



POUVOIR JUDICIAIRE

C/10996/2014-3

CAPH/91/2019

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre des prud'hommes****DU 24 MAI 2019**

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____, appelant et intimé sur appel joint d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 2 février 2016, comparant par M^e Pierre GABUS, avocat, Gabus Avocats, Boulevard des Tranchées 46, 1206 Genève, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

et

B_____ **SÀRL**, sise _____, intimée et appelante sur appel joint, comparant par M^e Stéphanie FULD, avocate, BIANCHISCHWALD SÀRL, Rue Jacques-Balmat 5, Case postale 5839, 1211 Genève 11, en l'Étude de laquelle elle fait élection de domicile.

Cause renvoyée par arrêt du Tribunal fédéral du 23 octobre 2018

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 27 mai 2019.

EN FAIT

- A.** **a.** B_____ SÀRL est une société à responsabilité limitée au capital social de 2'000'000 fr., inscrite au registre du commerce de Genève, active dans le négoce de marchandises, notamment de matières premières, ainsi que de fret et de leurs dérivés.
- b.** A_____ a été engagé par B_____ SÀRL en qualité de trader en pétrole le 3 septembre 2010, moyennant un salaire fixe de 300'000 fr. par an.
- c.** Le contrat de travail prévoyait le versement d'un bonus discrétionnaire.
- B.** **a.** Au cours de sa première année d'activité, soit 2011, l'employé et son équipe n'ont pas généré de bénéfices et aucun bonus ne leur a été versé l'année suivante.
- b.** Au cours de l'année 2012, l'employé et son équipe ont dégagé un bénéfice.
- c.** Par courrier de l'employeuse du 10 décembre 2012, signé par l'employé le 21 décembre 2012 (bonus agreement), l'employeuse a fixé le bonus dû à l'employé, sur la base des chiffres de l'année comptable 2012, au montant de 3'750'000 USD, lequel comprenait un bonus (incentive compensation) de 1'650'000 USD payable au plus tard le 31 janvier 2013 (1ère tranche) et un bonus de 2'100'000 USD (additional bonus payment), payable à raison de 1'050'000 USD le 31 janvier 2014 (2e tranche) et 1'050'000 USD le 31 janvier 2015 (3e tranche). L'employé avait le choix de recevoir le paiement du bonus additionnel soit en dollars américains, soit en francs suisses.

Le paiement de ces montants était soumis aux conditions que l'employé ne donne pas sa démission ou qu'il ne fasse pas l'objet d'un licenciement avant le 31 décembre de l'année précédant la date du paiement. Il était précisé que la société pouvait à sa seule discrétion autoriser le versement de tout ou partie du bonus additionnel si la résiliation avant le 31 décembre avait eu lieu pour un motif autre que grave.

- C.** **a.** Le 16 novembre 2013, l'employeuse a résilié le contrat de travail de l'employé pour le 31 janvier 2014, congé ordinaire confirmé par courriers du 18 novembre 2013, lesquels n'en précisent pas les motifs.

Par courrier du 18 novembre 2013, l'employeuse a soumis à l'employé un accord que l'employé a signé le 10 décembre 2013. Selon cet accord (termination agreement), l'employé percevrait les sommes suivantes :

- son salaire mensuel de 25'000 fr. jusqu'en janvier 2014 (clause n. 3a) ;
- et le bonus additionnel de 1'050'000 USD pour autant que les termes et conditions de l'accord soient respectés. Le montant de 1'050'000 USD serait converti en francs suisses au jour du paiement du salaire et payé à l'employé avec le salaire final (clause n. 3b).

La convention prévoyait en outre une clause de renonciation de l'employé à agir en justice (clause n. 8 § 6) et une clause de restitution par l'employé du montant de 1'050'000 USD en cas de non-respect de la clause de renonciation (clause n. 8 § 9), libellées ainsi :

"L'employé déclare, s'engage et garantit qu'il n'a déposé ni présenté, ni ne va déposer ou présenter aucune autre plainte, procédure, action ou prétention devant quelque tribunal que ce soit, juridiction du travail ou toute autre juridiction en connexion avec, ou en lien avec ou découlant de l'emploi et/ou sa résiliation et que nulle personne agissant pour son compte ne le fait non plus."

"L'employé s'engage à rembourser le paiement du bonus prévu aux termes de la clause 3(b) de la présente convention de résiliation, immédiatement sur demande dans le cas où l'employé, ou quiconque agissant pour son compte, intente une action, une réclamation ou une procédure par-devant la juridiction du travail ou toute autre juridiction contre la société [...] ou si l'employé affirme [...] que cette convention de résiliation n'est pas valide ou si une cour ou un tribunal en décide ainsi [...]."

b. Ainsi, en 2013, l'employé a perçu son salaire de 300'000 fr. et le bonus de 1'650'000 USD (1ère tranche), soit 1'528'726 fr. 15 versés en janvier 2013.

c. En 2014, il a perçu son salaire de 25'000 fr. et, en exécution de l'accord des 18 novembre et 10 décembre 2013, il a reçu le montant de 1'050'000 USD (2e tranche), soit 940'262 fr. versés le 24 janvier 2014.

