

# GE\_GERICHTE C/10834/2015 vom 11. April 2017

GE Cour de justice, 2017-04-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_10834\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_10834_2015)

FR: GE\_GERICHTE C/10834/2015 du 11 avril 2017

IT: GE\_GERICHTE C/10834/2015 del 11 aprile 2017

## Regeste

SALAIRE ; GRATIFICATION ; VACANCES ; REMBOURSEMENT DE FRAIS(SENS GÉNÉRAL) | CO.322; CO.329.A; CO.322.D

## Erwägungen

### E. 31

décembre 2012, calculée au pro rata temporis, exclusivement dans le but précité. Cette flexibilité ne devait toutefois pas compromettre la marche des affaires de l'employeur, qui demeurait prioritaire. Cet avenant a été signé, pour l'employeur, par E\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_.  
d. Pendant les rapports de travail, lorsque A\_\_\_\_\_ désirait prendre des vacances, il les annonçait à l'avance à G\_\_\_\_\_, directeur des ressources humaines au sein de C\_\_\_\_\_ du 1<sup>er</sup> janvier 2013 au 21 juillet 2015, lequel lui faisait remplir un formulaire. Le décompte de vacances de A\_\_\_\_\_ tenu par G\_\_\_\_\_ ne mentionnait pas les jours pris par le premier pour se rendre au 1\_\_\_\_\_, ce qu'il faisait tous les trois ou quatre mois, même après le 31 décembre 2012, dès lors que A\_\_\_\_\_ avait indiqué à G\_\_\_\_\_ avoir conclu un accord dans ce sens avec les actionnaires de la société. Le conseil d'administration de C\_\_\_\_\_ (ou de D\_\_\_\_\_) n'a jamais été interpellé sur la prolongation de l'accord concernant les déplacements de A\_\_\_\_\_ au 1\_\_\_\_\_. Le décompte salaire de A\_\_\_\_\_ pour le mois d'août 2014 laisse apparaître un solde de vacances de 11.41 jours et selon le décompte communiqué par le Directeur administratif et financier de C\_\_\_\_\_ au 18 septembre 2014, les soldes de vacances de A\_\_\_\_\_ étaient de 18.75 jours au 31 décembre 2012 (0 jours de vacances pris), de 19.75 jours au 31 décembre 2013 (24 jours de vacances pris) et de 17.6 jours au 30 novembre 2014 (25 jours de vacances pris). Ces soldes ne tiennent pas compte des périodes durant lesquelles A\_\_\_\_\_ se trouvait au 1\_\_\_\_\_. A\_\_\_\_\_ s'est rendu au 1\_\_\_\_\_ du 4 au 15 janvier 2013, du 27 février au 9 mars 2013, du 1<sup>er</sup> au 9 octobre 2013, du 15 février au 1<sup>er</sup> mars 2014 et du 6 au 16 juin 2014 pour s'occuper de son entreprise, dont la vente, qui aurait dû se réaliser en 2012, ne s'était finalement pas concrétisée. Pendant ses déplacements au 1\_\_\_\_\_, A\_\_\_\_\_ était atteignable jour et nuit et répondait aux e-mails. e. Le 18 juin 2012, A\_\_\_\_\_ a reçu un montant en espèce de 5'000 fr. à titre d'« avance sur frais divers ». f. A\_\_\_\_\_ disposait d'une carte de crédit professionnelle afin de s'acquitter de ses frais professionnels, dont il remettait le décompte chaque mois à G\_\_\_\_\_ en indiquant s'il avait utilisé cette carte également à des fins privées. Il remettait systématiquement les factures réglées avec la carte de crédit au service de la comptabilité. g. Il est admis par les parties que les objectifs financiers fixés dans le contrat de travail ouvrant un droit à une rémunération variable n'ont pas été atteints en 2012. A\_\_\_\_\_ a toutefois perçu un montant de 75'000 fr., en sus de son salaire de base, se décomposant en 50'000 fr. de « prise en main » prévus sous chiffre 6.2 B du contrat de travail et en 25'000 fr. de bonus discrétionnaire. h. A l'arrivée de A\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ lui a proposé d'acquiescer 2%

