

# **GE\_GERICHTE CAPH/187/2018 vom 14. Dezember 2018**

GE Cour de justice, 2018-12-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_187\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_187_2018)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/187/2018 du 14 décembre 2018

IT: GE\_GERICHTE CAPH/187/2018 del 14 dicembre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

L'appel principal et l'appel joint sont recevables pour avoir été interjetés auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ), dans le délai utile de trente jours et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 142 al. 1 et 3, 311, 312 al. 2 et 313 al. 1 CPC), à l'encontre d'une décision finale de première instance rendue dans une affaire de nature pécuniaire, qui statue sur des conclusions dont la valeur litigieuse, compte tenu de l'ensemble des prétentions demeurées litigieuses en première instance, est supérieure à 10'000 fr. (art. 91 al. 1 première phrase et 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC). Les réponses ainsi que les déterminations subséquentes des parties sont également recevables pour avoir été déposées, respectivement expédiées, dans les formes et délais prévus par la loi (art. 312 al. 2 CPC), respectivement impartis par le juge à cet effet.

### **E. 1.2**

L'appel peut être formé pour violation du droit et/ou constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'instance d'appel dispose ainsi d'un plein pouvoir d'examen de la cause en fait et en droit. En particulier, elle contrôle librement

- 21/36 -

C/17920/2015-1 l'appréciation des preuves effectuées par le juge de première instance et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (art. 157 CPC en lien avec l'art. 310 let. b CPC; ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4D\_72/2017 du 19 mars 2018 consid. 2).

### **E. 1.3**

La valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr., la procédure ordinaire est applicable (art. 219 ss CPC) et la cause est soumise aux maximes des débats (art. 55 al. 1 CPC) et de disposition (art. 58 al. 1 CPC).

### **E. 1.4**

Dans le cadre de son appel, l'appelante a pris pour la première fois des conclusions en mainlevée de l'opposition, ainsi que produit une pièce nouvelle. La question de la recevabilité de ces conclusions et de cette pièce peuvent demeurer indécisées compte tenu de l'issue du litige.

### **E. 2**

Il n'est plus litigieux, au stade de l'appel, que l'appelante est débitrice de la somme de 26'608 fr. 30 envers l'intimé, composée des salaires non perçus par ce dernier pour les mois de juin et juillet 2015 (20'600 fr.) ainsi que du treizième salaire au pro rata temporis pour la période allant de janvier à juillet 2015 (6'008 fr. 30), les intérêts moratoires courant dès le 1er août

2015. Le présent arrêt portera ainsi sur les autres prétentions des parties.

### **E. 3**

Dans le cadre d'un premier grief, l'appelante reproche au Tribunal d'avoir considéré que l'intimé pouvait prétendre à une somme totale de 16'635 fr. 45 à titre de commissions sur les ventes pour les mois d'avril à juillet 2015, ainsi qu'à une somme de 6'571 fr. 30 à titre de commissions sur les ventes pour le chantier T\_\_\_\_\_. Elle soutient que l'art. 5b de l'avenant au contrat de travail permettait uniquement à l'intimé de percevoir des commissions à 5 % sur les ventes qui étaient directement sollicitées par les acquéreurs et non sur celles demandées par le maître d'ouvrage, à savoir l'architecte ou l'entreprise générale. Elle n'était donc débitrice que d'une somme de 4'347 fr. 54, correspondant aux commissions à 5 % et 1 % qu'avait le droit de percevoir l'intimé d'avril à juillet 2015. L'intimé s'en prend également au raisonnement du premier juge, lui reprochant d'avoir écarté une partie des commissions réclamées. Il persiste à requérir le versement total de 85'139 fr. 40 à titre de commissions de vente d'avril à juillet 2015 ainsi que pour les chantiers T\_\_\_\_\_ et R\_\_\_\_\_, arguant qu'il avait été convenu dès 2001 que toutes les ventes supplémentaires seraient commissionnées à 5% et, qu'en tout état de cause, il était impossible de distinguer les commandes supplémentaires trouvant leur origine chez les acquéreurs finaux et celles requises par les maîtres d'ouvrage.

#### **E. 3.1**

Aux termes de l'article 322b al. 1 CO, s'il est convenu que le travailleur a droit à une provision sur certaines affaires, elle lui est acquise dès que l'affaire a été valablement conclue avec le tiers.

- 22/36 -

C/17920/2015-1 La provision est une forme de rémunération liée au résultat. Elle se calcule plus particulièrement sur les affaires conclues par le travailleur. Il faut, sauf convention contraire, que le travailleur, pendant le rapport contractuel, procure une affaire concrète ou trouve un client disposé à conclure; il doit ainsi exister un rapport de causalité entre l'activité du travailleur et la conclusion du contrat. Le but économique de la provision est de motiver le travailleur et de l'intéresser au résultat de son travail (ATF 139 III 124 consid. 5.1; 128 III 174 consid. 2b; DANTHE, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 5 ad art. 322b CO).

#### **E. 3.2**

En présence d'un litige sur l'interprétation d'une clause contractuelle, le juge doit tout d'abord s'efforcer de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). Pour déterminer le contenu d'une clause contractuelle, le juge doit donc rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices. Constituent des indices en ce sens non seulement la teneur des déclarations de volonté – écrites ou orales –, mais encore le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté réelle des parties, qu'il s'agisse de déclarations antérieures à la conclusion du contrat ou de faits postérieurs à celle-ci, en particulier le comportement ultérieur des parties établissant quelles étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes (ATF 144 III 93 consid. 5.2; 132 III 268 consid.

