

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/16568/2009

ACJC/417/2011

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile
statuant par voie de procédure accélérée

AUDIENCE DE VENDREDI 18 MARS 2011

Entre

X. _____ SA, SUCCURSALE DE GENÈVE, EN LIQUIDATION, sise _____, appelante d'un jugement rendu par la 9^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 16 septembre 2010, comparant par Me Vincent Carron, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Y. _____, domiciliée _____, intimée, comparant par Me Laurent Isenegger, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 22.03.2011.

EN FAIT

Par jugement du 16 septembre 2010, notifié le 21 du même mois à X._____ SA, SUCCURSALE DE GENÈVE, EN LIQUIDATION (ci-après : X._____ SA, SUCCURSALE DE GENÈVE, EN LIQUIDATION), le Tribunal de première instance a constaté que Y._____ était créancière de X._____ SA, SUCCURSALE DE GENÈVE, EN LIQUIDATION d'une somme de 287'500 fr. (ch. 1), a colloqué cette créance à concurrence de 200'903 fr. en 1^{ère} classe et de 86'597 fr. en 3^{ème} classe (ch. 2), et a condamné X._____ SA, SUCCURSALE DE GENÈVE, EN LIQUIDATION aux dépens, y compris une indemnité de procédure de 10'000 fr. à titre de participation aux honoraires d'avocat de Y._____ (ch. 3).

Par acte déposé le 21 octobre 2010 au greffe de la Cour, X._____ SA, SUCCURSALE DE GENÈVE, EN LIQUIDATION appelle de ce jugement, sollicitant son annulation et le déboutement de Y._____ de toutes ses conclusions.

Y._____ conclut à la confirmation du jugement entrepris.

Lors des plaidoiries du 1^{er} février 2011, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

- A. Z._____ Sàrl, avec siège à Genève et active dans la gestion de fortune et d'autres domaines bancaires, a été transformée le 25 février 2005 en Z._____ SA, dont les actifs et les passifs ont été repris le 2 janvier 2008 par son actionnaire unique, X._____ SA, avec siège à W._____ , pour exploiter une succursale à Genève (X._____ SA, SUCCURSALE DE GENÈVE, EN LIQUIDATION).

Par décision du 29 octobre 2008, la Commission fédérale des banques (CFB) a prononcé la faillite de la succursale genevoise de X._____ SA, qui a été dissoute le 17 novembre 2008. La CFB a nommé des liquidateurs de la faillite, avec pouvoir de représentation de la faillie.

- B. Y._____ a travaillé dès 2003 au service de Z._____ Sàrl. Leurs relations de service ont été formalisées par contrat écrit, non daté, prenant effet le 1^{er} janvier 2005.

Selon ce contrat, Y._____ s'engageait à travailler au service de Z._____ Sàrl en qualité de "Managing Director" pour un salaire annuel brut de 228'000 fr. (19'000 fr. x 12) (art. 5.1). La société avait en outre la possibilité de lui verser de temps en temps un bonus ou d'autres bénéfices de manière discrétionnaire; le paiement du

bonus ne lui donnait en aucun cas un droit acquis, même si le versement intervenait de manière répétée ou régulière et quel qu'en soit le montant (art. 5.2).

Le contrat prévoyait un délai de résiliation de trois mois (art. 15.1) et était soumis au droit suisse (art. 17).

Dès 2006, le salaire annuel brut de Y._____ a été augmenté à 232'500 fr. (19'375 fr. x 12).

- C. Par courrier du 17 janvier 2005, un dirigeant de Z._____ SA a fait parvenir à Y._____ le projet du contrat précité en lui précisant que les bonus seraient accordés de façon discrétionnaire et en prenant en considération la performance ainsi que le développement de la société. En outre, il lui a annoncé le paiement d'un bonus de 200'000 fr. afin de solder les précédentes années.

Z._____ SA a versé à Y._____ le 31 mars 2005 une somme de 189'640 fr. (200'000 fr. sous déduction des charges sociales), à titre de bonus.

Par courrier du 13 mars 2006, Y._____ a sollicité d'un dirigeant de Z._____ SA une entrevue afin de discuter notamment de son bonus pour l'année écoulée. Acceptant cette requête, ce dernier lui a demandé de lui rappeler le montant qui lui avait été payé à ce titre l'année précédente, ce à quoi elle a répondu "200'000 fr."

Le 25 avril 2006, Z._____ SA a payé à Y._____ une somme de 189'640 fr.