du capital-actions de la société ( management package ). Cette question est toutefois restée ouverte pendant toute la durée des rapports de travail et aucun accord n'a finalement été conclu sur ce point, car les actionnaires étaient opposés aux termes de la proposition et, de son côté, A \_\_\_\_\_ n'acceptait pas le prix de vente proposé. En 2013, A \_\_\_\_\_ a fait état de son intention de démissionner lors d'une séance du conseil d'administration. C \_\_\_\_\_ désirant le retenir, elle a décidé, pour 2013, de lui verser un bonus exceptionnel de 187'000 fr. (soit 100'000 fr. de bonus contractuel/participation au résultat d'exploitation, la quasi-totalité des objectifs fixés ayant été atteints, 75'000 fr. de bonus discrétionnaire et 12'500 fr. de complément de bonus discrétionnaire pour l'exercice 2012). i. Pour l'année 2014, les objectifs ouvrant le droit à une rémunération variable ont été fixés à 31'546'000 fr. de chiffre d'affaires, un résultat EBITDA de 8'568'000 fr. et 7'144'000 fr. de cash flow libre. Les comptes consolidés au mois d'août 2014 de D \_\_\_\_\_ présentaient un chiffre d'affaires de 26'072'000 fr. et un résultat EBITDA de 7'267'000 fr. Les comptes annuels consolidés et révisés de 2014 (période 1<sup>er</sup> novembre 2013 jusqu'au 31 octobre 2014) faisaient état d'un chiffre d'affaires, pour D \_\_\_\_\_, de 30'252'000 fr., d'un résultat EBITDA de 7'646'000 fr. et d'un cash flow libre de 7'024'184 fr. H \_\_\_\_\_, directeur administratif et financier au sein de C \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ 2013 à \_\_\_\_\_ 2014, puis d' \_\_\_\_\_ à \_\_\_\_\_ 2015 et F \_\_\_\_\_, administrateur de D \_\_\_\_\_ et de C \_\_\_\_\_, entendus par le Tribunal des prud'hommes, ont expliqué, en substance, que les différences de résultats entre les comptes d'août et d'octobre 2014 provenaient du fait qu'un changement avait été opéré concernant la manière de comptabiliser les revenus provenant des ventes des abonnements vendus par anticipation. Jusqu'au mois d'octobre 2014, les abonnements de 3 \_\_\_\_\_ renouvelés étaient comptabilisés au jour de l'encaissement, sans être qualifiés de « produits constatés d'avance », même si l'abonnement renouvelé prenait effet plus tard. Cette manière de faire était contraire aux règles comptables, mais comme ces encaissements étaient insignifiants, personne ne s'en était soucié. Toutefois, au mois de \_\_\_\_\_ 2014, C \_\_\_\_\_ avait lancé une offre exceptionnelle de renouvellement des abonnements, qui permettait aux clients de bénéficier de mois gratuits, cette offre ayant généré une recette située entre 750'000 fr. et 1'000'000 fr. Dans un premier temps, cette recette avait été comptabilisée conformément à la pratique habituelle. A la fin du mois d'août 2014, le nouveau directeur financier, I \_\_\_\_\_, s'était toutefois rendu compte du fait que cette manière de procéder faussait la situation financière de la société pour le mois concerné par l'offre. Une offre similaire avait été renouvelée de \_\_\_\_\_ 2014 à \_\_\_\_\_ 2015. Vu le succès de ces offres, il était devenu nécessaire de modifier la manière de les comptabiliser. Une correction avait par conséquent été opérée au mois d'octobre 2014, de sorte que tous les abonnements payés par avance, de manière spontanée ou à la suite d'une offre, avaient été retirés du chiffre d'affaires et de l'EBITDA des mois où ils avaient été payés. Si cette correction n'avait pas été effectuée spontanément, le réviseur aurait demandé que les comptes soient corrigés, afin qu'ils reflètent la réalité financière de l'entreprise. J \_\_\_\_\_, réviseur, entendu par le Tribunal des prud'hommes, a en effet expliqué que la comptabilisation d'un abonnement dans le chiffre d'affaires ne doit commencer qu'à partir du début de l'abonnement. j. Le 8 septembre 2014, A \_\_\_\_\_ a présenté sa démission à C \_\_\_\_\_ et B \_\_\_\_\_ pour le 30 novembre 2014. k. A la fin du mois de septembre 2014, les parties ont négocié un protocole de fin des rapports de service. C \_\_\_\_\_ et B \_\_\_\_\_ ont proposé à A \_\_\_\_\_ une indemnité de départ de 50'000 fr. attribuable en cas de réalisation cumulée des objectifs budgétaires de vente et de résultat EBITDA, 50'000 fr. en fonction de la bonne réalisation de l'ouverture du club de 4 \_\_\_\_\_ et 50'000 fr. attribuables de façon discrétionnaire selon la capacité de l'employé à maintenir