2.3.2; 131 III 606 consid. 4.1).

Si le juge ne parvient pas à déterminer la volonté réelle et commune des parties - parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes - ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat (ATF 131 III 280 consid. 3.1 p. 286) - ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves (arrêts du Tribunal fédéral 5C\_252/2004 du 30 mai 2005 consid. 4.3; 4A\_210/2015 du 2 octobre 2015 consid. 6.2.1) -, il doit recourir à l'interprétation normative (ou objective), à savoir rechercher leur volonté objective, en déterminant le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre (application du principe de la confiance; ATF 135 III 140 consid. 3.2; 133 III 61 consid. 2.2.1; 132 III 268 consid. 2.3.2 p. 274/275, 626 consid. 3.1 p. 632). Ce principe permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 130 III 417 consid. 3.2 p. 424 et les arrêts cités). A cet égard, le juge part en premier lieu de la lettre du contrat. En principe, les expressions et termes choisis par les cocontractants doivent être compris dans leur sens objectif (ATF 131 III 606 consid. 4.2 p. 611). Toutefois, il ressort de

- 23/36 -

C/17920/2015-1 l'art. 18 al. 1 CO que le sens d'un texte, même clair, n'est pas forcément déterminant. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres circonstances que le texte de la clause litigieuse ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu (ATF 136 III 86 consid. 3.2.1). Ainsi, cette interprétation s'effectue non seulement d'après le texte et le contexte des déclarations, mais également sur le vu des circonstances qui les ont précédées et accompagnées (ATF 135 III 295 consid. 5.2 p. 302; 132 III 626 consid. 3.1 in fine; 131 III 377 consid. 4.2.1), à l'exclusion des circonstances postérieures (ATF 135 III 295 consid. 5.2 p. 302; 133 III 61 consid. 2.2.1 p. 67; 132 III 626 consid. 3.1). Cela étant, il n'y a pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les cocontractants lorsqu'il n'existe aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (ATF 136 III 186 consid. 3.2.1).

### **E. 3.3**

En l'espèce, les parties s'opposent sur la nature des prestations pouvant faire l'objet du commissionnement à 5 %. L'appelante considère que seules les ventes passées directement par les acquéreurs finaux ouvraient ce droit. L'intimé soutient, quant à lui, qu'une commission à 5 % était due sur toutes les ventes, même celles qui transitaient par les maîtres d'ouvrage. En présence de deux thèses distinctes, il y a lieu, conformément aux principes jurisprudentiels précités, de déterminer quelles ventes donnaient droit au commissionnement, en recherchant tout d'abord la volonté réelle des parties.

#### **E. 3.3.1**

Lors de l'engagement de l'intimé par C\_\_\_\_\_ SA puis par l'appelante en juillet 1997 et mars 1998, aucun droit de participation aux affaires conclues n'a été convenu. Ce n'est qu'en septembre 1998, lors de la signature de l'avenant au contrat de travail, que les parties ont prévu le versement de commissions sur ventes à 1 ‰ et 5%. A teneur du texte de l'avenant et des déclarations concordantes des parties et des témoins, la commission à 5% visait à rétribuer les (nombreuses) heures supplémentaires effectuées par l'intimé. Elle faisait suite à la démission de l'employé, qui avait indiqué être surchargé, ainsi qu'à la

volonté de l'employeuse de le retenir en renégociant ses conditions salariales à la hausse. A l'époque de la conclusion de l'avenant au contrat de travail, l'activité de l'intimé était encore essentiellement axée sur les villas, ce qui est notamment attesté par le fait qu'il était nommé responsable du département «villas et petits travaux» (exécution d'environ 90 villas par année). Ce n'est que par la suite que son activité s'est orientée davantage sur les PPE. Il s'ensuit qu'au moment où elles ont renégocié les termes du contrat de travail, en particulier lorsqu'elles ont instauré un système de commission sur ventes, les parties partaient du postulat que les ventes interviendraient majoritairement sur des villas. L'intimé a

- 24/36 -

C/17920/2015-1 d'ailleurs indiqué que l'art. 5b de l'avenant lui avait convenu à ce moment-là, car il s'occupait essentiellement de villas. Tant que cette activité s'est majoritairement axée sur les villas, l'intimé n'a, de son propre aveu, pas intégré les commandes complémentaires provenant du maître d'ouvrage à son commissionnement à 5%. Ce n'est qu'à partir de 2001 qu'il les aurait intégrées, avec l'aval de son supérieur hiérarchique, car il s'occupait de plus en plus de logements en PPE, ce qui avait pour conséquence d'augmenter sa charge de travail. L'ensemble de ces éléments conduisent à retenir qu'au moment de la conclusion de l'avenant au contrat de travail en septembre 1998, les parties ont eu la réelle et commune intention (interprétation subjective) de limiter la commission à 5% aux ventes supplémentaires demandées directement par les acquéreurs, respectivement d'exclure les ventes supplémentaires demandées par le maître d'ouvrage ou son représentant de ce commissionnement, ainsi qu'il ressort de la dernière phrase de l'art. 5b de l'avenant qui, aux dires de l'intimé, n'a jamais posé de problème tant que son activité s'était limitée aux villas.