Par courrier du 2 mars 2007, un dirigeant de Z._____ SA a informé Y._____ que la taille de la banque avait doublé d'une année à l'autre, ce qui soulignait la solide et constante collaboration de tous les employés. En signe de gratitude pour sa précieuse collaboration et sa bonne performance, Y._____ recevrait un bonus brut de 230'000 fr. Pour l'année à venir, l'objectif principal de la banque était de maintenir une bonne croissance du bénéfice et de continuer à se développer.

Le 26 mars suivant, Z._____ SA a versé à Y._____ la somme de 235'362 fr. comprenant le bonus précité.

Par courrier du 10 avril 2008, un dirigeant de X._____ SA a informé Y._____ qu'un bonus brut de 230'000 fr. lui serait versé. Le développement en cours et la croissance de la banque n'étaient possibles que grâce au dévouement constant et aux efforts des employés. La banque observait avec plaisir la collaboration de l'intéressée et le dévouement actuel pour son travail en son sein ainsi que son importance pour ses activités à Genève. Elle ajoutait qu'elle entamerait une discussion avec Y._____ concernant son salaire brut mensuel lorsqu'elle aurait une meilleure vue sur les marché et que ses revenus auraient augmenté à un niveau plus confortable.

Le 25 avril 2008, Z._____ SA a payé à Y._____ une somme de 235'795 fr. 20, comprenant le bonus précité.

- D.** Hormis l'exercice 2005 durant lequel Z._____ SA a réalisé un bénéfice de 175'429 fr., ceux de 2003, 2004, 2006 et 2007 se sont soldés par des pertes respectivement de 712'603 fr., 356'552 fr., 506'800 fr. et 2'128'503 fr.

En 2003, 2004, 2005, 2006 et 2007, les avoirs de clients gérés par l'établissement genevois se sont élevés à respectivement 90'624'028 fr., 126'887'470 fr., 165'815'140 fr., 205'433'555 fr. et 304'243'695 fr. Durant les exercices 2005, 2006 et 2007, le produit des commissions et des prestations de service s'est monté à respectivement 1'482'052 fr., 1'396'752 fr. et 2'033'826 fr.

- E.** A la suite d'une résolution prise en avril 2007 par le conseil d'administration de X._____ SA, Y._____ et V._____ ont été inscrites le 2 janvier 2008 au Registre du commerce en qualité de codirectrices, avec signature collective à deux, de sa succursale genevoise. Le conseil d'administration a également adopté un "*Business Plan*".

Lors de la comparution personnelle des parties du 5 mai 2010, Y._____ a déclaré, sans être contredite, qu'elle avait préparé le budget prévisionnel qui prévoyait le paiement de bonus jusqu'en 2010. La rubrique relative aux salaires, aux charges sociales et aux frais de voyage de la direction comprenait son salaire annuel en 232'000 fr. et celui de V._____ en 250'000 fr.. Il suffisait, selon elle, de déduire ces salaires de ce poste pour trouver le montant des bonus que l'on pouvait diviser par deux. Ce budget avait été accepté par X._____ SA, SUCCURSALE DE GENÈVE, EN LIQUIDATION.

Selon le "*Business Plan*" et le budget 2007 à 2012 concernant la création de la succursale de Genève de X._____ SA portant la signature de deux dirigeants sur trois de cette dernière, produit par Y._____, les salaires, les charges sociales et les frais de voyage de la direction (*Mgmt.*) du premier trimestre de chaque année totalisaient 655'000 fr. dès 2008, alors que pour les autres trimestres, ces charges étaient comptabilisées à hauteur de 165'000 fr. Ce document indiquait également que la direction de l'établissement genevois était composée de deux personnes.

- F.** Par conventions des 28 novembre et 19 décembre 2008 passées avec les liquidateurs de la faillite, le délai de résiliation du contrat de travail de Y._____ a été réduit à deux mois, puis à un mois.

Le 26 février 2009, les liquidateurs de la faillite ont résilié le contrat de travail de Y._____ avec effet au 31 mars 2009 en précisant qu'elle n'était pas libérée de son obligation de travailler. Les parties admettent que Y._____ a travaillé jusqu'à cette date. Les allégations subséquentes contraires, non démontrées, de la banque

faillie ne sauraient remettre en cause ce qui a été dûment protocolé (cf. conclusions motivées, p. 4; appel p. 11).

- G.** Le 7 juillet 2009, Y._____ a produit dans la faillite une créance de 287'500 fr. soit 230'000 fr. au titre du bonus 2008 et 57'500 fr. à titre du bonus *pro rata temporis* pour l'année 2009 (1/4 de 230'000 fr.).

