore déterminé, par lettre du 9 mai 2005, au sujet de l'envoi de E\_\_\_\_\_ du 15 avril 2005.

k) La cause a ensuite été gardée à juger.

Les arguments des parties ainsi que les pièces qu'elles ont produites seront examinés dans la mesure utile ci-dessous.

### **EN DROIT**

1. Interjetés dans les formes et délais prévus aux art. 59 et 62 de la loi sur la Juridiction des prud'hommes (LJP), les appels tant principal qu'incident sont recevables.

2. 2.1. Le Tribunal a déterminé à fr. 22'074.55 le bonus auquel pouvait prétendre l'appelant, soit un solde de fr. 12'050.55, compte tenu du montant de fr. 10'024.- déjà versé à ce titre par E\_\_\_\_\_ à son ex-employé.

Les premiers juges sont arrivés à ce montant en se basant sur le bonus que les deux collègues de l'appelant, G\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_, avaient reçu durant les trois premiers semestres de l'année fiscale 2002/2003, soit du 1<sup>er</sup> avril au 31 décembre 2002 (fr. 24'680.-, soit : fr. 4'315.- le premier trimestre, fr. 13'129.- le deuxième et fr. 7'236.- le troisième) pour une part de salaire variable de fr. 27'310.-, et ont réduit d'un tiers le bonus du troisième trimestre dans la mesure où les rapports contractuels entre les parties avaient pris fin le 30 novembre 2003.

Le Tribunal a précisé qu'il ne saurait suivre T\_\_\_\_\_ lorsque celui-ci affirmait devoir bénéficier, comme ses collègues, du bonus du dernier trimestre de l'année fiscale 2002/2003 (1<sup>er</sup> janvier au 31 mars 2003), l'intéressé n'ayant pas démontré que les résultats dudit trimestre étaient liés au reste de l'année fiscale, notamment au travers d'un processus de « régularisation ».

2.2. L'appelant soutient être en droit de recevoir un montant additionnel, correspondant au 8/12<sup>èmes</sup> du montant du bonus total perçu par ses ex-collègues de travail pour l'année fiscale 2002/2003 et ce en raison d'une pratique de « régularisation » ou de « lissage » consistant, pour E\_\_\_\_\_, à reporter une partie des honoraires encaissés à la fin de l'année fiscale ; en effet, l'intimée ne versait jamais la totalité des primes dues pendant un trimestre lorsqu'un important contrat

avait été signé, car une partie non négligeable des montants encaissés en résultant étaient reportés à la fin de l'année fiscale, soit au 31 mars, au terme de laquelle une régularisation annuelle intervenait au 30 avril, comme cela avait été le cas en l'espèce avec ses collègues G\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_ qui avaient bénéficié à cette date-là d'une prime d'un montant de fr. 19'941.- ; cette « astuce » permettait à E\_\_\_\_\_ de « lisser » dans le temps, le versement des primes au cas où le chiffre d'affaires de la période était insuffisante et d'« habiller » un résultat au cours des « quaters », l'annonce des résultats par « quarter » étant cruciale dans le cas d'une société cotée aux USA, comme l'était l'intimée. Ainsi, en l'espèce, le revenu du contrat J\_\_\_\_\_, pendant la période prise en compte avait été « lissé » et « régularisé » au 31 mars 2003, d'où le versement intervenu en faveur de ses deux anciens collègues.

2.3. Il résulte de sa demande en justice du 14 avril 2003, que l'appelant admet, d'une part, n'avoir droit au bonus de l'année fiscale 2002/2003 que jusqu'au 31 décembre 2002, le bonus pour le dernier trimestre civil 2002 devant lui être payé *pro rata temporis*, et, d'autre part, n'avoir droit au paiement d'un bonus que si la condition y donnant lieu a été réalisée avant l'échéance de ses rapports contractuels avec l'intimée.

Par ailleurs, il ressort également de la demande en justice de l'appelant que le calcul du bonus pour son paiement à la fin d'un trimestre doit s'effectuer sur la base dudit trimestre.

Dès lors, il convient de déterminer si le contrat conclu avec J\_\_\_\_\_ le 31 mars 2003, ayant donné lieu au paiement du bonus des deux ex-collègues de l'appelant pour le quatrième trimestre fiscal de E\_\_\_\_\_ (1<sup>er</sup> janvier au 31 mars 2003), d'une part, a bien été conclu à cette date-là - T\_\_\_\_\_ affirmant être convaincu qu'il avait été en réalité conclu antérieurement, à une période durant laquelle il était encore employé de E\_\_\_\_\_ - et, d'autre part, si ledit contrat, comme le soutient également l'appelant, se confond avec le contrat passé avec cette même banque sur lequel il avait œuvré durant l'année 2002.