### **E. 3.3.2**

Reste à déterminer si les parties ont modifié leur accord en 2001, ainsi que l'affirme l'intimé, en convenant d'intégrer les ventes supplémentaires demandées par le maître d'ouvrage au commissionnement à 5%. Le dossier ne contient que peu d'éléments sur cette question, étant rappelé que le supérieur hiérarchique ayant prétendument accepté ce changement est décédé. Entendu sur cette question, l'ancien chef comptable de l'appelante a indiqué qu'il ne pensait pas qu'un tel accord ait pu intervenir puisque les sommes versées à l'intimé auraient été conséquentes; en outre, aucun changement salarial ne lui avait été communiqué jusqu'à son départ en 2002. En l'absence de toute trace écrite ou de témoignages concluants, la thèse de l'intimé peut ainsi difficilement être suivie. Ce d'autant plus qu'à teneur des pièces versées au dossier, les premiers gros chantiers réalisés par l'intimé datent, au plus tôt, de 2004 (J\_\_\_\_\_ ; AW\_\_\_\_\_), de sorte que l'augmentation de la charge de travail – qui aurait été à l'origine de la modification de pratique – n'aurait débuté qu'à ce moment-là, et non en 2001 déjà. Si les témoins ont tous confirmé que l'intimé ne comptait pas ses heures, aucun n'a pu indiquer si ce rythme élevé était déjà mené en 2001, la majorité d'entre eux ayant été engagés après cette date.

### **E. 3.3.3**

Pour distinguer les ventes supplémentaires demandées par les acquéreurs finaux de celles demandées par les maîtres d'ouvrage (entreprise générale ou architecte), l'appelante a produit des centaines de pièces, de manière toutefois incomplète puisque certaines pages sont manquantes et que tous les documents

- 25/36 -

C/17920/2015-1 relatifs à chaque vente n'ont pas été produits (devis, avenants, factures et factures finales). Sur la base des pièces produites, dont certaines ont été soumises aux témoins, il a pu être établi que les commandes supplémentaires demandées au cours des travaux transitaient en général par l'entreprise générale ou l'architecte (témoins U \_\_\_\_\_, Y \_\_\_\_\_, AE \_\_\_\_\_ et AD \_\_\_\_\_), en particulier les factures finales, et qu'il incombait à ces derniers de signer les bons de paiement à la banque (témoins AE \_\_\_\_\_ et AD \_\_\_\_\_), sans qu'il faille en déduire qu'elles visaient des modifications demandées par les acquéreurs finaux (témoins AK \_\_\_\_\_ et AE \_\_\_\_\_, qui ont déclaré que les pièces n. 787, 618 et 623 concernaient des demande complémentaires des acquéreurs finaux alors qu'elles leur ont été directement adressées). Les enquêtes n'ont toutefois pas permis de déterminer si l'absence d'indication du nom du client ou de son numéro d'appartement/de villa signifiait que la modification avait été requise par le maître d'ouvrage. Tandis que V \_\_\_\_\_ a indiqué que l'avenant produit en pièce n. 258 avait a priori été demandé par la direction des travaux dès lors qu'il n'indiquait aucun numéro d'appartement, AE \_\_\_\_\_ a indiqué que les factures finales produites en pièces n. 618 et 623 listaient les plus-values demandées par les acquéreurs, alors que la Cour constate que les noms de ces derniers n'y apparaissaient pas. Il ressort en outre de la pièce n. 819, soumise à AD \_\_\_\_\_, que le devis du 26 juillet 2008 mentionnait le nom des époux acquéreurs, tandis que la facture finale du 7 avril 2009 indiquait uniquement qu'elle concernait la construction de six villas au chemin 4 \_\_\_\_\_. Cette question peut toutefois demeurer indécise compte tenu des considérations qui suivent.

3.3.4.1 Il résulte du dossier que l'attention de l'appelante a été attiré, à tout le moins à une reprise, en 2010, sur le fait que l'intimé intégrait dans ses commissions à 5 % les ventes supplémentaires demandées par le maître d'ouvrage car il considérait que, même si celles-ci transitaient par une entreprise générale ou un architecte, elles étaient facturées in fine à l'acquéreur final, de sorte qu'il devait en percevoir les 5 %. L'appelante soutient, à cet égard, avoir clairement signifié à l'intimé qu'elle contestait l'intégration de telles ventes au commissionnement à 5 %. Certes, E \_\_\_\_\_, représentant de l'appelante, a indiqué à l'intimé qu'elle considérait que la vente « AJ \_\_\_\_\_ compléments stores app » ne constituait pas une vente d'acquéreur au sens de l'art. 5b de l'avenant au contrat et lui a demandé d'établir de nouveaux décomptes pour les années 2009 et 2010 en identifiant en rouge les ventes qu'il avait comptabilisées dans ses journaux

- 26/36 -

C/17920/2015-1 d'activité et qui ne constituaient pas des ventes directes d'acquéreur. Il n'en demeure toutefois pas moins qu'elle lui a finalement versé l'intégralité des commissions demandées initialement. Elle a en outre continué à lui verser les commissions à 5% requises jusqu'à la résiliation des rapports de travail, sans autre demande d'explication (les précisions demandées oralement n'ayant pas été prouvées).

