



Monsieur T____

Dom. élu : Me Pier-Luca DEGNI
Charbier & Ass.
Rue du Mont-Blanc 3
Case postale 1363
1211 Genève 1

Partie appelante

E____SA

Dom. élu : Me Urs SAAL
Rue Sénebier 20
Case postale 166
1211 Genève 12

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 29 novembre 2010

M. François CHAIX, président

Mme Suzanne BORGSTEDT-VOGT et M. Jean RIVOLLET; juge employeurs

MM. François DEWARATT et Ivo VAN DOORNIK, juge salariés

Mme Isabelle AMADOR

EN FAIT

- A.** Par jugement du 27 mai 2010, notifié aux parties par pli du jour même, le Tribunal de prud'hommes a condamné E___ à payer à T___ les sommes brutes de 16'760 fr. 90 avec intérêts à 5% l'an dès le 31 mai 2009 (ch. 2) et de 125'000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 31 janvier 2009 (ch. 3). Il a en outre invité la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales usuelles (ch. 4) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).

En substance, le Tribunal a considéré que la somme de 16'760 fr. correspondait à la rémunération des jours de vacances non pris en nature (consid. 2) et que la somme de 125'000 fr. était due à titre de part de salaire variable pour l'année 2008 (consid. 3).

- B.** Par acte déposé le 29 juin 2010 au greffe de la Juridiction des prud'hommes, E___ forme appel de ce jugement dont elle demande l'annulation du chiffre 2 de son dispositif. Elle soutient en bref que les bonus versés précédemment constituaient des gratifications et qu'un versement proportionnel du salaire n'a jamais été convenu. De la sorte, elle ne doit rien d'autre à son ancien employé que l'indemnité pour vacances non prises. Elle conclut enfin au remboursement par T___ des émoluments et frais d'appel.

Dans sa réponse, T___ sollicite à titre préalable que la date de prise d'effet des intérêts moratoires du chiffre 2 du dispositif soit modifiée du 31 mai 2009 en 31 mai 2008, la première de ces dates procédant d'une erreur manifeste. Principalement, il conclut à la confirmation du jugement entrepris, avec suite de frais et dépens à charge de E___.

Lors de l'audience du 4 octobre 2010 devant la Cour d'appel des prud'hommes, les parties et leurs conseils ont persisté dans leurs conclusions.

- C.** Les faits pertinents suivants ressortent du dossier.

a. Par contrat du 26 février 2004, T___ s'est engagé à travailler pour E___, dès le 1^{er} juin 2004, en qualité de négociant sur le marché pétrolier.

Le salaire annuel brut convenu s'élevait à 300'000 fr.

Ni le contrat, ni le règlement du personnel du 1^{er} juillet 2001 annexé à ce contrat ne contenait de dispositions relatives au versement d'un complément de salaire ou

d'un bonus. Le règlement du personnel entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005 contenait en revanche une disposition sur le sujet (art. 10.2) dont la teneur est la suivante:

"Primes: E___ a implémenté plusieurs types de primes ainsi que des éléments de compensation pour ses employés. Les éléments suivants peuvent entrer dans la rémunération de l'employé:

- *augmentation du salaire;*
- *bonus (discrétionnaire, garanti, retenu...);*
- *paiement discrétionnaire en liquide*

Les détails complets sont disponibles dans la E___ 19.0 Incentive and Bonus Policy".

Le document intitulé "*E___ 19.0 Incentive and Bonus Policy*" est resté au stade du projet et n'a jamais été ni rédigé ni édité par E___.

b. Pour la période allant du 1^{er} juin 2004 au 31 décembre 2007, T___ a perçu - en sus du salaire convenu contractuellement - les montants suivants:

- 100'000 fr. pour l'année 2004 en janvier 2005;
- 350'000 fr. pour l'année 2005 en janvier et février 2006;
- 515'000 fr. pour l'année 2006 en janvier et mars 2007;
- 230'000 fr. pour l'année 2007 en janvier et février 2008.