E\_\_\_\_\_ a produit la copie d'un contrat intitulé « *Entreprise License Addendum G (Mainframe Products)* » concernant la « *Software License and Maintenance* »,

portant la date du 31 mars 2003, qu'elle a conclu avec J\_\_\_\_\_ (pièce 21 de son chargé).

E\_\_\_\_\_ a également produit (pièce 22 de son chargé) copie d'un e-mail de J\_\_\_\_\_, daté du 31 mars 2003 à 15h37, transmettant à I\_\_\_\_\_, un des responsables de E\_\_\_\_\_, le contrat précité, signé par la banque, avec la mention « *E\_\_\_\_\_ – New contracts with J\_\_\_\_\_ AG world wide* ».

En outre, l'intimée a produit copie d'un contrat intitulé *Entreprise License Addendum E (Mainframe Products)* » relatif à la « *Software License and Maintenance* », daté du 1<sup>er</sup> septembre 2002, qu'elle a conclu avec J\_\_\_\_\_ (pièce 24 de son chargé) et qui indique, notamment, que les redevances dues par la banque s'élèvent à US\$ 14'475'509 dont US\$ 9'841'943 « *is prepaid Maintenance ( the « Entreprise Licence Fee ») to be invoiced in septembre 2002 and which payment is due November 15, 2002* ». Il est également précisé que « *Alternatively Licensee will pay for said perpetual license and prepaid Maintenance a one time fee of US\$ 15'598'476 (...) payable in 4 annual consecutive installments inclusive interest and under the condition set forth below, commencing 1 January, 2003* » de US\$ 3'899'619, le dernier versement intervenant le 3 janvier 2006.

Il résulte du point 1 (« *Reference* ») du contrat du 31 mars 2003 susmentionné qu'il est fait référence aux contrats antérieurs de même nature passés avec la banque, notamment celui daté du 31 décembre 1999 ainsi que les « *Addendum D* » du 31 décembre 2000, et « *Addendum E* » du 1<sup>er</sup> septembre 2002. Ce contrat du 31 mars 2003 prévoit également qu'il restera en vigueur jusqu'au 31 août 2006 et que les redevances dues par J\_\_\_\_\_ au 30 avril 2003 s'élèvent à US\$ 8'978'321 (art. 2.1). Il est également indiqué qu'aucun paiement n'interviendra au titre de « *maintenace* » avant le 1<sup>er</sup> septembre 2004 (art. 4).

Si l'on déduit du montant de US\$ 8'978'321 susmentionné la somme correspondant aux redevances liées à J\_\_\_\_\_ K\_\_\_\_\_, située aux USA, soit US\$ 558'613, et que l'on ajoute la part (25%, soit US\$ 139'653, 25) desdites redevances qui est prise en considération dans le commissionnement des employés suisses (cf. explications non contestées à ce sujet de l'intimée dans son courrier du

9.02.2005 adressé à la Cour de céans, p. 4-5), on arrive à un montant de US\$ 8'559'361.25 (US\$ 8'978'321 - US\$ 558'613 + US\$ 139'653,25), correspondant à fr. 14'400'924.70.

Cette dernière somme se retrouve en page 4, in fine, de la pièce 17 chargé E\_\_\_\_\_ comme étant - parmi la liste de tous les honoraires, pour l'année fiscale 2002-2003, pris en compte dans le cadre de la détermination des bonus dans le domaine des licences et contrats de maintenance, avec l'indication du nom des clients ayant donné lieu à des encaissements et du mois au cours desquels ces honoraires ont été comptabilisés - les honoraires payés par J\_\_\_\_\_ à l'intimée au quatrième trimestre de ladite année fiscale.

Cette somme de 8'559'361.25 est comprise dans le chiffre d'affaires total de US\$ 12'227'942.94 (soit fr. 20'914'464.67) pris en considération, pour la période allant du 1<sup>er</sup> janvier au 31 mars 2003, dans le calcul du commissionnement des employés de E\_\_\_\_\_ (cf. pièces 14, 17, 18 et 19 chargé intimée).