3.3.4.2 L'appelante fait grand cas du fort lien de confiance l'unissant à son ex- collaborateur, qui était responsable d'un département et membre de la direction, pour justifier de l'absence de contrôle détaillé des journaux d'activité et des décomptes de commission. Il ressort effectivement des enquêtes que E \_\_\_\_\_ et D \_\_\_\_\_ ne contrôlaient pas chaque devis et n'opéraient qu'un contrôle global des factures. Même si AG \_\_\_\_\_ a indiqué qu'ils ne reprenaient pas telles quelles les informations contenues dans le système informatique – et donc dans les journaux d'activité – au procès-verbal des séances individuelles mensuelles, il ressort des pièces produites que tel a bien été le cas pour B \_\_\_\_\_, puisque les ventes supplémentaires y ont été insérées à l'identique. En outre, si les pièces justificatives n'étaient pas annexées aux journaux

d'activité, celles-ci étaient scannées et enregistrées dans les serveurs de la société à tout le moins depuis 2010 dans le département de l'intimé, de sorte que ces documents étaient aisément consultables dans le système informatique de la société, auquel U\_\_\_\_\_, AG\_\_\_\_\_ et AH\_\_\_\_\_ ont confirmé que les membres de la direction avaient accès. Quant aux décomptes de commissions, ceux-ci transitaient trimestriellement par E\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ avant d'être remis à AC\_\_\_\_\_ pour paiement, de sorte que l'appelante ne pouvait ignorer que l'intimé se faisait verser chaque année depuis 2008 plus de 100'000 fr. annuels de commissions à 5 %. A cela s'ajoute le fait que les informations contenues dans ces documents étaient formulées de manière claire et relativement précise. Quant au fait que AH\_\_\_\_\_ ait indiqué n'avoir rencontré qu'à cinq reprises E\_\_\_\_\_ pour une séances individuelle mensuelle, cet élément n'est aucunement pertinent, dès lors qu'il a été admis que l'intimé rencontrait effectivement E\_\_\_\_\_ toutes les quatre à six semaines et qu'il a été considéré qu'une lecture simple et rapide du journal d'activité suffisait à l'appelante pour constater les prétendues « irrégularités » dont elle se plaint. En tout état de cause, il résulte du dossier que AH\_\_\_\_\_ n'a été nommé responsable du département télécom (ou chef de projets) qu'en 2014, pour assurer l'intérim après le licenciement de AG\_\_\_\_\_, et qu'il a démissionné en 2015, ce qui pourrait expliquer le nombre limité des séances individuelles ayant eu lieu et le fait qu'il ait indiqué que son cas était spécial.

- 27/36 -

C/17920/2015-1 3.3.4.3 Il résulte de la procédure que G\_\_\_\_\_ avait proposé à B\_\_\_\_\_ le versement d'une commission sur ses ventes aux particuliers en vue de rémunérer les heures supplémentaires effectuées par ce dernier. En effet, chaque modification du contrat engendrait du travail supplémentaire pour l'intimé. Il ressort également du dossier que l'activité déployée par l'intimé avait évolué, en ce sens qu'en sus des villas, il était de plus en plus en charge de logements en PPE, lesquels engendraient également du travail supplémentaire. En définitive, la Cour considère qu'en continuant à verser à l'intimé les commissions annoncées malgré le fait qu'elle connaissait l'interprétation différente qu'avaient les parties de l'art. 5b de l'avenant au contrat de travail, l'appelante a admis, ou à tout le moins toléré, la pratique de l'intimé. Il n'est ainsi pas nécessaire de distinguer entre les ventes obtenues directement auprès des acquéreurs de celles passant par le maître d'ouvrage. En revanche, et comme l'a retenu à bon droit le Tribunal, il convient de déterminer si certaines d'entre elles concernaient des parties communes de l'immeuble ou s'il ne s'agissait pas de "petits clients". En effet, les modifications des travaux dans lesdites parties communes ne nécessitaient pas nécessairement de travail supplémentaire. Par ailleurs, un chantier de l'envergure de celui de R\_\_\_\_\_, ne peut être considéré comme une "villa" ou un "appartement", au sens de l'art. 5b de l'avenant au contrat de travail. La Cour retient, à l'instar du Tribunal, que l'intimé pouvait prétendre à percevoir, à titre de commissions sur les ventes des mois d'avril à juillet 2015, un montant de 16'635 fr. 45, soit les sommes brutes de 1'083 fr. 60 [(17'219 fr. 95 – 8%) x 5% + 291 fr. 60] pour le mois d'avril, 2'710 fr. 20 [(53'200 fr. 55 – 8%) x 5% + 293 fr.] pour mai, 6'190 fr. [(131'728 fr. 25 – 8%) x 5% + 130 fr. 50] pour juin et 6'651 fr. 65 [(146'986 fr. – 8%) x 5% + 109 fr. 70] pour juillet. Compte tenu des éléments qui précèdent, le ch. 4 du dispositif du jugement querellé sera confirmé. Il en va de même du ch. 5.