Cette production a été intégralement écartée par les liquidateurs de la faillite, le 13 juillet 2009, au motif que la prétention n'était pas justifiée par le contrat de travail.

Le dépôt de l'état de collocation a été publié dans la FOSC du 15 juillet 2009.

- H.** Par acte déposé le 29 juillet 2009 devant le Tribunal de première instance, Y._____ a contesté cet état de collocation, concluant à la constatation d'une créance en sa faveur de 287'500 fr. à l'encontre de X._____ SA, SUCCURSALE DE GENÈVE, EN LIQUIDATION et à la rectification de l'état de collocation par l'inscription à son bénéfice d'une créance totale de 287'500 fr., soit 200'903 fr. en 1^{ère} classe et 86'597 fr. en 3^{ème} classe.

Les liquidateurs de la faillite ont conclu au déboutement de Y._____ de toutes ses conclusions.

Dans ses dernières conclusions, Y._____ a sollicité, à titre subsidiaire, la collocation en 3^{ème} classe d'une créance en sa faveur de 287'500 fr.

- I.** Dans le jugement querellé, le Tribunal a retenu que Y._____ pouvait déduire de bonne foi du versement annuel de 2004 à 2007 d'un bonus progressant de 200'000 fr. à 230'000 fr., soit l'équivalent du salaire, que X._____ SA, SUCCURSALE DE GENÈVE, EN LIQUIDATION s'était engagée à lui en verser un chaque année à titre de complément au salaire et que la réserve ne portait que sur sa quotité qui était fonction de sa rentabilité. Le bonus représentait ainsi une composante du salaire, X._____ SA, SUCCURSALE DE GENÈVE, EN LIQUIDATION ne disposant que d'une marge d'appréciation pour la détermination du montant du bonus en fonction des critères qu'elle avait fixés elle-même. Vu l'évolution des bonus durant les années précédentes, il était juste de fixer le bonus annuel à 230'000 fr.

X._____ SA, SUCCURSALE DE GENÈVE, EN LIQUIDATION ne pouvait se prévaloir de l'art. 322d al. 2 CO pour s'opposer au paiement *pro rata temporis* du bonus de janvier à mars 2009, puisque cette disposition ne s'appliquait pas au salaire.

La créance de Y._____ devait être admise en 1^{ère} classe pour la période du 17 mai 2008 au 31 mars 2009, à hauteur de 86'597 fr., et en 3^{ème} classe pour celle du 1^{er} janvier au 16 mai 2008, à hauteur de 200'903 fr.

EN DROIT

1. Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (RS 272), les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision entreprise. S'agissant en l'espèce d'un appel dirigé contre un jugement notifié aux parties avant le 1^{er} janvier 2011, la présente cause est régie par l'ancien droit de procédure.
2. Interjeté devant la Cour, qui est compétente pour en connaître, dans le délai et selon la forme prescrits par loi, l'appel est recevable (art. 23A al. 1 aLALP, 296, 300 et 345 al. 1 aLPC, par renvoi de l'art. 19 let. b aLALP).

La valeur litigieuse d'une action en contestation de l'état de collocation correspond au dividende probable qui serait attribué à la prétention qui fait l'objet du différend (ATF 135 III 545 consid. 1). Dès lors que les éléments de la procédure ne permettent pas de l'établir, les dernières conclusions prises en première instance ont porté sur une valeur litigieuse indéterminée, si bien que le Tribunal a statué en premier ressort. Il s'agit de la voie de l'appel ordinaire; la Cour revoit en conséquence la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 22 al. 1 aLOJ et 23A aLALP).

3. Les conditions de recevabilité de l'instance doivent s'examiner d'office à chaque stade du procès (ATF 133 III 539 consid. 4.2; ATF 130 III 430 consid. 3.1; PIQUEREZ, L'interdiction de la réformation in pejus en procédure civile et en procédure pénale, in *Mélanges Assista*, 1989, p. 495 ss, p. 506; GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 1979, p. 498) La Cour examinera si les prétentions de l'intimée peuvent faire l'objet d'une action en contestation de l'état de collocation et si la juridiction ordinaire est compétente à raison de la matière pour en connaître.