Par ailleurs, les pièces produites par E\_\_\_\_\_ montrent également que, durant le deuxième trimestre de l'année fiscale 2002/2003, soit pendant le mois de septembre 2002, un montant total de fr. 16'981'643.54 a été comptabilisé au titre d'un précédent contrat signé avec J\_\_\_\_\_ pendant ce trimestre et que ce montant a été introduit dans le plan de commissionnement des employés de l'intimée au cours dudit trimestre, soit la date à laquelle le contrat a été signé avec J\_\_\_\_\_ (1<sup>er</sup> septembre 2002 ; cf. pièces 17, 2<sup>ème</sup> page, 19 et 24 chargé intimée).

Il résulte ainsi de ce qui précède que les montants importants des honoraires et redevances pris en considération pour le calcul du bonus des employés suisses de E\_\_\_\_\_ pour le quatrième trimestre de l'année fiscale 2002/2003 (1<sup>er</sup> janvier au 31 mars 2003) proviennent, non pas d'un ancien contrat conclu avec J\_\_\_\_\_ pendant la période durant laquelle l'appelant était un employé de E\_\_\_\_\_, mais bien du nouveau contrat signé le 31 mars 2003 avec cette banque, c'est-à-dire lorsque T\_\_\_\_\_ avait quitté l'intimée.

L'appelant, qui n'a pas droit à un bonus calculé sur la base d'un contrat conclu avec J\_\_\_\_\_ alors qu'il n'était plus employé de E\_\_\_\_\_, doit donc être débouté de son appel sur ce point.

3. T\_\_\_\_\_ sollicite également l'annulation du jugement entrepris en tant qu'il l'a débouté de ses conclusions tendant à la condamnation de son ex-employeur à lui payer les honoraires d'avocat de fr. 6'000.- dont il a dû s'acquitter, selon lui, pour l'obtention d'une autorisation de séjour avec activité lucrative travail en Suisse qui lui a été octroyé le 9 juillet 2002.

3.1. A cet égard, le Tribunal a considéré que l'intimée n'avait pas violé ses obligations résultant du contrat de travail qui ne contenait aucune disposition relative à l'obtention par ses soins d'un quelconque document administratif en faveur de son employé.

L'appelant fait grief aux premiers juges de ne pas avoir tenu compte des obligations accessoires liées au respect par les parties à un contrat des règles de la bonne foi, soit, en l'occurrence, d'avoir violé l'accord oral que E\_\_\_\_\_ avait passé avec lui, aux termes duquel il était définitivement transféré à Genève sans plan de retour en France ou de projet d'envoi à terme dans une autre société du groupe, sans avoir pris la précaution initiale de régulariser sa situation au regard des règles applicables à l'obtention d'un permis de séjour ; l'intimée avait expressément reconnu une telle violation dans sa demande de permis de travail B du 27 novembre 2001.

3.2. Ce point de vue ne saurait être suivi.

Certes, lorsque l'intimée a sollicité pour l'appelant, le 27 novembre 2001, de l'Office cantonal de la main-d'œuvre étrangère, l'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative, basée sur le contingent cantonal, elle a indiqué comme l'un des motifs de sa requête, que le permis temporaire, fondé sur le contingent fédéral, valable 36 mois, ne correspondait pas à l'accord passé entre les parties dans la mesure où celui-ci prévoyait que T\_\_\_\_\_ était définitivement transféré à Genève sans plan de retour en France ou de projet d'envoi à terme dans une autre société du groupe.

Toutefois, et même si l'on fait abstraction des explications - pour le moins surprenantes, et non établies au demeurant - de E\_\_\_\_\_ selon qui les affirmations figurant dans la requête de permis de travail l'avaient été pour les seuls besoins de la cause, on ne voit pas en quoi le prétendu accord passé entre les parties au sujet du transfert définitif de l'appelant dans le bureau genevois de E\_\_\_\_\_ impliquait l'obtention d'une autorisation de séjour avec activité lucrative basée sur le contingent cantonal.

En effet, il ne résulte pas de la procédure que l'intimée ait jamais fait à cet égard, en violation du principe de la responsabilité fondée sur la confiance (cf. CHAPPUIS, La responsabilité fondée sur la confiance, in SJ 1997 p. 165 ss ; MORIN, la définition de la responsabilité sur la confiance au regard de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral in SJ 2000 II 161 ss ; HIRSCH, La responsabilité fondée sur la confiance : Une responsabilité quasi contractuelle ? Note publiée in SJ 2000 I 539-541 ; THÉVENOZ, Des effets de l'inexécution des obligations, Commentaire romand des obligations du Code des Obligations I 2003 p. 559 ; ATF 120 II 331 : JT 1995 I 359 ; ATF 121 III 350 ; ATF 123 III 220 : SJ 1998 277 ; ATF 124 III 297 : SJ 1998 p. 460), de promesses à T\_\_\_\_\_ qui auraient suscité, puis déçu, de manière contraire à la bonne foi, ses attentes concrètes et déterminées quant à son établissement à Genève.

