

# **GE\_GERICHTE CAPH/210/2005 vom 7. Oktober 2005**

GE Cour de justice, 2005-10-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_210\\_2005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_210_2005)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/210/2005 du 7 octobre 2005

IT: GE\_GERICHTE CAPH/210/2005 del 7 ottobre 2005

## **Regeste**

Résumé: Les prétentions de T en paiement d'un complément de commissionnement sont écartées au motif qu'il n'est pas parvenu à montrer en quoi le mode de calcul adopté par E SA pour l'ensemble des collaborateurs avait eu pour effet de le défavoriser. S'agissant des prétentions de T en remboursement des honoraires d'avocat versés dans le but d'obtenir, par ses propres moyens, la prolongation de son autorisation de séjour en Suisse "promise" par E SA, la Cour a estimé que, dès lors que l'entrée en vigueur des Accords bilatéraux aurait eu pour effet d'assurer automatiquement cette prolongation, ce dont E SA l'avait informé, les démarches de T n'étaient pas nécessaires, de sorte que E n'a pas à en répondre. Enfin, la Cour confirme également le jugement en tant qu'il condamnait E SA à payer à T une indemnité de vacances calculée sur la base de l'addition du salaire et des commissions dus. A cet égard, elle rappelle qu'en principe, seuls sont écartés les dédommagements qui ont un lien direct avec l'exécution de la prestation du travailleur et que, partant, le salaire afférent aux vacances comprend notamment le salaire de base, qu'il soit fixe ou variable, une éventuelle part octroyée en nature, les allocations familiales, les indemnités de résidence, le treizième salaire et les commissions.

## **Erwägungen**

### **E. 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.

### **E. 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 1er 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 (1er 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 ».

## E. 2.2

L'appelant soutient être en droit de recevoir un montant additionnel, correspondant au 8/12èmes 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

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/7921/2003 - 5 13

\* COUR D'APPEL \* 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.

## E. 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\_\_\_\_\_ (1er 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 »,

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/7921/2003 - 5 14

\* COUR D'APPEL \* 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 1er 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 installements 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 1er 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 1er 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 employé suisses (cf. explications non contestées à ce sujet de l'intimée dans son courrier du

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/7921/2003 - 5 15

\* COUR D'APPEL \* 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 1er 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\_\_\_\_\_ (1er septembre 2002 ; cf. pièces 17, 2ème 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 (1er 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.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/7921/2003 - 5 16

\* COUR D'APPEL \* 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.

### **E. 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.

#### **E. 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.

#### **E. 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.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/7921/2003 - 5 17

\* COUR D'APPEL \*

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.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/7921/2003 - 5 18

\* COUR D'APPEL \*

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 1er 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.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/7921/2003 - 5 19

\* COUR D'APPEL \*

## **E. 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).

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/7921/2003 - 5 21

\* COUR D'APPEL \*

### **E. 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.

### **E. 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 13ème 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 13ème 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

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/7921/2003 - 5 20

\* COUR D'APPEL \* 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).

### **E. 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.

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