



E _____ SA
Dom. élu : Me Michel MUHLENSTEIN
Rue Toepffer 17
1206 Genève

Monsieur T _____

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 25 octobre 2005

M. Blaise GROSJEAN, président

Mme Chistiane RICHARD et M. Denis MATHIEU, juges employeurs

Mme Paola ANDREETTA et M. Gian-Franco MAGNIN, juges salariés

Mme Larissa ROBINSON, greffière d'audience

EN FAIT

A. Par acte adressé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 29 décembre 2004 et reçu le 3 janvier 2005, E_____ SA appelle d'un jugement du Tribunal des prud'hommes rendu le 25 août 2004, dans la cause C/11356/2004-4, expédié pour notification aux parties par pli recommandé du 26 novembre 2004 et dont le dispositif est le suivant:

- Rectifie d'office la qualité de la partie défenderesse en E_____ SA;
- Condamne E_____ SA à payer à T_____ la somme brute de 32'233.85 fr. (trente-deux mille deux cent trente-trois francs et quatre-vingt-cinq centimes), à quoi s'ajoutent les intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 28 mai 2004, sous déduction du montant net de 3'991.10 fr. (trois mille neuf cent nonante et un francs et dix centimes):
- Condamne E_____ SA à verser à la Caisse de Chômage A_____ la somme nette de 3'991.10 fr. (trois mille neuf cent nonante et un francs et dix centimes):
- Condamne E_____ SA à payer à T_____ la somme de 487.– fr. (quatre cent quatre-vingt-sept francs), plus intérêts à 5 % l'an dès le 28 mai 2004;
- Condamne E_____ SA à délivrer à T_____ un certificat de travail;
- Déboute les parties de tout autre conclusion;
- Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles.

En substance le Tribunal des prud'hommes a retenu que le salaire du mois de mai 2004 était dû, le délai de congé ayant été suspendu car le travailleur était en arrêt maladie. Il a considéré que l'employeur devait verser le bonus pour l'année 2003, puisque celui-ci avait été payé pendant de nombreuses années, sans réserve. Le demandeur avait droit au solde de vacances car il n'a pas pu les prendre pendant le délai de congé, du fait qu'il devait rester à la disposition de son employeur, qu'il était en arrêt maladie et qu'il effectuait des recherches pour un nouvel emploi. Le tribunal a jugé que les frais de parking devaient être remboursés au travailleur puisqu'il n'a plus utilisé la place de parc depuis son licenciement.

L'appelante prend les conclusions suivantes:

- Déclarer la juridiction des prud'hommes incompétente pour juger de la prétention de T_____ en paiement de la somme de 487.– fr. découlant du contrat de location de la place de parc.

- Donner acte à E_____ SA de ce qu'elle a remis un certificat de travail à T_____ et de ce qu'elle a versé à ce dernier la somme de 9'231.– fr. soit un salaire mensuel brut.
- Réformer le jugement des prud'hommes en ce qu'il:
 - condamne E_____ SA à payer à T_____ la somme brute de 32'233.85 fr. plus intérêts à 5% l'an dès le 28 mais 2004, sous déduction du montant net de 3'991.10 fr.
 - condamne E_____ SA à payer à T_____ la somme de 487.– fr. plus intérêts à 5 % l'an dès le 28 mai 2004
- Statuant à nouveau:
 - donner acte à E_____ SA de ce qu'elle reconnaît devoir à T_____ la somme de 7'002.85 fr. (9'231 x 21,75 x 16,5) à titre d'indemnité de vacances sous déduction de la somme de 3'991.10 fr. plus intérêts à 5 % l'an dès le 28 mais 2004
 - donner acte à E_____ SA de ce qu'elle reconnaît devoir à la Caisse de chômage A_____ la somme de 3'991.10 fr.
 - débouter T_____ de toutes autres conclusions

L'intimé, dans son mémoire de réponse du 25 janvier 2005, a conclu à la confirmation du jugement querellé. La partie intervenante n'a pris aucune conclusion.

B. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure:

- a. Depuis le 26 février 1990, T_____ a travaillé en qualité de responsable du service d'exploitation informatique, pour B_____ SA qui, après modification de sa raison sociale, création d'une nouvelle société et rachat par cette dernière, est finalement devenue E_____ SA.
- b. Son salaire mensuel brut était de 9'320.75 fr. versé 13 fois l'an, plus une indemnité mensuelle de 130.– fr. à titre de frais de repas et boissons. Le contrat de travail ne mentionne rien concernant le versement d'un bonus.
- c. T_____ a été nommé adjoint à la direction en janvier 1999. Il a ensuite été muté au département relations clientèle en novembre 2000 et nommé cadre en janvier 2002.

- d. Dès le 15 novembre 2000 E_____ a loué à son employé une place de parc au C_____, pour 180.- fr. par mois, somme prélevée directement sur le salaire.
- e. Depuis 1990, l'employeur a régulièrement versé un bonus chaque année, dont le dernier s'est élevé à 16'000.- fr.

Il ressort des courriers informant T_____ du paiement d'un bonus qu'il était attribué à titre exceptionnel. La dernière lettre de janvier 2002 spécifiait cette réserve en attirant l'attention du collaborateur que "*le paiement, maintenant ou à l'avenir, d'un bonus, soit-il en espèces ou autre, ne vous donne aucun droit de recevoir un bonus, en espèces ou autre, l'année prochaine ou à l'avenir*".

L'article 6.4 du règlement du personnel, édition juillet 2003, intitulé *bonus discrétionnaire*, indique qu'un bonus peut être attribué à bien plaisir aux employés qui se sont distingués par leur engagement, la qualité de leur travail et leur comportement. Il ne fait pas partie du salaire contractuel.

- f. L'employeur évalue son personnel chaque année, selon une échelle allant de 1 (meilleure note) à 5 (moins bonne note).

En 2001, T_____ a obtenu la note 3, correspondant à "*niveau de performance requis par la banque régulièrement atteint*". L'évaluation mentionnait qu'il devait améliorer son anglais et suivre les cours bancaires dans le secteur "*placement titres, obligations*".

En 2003, il a obtenu la note 5, correspondant à "*niveau de performance bien en dessous de celui requis par la banque*". L'évaluation mentionne qu'il a d'importantes difficultés en anglais.

- g. Par courrier du 19 janvier 2004, E_____ a résilié le contrat de travail de T_____ pour fin avril 2004, en le libérant de son obligation de travailler mais en lui demandant de rester à disposition. Il était mentionné que le solde de vacances, soit 16,5 jours, allait être versé ainsi que le pro rata du 13^{ème} salaire.
- h. Selon lettre du 22 janvier 2004, faisant suite à un entretien du même jour, E_____ a confirmé le congé aux motifs que les connaissances linguistiques, le comportement et le manque de motivation de son employé ne correspondaient plus aux exigences requises pour ce poste. Un transfert interne avait été proposé auprès d'un autre service de la banque, mais T_____ l'a refusé. E_____ demandait maintenant à ce que l'employé prenne son solde de vacances pendant le délai de préavis.
- i. Le 2 février 2004, T_____ a contesté, par écrit, les motifs invoqués par l'employeur qui ne correspondaient pas à l'entretien qu'il avait eu. Le seul motif invoqué oralement pour son licenciement était son insuffisance en anglais. Il réclamait le paiement de son solde de vacances.

j. T_____ a été en incapacité de travail du 26 janvier au 1^{er} mars 2004, suite à un accident. Le syndicat D_____ a informé E_____, le 26 mars 2004, que le délai de congé était alors reporté d'autant. Il était en outre réclamé le paiement des indemnités de vacances, du bonus 2003 et un certificat de travail.

E_____ a refusé de payer le solde de vacances et le bonus 2003.

k. Par lettre du 23 avril 2004, le Syndicat D_____ a en outre réclamé le remboursement des frais de parking retenus sur le salaire de T_____ pendant les mois de février à avril 2004.

l. Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 28 mai 2004, T_____ a assigné E_____ en paiement de 32'736.90 fr. plus intérêts moratoires à 5 % dès le dépôt de la demande, somme se décomposant comme suit:

7'018.90 fr.	16,5 jours de vacances non pris
16'000.— fr.	bonus 2003
487.— fr.	remboursement frais de parking
9'231.— fr.	préavis du mois de mai 2004

Il a demandé également la délivrance d'un certificat de travail.