une relation cordiale avec les administrateurs et d'assurer la bonne transition de ses fonctions. En contrepartie, A\_\_\_\_\_ renonçait aux bonus mentionnés dans son contrat de travail. A\_\_\_\_\_ a refusé de signer cet accord, estimant qu'il lui était défavorable, puisque les résultats réalisés au mois d'août 2014 lui permettaient, selon lui, de prétendre à un salaire variable supérieur au montant transactionnel qui lui était proposé. l. A\_\_\_\_\_ a été libéré de son obligation de travailler à compter du 10 octobre 2014 et a dû quitter définitivement les locaux de la société le soir même. m. Par courrier du 15 novembre 2014, C\_\_\_\_\_ a notamment demandé à A\_\_\_\_\_ de lui communiquer le justificatif des dépenses relatives à l'avance de 5'000 fr. consentie le 18 juin 2012, ainsi que ceux concernant certaines dépenses effectuées au moyen de la carte de crédit pour la période du 28 juillet au 27 octobre 2014, avec la précision que sans réponse de sa part, lesdites dépenses seraient compensées avec son salaire. Les dépenses concernées étaient les suivantes : K\_\_\_\_\_ (147 fr. 04 le 3 juillet 2014), L\_\_\_\_\_ (54 fr. 50 le 4 août 2014), M\_\_\_\_\_ (472 fr. le 5 août 2014), N\_\_\_\_\_ (70 fr. le 5 août 2014), O\_\_\_\_\_ (287 fr. 50 le 19 septembre 2014), P\_\_\_\_\_ (139 fr. 30 le 22 septembre 2014), Q\_\_\_\_\_ (42 fr. le 24 septembre 2014), R\_\_\_\_\_ (133 fr. 90 le 26 septembre 2014), S\_\_\_\_\_ (56 fr. 96 le 29 septembre 2014), T\_\_\_\_\_ (544 fr. le 7 octobre 2014), U\_\_\_\_\_ (500 fr. le 8 octobre 2014), V\_\_\_\_\_ (124 fr. le 9 octobre 2014) ainsi que 3'000 fr. de frais de champagne le 6 août 2014 et une dépense de 1 fr. sur W\_\_\_\_\_ le 27 septembre 2014, soit une somme totale de 5'573 fr. Par ailleurs et selon l'employeur, A\_\_\_\_\_ avait pris 21 jours de vacances sans les décompter en 2013, de sorte que son solde de vacances s'avérait négatif de 6 jours, qui devaient être compensés avec son salaire. n. Sur le dernier salaire de A\_\_\_\_\_ pour le mois de novembre 2014, C\_\_\_\_\_ a procédé à une compensation de 5'000 fr. au titre de remboursement de l'avance de 5'000 fr. reçue le 18 juin 2012, 5'573 fr. 40 de frais de carte de crédit et 4'982 fr. 35 correspondant à 6 jours de vacances pris en trop. o. A\_\_\_\_\_ a contesté les déductions effectuées par courrier du 8 décembre 2014. p. Le 15 janvier 2015, A\_\_\_\_\_ a fait notifier à C\_\_\_\_\_ un commandement de payer, poursuite n°5\_\_\_\_\_, à hauteur de 165'555 fr. 75 avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> décembre 2014 au titre de remboursement des frais professionnels (10'573 fr. 40), des jours de vacances non pris (4'982 fr. 35) et de participation au résultat d'exploitation (150'000 fr.). C\_\_\_\_\_ y a formé opposition le 3 mars 2015. B. a. Après une tentative de conciliation s'étant soldée par un échec, A\_\_\_\_\_ a, par requête expédiée le 7 octobre 2015 au greffe du Tribunal des Prud'hommes, assigné B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ en paiement de la somme de 240'636 fr. 23 avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> décembre 2014, soit 10'573 fr. 40 à titre de déduction injustifiée des frais professionnels, 4'982 fr. 35 à titre de déduction injustifiée de six jours de vacances, 37'580 fr. 48 à titre de jours vacances non pris et 187'500 fr. à titre de salaire variable. Il a également conclu au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n°5\_\_\_\_\_, ainsi qu'à la délivrance d'un certificat de travail. A titre préalable, il a sollicité la production par les défenderesses de tous documents permettant d'établir le chiffre d'affaires, l'EBITDA et le cash flow du groupe C\_\_\_\_\_ pour les années 2011, 2012, 2013 et 2014, ainsi que tous documents permettant d'établir sa participation au résultat pour ces mêmes années. b. B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ ont conclu au déboutement de A\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions et à la condamnation de celui-ci en tous les frais judiciaires et dépens. c. A l'audience de débats d'instruction du 29 février 2016, les parties ont confirmé leurs conclusions. A\_\_\_\_\_ s'est réservé le droit de réclamer la production de tous documents permettant d'établir le chiffre d'affaires, l'EBITDA et le cash flow du groupe C\_\_\_\_\_ pour l'année 2015. C\_\_\_\_\_ a estimé avoir produit tous les

documents requis et lui a remis, sur le siège, un certificat de travail. d. Lors de l'audience de débats principaux du 26 mai 2016, A\_\_\_\_\_ a retiré sa conclusion en délivrance d'un certificat de travail. C. Par jugement JTPH/314/2016 rendu le 16 août 2016, reçu le 17 août par A\_\_\_\_\_, le Tribunal des prud'hommes a déclaré recevable la demande formée le 7 octobre 2015 par A\_\_\_\_\_ contre B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ (ch. 1 du dispositif), a condamné B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_, conjointement et solidairement, à verser à A\_\_\_\_\_ la somme brute de 25'556 fr. 75 – soit 20'137 fr. 35 au titre de solde de vacances non prises et 5'419 fr. 40 à titre de remboursement de frais professionnels – plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> décembre 2014 (ch. 2), a invité la partie qui en avait la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles (ch. 3), a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition formée par C\_\_\_\_\_ au commandement de payer, poursuite n°5\_\_\_\_\_, à due concurrence (ch. 4 et 5), a arrêté les frais de la procédure à 2'410 fr. (ch. 7) qu'il a mis à la charge de A\_\_\_\_\_ à hauteur de 1'610 fr. (ch. 8) et de B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_, conjointement et solidairement, à hauteur de 800 fr. (ch. 9), a compensé les frais de la procédure avec l'avance fournie par A\_\_\_\_\_ (ch. 10), a condamné B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_, conjointement et solidairement, à verser 800 fr. à A\_\_\_\_\_, a dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 12) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 6 et 13). Le Tribunal des prud'hommes a retenu que A\_\_\_\_\_ n'avait pas apporté la preuve de la destination de l'avance de frais de 5'000 fr. qui lui avait été remise le 18 juin 2012, de sorte qu'il était débiteur de ce montant envers son employeur. En revanche, les frais ressortant du décompte de la carte de crédit devaient être considérés comme des frais professionnels, hormis ceux annotés comme étant personnels (147 fr. + 7 fr.). S'agissant du droit aux vacances, le Tribunal des prud'hommes a retenu qu'il existait un accord en vertu duquel les déplacements de A\_\_\_\_\_ au 1\_\_\_\_\_, en 2013 et 2014, ne constituaient pas des vacances, de sorte que l'employeur n'était pas en droit de déduire un montant de 4'982 fr. 35 de son dernier salaire et devait encore lui verser 15'155 fr. au titre de 17.6 jours de vacances non pris. Enfin, le Tribunal des prud'hommes a considéré que le changement de méthode de comptabilisation des abonnements vendus par anticipation avait pour but de rectifier une erreur comptable rendue flagrante suite à l'offre exceptionnelle de \_\_\_\_\_ 2014 et non de porter préjudice à A\_\_\_\_\_. Seuls les comptes révisés au 30 octobre 2014 devaient donc servir de référence pour l'éventuel paiement d'une part variable de salaire. Or, selon ces comptes, les objectifs fixés pour l'année 2014 n'avaient pas été atteints, de sorte que A\_\_\_\_\_ ne pouvait prétendre à une rémunération variable de ce point de vue. En outre, A\_\_\_\_\_ n'avait pas prouvé qu'un accord avait été conclu s'agissant d'un versement relatif au management package. D. a. Par acte expédié au greffe de la Chambre d'appel des prud'hommes le 16 septembre 2016, A\_\_\_\_\_ a formé appel contre ce jugement. Il a conclu à son annulation et, cela fait, à ce que B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ soient condamnés à lui payer un montant brut de 175'000 fr. à titre de bonus, sous déduction des charges légales et conventionnelles, avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> décembre 2014, ainsi que 37'345 fr., soit 31'926 fr. 85 au titre de solde de vacances non prises ainsi que la somme de 5'419 fr. 40 admise par le Tribunal à titre de remboursement de frais professionnels, avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> décembre 2014 et au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n°5\_\_\_\_\_. b. Par mémoire-réponse et sur appel joint, B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ ont conclu à l'annulation du jugement et à ce que A\_\_\_\_\_ soit débouté de toutes ses conclusions, ce dernier devant être condamné en tous les frais judiciaires de première instance et d'appel. c. Dans son mémoire de réponse à l'appel joint, A\_\_\_\_\_ a persisté dans ses conclusions d'appel. d. Les parties ont encore