3.1 L'action de l'art. 250 LP vise la modification de la collocation des droits inscrits dans l'état de collocation tant du point de vue de leur montant que de leur rang. Il s'agit d'une action judiciaire du droit de l'exécution forcée qui a un objet uniquement procédural, à savoir l'admission à l'état ou le rejet définitif de la créance en cause, et non pas la reconnaissance de leur existence ou inexistence, même si le juge examine à titre préjudiciel cette question (JAQUES, *Commentaire romand* 2005, n. 1 et 2 ad art. 250 LP).

Le rang des créances est réglé par l'art. 219 LP.

L'art. 219 al. 4 let. a LP, dans sa teneur suivant la modification du 18 juin 2010 (RO 2010 p. 4921; FF 2003 p. 5811), est entré en vigueur le 1^{er} décembre 2010. Selon la disposition transitoire relative à cette modification, les privilèges prévus par l'ancien droit s'appliquent aux faillites prononcées, aux saisies exécutées et

aux sursis concordataires octroyés avant l'entrée en vigueur de ladite modification. En l'espèce, la faillite de la succursale ayant été prononcée le 29 octobre 2008, le privilège des créances est soumis à l'ancien droit.

Selon l'art. 219 al. 4 let. a aLP, les créances que le travailleur peut faire valoir en vertu du contrat de travail et qui sont nées ou qui sont devenues exigibles pendant le semestre précédant l'ouverture de la faillite sont colloquées en 1^{ère} classe.

Bénéficient notamment de ce privilège, le salaire et la gratification, y compris le bonus (FREUNDLER, La faillite de l'employeur, in JdT 2008 II p. 49 ss, p. 53; GILLIERON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 2005, n. 1807).

En revanche, les créances du travailleur qui sont nées après l'ouverture de la faillite ne tombent pas en principe pas sous le coup de cette disposition (STOFFEL/CHABLOZ, Voies d'exécution, 2010, § 10 n. 99 et 144; MARKARIAN, La continuation des activités du travailleur après la déclaration de faillite : dette dans la masse ou dettes de la masse ?, in Panorama en droit du travail, 2009, p. 767 ss, p. 770; LORANDI, Arbeitsverträge im Konkurs des Arbeitgebers, in RSJ 2000, p. 150 ss, p. 159). En effet, lorsque l'administration reprend le contrat à son compte, les créances de salaires nées postérieurement à la faillite sont des dettes de la masse au sens de l'art. 262 LP. Le fait pour l'administration de la faillite de prier un employé de venir travailler, ou même de le laisser travailler, vaudra reprise par la masse du contrat (arrêt du Tribunal fédéral 4C.239/2006 consid. 2.2 = DTA 2007 p. 20), la reprise pouvant intervenir par actes concluants (ATF 107 III 106 consid. 3c; arrêt du Tribunal fédéral 4C.239/2006 consid. 2.2 = DTA 2007 p. 20; WYLER, Droit du travail, 2008, p. 527). En revanche, si le contrat de travail n'est pas repris par la masse, il est mis fin de façon prématurée au contrat; dans un tel cas, le travailleur produira dans la faillite (arrêt du Tribunal fédéral 4C.239/2006 consid. 2.2 = DTA 2007 p. 20).

Les dettes de la masse ne font pas partie de la masse passive; elles ne doivent pas être produites et ne seront pas colloquées (STOFFEL/CHABLOZ, op. cit., § 10 n. 78). Les dettes de la masse n'ont ainsi pas à figurer dans l'état de collocation - leur inscription étant nulle et de nul effet -, mais dans le compte final de frais au sens de l'art 262 LP (ATF 120 III 153 consid. 2c; ATF 106 III 118 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 5A_642/2009 consid. 3.4). Les titulaires de ces créances sont désintéressés avant tout les autres créanciers, devant les créanciers gagistes et de premier rang (ATF 134 III 643 consid. 5.4; ATF 120 II 153 consid. 2b; ATF 96 II 244 consid. 2; MARKARIAN, op. cit., p. 774). Il s'ensuit que les dettes de la masse ne peuvent faire l'objet de l'action en contestation de l'état de collocation. Le cas échéant, le créancier doit ouvrir action en paiement contre la masse devant le juge compétent pour statuer sur la prétention au fond (ATF 125 III 293 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_642/2009 consid. 3.4; STOFFEL/CHABLOZ, op. cit., § 10 n. 78; AMONN/WALTHER, Grundriss des

Schuldbetreibung- und Konkursrechts, 2008, § 48 n. 8; FURRER, Die Kollokationsklagen nach dem schweizerischem Recht, 1979, p. 99).