#### **E. 4**

Dans le cadre d'un second grief, l'appelante reproche au Tribunal d'avoir rejeté sa demande de dommages-intérêts formulée à hauteur de 722'235 fr. 77. Elle soutient que l'intimé a

violé ses obligations contractuelles en incluant dans ses commissions des montants dont il n'avait pas droit.

#### **E. 4.1**

Selon l'art. 321e al. 1 CO, le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. Comme toute responsabilité contractuelle, la responsabilité du travailleur suppose la réalisation de quatre conditions: un dommage, la violation d'une obligation contractuelle, un rapport de causalité naturelle et adéquate entre ladite violation et le dommage ainsi qu'une faute intentionnelle ou par négligence (arrêt du Tribunal fédéral

- 28/36 -

C/17920/2015-1 4A\_310/2007 du 4 décembre 2007 consid. 6.2). Ces conditions sont cumulatives. Il suffit que l'une d'elles fasse défaut pour que la demande doive être rejetée. La mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître (art. 321e al. 2 CO). Un salarié exerçant une fonction dirigeante ou au bénéfice d'une rémunération élevée pourra se voir poser des exigences plus élevées ou être amené à répondre de façon plus large de la réalisation d'un risque professionnel (ATF 110 II 344 consid. 6b/ee, in JdT 1985 I 380). Il ne saurait toutefois y avoir de violation contractuelle entraînant la responsabilité du travailleur lorsque l'employeur ordonne ou tolère le comportement qui a causé le dommage (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_599/2013 du 17 mars 2015 consid. 3.2.3 et les références citées). En outre, la faute concomitante de l'employeur peut entraîner une réduction de la responsabilité du travailleur, notamment en cas de mauvaise organisation du travail, de défaut d'instruction ou de contrôle insuffisant du travailleur (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_123/2007 du 31 août 2007 consid. 8.2; 4C\_87/2001 du 7 novembre 2011 consid. 4b; 4C\_103/2005 du 1er juin 2005 consid. 1.3). Il appartient à l'employeur de prouver l'existence du dommage et son ampleur, ainsi que la violation, par le travailleur, de ses obligations contractuelles et le rapport de causalité entre cette violation et le dommage (ATF 97 II 145 consid. 5b; arrêt du Tribunal fédéral 4C\_323/1995 du 13 janvier 1997 consid. 4e). Le travailleur pourra ensuite apporter la preuve libératoire de son absence de faute, voire d'une faute qui n'est que légère si l'activité présente un risque professionnel (arrêt du Tribunal fédéral 4C\_195/2004 du 7 septembre 2004 consid. 2.1; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3ème éd., 2010, n. 6 ad art. 321 e CO; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Kommentar, 6ème éd., 2015, n. 6 ad art. 321e CO, EMMEL, OR- Handkommentar, 2007, n. 3 ad art. 321e CO).

#### **E. 4.2**

En l'espèce, en prolongement de ce qui a été retenu sous ch. 3 supra, il sera retenu qu'en versant systématiquement à l'intimé le 5 % des ventes figurant dans ses journaux d'activité, alors qu'elle avait appris en 2010 que l'intimé y intégrait les ventes demandées par le maître d'ouvrage, et qu'elle avait accès à toutes les pièces justificatives, l'appelante a acquiescé par actes concluants au versement de cette rémunération. Aucune violation du contrat ne peut ainsi être reprochée à l'intimé, dont les agissements ont été tolérés par la société pendant plusieurs années, de sorte que la première condition posée par l'art. 321e al. 1 CO n'est pas réalisée.

C/17920/2015-1 Le grief de l'appelante sera par conséquent rejeté, sans qu'il soit nécessaire de se déterminer sur le délai de prescription de l'action en dommages-intérêts.

## **E. 5**

L'intimé reproche également au Tribunal d'avoir écarté ses prétentions en paiement d'une somme de 162'217 fr. 50 à titre de participation aux bénéfices de la société pour les années 2008 à 2014. Il soutient que l'art. 3 let. c du contrat de travail prévoyait une participation au résultat d'exploitation et non le versement d'une gratification.

### **E. 5.1**

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).

Il faut donc déterminer dans chaque cas, 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), s'il s'agit d'un élément du salaire (art. 322 s. CO) ou d'une gratification (art. 322d CO) (ATF 142 III 381 consid. 2.1 et 2.2). En outre, il découle de la nature de la gratification qu'elle doit rester accessoire par rapport au salaire de base, à défaut de quoi il faudra procéder à une conversion en salaire.