respectivement répliqué et dupliqué, persistant dans les conclusions formulées antérieurement. e. Par avis du 7 février 2017, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger. EN DROIT 1. L'appel est recevable pour avoir été interjeté auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ), dans le délai utile de 30 jours (art. 145 al. 1 let. b et 311 al. 1 CPC) et selon la forme prescrite par la loi (art. 130, 131 et 311 CPC), à l'encontre d'une décision finale (art. 308 al. 1 let. a CPC) rendue dans une affaire patrimoniale dont la valeur litigieuse est, compte tenu de la quotité des prétentions contestées en première instance, supérieure à 10'000 fr. (art. 91 et 308 al. 2 CPC).

L'appel joint est également recevable (art. 313 al. 1 CPC). Par souci de simplification, A\_\_\_\_\_ sera désigné comme "l'appelant", B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ étant désignées comme "les intimées".

2. La présente cause revêt un caractère international en raison du domicile 1\_\_\_\_\_ de l'appelant. Les parties ne contestent à juste titre pas la compétence des juridictions suisses pour trancher le présent litige, étant relevé qu'elles étaient liées par un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO et que le siège des intimées se trouve en Suisse. Elles ne contestent pas non plus la compétence à raison du lieu et de la matière des juridictions prud'homales genevoises, compétence régie tant par les art. 115 al. 1 LDIP et 1 al. 1 let. a LTPH, que par l'élection de for prévue dans le contrat de travail qui liait les parties. Le droit suisse est en outre applicable (art. 121 al. 1 LDIP ; élection de droit ressortant du contrat de travail).

3. 3.1 Le juge examine d'office la légitimation des parties au procès (ATF 136 III 365 ; 123 III 60 consid. 3a). En principe, les sociétés dominées (ou sociétés-filles) appartenant à un groupe soumis à une direction économique unique peuvent se prévaloir de leur indépendance juridique par rapport à la société dominante (ou société-mère). Toutefois, le voile social peut être levé et l'identité économique avec la société dominante être invoquée (Durchgriff) lorsque le fait d'opposer l'indépendance juridique des deux entités constitue un abus de droit (art. 2 CC; ATF 137 III 550 consid. 2.3; cf. ég. ATF 132 III 489 consid. 3.2). Selon la doctrine, il existe une confusion des sphères lorsqu'extérieurement, l'identité d'une société-fille ne peut plus être distinguée de celle de la société-mère, en d'autres termes lorsqu'une apparence d'unité est créée par des signes extérieurs tels que des raisons sociales identiques ou très semblables, des sièges sociaux, des locaux, des organes, du personnel ou des coordonnées téléphoniques identiques. Divers correctifs sont envisageables. D'aucuns évoquent le Durchgriff, en ce sens qu'il est abusif d'invoquer l'indépendance juridique de deux sociétés alors qu'elles-mêmes n'en tiennent pas compte. Des obligations contractuelles peuvent aussi être imputées à la société-mère en recourant à la figure de la procuration apparente ou, plus largement, en vertu de la responsabilité fondée sur l'apparence juridique, où le partenaire contractuel, en vertu du principe de la confiance, doit être protégé dans sa croyance erronée qu'il a conclu le contrat avec la société-mère et non la fille, ou cas échéant avec les deux sociétés (ATF 137 III 550 consid. 2.3.2 et la doctrine citée).