D. a. L'employé a formé opposition à son licenciement, par courrier de son avocat du 27 janvier 2014, et a requis que les motifs de celui-ci lui soient communiqués.

b. Par courrier de son mandataire du 7 février 2014, l'employeuse a communiqué que le licenciement avait été prononcé pour trois motifs: les pertes éprouvées en lien avec l'activité de l'employé, le comportement de celui-ci et le non-respect de certaines règles internes; elle a imparti à l'employé un délai au 15 février 2014 pour lui restituer le montant de 1'050'000 USD dans la mesure où l'accord passé avait été invalidé.

E. L'employé a retrouvé un emploi en novembre 2014, dans le même domaine, avec une rémunération inférieure.

F. a. Par requête de conciliation du 22 mai 2014, l'employé a ouvert action en paiement contre son employeuse, puis, après échec de la conciliation, a déposé sa demande devant le Tribunal des prud'hommes le 30 juillet 2014, concluant, dans ses conclusions finales, à la condamnation de celle-ci à lui verser, à son choix le montant brut de 951'615 fr. ou de 1'050'000 USD à titre de bonus (la 3e tranche du

bonus) et le montant brut de 716'437 fr. 50 à titre d'indemnité pour licenciement abusif, tous montants avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 janvier 2014.

L'indemnité pour licenciement abusif correspondait à six mois de salaire calculés sur un revenu annuel de 300'000 fr., majoré d'un bonus de 1'132'875 fr. (soit 3'750'000 USD / 3 ans, convertis en francs suisses).

b. L'employeuse a conclu au rejet de la demande et a formé une demande reconventionnelle, concluant à ce que A_____ soit condamné à lui verser 886'761 fr. 10, subsidiairement 989'625.40 USD, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 16 février 2014, c'est à dire à lui restituer le montant net (après déduction des cotisations sociales) versé en exécution de l'accord des 18 novembre et 10 décembre 2013.

Elle a soutenu que l'employé n'avait aucun droit à percevoir les bonus additionnels de 2'100'000 USD. Toutefois, dans le cadre de la convention de résiliation, elle avait décidé de manière bienveillante de lui accorder le paiement d'un montant correspondant à celui du premier bonus additionnel de 1'050'000 USD. En signant cette convention, A_____ reconnaissait notamment qu'il renonçait à poursuivre son employeur en justice et qu'il devait rembourser le montant de 1'050'000 USD s'il lui réclamait toute prétention dérivant du contrat de travail ou de ladite convention. Dans la mesure où A_____ avait intenté une action par-devant le Tribunal des prud'hommes, elle était fondée, aux termes de l'art. 8 § 9 de la convention de résiliation à réclamer le remboursement du montant de 1'050'000 USD, après déduction des cotisations sociales. L'employeuse a souligné la mauvaise foi découlant du comportement de A_____, lequel n'avait pas cherché à négocier les termes de l'accord de résiliation lors de sa signature, mais avait patienté jusqu'au versement des montants convenus pour intenter une action en justice.

c. Dans sa réponse à la demande reconventionnelle, A_____ a exposé que la clause 8 § 9 de la convention de résiliation pouvait être frappée de nullité conformément à l'art. 20 al. 2 CO. Son contenu était contraire aux mœurs, puisqu'elle avait pour but de le contraindre à ne pas faire valoir une quelconque prétention en justice à l'encontre de son employeur. Ladite clause devait également être considérée comme nulle au sens de l'art. 27 al. 2 CC, l'engagement pris de ne pas saisir les tribunaux étant excessif. A_____ était dans l'incapacité totale de faire valoir ses droits en justice, ce d'autant que la menace de restitution portait sur une somme importante.

d. Dans sa réplique du 23 mars 2015, B_____ SÀRL a notamment contesté le caractère immoral de la clause litigieuse, l'employé ayant pleinement et librement consenti à recevoir la somme de 1'050'000 USD et à renoncer en contrepartie à user de toutes voies de droits à son encontre.

G. a. Par jugement du 2 février 2016, le Tribunal a déclaré recevables les demandes principale (ch. 1 du dispositif) et reconventionnelle (ch. 2), rejeté tant la demande de l'employé (ch. 3) que la demande reconventionnelle de l'employeuse (ch. 4), débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5), fixé les frais de la procédure à 18'000 fr. (ch. 6), qu'il a mis à la charge de l'employé à raison de 10'000 fr. (ch. 7) et à celle de l'employeuse à raison de 8'000 fr. (ch. 8), compensé ces frais avec les avances effectuées par chacune des parties (ch. 9) et débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 10).

Le Tribunal a notamment retenu que l'employeuse n'avait aucun intérêt à prévoir le remboursement d'une somme aussi importante (1'050'000 USD) pour se protéger et, partant, que cette clause qui imposait un engagement excessif au travailleur était nulle.

b. Le 4 mars 2016, A_____ a formé appel contre ce jugement, reprenant ses conclusions en paiement du bonus et d'une indemnité pour licenciement abusif.