#### **E. 5.1.1**

Le salaire est la rémunération que l'employeur est tenu de payer à l'employé pour le temps ou le travail que celui-ci a consacré à son service, et qui est fixé soit directement par contrat individuel, soit indirectement par un contrat-type de travail ou par une convention collective (art. 322 al. 1 CO). La gratification, aux termes de l'art. 322d al. 1 CO, est une rétribution spéciale que l'employeur accorde en sus du salaire à certaines occasions, par exemple une fois par année. Selon la volonté des parties, il peut y avoir un droit à la gratification (art. 322d al. 1 CO) ou, au contraire, aucun droit lorsqu'elle est stipulée facultative, expressément ou par actes concluants (ATF 131 III 615 consid. 5.2). Une gratification peut aussi être soumise à des conditions: en particulier, elle n'est due (au pro rata temporis), en cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à son paiement, que s'il en a été convenu ainsi (art. 322d al. 2 CO; arrêt du Tribunal fédéral 4C\_426/2005 du 28 février 2006 consid. 5.1). La gratification se distingue en outre du salaire par son caractère accessoire par rapport au salaire de base. Dans certaines circonstances, un bonus qualifié de facultatif peut ainsi devoir être requalifié en salaire en vertu du principe de l'accessorité (ATF 141 III 407 consid. 4.3). Si la gratification est ainsi convertie en élément du salaire, elle n'est pas soumise à l'art. 322d al. 2 CO et, en cas d'extinction des rapports de travail, elle doit être payée en fonction de la durée de ces rapports (ATF 109 II 447 consid. 5c).

#### **E. 5.1.2.1**

Lorsqu'un montant (même désigné comme bonus ou gratification) 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, il 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. 4.1; 136 III 313 consid. 2; 129 III 276 consid. 2; 109 II 447 consid. 5c).

#### **E. 5.1.2.2**

En revanche, 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 manoeuvre 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, il doit être qualifié de gratification (ATF 141 III 407 consid. 4.1 et 4.2; 139 III 155 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_485/2016 du 28 avril 2017 consid. 4.1.2). Si tel est le cas, deux cas de figure peuvent se présenter: les parties ont réservé seulement le montant du bonus (cf. 5.1.2.2.1 ci-après) ou, au contraire, le principe et le montant du bonus (cf. 5.1.2.2.2 ci-après).

5.1.2.2.1 Si, par contrat, les parties sont tombées d'accord sur le principe du versement d'un bonus et n'en ont réservé que le montant, il s'agit d'une gratification que l'employeur est tenu de verser, mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer (ATF 136 III 313 consid. 2; 131 III 615 consid. 5.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_172/2012 du 22 août 2012 consid. 8.2). De même, lorsqu'au cours des rapports contractuels, un bonus a été versé régulièrement sans réserve de son caractère facultatif pendant au moins trois années consécutives, il est admis qu'en vertu du principe de la confiance, il est convenu par actes concluants (tacitement), que son montant soit toujours identique ou variable: il s'agit donc d'une gratification à laquelle l'employé a droit (ATF 129 III 276 consid. 2.1; 131 III 615 consid. 5.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_172/2012 précité consid. 8.2), l'employeur jouissant d'une certaine liberté dans la fixation de son montant au cas où les montants étaient variables. Dans les deux situations, le travailleur, aux termes de l'art 322d al. 2 CO, n'a droit à une part proportionnelle de la gratification en cas d'extinction des rapports de travail (avant l'occasion qui y donne lieu) que s'il en a été convenu ainsi, ce qu'il lui incombe de prouver en vertu de l'art. 8 CC.

5.1.2.2.2. Si, par contrat, les parties ont réservé tant le principe que le montant du bonus, il s'agit d'une gratification facultative: le bonus n'est pas convenu et

- 31/36 -

C/17920/2015-1 l'employé n'y a pas droit, sous réserve de l'exception découlant de la nature de la gratification (principe de l'accessoriété; cf. infra consid 5.1.3 ci-après). De même, lorsque le bonus a été versé d'année en année avec la réserve de son caractère facultatif, il n'y a en principe pas d'accord tacite: il s'agit d'une gratification qui n'est pas due. Toutefois, il a été admis par exception que, en dépit de la réserve (sur le principe et sur le montant), un engagement tacite peut se déduire du paiement répété de la gratification pendant des décennies, lorsque l'employeur n'a jamais fait usage de la réserve émise, alors même qu'il aurait eu des motifs de l'invoquer, tels qu'une mauvaise marche des affaires ou de mauvaises prestations de certains collaborateurs, lorsqu'il l'a versée: il s'agit alors d'une gratification à laquelle l'employé a droit (ATF 129 III 276 consid. 2.3). Il en va de même lorsque la réserve du caractère facultatif n'est qu'une formule vide de sens (c'est-à-dire une clause de style sans portée) et qu'en vertu du principe de la confiance, il y a lieu d'admettre que l'employeur montre par son comportement qu'il se sent obligé de verser un bonus (arrêt

du Tribunal fédéral 4A\_172/2012 précité consid. 8.2).

### **E. 5.1.3**

Lorsque l'employeur a réservé le caractère facultatif du bonus, dans son principe et dans son montant, et que l'employé n'a donc pas un droit contractuel au versement du bonus (qui est une gratification) (cf. ci-dessus 5.1.2.2.2), il faut encore examiner si le bonus a un caractère accessoire par rapport au salaire de base. En effet, il ne faut pas oublier que la gratification ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur: il n'est pas concevable que dans le cadre d'un contrat de travail, la rétribution du travailleur consiste uniquement ou principalement en une gratification. La gratification, qui doit rester un élément accessoire du salaire de base, ne peut aller au-delà d'un certain pourcentage de ce salaire de base convenu (ATF 129 III 276 consid. 2.1; 141 III 407 consid. 4.3.2; 139 III 155 consid. 5.3). Le besoin de protection du travailleur doit l'emporter sur la liberté contractuelle des parties; l'application du principe de l'accessoriété peut enlever toute portée à la réserve et le bonus peut devoir être requalifié en salaire (ATF 141 III 407 consid. 4.3.2).