Le supérieur hiérarchique de T___ a expliqué que ces bonus sont versés une fois les comptes de la société finalisés et l'évaluation de l'employé achevée. Ce témoin a précisé que l'employé reçoit une lettre lui annonçant la remise du bonus et qu'il est informé oralement par le supérieur hiérarchique. Selon le témoin, les règles de la société étaient claires en ce sens que le bonus n'était en aucun cas garanti; par ailleurs, l'employé qui quittait la société ne recevait aucun bonus. Une autre employée de E___ a confirmé le caractère discrétionnaire des bonus ainsi que la règle selon laquelle celui qui quittait l'entreprise en cours d'année n'avait droit à aucun bonus.

Les lettres remises à T___ en janvier 2005, décembre 2005, février 2006, décembre 2006 et mars 2007 parlent toutes de "*bonus*", de "*bonus total*" ou de "*bonus spécial*". Elles précisent que les charges sociales seront retenues sur ces

montants. Dans les faits, ces bonus étaient versés en même temps qu'un salaire mensuel; le décompte de salaire faisait la distinction entre le versement du salaire et le versement du bonus.

c. Par courrier du 10 mars 2008, E___ a résilié le contrat de travail de T___ pour le 31 mai 2008. L'employé a été libéré de son obligation de travail dès le 10 mars 2008. Ce congé a pris la forme d'un courrier contenant notamment le passage suivant:

"(...) vous percevrez votre salaire jusqu'à la fin de nos relations de travail, c'est-à-dire jusqu'au 31 mai 2008, à moins que nous ne soyons informés que vous avez commencé à travailler pour une tierce personne avant cette date. Dans ce cas, votre contrat de travail avec E___ et le paiement de votre salaire cesseront avec effet immédiat. Par contre, vous ne serez pas indemnisé pour le solde de vos jours de congés, qui sera considéré comme pris durant votre délai de préavis".

En outre, un entretien a eu lieu entre un représentant de E___ et T___. Ce dernier a précisé qu'il n'avait pas été question du sort du bonus 2008 lors de cet entretien. Entendu devant la Cour, il a précisé que, pour lui, la lettre de licenciement était *"pour solde de tout compte"*. Il a ajouté qu'en juin 2008 il avait reçu les documents pour les impôts et avait ainsi *"compris qu'on ne (lui) donnerait rien de plus"*. Devant la Cour, il a néanmoins indiqué qu'il espérait recevoir en décembre 2008 des nouvelles de son ancien employeur au sujet du bonus 2008, mais n'avait en définitive pas reçu d'information sur le sujet et n'avait pas repris contact avec son ancien employeur.

d. E___ est l'un des principaux négociants mondiaux de pétrole brut et de produits pétroliers raffinés. En 2008, par exemple, cette société a fait le négoce d'un total de 96 millions de tonnes générant un chiffre d'affaires de 67 milliards de US-Dollars.

Selon les déclarations de son Président directeur général en juin 2009, E___ a connu en 2008 *"une nouvelle année de prospérité"*.

e. Le 25 avril 2008, T___ a été engagé par la société A___ SA avec entrée en fonction le 1^{er} juin 2008.

f. A une date indéterminée, T___ a demandé des renseignements juridiques pour connaître ses droits à la suite de son congé. Ainsi, par le biais de son conseil, il a réclamé à E___, le 31 mars 2009, le paiement de 190'650 fr. à titre de droit aux

vacances non prises et de bonus pour l'année 2008. E___ s'est opposée à cette réclamation.

Par acte déposé en conciliation le 26 juin 2009, T___ a assigné E___ en paiement des sommes de 67'065 fr. 40 à titre de compensation du salaire afférent aux vacances non prises et de 125'000 fr. à titre de salaire variable *pro rata temporis* pour l'exercice 2008.

E___ a conclu au déboutement de T___ de toutes ses conclusions.