B_____ SÀRL a conclu au déboutement de A_____ des fins de son appel. Elle a formé appel joint, concluant à l'annulation du chiffre 4 du dispositif de la décision attaquée, et cela fait, à la condamnation de A_____ à lui verser 886'761 fr. 10, subsidiairement 989'625.40 USD avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 16 février 2014, sous suite de frais.

A_____ a conclu au rejet de l'appel joint, sous suite de frais.

c. Statuant le 21 novembre 2017, la Cour de justice a rejeté tant l'appel de l'employé que l'appel joint de l'employeuse et confirmé le jugement attaqué.

d. Les parties ont toutes deux exercé un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre cet arrêt, reprenant leurs conclusions respectives.

Par arrêt du 23 octobre 2018, le Tribunal fédéral a rejeté le recours de l'employé, partiellement admis le recours de l'employeuse, annulé l'arrêt attaqué et renvoyé la cause à la Cour pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Les parties avaient conclu une convention de résiliation, dès lors que l'employé s'était notamment engagé à renoncer à son droit de contester la résiliation ordinaire qui lui avait été signifiée au motif qu'elle serait abusive.

Pour examiner la validité de cette convention au regard de l'art. 341 al. 1 CO, il s'imposait de déterminer quelles étaient les concessions réciproques des parties à comparer. Il s'agissait, d'une part, de la renonciation de l'employé à contester en justice le congé ordinaire donné pour le 31 janvier 2014 et, d'autre part, la prestation de 1'050'000 USD de l'employeuse, correspondant à la deuxième tranche du bonus échue au 31 janvier 2014.

Le Tribunal fédéral a retenu que l'employé n'avait aucun droit aux deux dernières tranches du bonus, de sorte il y avait bien eu une concession de 1'050'000 USD de la part de l'employeuse. Restait à examiner si celle-ci était de valeur comparable à celle faite par l'employé. D'un côté, l'employé avait renoncé à contester le congé ordinaire qu'il avait reçu et, partant, à la protection des art. 336 ss CO et, de l'autre, l'employeuse avait accepté de payer le montant de 1'050'000 USD, soit la moitié des gratifications discrétionnaires différées qui n'étaient pas dues, le contrat de travail ayant été résilié avant le 31 décembre soit avant leur date de paiement. Le versement de la moitié du solde du bonus discrétionnaire compensait largement la renonciation de l'employé. Partant, il s'agissait d'une concession équivalente selon la jurisprudence.

La première clause contractuelle étant nulle en tant qu'elle interdisait toute action menée en vue de faire contrôler l'équivalence des prestations, la deuxième clause ne pouvait pas prévoir le paiement d'une peine conventionnelle (restitution de l'indemnité convenue) en cas de violation de la première clause. En tant qu'elle portait sur ce point, la peine conventionnelle était (partiellement) nulle. Dès lors que les concessions réciproques étaient jugées comparables, la deuxième clause était toutefois valable en tant qu'elle visait l'action en contestation du licenciement et en paiement d'indemnités pour licenciement abusif menée par l'employé.

L'employé avait dès lors violé une partie (valable) de l'accord, ce qui entraînait l'exigibilité du montant de la peine conventionnelle (qui prévoyait la restitution de l'indemnité convenue). Ce montant devait toutefois être réduit, afin de tenir compte de la partie nulle de l'accord.

La cause était renvoyée à la Cour pour qu'elle fixe le montant de la peine conventionnelle en fonction des clauses dont la validité venait d'être confirmée. La Cour devait tenir compte de ce que les parties seraient convenues d'une peine conventionnelle d'un montant inférieur à celui initialement prévu (1'050'000 USD), puisqu'il convenait de le déterminer (hypothétiquement) en fonction de la transgression de la seule interdiction faite à l'employé de contester la validité du licenciement ordinaire et de réclamer les prestations qu'il aurait touchées en cas de licenciement abusif.

e. Invité à se déterminer à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral, A_____ a conclu au déboutement de sa partie adverse de toutes ses conclusions, avec suite de frais et de dépens. Dans la mesure où le Tribunal fédéral avait refusé d'entrer en matière sur la question du congé abusif, la clause litigieuse de la convention avait été pleinement exécutée. Or, une partie au contrat ne pouvait pas réclamer à la fois l'exécution de la prestation et son remboursement. La peine conventionnelle prévue ne pouvait donc être exigée. Au demeurant, il ne lui était pas possible de respecter la partie "valable" de l'accord. Dès lors qu'il était autorisé à agir en justice pour faire contrôler l'équivalence des prestations, il lui était indispensable

d'invoquer et de faire valoir, dans le même temps, un congé abusif pour le cas où le juge admettrait que l'accord était frappé de nullité. De plus, la peine conventionnelle n'était pas valable, puisqu'elle n'était soumise à aucune faute de l'employé, ni à un quelconque dommage de l'employeur. Enfin, si le montant de la peine était dû, il devrait être réduit à un mois de salaire selon l'art. 163 al. 3 CO, dans la mesure où le montant prévu était excessif et où les facultés économiques de chacune des parties étaient manifestement disproportionnées.