### **E. 5.1.4**

L'ensemble de ces principes a été résumé et explicité par le Tribunal fédéral dans ses arrêts 4A\_714/2016 du 29 août 2017 et 4A\_290/2017 du 12 mars 2018.

### **E. 5.2**

En l'espèce, les parties divergent au sujet de la première distinction, soit entre la qualification de salaire variable (art. 322a CO) et celle de gratification (art. 322d CO). Savoir si les parties sont convenues d'un bonus déterminé ou objectivement déterminable et, partant, d'un salaire variable, comme le soutient l'intimé en se

- 32/36 -

C/17920/2015-1 basant sur l'art. 3c de son contrat de travail, repris à l'art. 8b de l'avenant ou, au contraire, d'un bonus indéterminé ou objectivement indéterminable et, partant, d'une gratification, comme le prétend l'appelante, est affaire d'interprétation de leurs manifestations de volonté, selon les principes jurisprudentiels usuels, qui ont été rappelés supra sous ch. 3.2.

#### **E. 5.2.1**

Dans le contrat de travail du 11 juin 1997 établi par C\_\_\_\_\_ SA, il était prévu qu'une participation de 2 % serait attribuée à l'intimé dès le 1er août 1997 sur le bénéfice d'exploitation, selon contrat à établir. Aucun autre contrat n'a toutefois été signé entre C\_\_\_\_\_ SA et l'intimé jusqu'à la résiliation de leurs rapports contractuels. Lors de l'engagement de l'intimé par l'appelante le 31 mars 1998, la situation est demeurée inchangée, puisque les conditions prévalant précédemment ont été maintenues. Au mois de septembre 1998, en parallèle à la conclusion de l'avenant au contrat de travail, les parties ont signé une convention qui prévoyait le versement d'une participation de 2% si les objectifs pour l'année 1998 étaient atteints ou dépassés. En septembre 2001 et juin 2002, elles ont signé deux autres conventions qui stipulaient que l'octroi de la participation dépendait de la performance réalisée, le pourcentage pouvant varier de 2% à 3% selon les résultats obtenus. En juillet 2008, elles ont signé une convention qui indiquait que le bonus ne serait pas versé si les objectifs n'étaient pas atteints. Dans la mesure où il résulte de ces conventions, signées à intervalles plus ou moins réguliers au cours des relations de travail, que la participation était déterminée en fonction du bénéfice brut II réalisé par l'intimé, dont le

montant figurait sur le compte d'exploitation individuel que l'appelante lui remettait chaque année, l'intimé ne saurait soutenir qu'il pensait, à l'époque, qu'il s'agissait d'une participation aux résultats d'exploitation de l'entreprise, et ce, en dépit des termes utilisés dans le contrat de travail conclu avec C \_\_\_\_\_ SA, qui n'a jamais été concrétisé. Les enquêtes ont d'ailleurs permis d'établir que les employés ne connaissaient ni les comptes de la société ni les chiffres d'affaires de leurs collègues (témoins AI \_\_\_\_\_ et AT \_\_\_\_\_). On ne voit pas pourquoi il en aurait été différemment pour l'intimé, qui ne s'est d'ailleurs jamais plaint du système mis en place par l'appelante. En outre, bien qu'il puisse être admis que l'atteinte des objectifs établis par l'appelante faisait naître un droit au bonus pour l'intimé, le contrat laissait à l'appelante la tâche et la latitude de fixer ces objectifs, dont il n'a pas été allégué qu'ils étaient déterminés sur la base de critères prédéfinis. Certes, ils étaient calculés en fonction de la facturation, de la main d'œuvre, du matériel et des frais généraux, mais les montants relatifs à ces postes n'étaient pas fixes.