3.2 En l'espèce, le contrat de travail a pour parties l'appelant et D\_\_\_\_\_. L'avenant, conclu le même jour et signé par les mêmes personnes physiques, mentionne, en qualité de parties, l'appelant et C\_\_\_\_\_. Cet avenant fait toutefois état, dans son préambule, de manière erronée, du fait que le contrat de travail aurait été conclu entre l'appelant et C\_\_\_\_\_. Il existe dès lors, in casu, une confusion des sphères entre D\_\_\_\_\_ (désormais B\_\_\_\_\_) et C\_\_\_\_\_, renforcée par le fait que la première détient la totalité des actions de la seconde, que les deux sociétés sont domiciliées à la même adresse et qu'elles sont représentées par les mêmes personnes physiques. Les représentants des deux sociétés semblent d'ailleurs avoir été eux-mêmes dans la confusion au moment de la signature du contrat de travail et de son avenant. Au vu

de ce qui précède, c'est à juste titre qu'aucune des intimées n'a contesté sa légitimation passive et que toutes deux ont admis être, le cas échéant, conjointement et solidairement débitrices des prétentions déduites en justice par l'appelant. Il n'y a dès lors pas lieu de s'étendre plus avant sur cette question.

4. 4.1 L'appel peut être formé pour violation du droit et/ou constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). La Chambre de céans dispose d'un pouvoir de cognition complet et revoit librement les questions de fait comme les questions de droit (art. 310 CPC). En particulier, elle contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_153/2014 du 28 août 2014 consid. 2.2.3).

4.2 La valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr., la présente procédure est soumise aux maximes des débats et de disposition (art. 55 CPC cum art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC et art. 58 CPC). La procédure ordinaire est applicable (art. 219 et 243 CPC).

5. L'appelant reproche au Tribunal de ne pas avoir admis son droit au versement d'un salaire variable pour l'année 2014.

5.1 Dans le contrat de travail, des règles différentes sont applicables au salaire (art. 322 CO), d'une part, et à une éventuelle gratification (art. 322d CO), d'autre part. Le salaire, dont les critères de fixation sont énoncés par l'art. 322 al. 1 CO, est une prestation en argent versée en contrepartie du travail. Il se calcule en fonction du travail effectivement fourni, dans le cas du travail aux pièces ou à la tâche, ou en fonction du temps que le travailleur consacre à l'employeur (art. 319 al. 1 et 323b al. 1 CO). En sus d'un salaire fixe, les parties peuvent encore convenir d'un salaire variable qui se calcule d'après le chiffre d'affaires ou le bénéfice de l'entreprise (art. 322a CO) (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_26/2012 du 15 mai 2012 consid. 5.1). La gratification, au sens de l'art. 322d CO, est pour sa part une rétribution spéciale que l'employeur verse en plus du salaire, par exemple une fois par année. Elle se distingue du salaire, et en particulier d'un éventuel treizième mois de salaire, en ceci qu'elle dépend au moins partiellement du bon vouloir de l'employeur. Si le versement d'une gratification n'a pas été convenu du tout, que ce soit expressément ou par actes concluants, cette prestation est entièrement facultative (ATF 136 III 313 consid. 2; 131 III 615 consid. 5.2). Mais si un versement a été convenu, l'employeur est tenu d'y procéder; il jouit cependant 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\_26/2012 précité). Il faut juger de cas en cas, sur le vu des circonstances pertinentes, si un bonus doit être considéré comme une gratification au sens de l'art. 322d CO ou comme un élément du salaire tel que le comprend l'art. 322 CO (ATF 136 III 313 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_26/2012 précité). La gratification doit rester accessoire par rapport au salaire et ne peut ainsi avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. Par conséquent, un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, égal ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un salaire variable même si l'employeur en réservait le caractère facultatif (ATF 131 III 615 consid. 5.2 et 5.3; 129 III 276 consid. 2.1). Lorsque le bonus alloué atteint régulièrement un montant plus élevé que la rémunération convenue, il perd son caractère accessoire pour devenir un élément du salaire (ATF 131 III 615 consid. 5.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_2372007 du 8 mai 2007 consid. 4.1). En l'absence d'un accord explicite, la gratification est considérée comme convenue lorsque l'employeur l'a versée durant plus de trois années consécutives, sans qu'il y ait d'interruption et sans en réserver, par une déclaration adressée au travailleur, le caractère facultatif. Selon les circonstances, la gratification peut être due alors même que, d'année en année, l'employeur a exprimé et répété une réserve à ce sujet (ATF 131 III 615 consid. 5.2; 129 III 276 consid. 2.3; arrêt du Tribunal fédéral