A_____ a au surplus produit un avis de doctrine, mettant en cause le raisonnement effectué par le Tribunal fédéral dans l'arrêt du 23 octobre 2018.

f. B_____ SÀRL a persisté dans ses conclusions en paiement, avec suite de frais et de dépens. Même sans l'interdiction faite à l'employé de faire contrôler l'équivalence des prestations, soit la partie nulle de la clause litigieuse, les parties auraient prévu une peine conventionnelle de même montant, soit de 1'050'000 USD. Cela résultait tant du texte de la clause que de la nature de la convention. Celle-ci avait pour but d'accorder une concession substantielle à l'employé tout en offrant à l'employeuse l'assurance que l'accord serait respecté, "*dans une logique de tout ou rien.*" Cela était confirmé par les déclarations de sa représentante, qui avait affirmé que si l'employé avait refusé de signer l'accord, il n'aurait pas eu droit à la somme proposée. A_____ avait lui-même affirmé avoir compris que s'il ne signait pas la convention, il n'aurait rien reçu. Par ailleurs, cette peine conventionnelle n'était pas excessive au vu du montant accordé à l'employé aux termes de la convention, de la violation crasse des engagements contractuels par celui-ci, qui avait introduit une action aussitôt après avoir reçu le montant de 1'050'000 USD, et de la situation économique des parties, la somme réclamée étant totalement couverte par celle versée en faveur de l'employé. Enfin, elle avait déjà consenti une réduction substantielle de la peine prévue en ne réclamant que la somme de 886'761 fr. 10, respectivement 989'625.40 USD.

g. Le 8 février 2019, B_____ SÀRL a répliqué aux déterminations de A_____, que la Cour lui avait transmises par courrier du 28 janvier 2019, persistant dans ses conclusions.

EN DROIT

1. Il n'y a lieu de revenir ni sur la recevabilité des appels principal et joint, ni sur le rejet de la demande de suspension formée par l'employé le 6 juillet 2016, questions tranchées par l'arrêt de la Cour du 21 novembre 2017 et non contestées devant le Tribunal fédéral.

Les écritures de l'employeuse du 8 février 2019 sont recevables, cette dernière ayant exercé son droit de réplique dans un délai raisonnable (ATF 139 I 189 consid. 3.2 et les références; arrêt du Tribunal fédéral 5D_113/2017 du 19 juillet 2017 consid. 2.1).

L'avis de doctrine produit par l'employé est également recevable, dès lors qu'il s'agit d'un document tendant à étoffer son argumentaire juridique. La Cour a à cet égard déjà eu l'occasion de préciser (ACJC/699/2014 du 20 mai 2014 consid. 3.1 et ACJC/444/2015 du 24 avril 2015 consid. 2.1) que sont admis, pour autant qu'ils soient produits dans le délai de recours, les précédents et avis de droit visant uniquement à renforcer et à développer le point de vue d'une partie (cf. arrêts du Tribunal fédéral 4A_170/2015 du 28 octobre 2015 consid. 1, 4A_86/2013 du 1^{er} juillet 2013 consid. 1.2.3; 6B_638/2012 du 10 décembre 2012 consid. 2; 4A_332/2010 du 22 février 2011 consid. 3; cf. déjà, sous l'ancienne OJ, ATF 126 I 95 consid. 4b; 108 II 69 consid. 1).

- 2. 2.1** En cas de renvoi de la cause par le Tribunal fédéral conformément à l'art. 107 al. 2 LTF, l'autorité inférieure doit fonder sa nouvelle décision sur les considérants en droit de l'arrêt de renvoi. Le juge auquel la cause est renvoyée voit ainsi sa cognition limitée par les motifs de l'arrêt de renvoi, en ce sens qu'il est lié par ce qui a été tranché définitivement par le Tribunal fédéral (ATF 133 III 201 consid. 4.2; 131 III 91 consid. 5.2).

Cela signifie que l'autorité cantonale doit limiter son examen aux points sur lesquels sa première décision a été annulée et que, pour autant que cela implique qu'elle revienne sur d'autres points, elle doit se conformer au raisonnement juridique de l'arrêt de renvoi. En revanche, les points qui n'ont pas ou pas valablement été remis en cause, qui ont été écartés ou dont il avait été fait abstraction lors de la procédure fédérale de recours, ne peuvent plus être réexaminés par l'autorité cantonale, même si, sur le plan formel, la décision attaquée a été annulée dans son intégralité (ATF 135 III 334 consid. 2.1; 131 III 91 consid. 5.2; 111 II 94 consid. 2; arrêts du Tribunal fédéral 5A_251/2008 consid. 2 = RSPC 2009 p. 193; 5P_425/2002 du 25 novembre consid. 2.1; DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, 2008, n. 1695 et 1697).

2.2 En l'espèce, le Tribunal fédéral a admis la validité de la peine conventionnelle en tant qu'elle visait l'action en contestation du licenciement et en paiement pour licenciement abusif menée par l'employé. L'employé ayant violé cette partie (valable) de l'accord, la peine conventionnelle était exigible. Le montant de l'050'000 USD prévu devait toutefois être réduit par la Cour pour tenir compte de la partie nulle de l'accord.

Au vu de ce qui précède, les griefs de l'employé remettant en cause la validité de la peine conventionnelle, son caractère exécutable et son exigibilité doivent être écartés.