La distinction entre les dettes qui sont susceptibles d'être inscrites à l'état de collocation et celles qui ne le sont pas découle de principes généraux, censés être connus, de sorte que point n'est besoin d'interpeller les parties, toutes deux représentées par avocat, sur cette distinction et ses conséquences (ATF 130 III 35 consid. 5 = SJ 2004 I p. 217; ATF 124 I 49 consid. 3c; arrêt 4A_206/2010 consid. 5.2.2.1 destiné à la publication).

3.2 En l'espèce, l'intimée a fait valoir une prétention portant sur le bonus de l'année 2008 et sur une part de celui afférent à la période durant laquelle elle a travaillé en 2009, soutenant qu'il s'agit d'éléments du salaire. Dès lors qu'une partie des prétentions alléguées par l'intimée couvre une période postérieure à l'ouverture de la faillite, il y a lieu de rechercher si l'intimée est recevable à les faire admettre à l'état de collocation, ce qui revient à examiner si la masse a repris le contrat de travail de l'intimée.

3.3 Il est incontestable que l'intimée a travaillé plus de trois mois après l'ouverture de la faillite. Par ailleurs, le délai de résiliation du contrat de travail de l'intimée a été réduit à deux mois, puis un mois par conventions des 28 novembre et 19 décembre 2008 conclues par la masse représentée par les liquidateurs, sans autres changements. Dans ces circonstances, ce contrat a été repris par la masse en faillite.

Par conséquent, seules les créances de l'intimée nées antérieurement à l'ouverture de la faillite peuvent faire l'objet de la présente cause. Dès lors, la prétention relative au bonus afférent à l'année 2009 ne peut être inscrite à l'état de collocation, puisque, abstraction faite de son bien-fondé et de sa qualification juridique, elle est née postérieurement à l'ouverture de la faillite. Il s'ensuit que les conclusions de l'intimée y relatives sont irrecevables dans le cadre d'une action au sens de l'art. 250 LP, dès lors que seul le juge chargé du fond, en l'occurrence la Juridiction des Prud'hommes, est compétente pour en connaître, la masse ayant la légitimation passive.

- 4. 4.1** Il reste ainsi à examiner la nature juridique de la prétention au bonus de l'année 2008, ainsi que la question de savoir si elle peut être inscrite à l'état de collocation.

Seule la prétention en salaire naît *pro rata temporis*, au contraire du droit à la gratification (REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, n. 10 ad art. 322d OR; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 2006, n. 16 ad art. 322d OR; FREUNDLER, op. cit., p. 55; Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, FF 2003 p. 5811 ss, p. 5815).

4.2 Le droit suisse ne contient aucune disposition qui définisse et traite de façon spécifique du bonus. Selon ses caractéristiques, le bonus sera considéré soit comme une gratification au sens de l'art. 322d CO, soit comme un élément du salaire (art. 322 CO), pouvant revêtir, selon les cas, la forme d'une participation au résultat de l'exploitation (art. 322a CO). On en jugera de cas en cas au vu des circonstances pertinentes. Cette qualification est déterminante, car le régime des gratifications est beaucoup plus flexible que les règles applicables aux éléments du salaire. Ainsi, par exemple, conformément à l'art. 332d al. 2 CO, si les rapports de travail ont pris fin avant l'échéance de la gratification, le travailleur ne peut prétendre à un montant *pro rata temporis* que s'il en a été convenu ainsi (arrêts du Tribunal fédéral 4A_511/2008 consid. 4.1 et 4C.426/2005 consid. 5.1 = JAR 2007 p. 200).