- 33/36 -

C/17920/2015-1 Il résulte également de la procédure que le pourcentage de la participation a varié chaque année et s'est élevée à 4% en 2011, 2012 et 2013, sans que les causes de cette fluctuation aient pu être déterminées. En outre, si H \_\_\_\_\_ a indiqué que le calcul du bonus faisait l'objet d'une discussion ouverte, il a précisé qu'après avoir été négocié avec E \_\_\_\_\_, le bonus était transmis à D \_\_\_\_\_ pour validation. Il s'ensuit que la décision finale appartenait bel et bien à la société. Quoiqu'en dise l'intimé, les enquêtes ont permis d'établir que le système de participation mis en place entre l'appelante et l'intimé était similaire à celui dont bénéficiaient d'autres employés, notamment H \_\_\_\_\_, AT \_\_\_\_\_, AU \_\_\_\_\_ et V \_\_\_\_\_. En effet, ceux-ci se faisaient également verser un bonus compris entre 2 % et 5 %, qui était calculé en fonction du bénéfice brut II résultant de leur BAB individuel. L'un d'entre eux signait d'ailleurs des conventions de paiement similaires à celles de l'intimé. L'intimé ne saurait en outre être suivi lorsqu'il soutient que le paiement régulier d'un bonus pendant 17 ans, accompagné de réserves sur son caractère facultatif, constitue une clause de style dépourvue d'effets. En effet, dans la mesure où l'intimé a toujours atteint ses objectifs, l'appelante n'a jamais eu des motifs d'invoquer la réserve émise. Il ressort en outre des témoignages recueillis que certains employés disposant de conditions salariales similaires n'ont pas perçu leur bonus lorsque leurs objectifs n'avaient pas été atteints. Seul H \_\_\_\_\_ a déclaré avoir parfois perçu un bonus lorsqu'il avait été légèrement en dessous du chiffre à atteindre. Quant à V \_\_\_\_\_, il a indiqué que l'intimé avait plaidé en sa faveur auprès de E \_\_\_\_\_ pour qu'il perçoive son bonus malgré la non-réalisation de ses objectifs. Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'intimé ne pouvait pas déterminer lui-même le montant de son bonus, puisque tant le pourcentage de la participation que la détermination du bénéfice brut II à atteindre ou encore le calcul détaillé du bénéfice brut II effectivement réalisé dépendaient, du moins en partie, de la marge de manœuvre de l'appelante. La seconde condition posée par la jurisprudence pour que le bonus soit qualifié de salaire variable, à savoir que le montant soit déterminé ou doive l'être sur la base de critères objectifs prédéterminés et qu'il ne dépende pas de l'appréciation de l'employeur, n'est ainsi pas remplie. Dans la mesure où il revêtait un caractère accessoire par rapport au salaire, il doit ainsi être qualifié de gratification facultative au sens de l'art. 322d CO, dès lors que les parties ont réservé tant le principe que le montant du bonus. Plusieurs conventions contenaient d'ailleurs une clause prévoyant la perte du droit à la gratification en cas d'extinction des rapports de travail, ce qui est typique de l'allocation de

gratifications.

- 34/36 -

C/17920/2015-1 Il découle des considérations qui précèdent que le grief de l'intimé est infondé et que c'est à raison que le Tribunal l'a débouté de sa demande visant le paiement d'une participation aux bénéfices d'exploitation de la société pour les années 2008 à 2014. Faute d'être qualifiée d'élément du salaire au sens de l'art. 322a al.1 CO, la participation prévue par le contrat ne donne pas le droit à l'intimé de consulter la comptabilité de l'entreprise (cf. art. 322a al. 2 CO). Le revenu des autres travailleurs au service de l'employeur ne serait de toute manière pas pertinent pour le jugement à rendre, dès lors que le système mis en place prévoyait une participation à son propre bénéfice brut II (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A\_63/2016 du 10 octobre 2016 consid. 5.3 et la référence citée).

#### **E. 6**

Dans un dernier grief, l'appelante considère que le modèle de certificat de travail proposé par le Tribunal est trop élogieux et n'incorpore pas tous les éléments importants, notamment ceux qui sont négatifs et ainsi en défaveur de l'intimé.

Dans la mesure où il a été considéré que l'intimé n'avait pas violé ses obligations contractuelles et qu'il ressort des enquêtes qu'il était apprécié tant par ses collègues que par ses partenaires contractuels, et qu'il avait fourni un travail de qualité, la teneur du certificat de travail résultant du jugement de première instance doit être maintenue.

Le grief de l'appelante sera ainsi rejeté et le ch. 6 du dispositif du jugement querellé confirmé.

#### **E. 7**

En définitive, le jugement entrepris sera intégralement confirmé.

#### **E. 8.1**

Les frais judiciaires de l'appel principal seront arrêtés à 7'000 fr. (art. 19 al. 3 let. c LaCC et 71 RTFMC), compensés avec l'avance de frais, d'un même montant, fournie par l'appelante, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC), et mis entièrement à la charge de l'appelante, qui succombe dans l'intégralité de ses conclusions (art. 106 al. 1 CPC).

Les frais judiciaires de l'appel joint seront, quant à eux, arrêtés à 2'000 fr. (art. 19 al. 3 let. c LaCC et 71 RTFMC), compensés avec l'avance de frais, d'un même montant, fournie par l'intimé, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC), et mis à la charge de l'intimé, qui succombe dans ses conclusions.

#### **E. 8.2**

S'agissant d'un litige de droit du travail, il n'est pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC). \* \*  
\* \* \*

- 35/36 -

C/17920/2015-1 PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 1 : A la forme : Déclare recevables l'appel principal formé le 1er décembre 2017 par A\_\_\_\_\_ SA ainsi que l'appel joint interjeté le 1er février 2018 par B\_\_\_\_\_ contre les chiffres 4 à 9 du dispositif du jugement JTPH/422/2017 rendu le 2 novembre 2017 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/17920/2015-1. Au fond : Confirme le jugement entrepris. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais d'appel : Arrête les frais

judiciaires de l'appel principal à 7'000 fr., dit qu'ils sont compensés avec l'avance de frais de même montant opérée par A\_\_\_\_\_ SA, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève, et les met à charge de A\_\_\_\_\_ SA. Arrête les frais judiciaires de l'appel joint à 2'000 fr., dit qu'ils sont compensés avec l'avance de frais de même montant opérée par B\_\_\_\_\_, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève, et les met à la charge de B\_\_\_\_\_. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens. Siégeant : Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Monsieur Pierre-Alain L'HÔTE, juge employeur; Monsieur Yves DUPRÉ, juge salarié; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière.

- 36/36 -

C/17920/2015-1 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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.