L'examen de la Cour se limitera à la fixation du montant de la peine conventionnelle, le Tribunal fédéral ayant précisé qu'à cet effet, il y aurait lieu de

se baser en particulier sur les allégués des parties et sur les règles posées par sa jurisprudence s'agissant de l'allégation et de la preuve des conditions de fait permettant la réduction d'une peine conventionnelle excessive.

3. Il y a donc lieu de déterminer quelle aurait été la volonté hypothétique des parties si elles avaient pris en considération qu'elles n'étaient pas fondées à prévoir une interdiction pour l'employé de faire contrôler l'équivalence des prestations.

3.1 Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles (art. 20 al. 2 CO).

Conformément à l'art. 20 al. 2 CO, le juge doit rechercher la volonté hypothétique des parties, c'est-à-dire déterminer ce qu'elles auraient convenu de bonne foi si elles avaient envisagé la possibilité de la nullité partielle (ATF 120 II 35 consid. 4b). Il faut pouvoir admettre que le contrat aurait été conclu par les parties même sans la ou les clauses frappées de nullité, qui doivent pouvoir être détachées du contrat sans affecter l'ensemble. Il s'agit là d'une question de droit. En l'absence d'une intention établie des parties, on retient la position de personnes loyales et honnêtes placées dans la même situation, en procédant à une interprétation selon le principe de la confiance (arrêt du Tribunal fédéral 4A_364/2016 du 31 octobre 2016 consid. 4.2.4).

3.2 En l'espèce, dans le "bonus agreement" du 10 décembre 2012, l'employeuse avait annoncé à l'employé l'obtention d'un bonus échelonné de 3'750'000 USD, sous condition notamment qu'il soit encore à son service avant le 31 décembre de l'année précédant la date du paiement. Or, par le licenciement de celui-ci au 31 janvier 2014, elle empêchait l'avènement d'une condition nécessaire pour obtenir le paiement des deux dernières tranches du bonus, d'un total de 2'100'000 USD. Consciente que cette question, ainsi que les circonstances du congé, pouvaient donner lieu à un litige, elle a proposé à l'employé, au moment de son licenciement, la conclusion d'une convention de résiliation, qui visait à mettre un terme définitif aux relations entre les parties. Ainsi et selon le texte de la clause n. 8 § 6 de la convention de résiliation, l'employeuse a en particulier souhaité se prémunir contre une action en paiement du solde du bonus et d'une indemnité pour congé abusif. C'est au demeurant ces deux prétentions que l'employé a fait valoir dans sa demande du 22 mai 2014. Au titre d'indemnité pour licenciement abusif, l'employé a à cet égard réclamé 716'437 fr. 50 correspondant à six mois de salaire, calculés sur un revenu annuel de 300'000 fr., majoré d'un bonus de 1'132'875 fr. (soit 3'750'000 USD / 3 ans, convertis en francs suisses). Exprimée en dollars américains, au cours de 1.1167 en vigueur le 24 janvier 2014 – cours non contesté –, cette même indemnité peut être estimée à 792'505 USD (soit 335'010 USD [salaire annuel convertis en USD] + 1'250'000 USD [un tiers du bonus prévu sur 3 ans] / 2).

Les parties ont mis un terme à tout différend par un accord portant sur la somme de 1'050'000 USD. Elles ont par ailleurs prévu le remboursement de l'entier de cette somme si l'employé faisait valoir une quelconque prétention contre l'employeuse en justice. Elles n'ont toutefois alors pas considéré le fait que l'employé ne pouvait pas valablement renoncer au droit de faire contrôler par voie judiciaire si les concessions qu'il avait ainsi faites étaient compensées par des concessions d'importance comparable de l'employeuse. Cette dernière soutient que cet élément n'aurait pas modifié les termes de la convention : les parties auraient prévu la restitution immédiate de l'entier de la somme octroyée, même pour le cas où elles n'auraient voulu interdire à l'employé que l'introduction d'une action en contestation du congé.

S'il est vrai que le texte de la clause n. 8 § 9 de la convention de résiliation laisse supposer que toute contestation pourrait entraîner l'obligation de rembourser l'entier du montant reçu, il apparaît peu crédible qu'une peine conventionnelle de 1'050'000 USD ait été prévue pour éviter l'introduction d'une demande portant sur un montant considérablement inférieur, soit une somme avoisinant tout au plus 792'505 USD. L'employeuse n'avait manifestement pas envisagé que l'employé ne réclamerait que cette seule indemnité, à l'exclusion des bonus annoncés.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que l'employeuse a proposé une somme de 1'050'000 USD pour solde de tout compte, afin d'éviter, dans son esprit, le risque d'un procès l'exposant au paiement de la somme d'environ 2'892'505 USD. Ce dernier montant correspond aux prétentions que l'employé pouvait menacer de réclamer - notamment dans l'hypothèse d'une convention nulle, faute de concessions réciproques -, soit les deux tranches du bonus en 1'050'000 USD plus 792'505 USD correspondant à l'indemnité maximale due pour congé abusif.