Par courrier du 8 juin 2004, la Caisse de chômage A_____ Association des commis de Genève a déclaré intervenir dans la présente procédure en vertu de sa subrogation légale dans les droits du demandeur à l'encontre de E_____ à concurrence de 3'991.10 fr. nets, correspondant aux indemnités versées pour la période du 1^{er} au 31 mai 2004. Elle ne réclame pas d'intérêts moratoires.

m. L'audience de conciliation du 22 juin 2004 ayant échoué, E_____ a déposé un mémoire de réponse en date du 22 juillet 2004. Il résulte de ces écritures que l'employeur allait faire parvenir un certificat de travail à T_____. E_____ a reconnu devoir le salaire du mois de mai 2004, le délai de congé ayant été prolongé vu l'arrêt maladie de T_____. Toutefois l'employeur a contesté devoir un bonus pour 2003 : il s'agit d'un bonus discrétionnaire et l'employé ne le méritait pas. Il a ensuite considéré que le délai de congé était bien assez long pour permettre à T_____ la recherche d'un nouvel emploi et de prendre son solde de vacances. Quant aux frais de parking, E_____ ne doit rien rembourser, au motif que l'employé n'a pas restitué de suite sa carte d'accès.

n. Entendu à l'audience du 25 août 2004, T_____ a affirmé ne pas avoir utilisé la place de parc depuis qu'il a quitté la banque. Son employeur lui a réclamé la carte de parking 15 jours avant la fin du préavis. E_____ quant à elle, a

indiqué que les prestations de travail de T_____ n'étaient pas satisfaisantes en 2003. La banque a indiqué que la connaissance de la langue anglaise est primordiale et que les carences linguistiques de son employé sont la principale raison de son licenciement.

- o. A l'audience de ce jour, T_____ a déclaré avoir reçu le salaire afférent au mois de mai 2004, soit 9'231.- fr. bruts. Pour E_____, le contrat de bail est distinct du contrat de travail, même s'il y a une relation entre eux. Ces places sont en principe utilisées par les employés de la banque, celle-ci n'en faisant pas une affaire commerciale.
- p. Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

- 1. Déposé dans le délai et la forme prévus à l'article 59 LJP, l'appel formé par E_____ est recevable.
- 2. Le Tribunal des prud'hommes a statué en premier ressort. La Cour d'appel revoit librement le fait et le droit (Aubert, *Quatre cents arrêts sur le contrat de travail*, n° 449).
- 3. L'appelante conteste la compétence *ratione materiae* de la Juridiction des prud'hommes concernant la question du remboursement des frais de parking.

A teneur de l'article 1 al.1 let.a) LJP, sont jugées par la Juridiction des prud'hommes les contestations entre employeurs et salariés pour tout ce qui concerne leurs rapports découlant d'un contrat de travail, au sens du titre dixième du code des obligations.

En l'espèce, les parties étaient incontestablement liées par un contrat de travail au sens des articles 319 ss CO. La question des frais de parking concerne les rapports découlant du contrat de travail, la mise à disposition de la place de parc étant liée au fait que T_____ travaillait chez l'appelante. A l'audience, E_____ a d'ailleurs admis qu'il y a une relation entre le parking et le contrat de travail; la banque a indiqué qu'à la fin des relations contractuelles, le badge du parking est restitué et le bail prend fin. L'appelante a expliqué que ces places de parc sont en principe utilisées par les employés de la banque, elle n'en fait pas une affaire commerciale. Le fait que le parking a été mis à disposition plusieurs années après le début des

relations de travail et qu'il ne figure pas dans ce contrat, n'est pas un élément permettant de conclure, comme le fait l'appelante, que la location de la place de parc est totalement distincte du contrat de travail. En effet, les employés ont la possibilité de disposer d'un parking, ils n'ont pas l'obligation d'en louer un, il ne s'agit pas d'une condition de leur engagement.