Une gratification est une rétribution spéciale versée en sus du salaire, à certaines occasions telles que Noël ou la fin de l'exercice annuel. Elle se distingue en outre par ses effets du salaire, en ceci qu'elle dépend au moins partiellement du bon vouloir de l'employeur (ATF 136 III 313 consid. 2; 131 III 615 consid. 5.2; 129 III 276 consid. 2 = JdT 2003 I 346; arrêts du Tribunal fédéral 4C.426/2005 consid. 5.1 = JAR 2007 p. 200, 4C.340/2005 consid. 2.1 = JAR 2007 p. 160 et 4C.395/2005 consid. 5.3 = JAR 2007 p.206). Si le versement d'une gratification n'a pas été convenu explicitement ou par actes concluants, cette prestation est entièrement facultative. Si un versement de ce genre a été convenu, l'employeur est tenu d'y procéder, mais il conserve une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer (ATF 131 III 615 consid. 5.2; 129 III 276 consid. 2 = JdT 2003 I 346; arrêts du Tribunal fédéral 4C.426/2005 consid. 5.1 = JAR 2007 p. 200 et 4C.340/2005 consid. 2.1 = JAR 2007 p. 160). Le versement d'une gratification est considéré, selon le principe de la confiance, comme convenu par actes concluants lorsque l'employeur l'a versée durant trois années consécutives au moins sans réserver le caractère facultatif par une déclaration adressée au travailleur (ATF 136 III 313 consid. 2; 131 III 615 consid. 5.2; 129 III 276 consid. 2 = JdT 2003 I 346; arrêt du Tribunal fédéral 4C.244/2004 consid. 2.1 = JAR 2005 p. 295). La réserve doit être réitérée à l'occasion de chaque paiement, même lorsque le contrat de travail stipule expressément le caractère discrétionnaire de la gratification, un renvoi au contrat n'étant pas suffisant (REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., n. 7 ad art. 332d OR; STAEHELIN, op. cit., 2006, n. 10 ad art. 322d OR; contra : ACAPH du 13 mai 1997 = JAR 1998 p. 148). 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). Tel est le cas si celle-ci est restée théorique et qu'elle n'était qu'une formule d'usage vide, dans la mesure où l'employeur aurait eu une raison de ne pas verser la gratification, par exemple en raison d'affaires défavorables ou du fait d'une mauvaise prestation du travailleur, l'employeur montrant, par son comportement, qu'il se sentait obligé de verser une gratification (ATF 129 III 276 consid. 2.3 =

JdT 2003 I 346; arrêt du Tribunal fédéral 4C.244/2004 consid. 2.1 = JAR 2005 p. 295).

L'accord de l'employeur peut ne porter que sur le principe de la rémunération dont celui-ci peut moduler les montants en fonction de la qualité de la prestation du travail, du cours des affaires ou d'autres critères qu'il détermine librement dans les limites de l'équité (ATF 136 III 313 consid. 2 et 2.3; ATF 129 III 276 consid. 2 = JdT 2003 I 346; arrêt du Tribunal fédéral 4C.244/2004 consid. 2.1 = JAR 2005 p. 295). En revanche, si tant le principe que le montant de la rétribution sont déterminés contractuellement ou objectivement déterminables, il s'agit d'un élément du salaire. Ainsi, l'absence de liberté d'appréciation de l'employeur pour fixer le montant de la rétribution constitue un indice qu'il s'agit d'un élément du salaire (PORTMANN, Basler Kommentar, 2007, n. 16 ad art. 322d OR), étant précisé que l'on ne peut déduire du caractère variable de la rétribution qu'il s'agit d'une gratification, puisque le salaire peut être variable également lorsqu'il est fixé conformément à l'art. 322a CO (ATF 129 III 276 consid. 2 = JdT 2003 I 346; arrêt du Tribunal fédéral 4C.244/2004 consid. 2.1 = JAR 2005 p. 295). Ainsi, sous l'angle du principe de la confiance, le paiement d'une gratification plusieurs années consécutives peut, suivant les circonstances, conférer à cette dernière le caractère de salaire, malgré une réserve formelle relative au pouvoir discrétionnaire de l'employeur de l'accorder, mais dont il n'a pas fait usage (arrêt du Tribunal fédéral 4C.244/2004 consid. 2.1 = JAR 2005 p. 295; TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, Les contrats spéciaux, 2009, n. 3455; WYLER, op. cit., p. 167). Par ailleurs, lorsque le montant est très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, et est versé de manière régulière, il doit être considéré comme un salaire variable, même si l'employeur en réservait le caractère facultatif. Cela concerne les revenus les plus considérables; dans les cas de salaires modestes, un montant proportionnellement moins élevé peut déjà présenter un salaire variable (ATF 131 III 615 consid. 5.2; ATF 129 III 276 consid. 2.1 = JdT 2003 I 346; arrêt du tribunal fédéral 4C.340/2005 consid. 2.1 = JAR 2007 p. 160). La régularité de la prestation en question permet de déterminer si elle s'est transformée en un élément du salaire, ou si elle constitue toujours une contrepartie accessoire à celui-ci, c'est-à-dire une gratification. Dès lors que la gratification atteint régulièrement un montant plus élevé que le salaire, son caractère accessoire n'est pour ainsi dire plus préservé (ATF 129 III 276 consid. 2.1 = JdT 2003 I 346; arrêts du tribunal fédéral 4C.426/2005 consid. 5.1 = JAR 2007 p. 200 et 4C.340/2005 consid. 2.1 = JAR 2007 p. 167). Cela étant, la proportion entre les prestations ne constitue pas un critère de délimitation fixe entre la gratification et le salaire (ATF 129 III 276 consid. 2.1 = JdT 2003 I 346; arrêt du Tribunal fédéral 4C.6/2003 consid. 2.1 = JAR 2004 p. 248). En effet, pour des revenus très élevés, le salaire de base représente en lui-même une compensation adéquate et suffisante aux prestations fondamentales attendues de l'employé, de telle sorte que le travailleur ne bénéficie plus du même intérêt à se