4A\_26/2012 précité). 5.2 En l'espèce, il n'est pas contesté que les parties étaient liées par un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO. Ce contrat prévoyait le versement d'un salaire fixe et, pour autant que certains objectifs financiers soient atteints selon les comptes révisés pour l'année écoulée, le versement d'un salaire variable, à titre de participation au résultat d'exploitation. En cas de dépassement pas la société de tous les objectifs de base, l'employé pouvait en outre se voir allouer un bonus discrétionnaire. Si les objectifs fixés par les intimées étaient atteints, ces dernières avaient donc l'obligation de verser son salaire variable à l'appelant, tout en restant libres de lui verser une gratification supplémentaire. Il résulte des comptes révisés pour l'année 2014 que les objectifs que s'étaient fixés les intimées n'ont pas été atteints. L'on ne saurait suivre l'appelant lorsqu'il prétend, sans en avoir apporté la démonstration, que les intimées auraient modifié la manière de comptabiliser les abonnements souscrits à l'avance afin de ne pas avoir à lui verser de rémunération variable, ni de bonus. Sur ce point, les explications fournies par H\_\_\_\_\_, F\_\_\_\_\_ et J\_\_\_\_\_ lors de leur audition par le Tribunal des prud'hommes paraissent cohérentes et convaincantes, l'appelant n'ayant fourni aucun élément concret qui en contredirait la teneur. Il sera par conséquent retenu que les intimées devaient mettre leur comptabilité en conformité avec les règles comptables impératives et que si elles avaient omis de le faire spontanément, les réviseurs n'auraient pas manqué de le relever lors de la vérification des bilans. En outre et contrairement à ce que plaide l'appelant, les sommes qu'il a perçues pour les exercices 2012 et 2013, qui correspondaient pour partie à un salaire variable et à un bonus discrétionnaire, représentaient le 28% de son revenu total pour 2012 (87'500 fr. = 28% de (225'000 fr. + 87'500 fr.) et environ le 44% en 2013 (175'000 fr. = 43.75% de (225'000 fr. + 175'000 fr.). Ces montants avaient donc un caractère accessoire par rapport à son salaire de base de 225'000 fr., de sorte que l'appelant ne saurait prétendre au versement d'une somme supplémentaire au titre de salaire. L'appelant a certes perçu divers montants, en sus de son salaire, pour 2012 et 2013. S'agissant de la première année, les intimées ont estimé que l'appelant devait bénéficier d'une récompense pour son investissement dans la « prise en main » de la société, même si les objectifs fixés initialement n'avaient pas été atteints. En 2013, l'appelant a perçu une gratification, motivée par le fait que les objectifs fixés avaient été presque atteints et que les intimées souhaitaient que l'appelant, qui avait annoncé vouloir démissionner, reste à leur service. Les montants versés en 2012 et 2013, en sus du salaire, l'ont ainsi été de manière discrétionnaire, les conditions fixées par le contrat n'étant pas réunies, ce que l'appelant ne pouvait ignorer. Ce dernier ne saurait prétendre, de bonne foi, que le versement d'un bonus pendant deux années consécutives lui donnait l'assurance qu'il continuerait à en bénéficier à l'avenir, même si les objectifs fixés persistaient à ne pas être atteints. Il ne saurait dès lors réclamer le versement d'un bonus pour l'année 2014. Enfin, le versement de 150'000 fr. d'indemnité de départ que les intimées ont proposé à l'appelant n'était pas sans conditions, mais dépendait de la réalisation de certains objectifs financiers (pour 50'000 fr.) et commerciaux (pour 50'000 fr., qui auraient dû être versés en fonction de la bonne réalisation de l'ouverture du club de 4\_\_\_\_\_ ) et étaient discrétionnaires pour le surplus (50'000 fr.). Ainsi et même si l'appelant avait accepté la proposition qui lui était faite, il n'aurait pas eu la certitude de percevoir la somme de 150'000 fr., puisqu'à tout le moins en partie, le versement de celle-ci allait dépendre des résultats obtenus et de son investissement personnel. L'appelant perd par ailleurs de vue le fait que le montant de 150'000 fr. lui a été proposé par les intimées à titre transactionnel, dans le cadre des discussions qui entouraient la fin des rapports de travail. Dans la mesure où il a refusé d'accepter cette proposition,

considérant qu'elle lui était défavorable, il ne saurait s'en prévaloir désormais pour réclamer des montants qui ne lui sont pas dus contractuellement. Par conséquent, c'est à juste titre que le Tribunal des prud'hommes ne lui a pas reconnu le droit à un salaire variable ou à un bonus pour l'année 2014. La décision querellée sera donc confirmée sur ce point.

6. Les intimées reprochent au Tribunal d'avoir admis que le recourant n'avait pas pris toutes ses vacances et que celles-ci devaient par conséquent lui être payées. Elles considèrent que les déplacements de l'appelant au 1\_\_\_\_\_ auraient dû être comptabilisés comme des jours de vacances.

6.1. Les vacances sont une période où le travailleur est libéré de son obligation de travailler tout en étant rémunéré (Aubert, Commentaire romand, CO I, 2012, n. 1 ad art. 329a CO). L'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature (art. 329d al. 1 CO). Tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages (art. 329d al. 2 CO).