Dans ces circonstances, la Cour d'appel considère que la location du parking est étroitement liée au contrat de travail et que la question du remboursement des frais y relatifs découle de ce rapport de travail. Dès lors, la Juridiction des prud'hommes est également compétente, *ratione materiae*, pour trancher cet aspect du litige. Admettre le contraire serait obliger les parties à saisir le tribunal des baux, alors même que le prix de la place de parc était débité du salaire de l'appelant.

4. L'appelante conteste devoir restituer les frais retenus sur le salaire de son collaborateur, de février à avril 2004 à titre de loyer pour le parking, soit 487.– fr. au total.

Il ressort du dossier que E _____ a immédiatement libéré son collaborateur de son obligation de travailler. Ce dernier n'est effectivement plus revenu à la banque depuis fin janvier 2004. Il a restitué son badge d'accès de suite, comme demandé dans la lettre de résiliation. Toutefois, la banque n'a réclamé la restitution du badge du parking que 15 jours avant la fin des rapports de travail.

C'est suite à une décision unilatérale de l'employeur que T _____ n'a plus utilisé le parking à son travail. E _____ savait que cette place de parc était alors disponible. Il lui incombait de réclamer immédiatement la restitution du badge, comme elle l'a fait pour le badge d'accès à la banque.

Dans ces circonstances, la Cour considère que T _____ n'avait plus à assumer les frais du parking dès février 2004. E _____ sera ainsi condamnée à restituer les montants prélevés directement sur les salaires de ce dernier, soit la somme de 487.– fr. avec intérêts à 5 % l'an dès le 28 mai 2004.

Le jugement disputé sera confirmé sur ce point.

5. L'appelante conteste devoir verser le bonus pour l'année 2003.

La gratification est une rétribution spéciale s'ajoutant au salaire. Elle est en générale versée à des occasions particulières. Il faut distinguer entre gratification à bien plaire et gratification obligatoire. La première est exceptionnelle et volontaire, elle ne fait pas partie du salaire. L'employeur décide librement du versement et du montant de la gratification. La seconde est due lorsque son versement est convenu entre les parties, elle fait alors partie du salaire (Brunner/Bühler/Waeber/ Bruchez, Commentaire du contrat de travail, ad art. 322

ner/Bühler/Waeber/ Bruchez, Commentaire du contrat de travail, ad art. 322 d CO; Duc/Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, ad art. 322 d CO).

La gratification peut devenir une partie obligatoire du salaire lorsque l'employeur la verse, sans réserve, trois années consécutives (Rehbinder, Commentaire bernois, ad art. 322 d CO n° 6; Stahlin, Commentaire zurichois, ad art. 322 d CO n° 9; Duc/Subilia, op. cit. ad art. 322 d CO n° 13; Wylér, Droit du travail, p. 120). Cependant, l'employeur peut empêcher la naissance d'une telle prétention par un accord, une réserve, voire même un règlement d'entreprise rappelant le caractère facultatif de la gratification (Thevenoz/Werro, Commentaire romand, code des obligations I, ad art. 322 d CO; Wylér, op. cit. p. 120).

Une réserve formulée de manière répétée pourrait-elle devenir inopérante ? Il faut y répondre par la négative. En effet, l'essence de la gratification est précisément son caractère facultatif. Admettre qu'une gratification pourrait acquérir un caractère obligatoire, nonobstant toutes les réserves formulées par l'employeur, revient à nier le fondement même de la gratification, et en conséquence, à décourager les employeurs de recourir à une telle institution. L'employeur qui verse des gratifications ne doit pas être sanctionné pour sa générosité ou sa régularité dans les attributions qu'il décide. Dès lors il doit être généralement admis que la gratification conserve son caractère précaire et volontaire, même lorsqu'elle est versée de manière régulière, si chaque versement a été assorti d'une réserve quant à son caractère facultatif et même si le contrat ne spécifie rien à ce sujet (Wylér, op. cit. p. 121; Duc/Subilia, op. cit. ad art. 322 d CO n° 14). De plus, selon la jurisprudence, il est même admissible de favoriser certains employés dans une entreprise. Le principe d'égalité de traitement ne peut être appliqué en pareilles circonstances que si la décision de ne pas verser un bonus est subjective et arbitraire et qu'elle laisse transparaître une sous évaluation de la personnalité du travailleur qui soit blessante pour ce dernier. Ce n'est pas le cas lorsque l'employeur favorise certains employés (ATF 129 III 276). La preuve de l'existence et de la validité d'une réserve incombe à l'employeur, en application de l'article 8 CCS.