E\_\_\_\_\_ a, en effet, sollicité et obtenu un permis fondé sur le contingent fédéral autorisant l'appelant - qui n'avait aucun droit à obtenir un permis du contingent cantonal - à travailler en Suisse durant trois ans. Il ne pouvait pas y avoir d'engagement de l'intimée d'obtenir une autorisation de séjour avec activité lucrative basée sur le contingent cantonal, dans la mesure où la délivrance d'un tel permis dépend, en tout premier lieu, de conditions, telle la politique appliquée en ce domaine par les autorités compétentes, sur lesquelles E\_\_\_\_\_ n'avait aucune influence.

En sollicitant par la suite l'octroi pour l'appelant d'un permis basé sur le contingent cantonal, l'intimée a satisfait à ses obligations d'employeur à l'égard de l'appelant et elle n'est en rien responsable de l'échec de sa démarche à ce sujet, ce que du reste T\_\_\_\_\_ ne soutient pas.

Certes, E\_\_\_\_\_ n'a pas recouru contre le refus de l'autorité compétente du 18 janvier 2002 de délivrer un tel permis, de sorte que T\_\_\_\_\_ a décidé de contester personnellement cette décision par l'intermédiaire d'un avocat.

Cependant, il ne résulte pas de la procédure que ce recours était indispensable pour que l'appelant puisse continuer à travailler en Suisse au service de l'intimée.

En effet, l'avocat de cette dernière, dans le courrier du 12 août 1999 qu'il a fait parvenir à T\_\_\_\_\_ en réponse aux questions contenues dans la lettre que celui-ci lui avait adressée le 5 du même mois, avait bien précisé à l'intéressé - qui semblait avant tout s'inquiéter à cet égard de son avenir professionnel en Suisse et de son statut au cas où il ne travaillerait plus chez E\_\_\_\_\_ - que son permis B lui permettait, à son échéance, soit après trois ou quatre ans, de rester chez son employeur et de solliciter un permis de durée indéterminée, prélevé sur le contingent cantonal. Me A\_\_\_\_\_ avait ajouté que, d'ici quatre ans, il était fort possible que les négociations bilatérales entre la Suisse et l'Union européenne, prévoyant notamment la libre circulation des personnes, aboutissent, de sorte que son autorisation de séjour avec activité lucrative serait alors renouvelée automatiquement.

Et c'est ce qui, en définitive, s'est produit le 1<sup>er</sup> juin 2002, de sorte que ce n'est pas le recours, devenu désormais sans objet, intenté par l'appelant contre la décision négative des autorités qui a abouti, le 9 juillet 2002, à la délivrance d'un permis cantonal. Au demeurant, une simple requête de sa part, déposée à ce moment-là ou auparavant aurait certainement suffi pour l'obtention d'un tel permis.

Dès lors, on ne discerne pas en quoi l'intimée devrait supporter les frais d'avocat encourus par l'appelant concernant ce recours, ce que, du reste, comme l'ont relevé à juste titre les premiers juges, T\_\_\_\_\_ a lui-même admis dans sa demande (ch. 21) en indiquant que « E\_\_\_\_\_ n'avait pas violé ses obligations d'employeur, sauf en ce qui concerne le mobbing ».

T\_\_\_\_\_ sera, dès lors également débouté de son appel sur ce point.

5. Le même sort doit être réservé à l'appel incident interjeté par E\_\_\_\_\_ au sujet de sa condamnation à verser à l'appelant la somme de fr. 18'772.30 à titre de paiement des jours de vacances non pris en nature.

5.1. A ce égard, l'appelante incidente fait valoir qu'en incluant le bonus perçu par l'appelant dans le montant du salaire de ce dernier servant de base au calcul de la compensation qui lui était due pour ses jours de vacances non pris, le Tribunal l'avait condamnée à payer « deux fois le montant variable du salaire payé à l'appelant. Ce montant est en effet payé à la fin de chaque trimestre, indépendamment du fait que l'employé a pris ses vacances ou non ». Dès lors, E\_\_\_\_\_ soutient que seul le salaire de base, soit fr. 10'000.- par mois, devait être pris en considération pour calculer cette compensation en espèces.