- D. L'argumentation juridique des parties sera examinée ci-après, dans la mesure utile.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile, l'appel est recevable (art. 59 al. 1 LJP). La valeur litigieuse étant supérieure à 1'000 fr., la Chambre d'appel est compétente pour statuer sur le litige (art. 56 LJP).
2. Les parties ont été liées par un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO. La Juridiction des prud'hommes est pas conséquent compétente à raison de la matière pour connaître du présent litige (art. 1 al. 1 LJP).
3. Devant la Cour, l'appelante ne remet pas en cause le jugement de première instance sur la question du droit aux vacances non prises. L'intimé en revanche relève que la date de prise d'effet des intérêts moratoires indiquée dans le jugement au 31 mai 2009 procède d'une erreur manifeste et qu'elle devrait être corrigée en 31 mai 2008, conformément aux conclusions de sa demande en paiement.

A teneur de l'art. 160 al. 2 LPC, la réparation d'une erreur matérielle est demandée par requête, sans contrainte de délai; elle est en principe adressée à l'autorité qui a rendu la décision (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la LPC, n. 6 ad art. 160).

En l'espèce, l'intimé a respecté les conditions de forme précitées. Il s'est adressé à la Cour, saisie d'un appel - avec effet dévolutif complet - contre le jugement de première instance. Il a donc saisi la juridiction compétente puisque le Tribunal était dessaisi de la cause. Sur le fond, la prise en compte de l'année 2009 procède manifestement d'une erreur des premiers juges: ceux-ci ont en effet indiqué dans

leurs considérants que les intérêts moratoires sur la somme de 16'760 fr. 90 devaient être calculés dès le 31 mai 2008, conformément à la demande en paiement. Il faut dès lors procéder à la rectification de cette erreur.

Par conséquent, il conviendra d'annuler le chiffre 2 du dispositif du jugement entrepris et de fixer la date de prise d'effet des intérêts moratoires au 31 mai 2008.

4. L'appel porte principalement sur la question de savoir si les parties sont convenues du versement d'une part de salaire variable, subsidiairement, d'une gratification. Dans cette dernière hypothèse, il faut encore déterminer si la gratification était facultative ou obligatoire pour l'employeur.

4.1 Selon la jurisprudence, une gratification aux termes de l'art. 322d CO est une rétribution spéciale que l'employeur verse en sus du salaire, par exemple une fois par année. Elle se distingue du salaire, et en particulier d'un éventuel treizième mois de salaire, en ceci qu'elle dépend au moins partiellement du bon vouloir de l'employeur. Si le versement d'une gratification n'a pas été convenu, expressément ou par actes concluants, cette prestation est entièrement facultative. Si un versement de ce genre est convenu, l'employeur est tenu d'y procéder mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer (ATF 129 III 276 consid. 2).

En l'absence d'un accord explicite, la gratification est considérée comme convenue lorsque l'employeur l'a versée durant plus de trois années consécutives sans en réserver, par une déclaration adressée au travailleur, le caractère facultatif. Enfin, la gratification est accessoire par rapport au salaire et elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. Par conséquent, un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement doit être considéré comme un salaire variable, même si l'employeur en réservait le caractère facultatif (ATF 131 III 615 consid. 5.2). Le rapport entre le montant du salaire et celui du bonus constitue effectivement un élément permettant la distinction entre part de salaire et gratification: ainsi, un bonus correspondant à plus du double du salaire annuel perd son caractère accessoire et ne peut plus être considéré en tant que gratification. En revanche, il faut être moins affirmatif en matière de revenus très élevés: pour ceux-ci, il n'existe plus de justification à protéger la gratification puisque le salaire de base représente déjà en lui-même une compensation adéquate et suffisante des prestations fondamentales fournies par l'employé. Par conséquent, dans ces cas particuliers, une gratification est susceptible d'atteindre et même dépasser le revenu de base sans perdre pour autant son caractère

accessoire (dans ce sens: WYLER, Droit du travail, 2^{ème} édition, Berne 2009, p. 169).

4.2 En l'espèce, le contrat de travail liant les parties ne prévoyait pas le versement d'une gratification ou d'une part de salaire supérieure à celle convenue. Le règlement joint au contrat ne mentionnait pas plus la question d'éventuels gratification ou bonus. Aucune gratification ou part de salaire variable n'a donc été convenue entre les parties lors de l'engagement de l'intimé.