6.2.1 En l'espèce, il n'est pas contesté que l'avenant au contrat de travail signé le 2 avril 2012 autorisait l'employé à s'absenter à raison d'une semaine par trimestre, sans que celle-ci soit déduite de ses vacances, ces modalités étant valables jusqu'au 31 décembre 2012, le but étant de permettre à l'employé d'achever les opérations de cession de sa société au 1\_\_\_\_\_. Seule est dès lors litigieuse la question de savoir si les déplacements au 1\_\_\_\_\_ effectués par l'appelant en 2013 et 2014 doivent être considérés – ou pas – comme des jours de vacances. L'appelant fait valoir avoir négocié oralement avec E\_\_\_\_\_ le droit de continuer de se rendre une semaine par trimestre au 1\_\_\_\_\_ après le 31 décembre 2012, sans que ces périodes soient déduites de ses jours de vacances. Il admet toutefois qu'aucun document écrit n'a été signé et il n'a pas sollicité l'audition de E\_\_\_\_\_ devant le Tribunal des prud'hommes. Le témoignage sur ce point de G\_\_\_\_\_, qui a fait état de l'existence d'un tel accord, n'a aucune valeur probante, puisque ce témoin s'est contenté de répéter les propos de l'appelant, sans avoir pris la peine de les vérifier auprès de E\_\_\_\_\_. Certes, le conseil d'administration avait connaissance des déplacements de l'appelant au 1\_\_\_\_\_ postérieurement au 31 décembre 2012. Il n'est toutefois pas établi qu'il ait su et accepté que ces périodes n'étaient pas comptabilisées comme des vacances, étant relevé que l'éventuelle prolongation de l'avenant du 2 avril 2012 n'a pas été discutée avec le conseil d'administration. Une prolongation de l'avenant pendant les années 2013 et 2014 n'est au demeurant guère plausible, dans la mesure où il n'a été conclu que dans le but de permettre à l'employé d'achever le processus de vente de sa société sise au 1\_\_\_\_\_, processus qui devait déjà être en cours au moment de la signature du contrat de travail et de son avenant (ce dernier mentionnant "les opérations post-closing") et qui aurait dû être terminé à la fin de l'année 2012. Le régime particulier prévu par l'avenant n'était dès lors pas destiné à durer dans le temps et il paraît peu vraisemblable que les intimées aient accepté de prolonger, pour une durée indéterminée, un régime de faveur, qui donnait le droit à l'appelant de s'absenter pendant quatre semaines par année en sus de son droit aux vacances pour s'occuper d'une société sise à l'étranger, alors qu'il percevait un salaire élevé et que le chiffre 5 du contrat précisait qu'il devait mettre son entière capacité de travail au service de l'employeur. Enfin, même si l'appelant répondait aux courriels et aux appels téléphoniques de son employeur pendant ses déplacements au 1\_\_\_\_\_, il ne peut être retenu qu'il était, durant ces périodes, au service de son employeur, dans la mesure où il s'occupait principalement de sa propre entreprise. Au vu de ce qui précède, la durée des déplacements effectués au 1\_\_\_\_\_ par l'appelant en 2013 et en 2014 doit être déduite de ses jours de vacances.

6.2.2 Il n'est pas contesté que le droit aux vacances de l'appelant était de 25 jours ouvrables par année. Il est

par ailleurs établi que le solde de ce droit figurant sur sa fiche de salaire du mois d'août 2014, ainsi que les décomptes effectués par I\_\_\_\_\_, ultérieurement, ne tenaient pas compte des déplacements de l'appelant au 1\_\_\_\_\_. Au terme de son contrat, l'appelant disposait d'un solde de vacances de 17,6 jours, duquel il faut donc déduire les jours passés au 1\_\_\_\_\_ à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013, soit 22 jours ouvrables en 2013 et 17 en 2014. Il en résulte que l'appelant a pris, durant ces deux années, plus de jours de vacances que ceux auxquels il avait droit (21,4 jours de trop). La décision querellée sera par conséquent annulée en tant qu'elle a octroyé à l'appelant un montant brut de 20'137 fr. 35 à ce titre. Au vu de l'issue du litige sur ce point, il n'y a pas lieu d'examiner si le paiement des vacances devait tenir compte du salaire variable de l'appelant.

7. Les intimées reprochent enfin au Tribunal de les avoir condamnées à rembourser à l'appelant des prétendus frais professionnels à hauteur de 5'419 fr. 40, alors qu'aucun justificatif n'avait été fourni.

7.1 L'employeur rembourse au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail et, lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires pour son entretien (art. 327a CO). Les frais imposés par l'exécution du travail comprennent toutes les dépenses nécessaires, occasionnées par le travail. Il appartient au travailleur d'apporter la preuve de la nécessité des dépenses, sans que l'employeur puisse à cet égard poser d'exigences excessives (ATF 116 II 145 consid. 6b p. 150; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_180/2007 du 6 septembre 2007 consid. 7.1). Lorsque le remboursement ne se fait pas de manière forfaitaire, il appartient à l'employé de présenter des justificatifs afin d'établir le caractère nécessaire et le montant des frais encourus. Pour éviter de fraudes, l'employeur peut exiger la remise des justificatifs originaux (Wylser/Heinzer, Droit du travail, 2014, p. 298).

7.2 En l'espèce, le chiffre 8 lettre A du contrat de travail conclu entre les parties prévoit que les frais raisonnables encourus dans l'exécution du travail sont remboursés sur présentation des justificatifs correspondant. Contrairement à ce que font valoir les intimées, l'appelant a présenté un justificatif des dépenses professionnelles, sous la forme du relevé de sa carte de crédit professionnelle. En effet, il s'agit d'un document suffisamment détaillé pour qu'il soit possible de retracer la nature de la dépense – restaurant, hôtel, essence – et le montant de celle-ci. La production des factures originales des restaurants n'aurait apporté aucun élément supplémentaire, si ce n'est d'évaluer le nombre de convives, ce qui n'est pas pertinent pour juger du caractère professionnel de la dépense. A cela s'ajoute que l'allégation de l'appelant selon laquelle lesdites factures se trouvaient à son bureau – et non dans son ordinateur – est hautement vraisemblable et il est établi que celui-ci n'y avait plus accès lorsque les justificatifs lui ont été réclamés par les intimées. Par conséquent, l'appelant a justifié de ses dépenses. Les intimées font valoir que les sommes dépensées par l'appelant étaient importantes. Elles n'ont toutefois pas démontré que celles-ci étaient plus importantes que par le passé et que l'appelant aurait abusé de sa carte de crédit professionnelle à l'approche de sa démission. Au demeurant, les dépenses de l'appelant sont compatibles avec les fonctions qu'il exerçait au sein du groupe C\_\_\_\_\_. Il n'a par ailleurs pas caché que la somme de 3'000 fr. correspondait à une facture de champagne consommé dans un bar et il sera admis que la soirée en question était en lien avec l'ouverture des nouveaux centres C\_\_\_\_\_, compte tenu de la concordance des dates. La Chambre des prud'hommes relève enfin que pendant la durée des relations de travail et conformément aux déclarations de G\_\_\_\_\_, l'employeur considérait que tous les postes de la carte de crédit professionnelle au regard desquels la mention "perso" ne figurait pas étaient des frais professionnels, cette manière de procéder n'ayant jamais posé de problèmes. Il ne saurait dès lors en aller différemment sans l'apport d'éléments concrets. La décision querellée sera