5.2. Ce point de vue ne saurait être suivi.

En effet, à teneur de l'art. 329d al. 1 CO, l'employeur verse au travailleur le salaire total afférant aux vacances. « Le salaire susmentionné comprend le salaire de base, qu'il soit fixe ou variable, ainsi qu'une éventuelle part octroyée en nature, mais également les autres modes de rémunération complémentaire ayant un caractère de rémunération durable, comme les allocations familiales, les indemnités de résidence, le 13<sup>ème</sup> salaire, les provisions, les commissions, la participation au chiffre d'affaires ainsi que, dans certains cas, les pourboires et le remboursement des frais. En principe, seuls sont écartés les dédommagements ayant un lien direct avec l'exécution de la prestation du travailleur [...]. Les éventuels suppléments, prestations complémentaires ou indemnités qui s'ajoutent au salaire de base, pour autant qu'ils aient un caractère durable et régulier, doivent également entrer dans le calcul des montants à verser au travailleur durant ses vacances [...]. Si le contrat prévoit le versement d'un 13<sup>ème</sup> salaire ou d'une gratification obligatoire, soit une gratification convenue par les parties indépendamment de savoir si le travail a été bien exécuté ou non, et qui se distingue de la gratification à bien plaire qui ne fait pas l'objet d'une convention des parties mais reste exceptionnelle et volontaire, ces sommes sont dues au travailleur pour l'année période de vacances comprises ; elles font toujours partie intégrante du salaire usuel. Par conséquent, que ces allocations soient versées en

bloc en fin d'année, ou divisées et intégrées au salaire mensuel, elles ne doivent pas être diminuées proportionnellement à la durée des vacances, et sont dues dans leur entier » (CEROTTINI, Le droit aux vacances, thèse, Lausanne, 2001, p. 181, 196 et 197 et les réf. doctrinales citées).

5.3. En l'occurrence, il est manifeste que le salaire variable de fr. 20'000.- défini dans le plan de commissionnement joint au contrat de travail ayant lié les parties, et redéfini annuellement, s'ajoutant au salaire mensuel fixe de fr. 10'000.- brut, faisait partie intégrante, de par son caractère durable et régulier, du salaire usuel entrant dans le calcul des montants versés à T\_\_\_\_\_ durant ses vacances.

Il est admis que, pour calculer le salaire afférant aux vacances annuelles, le taux habituellement retenu est de 10,64% dudit salaire lorsque l'employé bénéficie, comme c'était le cas de T\_\_\_\_\_, de 5 semaines de vacances annuelles. En 2002, le solde de vacances restant à prendre pour l'intimée sur appel incident était de 32 jours. Cette année-là, son salaire mensuel moyen - soit le salaire fixe (fr. 10'000.-) et variable (fr. 1'839.50.- [fr. 22'074.55/12 mois]) - était de fr. 11'839.50, ce qui correspond à un salaire annuel de fr. 142'074.-. Le salaire afférant aux vacances annuelles s'est donc élevé à fr. 15'117.- (fr. 142'074.-. x 10,64%), ce qui correspond à fr. 604,68 par jour de vacance (fr. 15'117.-/ 25 jours ouvrables). Dès lors T\_\_\_\_\_ avait droit à un montant de fr. 19'350.- au titre de 32 jours de vacances non prises (fr. 604,68 x 32 jours ouvrables).

Ainsi, la décision des premiers juges d'octroyer à ce titre à l'appelant sur appel incident d'une somme de fr. 18'772.30 ne peut être que confirmée.

**5.** Les montants litigieux, tant sur appel principal qu'appel incident, étant inférieurs à fr. 30'000.-, il n'y a pas lieu à perception d'un émolument d'appel (art. 60 al. 1 LJP).

**PAR CES MOTIFS**

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 5

**A la forme :**

Déclare recevables les appels tant principal qu'incident interjetés respectivement par T\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ GmbH contre le jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes suite à l'audience de délibération du 2 avril 2004, notifié le 8 juillet 2004, dans la cause C/7921/2003 – 5.

**Au fond :**

Statuant sur appel principal :

1. Déboute T\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions.

Statuant sur appel incident :

2. Déboute E\_\_\_\_\_ GmbH de toutes ses conclusions.

3. Confirme, pour le surplus, le jugement entrepris.

4. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président