Les parties ont prévu la restitution de l'entier du montant octroyé dans la mesure où elles ont cru qu'elles pouvaient interdire un procès portant tant sur l'examen de la validité de la convention que sur les prétentions en congé abusif. Dès lors que l'interdiction de saisir les tribunaux ne pouvait concerner que la prétention en 792'505 USD, représentant le 27,40% des prétentions totales pour lesquelles un accord a été conclu ($792'505 \times 100 / 2'892'505$), on peut admettre que les parties auraient raisonnablement convenu, si elles avaient eu connaissance de cet élément, d'une peine conventionnelle respectant cette même proportion, soit d'une peine conventionnelle d'environ 287'700 USD (27,40% 1'050'000 USD), arrondis à 290'000 USD.

Au demeurant, même à admettre que l'employeuse n'aurait pas accepté de transiger pour un tel montant, l'application de l'art. 163 al. 3 CO aboutirait à une solution similaire, ainsi qu'il sera exposé ci-après.

-
4. **4.1** Les parties au contrat peuvent prévoir une clause pénale, c'est-à-dire stipuler une peine pour le cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite du contrat (cf. art. 160 CO). Les parties fixent librement le montant de la peine (art. 163 al. 1 CO). Celle-ci est encourue même si le créancier n'a éprouvé aucun dommage (art. 161 al. 1 CO).

Aux termes de l'art. 163 al. 3 CO, le juge doit réduire les peines qu'il estime excessives. Si la jurisprudence a admis qu'il s'agit d'une norme d'ordre public - destinée à protéger la partie faible contre les abus de l'autre partie -, que celle-ci est impérative - ce qui signifie que les parties ne peuvent y renoncer (ATF 133 III 201 consid. 5.2; arrêt 4A_398/2007 consid. 7.1, non publié in ATF 135 III 433) -, que la réduction d'une peine conventionnelle est un cas d'application du principe général de l'interdiction de l'abus de droit (ATF 138 III 746 consid. 6.1.1), et que le débiteur n'a pas à prendre de conclusions spécifiques en réduction lorsqu'il conclut au rejet total de la peine - car celui qui demande le rejet total conclut implicitement à la réduction (conclusions implicites) (ATF 109 II 120 consid. 2) -, elle a toujours imposé au débiteur, et non au créancier, d'alléguer et de prouver les conditions de fait d'une réduction et, partant, la disproportion par rapport au dommage causé (cf., par ordre chronologique, ATF 21 p. 1229 consid. 5 p. 1234; 40 II 471 consid. 5 p. 476; 103 II 108 p. 109 in fine; 109 II 120 consid. 2b in fine p. 122; 114 II 264 consid. 1b in fine p. 265; 133 III 43 consid. 4.1, 201 consid. 5.2 p. 210; arrêt du Tribunal fédéral 4A_5/2015 du 20 avril 2015 consid. 3.1). Cela signifie que le débiteur supporte le fardeau de l'allégation objective (objektive Behauptungslast) et le fardeau de la preuve (objektive Beweislast; art. 8 CC) des conditions de la réduction, en ce sens qu'il supporte les conséquences de l'absence d'allégation de ces conditions, respectivement celles de l'absence de preuve de celles-ci (ATF 143 III 1 consid. 4).

Même si, sous l'empire de la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC), qui régleme les rôles respectifs du juge et des parties dans le rassemblement des faits, la personne de l'alléguant importe peu, puisqu'il suffit que les faits fassent partie du cadre du procès pour que le juge puisse en tenir compte (arrêts du Tribunal fédéral 4A_566/2015 du 8 février 2016 consid. 4.2.1; 4A_555/2015 du 18 mars 2016 consid. 2.3; HOHL, Procédure civile, Tome I, 2e éd. 2016, ch. 1291-1292), le débiteur a toujours intérêt à alléguer lui-même les faits justifiant la réduction, ainsi qu'à indiquer au juge les moyens propres à les établir (ATF 143 III 1 consid. 4).

S'agissant d'appliquer l'art. 163 al. 3 CO, qui est une règle qui obéit à des considérations d'ordre public et d'abus de droit, il s'impose de ne pas se montrer trop formaliste dans l'examen des exigences d'allégation pesant sur le débiteur. Il suffit qu'il résulte de ses écritures qu'il conteste la peine conventionnelle en considérant que son montant est trop élevé (ATF 143 III 1 consid. 4).

Lorsque tous les faits pertinents sont prouvés, il n'y a pas échec de la preuve, si bien que la question de la répartition du fardeau de la preuve (art. 8 C) ne se pose pas. En effet, lorsque le juge constate qu'un fait s'est produit ou ne s'est pas produit, il a atteint un résultat. Le fardeau de la preuve, en tant que règle légale, n'intervient que lorsque le juge ne parvient pas à une conviction, n'est pas à même de déterminer si le fait s'est produit ou non (arrêts du Tribunal fédéral 4A_566/2015 déjà cité, consid. 4.3; 4A_443/2014 du 2 février 2015 consid. 4; ATF 119 III 103 consid. 1; 118 II 142 consid. 3a p. 147; 114 II 289 consid. 2a).