Dès janvier 2005, l'intimé a reçu des montants importants à titre de bonus pour l'exercice écoulé. Les courriers annonçant la remise de ces bonus ne donnent aucune précision quant au caractère discrétionnaire de ces versements. Le supérieur de l'intimé a cependant exposé que ces bonus n'étaient jamais garantis, élément confirmé par un autre employé de l'entreprise. Ces deux témoins ont également indiqué de manière concordante que les travailleurs qui quittaient l'entreprise en cours d'année n'avaient pas droit à un bonus pour cette période-là.

Pour retenir le caractère de salaire des bonus versés entre 2005 et 2008, le Tribunal s'est essentiellement fondé sur la régularité des paiements et le rapport entre le bonus et le salaire. Or, il ne faut pas perdre de vue que les parties avaient convenu un salaire annuel très élevé en faveur de l'intimé. Dans de telles conditions, le salaire de base était censé rétribuer de manière adéquate les prestations fournies par le travailleur. Quant au bonus, il venait s'ajouter à ce salaire, en fonction de circonstances étrangères à l'activité propre du travailleur, telles que le cours des matières pétrolières ou les résultats de l'entreprise. Or, à teneur des informations dispensées par l'appelante en juin 2009, celle-ci a connu une prospérité soutenue en 2008 et dans les années précédentes. Il faut donc considérer que les bonus versés en sus d'un salaire élevé ont conservé en l'espèce le caractère accessoire d'une gratification au sens de l'art. 322d CO. Le montant de ces gratifications ne modifie pas la nature juridique de celles-ci, mais est inhérent au caractère aléatoire des marchés des matières premières, ce dont l'intimé était parfaitement conscient en raison de son activité de négociant. Enfin, la proportion entre les gratifications versées et le montant du salaire de base reste dans le cadre admis par la doctrine sur le sujet.

4.3 Reste encore à déterminer si les gratifications revêtaient un caractère obligatoire ou seulement facultatif.

Lorsque l'intimé s'est vu notifier son congé le 10 mars 2008, il a reçu un courrier l'informant des conséquences financières de ce licenciement. Ce courrier visait la question du salaire dû pendant le délai de congé et celle des vacances non prises,

mais ne mentionnait pas la problématique des bonus. Conformément à sa politique en la matière, l'appelante n'avait pas l'intention - et l'a exprimée - de verser une gratification pour l'année 2008, puisque son employé avait travaillé un peu plus de deux mois seulement pendant cette année-là. L'intimé a d'ailleurs compris à réception de cette lettre que celle-ci valait pour solde de tout compte, y compris pour le bonus 2008. L'employé s'est ensuite vu conforté dans cette compréhension de la situation lorsqu'à la réception des documents destinés aux impôts, en juin 2008, il a constaté qu'on ne lui donnerait rien de plus. Il s'est enfin satisfait de cette situation pendant une année.

Ces éléments, postérieurs à la conclusion du contrat de travail, sont de nature à déterminer la volonté réelle du travailleur (CORBOZ, La réception du contrat par le juge: la qualification, l'interprétation et le complément, in Le contrat dans tous ses états, Berne 2004, p. 271). Ils permettent ainsi de retenir que les parties ont convenu que le versement d'une gratification était facultatif et, dans tous les cas, exclu pour l'année au cours de laquelle l'employé cessait son activité.

Dans ces conditions, l'intimé n'a pas droit à une gratification pour l'année 2008. Le jugement entrepris doit donc être annulé et l'intimé débouté de ses conclusions sur ce point.

4. Dans la mesure où l'employé obtient gain de cause sur la question de la date des intérêts moratoires, ainsi que pour des motifs d'équité, les frais de l'appel seront laissés à la charge de l'appelante (art. 78 al. 1 LJP). En d'autres termes, les dépens seront compensés.

PAR CES MOTIFS,

La Cour d'appel des Prud'hommes, groupe 3,

A la forme :

Reçoit l'appel du jugement.

Au fond :

Annule les chiffres 2 et 3 de ce jugement.

Et statuant à nouveau sur ces points :

Condamne E___ à payer à T___ la somme brute de 16'760 fr. 90 avec intérêts à 5% l'an dès le 31 mai 2008.

Compense les dépens.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

Le président