prévaloir de la protection du salaire excédant la rémunération de base (WYLER, op. cit., p. 169).

4.3 En l'espèce, la Cour constate à titre liminaire que le contrat de travail entre l'intimée et l'appelante a débuté avant l'entrée en vigueur du contrat écrit prévue le 1^{er} janvier 2005, puisque le bonus versé en mars 2005 était destiné à solder les années précédentes comme l'indique le courrier du 17 janvier 2005 d'un dirigeant de la société faillie. Ainsi, comme elle le soutient, l'intimée a commencé à travailler au service cette société à tout le moins dès 2003.

4.4 Tant ce courrier précité que le contrat écrit énoncent que les bonus seraient versés à la discrétion de l'employeur. Il y a lieu toutefois encore d'examiner si les parties n'ont pas modifié la nature de cette prestation par actes concluants à la faveur des circonstances entourant les versements de bonus intervenus en 2006, 2007 et 2008.

L'intimée a reçu en 2006 le bonus relatif à l'année 2005 d'un montant identique au précédent. Ce bonus lui a été alloué après qu'elle avait sollicité un entretien avec un cadre dirigeant de son employeur et que ce dernier s'était enquis du montant octroyé l'année précédente. A l'occasion de ce versement, aucune réserve n'a été formulée quant au caractère discrétionnaire de cette attribution.

Les courriers des 2 mars 2007 et du 10 avril 2008 accompagnant les versements des bonus à l'intimée en 2007 (pour 2006) et 2008 (pour 2007) font uniquement référence au développement et à l'accroissement de la banque ainsi qu'à la qualité du travail accompli par l'intimée, mais ne contiennent pas non plus de réserve sur la nature facultative de ces paiements, ni même de renvoi au contrat écrit sur ce point.

Par ailleurs, hormis le bénéfice réalisé en 2005, les exercices 2006 et 2007 se sont soldés par des pertes. Il est également vrai que durant ces années les avoirs en gestion ainsi que le produit des commissions et des prestations de service ont augmenté. Toutefois, contrairement à ce que soutient l'appelante, la cause des pertes enregistrées importe peu dès lors qu'elles consacrent une diminution de la fortune nette, témoignant ainsi du mauvais résultat de l'exercice. Il est vrai en revanche que l'employeur a également justifié le paiement de ce bonus à l'intimée en raison de ses bonnes prestations de travail dans le but d'encourager celle-ci à continuer dans cette voie. Il n'en demeure pas moins que l'employeur avait un motif suffisant pour ne pas payer le bonus, même si les produits et la clientèle s'étaient accrus. Il s'ensuit que l'intimée ne pouvait pas non plus inférer de ces circonstances que le bonus n'était versé qu'en cas de bonnes affaires; tout au plus pouvait-elle penser que cette prestation dépendait de la qualité de son travail ainsi que de son apport concret de clientèle à la société et avait pour but de l'encourager

à persévérer dans cette voie, la question de savoir ce qu'il en serait en cas de situation catastrophique de la banque pouvant en l'état demeurer indéfinie.

L'employeur de l'intimée lui a versé durant trois années consécutives un bonus d'un montant similaire, sans formuler de réserves sur son caractère discrétionnaire, étant rappelé que la clause contractuelle préexistante n'en dispensait pas l'employeur. Le versement pratiquement automatique du bonus afférent à l'année 2005 et le paiement de ceux relatifs aux années 2006 et 2007 alors que l'employeur avait une bonne raison de ne pas y procéder autorisaient l'intimée à conclure de bonne foi que son employeur se sentait obligé de lui payer chaque année un montant supplémentaire.

En revanche, les motifs exposés à l'appui du versement du bonus ne permettaient pas de rendre déterminable le montant du bonus. Dans ce contexte, le versement durant seulement trois années consécutives d'un bonus d'un montant similaire était insuffisant pour que l'intimée puisse de bonne foi en inférer qu'il s'agissait d'un élément du salaire. Il est à cet égard relevé que la banque n'a pas indiqué à l'intimée pour quel motif le bonus était passé de 200'000 fr. à 230'000 fr. (+ 15%).