4.2 En l'espèce, on comprend de l'argumentation de l'employé que le montant de la peine conventionnelle était excessif, dès lors qu'il était propre à le dissuader de faire valoir ses droits en justice. Il y a ainsi lieu d'admettre qu'il a suffisamment manifesté sa volonté de voir la peine conventionnelle réduite, pour le cas où elle ne devrait pas être intégralement rejetée.

- 5. 5.1** Dans l'application de l'art. 163 al. 3 CO et donc dans l'usage de son pouvoir d'appréciation (art. 4 CC) de la réduction des peines excessives, le juge doit observer une certaine réserve, puisque les parties sont libres de fixer le montant de la peine (art. 163 al. 1 CO) et que les contrats doivent en principe être respectés. Une intervention du juge dans le contrat ne se justifie que si le montant de la peine fixé est si élevé qu'il dépasse toute mesure raisonnable, au point de n'être plus compatible avec le droit et l'équité (ATF 133 III 201 consid. 5.2 p. 209).

Une réduction de la peine se justifie en particulier lorsqu'il existe une disproportion crasse entre le montant convenu et l'intérêt du créancier à maintenir la totalité de sa prétention, mesuré concrètement au moment où la violation contractuelle est survenue. Pour juger du caractère excessif de la peine conventionnelle, il ne faut pas raisonner abstraitement, mais, au contraire, prendre en considération toutes les circonstances concrètes de l'espèce. Il y a ainsi lieu de tenir compte notamment de la nature et de la durée du contrat, de la gravité de la faute et de la violation contractuelle, de la situation économique des parties, singulièrement de celle du débiteur. Il convient également de ne pas perdre de vue les éventuels liens de dépendance résultant du contrat et l'expérience en affaires des parties. La protection de la partie économiquement faible autorise davantage une réduction que si sont concernés des partenaires économiquement égaux et habitués des affaires (ATF 133 III 201 consid. 5.2 et l'arrêt cité).

5.2 En l'espèce, le montant stipulé de 1'050'000 USD apparaît excessif compte tenu de l'intérêt de l'employeuse à éviter une action à son encontre portant uniquement sur la contestation du congé ordinaire et une indemnité pour congé abusif de l'ordre de 792'505 USD. L'employeuse souhaitait certes éviter tout frais de procès. Néanmoins, elle ne pouvait compter sur l'absence d'une procédure en vue de vérifier le respect de l'art. 341 al. 1 CO.

Il existe une disproportion évidente entre la peine conventionnelle prévue et le dommage que l'employeuse a subi en raison des seules prétentions, correspondant à environ 792'505 USD, formées par l'employé devant les tribunaux, ce d'autant plus qu'aux termes de l'arrêt du Tribunal fédéral du 23 octobre 2018, ces conclusions ne peuvent pas faire l'objet d'un examen par le juge dans la mesure où la convention de résiliation comporte des concessions réciproques comparables. Il y a par ailleurs lieu de tenir compte de la situation de l'employé, qui est économiquement plus faible que son employeuse organisée sous forme de société à responsabilité limitée au capital de 2'000'000 fr. On ne saurait enfin retenir une violation crasse des engagements contractuels de l'employé pour avoir contesté en justice l'accord immédiatement après sa signature, puisqu'il était en droit de faire vérifier si celui-ci contenait des concessions équivalentes. Compte tenu de la nature de la transaction et de l'ensemble des circonstances, une peine conventionnelle de l'ordre de 290'000 USD, représentant actuellement environ 295'200 fr. selon le convertisseur disponible sur www.fxtop.com, est suffisante en équité pour couvrir à la fois le préjudice subi par l'employeuse et conserver à la peine son caractère punitif, propre à dissuader l'employé de contrevenir à son engagement.

- 6.** L'employeuse demande le paiement de la peine conventionnelle en francs suisses, subsidiairement en dollars américains.

6.1 En vertu de l'art. 84 CO, la partie qui fait valoir en Suisse une prétention qui doit être exprimée en monnaie étrangère a l'obligation de prendre des conclusions en paiement dans cette monnaie. Si elle requiert à tort une condamnation en francs suisses, sa demande doit être rejetée, ne serait-ce que parce que le débiteur ne peut être condamné à une autre prestation que celle qu'il doit (ATF 137 III 158 consid. 4, SJ 2011 I 155).

6.2 En l'espèce, la clause n. 8 §9 de la convention de résiliation prévoit le remboursement du bonus prévu à la clause n. 3b de ladite convention. Cette dernière stipule un bonus de 1'050'000 USD, qui devaient être convertis en francs suisses au jour du paiement du salaire final. Les raisons ayant conduit l'employeur à proposer, lors de la conclusion de cet accord, un règlement en francs suisses sont inconnues.

En se référant au bonus de 1'050'000 USD, les parties ont manifestement eu l'intention de fixer une peine conventionnelle en dollars américains. Le simple renvoi à la clause n. 3b ne permet pas de retenir qu'elles ont également voulu que le remboursement du bonus soit soumis à la même modalité de paiement que le versement de celui-ci. Il n'existe aucun élément au dossier laissant supposer que les parties auraient souhaité ou auraient dû inférer des circonstances un règlement de la peine conventionnelle en francs suisses. Le courrier du 7 février 2014, par

lequel l'employeuse a réclamé le remboursement de la somme de 1'050'000 USD, ne fait d'ailleurs aucune référence à une telle modalité de paiement.