dès lors confirmée en tant qu'elle a condamné les intimées à payer à l'appelant la somme de 5'419 fr. 40 plus intérêts moratoires à titre de remboursement de frais. Toutefois et contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal des prud'hommes dans le dispositif de la décision querellée, en contradiction avec ce qui figure dans les considérants de sa décision, la somme de 5'419 fr. 40 est nette et non pas brute. Le jugement de première instance sera par conséquent annulé et les intimées condamnées, conjointement et solidairement, à payer à l'appelant la somme nette de 5'419 fr. 40 plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> décembre 2014, aucune des parties n'ayant contesté le dies a quo retenu par les premiers juges. La mainlevée de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n°5\_\_\_\_\_, sera prononcée, à due concurrence du montant susmentionné.

8. 8.1 Lorsque l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de première instance (art. 318 al. 3 CPC). L'art. 106 CPC prévoit que les frais sont mis à la charge de la partie succombante (art. 106 al. 1 CPC). Lorsqu'aucune des parties n'obtient gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause (al. 2).

8.2.1 En espèce, la quotité des frais judiciaires de première instance, arrêtés à 2'410 fr., n'a pas été contestée, de sorte qu'elle sera confirmée. A l'issue de la procédure, l'appelant obtient uniquement le remboursement d'une partie de ses frais professionnels (5'419 fr. 40 au lieu des 10'573 fr. 40 demandés) et la délivrance d'un certificat de travail. En revanche, il est débouté de ses conclusions en versement d'un bonus (187'500 fr.), en remboursement de jours de vacances déduits de son salaire (4'982 fr. 35) et en paiement de jours de vacances (37'580 fr. 48). Il n'obtient ainsi gain de cause que sur le 2,25% de ses conclusions pécuniaires (5'419 fr. 40 sur 240'636 fr. 23) et sur la délivrance d'un certificat de travail. Dès lors, il y a lieu de le condamner au 95% des frais de première instance (2'290 fr.) et de laisser à la charge des intimées le 5% restant (120 fr.). C'est à juste titre que le premier juge n'a pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

8.2.2 Les frais judiciaire d'appel seront arrêtés à 2'000 fr. (art. 69 et 71 RTMFC). Ils seront intégralement compensés avec l'avance de frais de même montant versée par l'appelant, qui reste acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC). Vu l'issue de la procédure d'appel, ils seront mis à la charge des parties dans la même proportion que les frais de première instance, soit à raison de 95% pour l'appelant (1'900 fr.) et de 5% pour les intimées (100 fr.) (art. 95 al. 1 et 106 al. 1 CPC). Il n'est pas alloué de dépens d'appel (art. 22 al. 2 LaCC).

\* \* \* \* PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 5 : A la forme : Déclare recevables l'appel formé le 16 septembre 2016 par A\_\_\_\_\_ et l'appel joint formé le 10 novembre 2016 par B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ contre le jugement JTPH/314/2016 rendu par le Tribunal des prud'hommes le 16 août 2016 dans la cause C/10834/2015, Au fond : Annule ce jugement. Cela fait, statuant à nouveau : Condamne B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_, prises conjointement et solidairement, à payer à A\_\_\_\_\_ la somme nette de 5'419 fr. 40 plus intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> décembre 2014. Prononce la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n°5\_\_\_\_\_, à due concurrence de ce montant. Arrête les frais judiciaires de première instance à 2'410 fr., les compense avec l'avance de frais de même montant versée par A\_\_\_\_\_, qui reste acquise à l'Etat et les met à la charge de A\_\_\_\_\_ à concurrence de 2'290 fr. et de B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_, prises conjointement et solidairement, à hauteur de 120 fr. Condamne en conséquence B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_, prises conjointement et solidairement, à payer à A\_\_\_\_\_ la somme de 120 fr. à titre de remboursement des frais judiciaires de première instance. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais d'appel : Arrête les frais judiciaires d'appel à 2'000 fr., les compense avec l'avance de même montant versée par A\_\_\_\_\_, qui reste acquise à l'Etat et les met à la charge de A\_\_\_\_\_ à raison de 1'900 fr. et de B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_.

prises conjointement et solidairement, à raison de 100 fr. Condamne B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_, prises conjointement et solidairement, à payer à A\_\_\_\_\_ la somme de 100 fr. à titre de remboursement des frais judiciaires d'appel. Siégeant : Madame Paola CAMPOMAGNANI, présidente; Madame Denise BOËX, juge employeur; Madame Béatrice BESSE, juge salariée; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière. Indication des voies de recours et valeur litigieuse : Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile. Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000.- fr.

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