En l'espèce, le contrat de travail indique que le salaire de T_____ est composé d'un revenu mensuel, d'un treizième salaire et d'une indemnité de repas et boissons versée mensuellement. Il n'est pas fait mention de bonus. Il ressort des documents produits que l'employeur a versé régulièrement un bonus à son collaborateur. Contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, la Cour observe que les courriers informant T_____ que la banque allait lui verser un bonus précisent qu'une telle attribution est faite "à titre exceptionnel" ou "à titre tout à fait exceptionnel". Il s'agit bien là d'une réserve. La lettre de janvier 2002 émet cette réserve de manière encore plus explicite. De plus, le règlement du personnel de E_____ (édition juillet 2003) traite à son article 6.4 d'un *bonus discrétionnaire*.

Le versement de bonus a donc été régulièrement assorti de réserves précisant bien son caractère précaire et facultatif, conformément à l'article 322 d CO. Il a été expliqué plus haut que ces réserves déploient tous leurs effets, même si les bonus

ont été payés de manière répétée. Dans ces circonstances, la Cour considère qu'il s'agit d'un bonus discrétionnaire, versé au bon vouloir de l'employeur et que T_____ ne peut élever aucune prétention à ce titre. De plus, il semblerait que les attentes de l'employeur n'ont pas été comblées. L'intimé n'avait pas assez progressé en anglais, langue pourtant indispensable à l'exécution de son travail.

Le jugement querellé sera donc réformé sur ce point.

6. L'appelante a versé le salaire du mois de mai 2004, soit 9'231.– fr. bruts, ce qu'a admis T_____.

Ce point n'est dès lors plus litigieux.

7. L'appelante a fait parvenir un certificat de travail à T_____. Ce dernier ne l'a pas contesté ni dans ses écritures ni à l'audience.

Ce point n'est dès lors plus litigieux.

8. Dans son mémoire d'appel, E_____ reconnaît devoir à T_____ l'indemnité pour le solde de vacances non prises, soit 16.5 jours de vacances représentant le montant brut de 7'002.85 fr. majorée des intérêts à 5 % l'an dès le 28 mai 2004.

Il lui en sera donné acte.

9. La Caisse de chômage A_____ a opéré des versements à titre d'indemnités journalières en faveur de T_____ à hauteur de 3'991.10 fr.

La Caisse est subrogée dans les droits du chômeur, en ce qui concerne la période d'indemnisation et uniquement pour les créances de nature salariale ou similaire, à concurrence du montant total versé (article 29 al. 2 LACI). L'indemnité due au travailleur à titre de vacances non prises est une créance salariale.

En l'espèce, la Caisse de chômage A_____ est subrogée dans les droits de T_____ à concurrence de 3'991.10 fr. nets.

Cette somme sera déduite du montant dû par E_____ à l'intimé à titre de vacances non prises avec obligation pour la banque de verser à la Caisse la somme de 3'991.10 fr.

10. Selon l'article 76 LJP, la procédure est gratuite pour les parties.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 4

A la forme:

Reçoit l'appel déposé par E _____ SA contre le jugement des Prud'hommes du 25 août 2004 rendu dans la cause n° C/11356/2004-4.

Au fond:

Annule ledit jugement

Statuant à nouveau:

Rectifie d'office la qualité de la partie défenderesse en E _____ SA

Donne acte à E _____ SA de ce qu'elle s'engage à verser à T _____ la somme brute de 7'002.85 fr. (sept mille deux francs et quatre-vingt centimes) à quoi s'ajoutent les intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 28 mai 2004, sous déduction du montant net de 3'991.10 fr. (trois mille neuf cent nonante et un francs et dix centimes).

Donne acte à E _____ SA de ce qu'elle s'engage à verser à la Caisse de chômage A _____, la somme nette de 3'991.10 fr. (trois mille neuf cent nonante et un francs et dix centimes).

Déboute les parties de toute autre conclusion

Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles.

La greffière de juridiction

Le président