Au vu de ce qui précède, les conclusions subsidiaires de l'employeuse seront partiellement admises, en tant que l'employé sera condamné à lui verser la somme de 290'000 USD.

La convention de résiliation prévoit que cette somme est exigible "*immédiatement sur demande*". La somme de 290'000 USD portera donc intérêts moratoires à 5% l'an (art. 104 al. 1 CO) dès le 16 février 2014, date à laquelle l'employé était en demeure de verser la peine conventionnelle prévue, selon interpellation de l'employeuse du 7 février 2014 (art. 102 al. 2 CO).

Le chiffre 4 du jugement entrepris sera modifié dans ce sens.

7. **7.1** Lorsque l'autorité d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de première instance (art. 318 al. 3 CPC). Les frais comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC). Ils sont fixés et répartis d'office (art. 105 al. 1 CPC).

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 (art. 106 al. 2 CPC).

7.2 En l'espèce, le montant des frais judiciaires de première instance, fixés au total à 18'000 fr., n'étant pas contesté, il sera confirmé et compensé avec les avances de 10'000 fr. et 8'000 fr. versées par l'employé, respectivement l'employeuse.

Au vu du libellé de la clause n. 8 § 9 de la convention de résiliation, qui prévoit le paiement de la peine conventionnelle même en cas d'invalidation de la convention par un juge, les prétentions émises dans la demande principale et dans la demande reconventionnelle ne s'excluent pas nécessairement, de sorte que la valeur litigieuse globale peut être arrêtée à 2'554'813 fr. 60 (1'668'052 fr. 50 + 886'761 fr. 10; art. 94 al. 2 CPC).

L'employeuse a eu gain de cause sur l'entier de la demande principale, portant sur 1'668'052 fr. 50, et sur 290'000 USD, soit environ 295'200 fr., s'agissant de la demande reconventionnelle, c'est-à-dire sur un total d'environ 1'963'252 fr. 50, ce qui représente 76.85% de la valeur litigieuse globale.

Compte tenu de l'issue du litige, il se justifie de mettre quatre cinquièmes des frais judiciaires de première instance à la charge de l'employé, soit une somme de 14'400 fr., le cinquième restant devant être assumé par l'employeuse. L'employé sera donc condamné à rembourser à l'employeuse la somme de 4'400 fr. à titre d'avance de frais.

Partant, les chiffres 7 et 8 du dispositif entrepris seront modifiés dans ce sens, alors que les chiffres 6, 9 et 10 seront confirmés.

- 8.** Les frais judiciaires de l'appel principal et de l'appel joint seront arrêtés à 10'000 fr., respectivement 7'000 fr. (art. 19 al. 3 let. c LaCC et art. 71 RTFMC). Ces montants seront compensés avec les avances de mêmes montants effectuées par les parties (art. 111 al. 1 CPC).

Il n'y a pas lieu de s'écarter de la répartition prévue pour les frais de première instance, de sorte que l'employé devra assumer les frais de deuxième instance à hauteur de 13'600 fr., le solde de 3'400 fr. étant mis à la charge de l'employeuse.

L'employé sera ainsi condamné à verser à sa partie adverse une somme de 3'600 fr. à titre de remboursement d'avance de frais.

Il n'est pas alloué de dépens d'appel ni d'indemnité pour la représentation en justice dans les causes soumises à la juridiction des prud'hommes (art. 22 al. 2 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 3 :**

Statuant sur renvoi du Tribunal fédéral :

A la forme :

Déclare recevables l'appel formé par A_____ ainsi que l'appel joint interjeté par B_____ SÀRL contre le jugement JTPH/55/2016 rendu le 2 février 2016 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/10996/2014-3.

Déclare recevable la demande de suspension formée par A_____ le 6 juillet 2016.

Au fond :

Rejette la demande de suspension.

Annule les chiffres 4, 7 et 8 du dispositif du jugement entrepris.

Cela fait, statuant à nouveau sur ces points :

Condamne A_____ à verser à B_____ SÀRL la somme de 290'000 USD avec intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 16 février 2014.

Répartit les frais judiciaires de première instance à hauteur de 14'400 fr. à charge de A_____ et à hauteur de 3'600 fr. à charge de B_____ SÀRL.

Condamne A_____ à verser la somme de 4'400 fr. à B_____ SÀRL, à titre de remboursement d'avance de frais.

Confirme le jugement entrepris pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête à 17'000 fr. les frais judiciaires de l'appel principal et de l'appel joint, et dit qu'ils sont entièrement compensés avec les avances fournies, qui restent acquises à l'Etat de Genève.

Met ces frais à la charge de A_____ à hauteur de 13'600 fr. et à la charge de B_____ SÀRL à raison de 3'400 fr.

Condamne A_____ à verser la somme de 3'600 fr. à B_____ SÀRL, à titre de remboursement d'avance de frais.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens ni d'indemnité pour la représentation en justice.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente; Monsieur Claudio PANNON, juge employeur; Madame Monique LENOIR, 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.