Le budget prévisionnel dont se prévaut l'intimée ne permet pas de conclusions contraires. En effet, l'établissement d'un tel budget s'inscrit dans le cadre de la gestion prudente et diligente d'une entreprise. A cette fin, les profits escomptés ne doivent pas être surévalués et les charges futures ne doivent pas être sous-estimées. Dans cette perspective, les charges budgétées constituent un montant maximal comprenant également des dépenses éventuelles, mais ne préjugent en revanche pas de leur effectivité. Ainsi, l'intimée n'était pas fondée à conclure sur la base de ce budget qu'elle recevrait dans le futur un montant identique au dernier bonus payé. Même, si l'on soustrait du montant budgété au premier trimestre en 655'000 fr. celui inscrit pour les autres trimestres pour la même charge (165'000 fr.), le solde de 490'000 fr. ne rend pas déterminable le montant du bonus qui reviendrait à l'intimée.

Bien qu'étant important, le bonus payé les deux dernières fois n'a pas perdu son caractère accessoire, puisque un traitement brut de l'ordre de 20'000 fr. par mois pour une fonction de codirectrice d'une succursale d'une banque est dans la norme et n'est pas manifestement insuffisant. En effet, selon l'enquête sur la structure des salaires réalisée par l'Office fédéral des statistiques, le salaire brut médian d'un cadre supérieur dans le secteur bancaire à Genève en 2008 était de 24'304 fr. par mois. Le bonus versé ne peut être ainsi considéré comme une véritable compensation du travail effectué.

Pour les motifs qui précèdent, la Cour retient que l'intimée et son employeur avaient convenu par actes concluants du paiement d'un bonus. Dès lors que son montant n'était ni déterminé, ni déterminable, l'employeur disposait d'une liberté

d'appréciation pour le fixer. Par conséquent, le bonus ne constituait pas un élément du salaire, mais une gratification convenue au sens de l'art. 322d al. 1 CO.

4.5 Le droit au versement de la gratification naît avec l'occasion qui lui donne lieu, mais son exigibilité peut être reportée par convention à une date ultérieure. Pour que ce droit naisse, il suffit que le travailleur soit encore au service de l'employeur au moment de la survenance de ladite occasion (REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., n. 10 ad art. 322d OR; STAEHELIN, op. cit., n. 16 ad art. 322d OR).

En l'espèce, il ressort de la procédure que le versement du bonus 2008 n'était pas lié à un événement antérieur à l'ouverture de la faillite survenue le 17 novembre 2008, mais plutôt à la fin de l'exercice 2008. Ainsi, il y a lieu de retenir que le droit au bonus 2008 est né à la fin de cette année, soit postérieurement à l'ouverture de la faillite. Il s'ensuit que la prétention de l'intimée ne peut être inscrite à l'état de collocation et que ses conclusions y relatives sont également irrecevables dans le cadre d'une action au sens de l'art. 250 LP, puisqu'elles relèvent de la compétence du juge du fond, soit en l'occurrence de la Juridiction des Prud'hommes.

5. Pour les motifs qui précèdent, le jugement querellé sera annulé et l'action en contestation de collocation de l'intimée déclarée irrecevable.
6. L'intimée, qui succombe ainsi intégralement, sera condamnée aux dépens des deux instances qui comprendront une unique indemnité de procédure à titre de participation aux honoraires d'avocat de l'appelante (art. 176 al. 1 et 181 al. 3 aLPC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par X. _____ SA, SUCCURSALE DE GENÈVE, EN LIQUIDATION contre le jugement JTPI/11048/2010 rendu le 16 septembre 2010 par le Tribunal de première instance dans la cause C/16568/2009-9.

Au fond :

Annule ce jugement.

Statuant à nouveau :

Déclare irrecevable l'action en contestation de l'état de collocation déposé le 15 juillet 2009 formée par Y. _____ le 29 juillet 2009.

Condamne Y. _____ aux dépens des deux instances, qui comprennent une unique indemnité de procédure de 15'000 fr.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur François CHAIX, président; Madame Florence KRAUSKOPF et Monsieur Blaise PAGAN, juges; Madame Carmen FRAGA, greffière.

Le président :
François CHAIX

La greffière :
Carmen FRAGA

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

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

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF indéterminée.