



E ___ SA

Dom. élu: Me CHEVALLAZ Joël
Rue du Marché 20
Case postale 3465
1211 Genève 3

**Partie appelante et intimée
sur appel incident**

Monsieur T ___

Dom. élu: Me WAEBER Jean-Bernard
Rue Verdaine 12
Case postale 3647
1211 Genève 3

**Partie intimée et appelante
sur appel incident**

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 26 mai 2010

Mme Sylvie DROIN, présidente

MM. Pierre-Jean BOSSON et Alphones SURDEZ, juges employeurs

MM. Francis CROCCO et Philippe VACCARO, juges salariés

Mme Laure DEPPIERRAZ, greffière d'audience

EN FAIT

- A. E___ SA est une société anonyme inscrite au Registre du commerce de Genève le 15 octobre 1996, active dans la conception, la fabrication, le commerce, la représentation et la diffusion de montres et de tous produits dans les domaines de l'horlogerie et de la bijouterie.

Elle a appartenu au A___ GROUP.

- B. Le 8 juin 2007, T___ a contresigné la lettre d'engagement établie en sa faveur par E___ SA.

Aux termes de celle-ci, il occupait la fonction de directeur commercial international de la société à compter du 11 juin 2007, avec un salaire annuel de CHF 215'000.- payable en treize mensualités; les vacances étaient de cinq semaines par an, l'horaire de travail était de 40 heures par semaine, et compte de tenu de sa position, il n'avait pas droit à la compensation de ses heures supplémentaires, étant attendu de lui qu'il consacre le temps nécessaire à l'exécution de ses charges.

La lettre comportait également, sous la rubrique "rémunération", la stipulation suivante: "Vous serez éligible à un bonus discrétionnaire annuel tel que décrit ci-dessous: pour l'année 2007: au maximum 25% des montants de salaire perçu du début de votre contrat jusqu'au 31 décembre 2007, pour l'année 2008: au maximum 30% des montants de salaire perçu sur l'année 2008, pour l'année 2009 au maximum 35% des montants de salaire perçu sur l'année 2009, pour les années au-delà de 2009 le % sera de 35% maximum. Le bonus sera versé en fonction de l'atteinte des objectifs suivants: pour 20% sur les résultats de E___ (X___ et Free Cash Flow), pour 50% sur les résultats des ventes de E___, pour 30% sur l'atteinte d'objectifs individuels qui vous seront fixés par votre CEO annuellement".

T___ affirme que, lors des discussions précontractuelles, B___, CEO de la société, lui aurait promis une augmentation de salaire au 1^{er} janvier 2008. Ce dernier le conteste, affirmant avoir déclaré que la question pourrait être abordée dans le processus des bonus, la décision étant en tout état prise non par lui-même, mais par le département des ressources humaines du groupe à Paris (témoin B___; procès verbal du 22 janvier 2009, p. 2).

- C. Le 5 septembre 2007, E___ a émis une circulaire à l'attention de ses employés "concernant les jours de congé, les heures supplémentaires et les compensations éventuelles". Celle-ci précisait notamment sous point 3 : "La tenue individuelle des jours de congé pris doit être revue et approuvée régulièrement par la direction

qui délègue cette compétence au département des finances", sous point 4: "Les heures supplémentaires et le travail effectué en dehors des heures d'ouverture du bureau (par exemple les samedis et dimanches ou les jours de congé) sont interdites et ne peuvent pas être compensées ni réclamées sauf demande expresse préalable de la direction. Dans le cas contraire, il s'agit d'une initiative personnelle de l'employé pour lequel la société ne saurait être tenue responsable.", et sous point 5 "Les employés ne peuvent pas s'octroyer unilatéralement sans autorisation préalable de la direction des jours de compensation".

D. La fonction de T___ supposait des voyages à l'étranger.

T___ affirme qu'il en a effectué de très nombreux, dès le début de son emploi; il a estimé à environ 70 ou 80% de son temps les périodes passées en déplacement, parfois durant plusieurs semaines.

Il soutient que B___ lui avait demandé de remplir un tableau de ces journées, ainsi que des jours fériés travaillés, lui indiquant que ceux-ci seraient compensés, sans préciser si la compensation serait effectuée en temps ou en argent.

Dans un mail adressé à T___, le 26 novembre 2007, B___ précisait: "Je reviens vers vous par rapport à votre droit aux vacances pour 2007. Comme vous le savez, j'ai été très souple par rapport à votre emploi du temps en sachant que vous voyagez beaucoup. C'est ainsi que lors de différents voyages et surtout lorsque vous voyagez le week-end, je vous ai autorisé à prendre des jours de compensation, jours que vous avez généralement pris immédiatement après votre retour de voyage. Sans avoir tenu une comptabilité régulière, je me souviens de quatre jours, Dans le même esprit, je vous ai demandé de noter scrupuleusement vos jours de voyage afin que j'aie une vision correcte de vos jours travaillés. Cependant je crains que nous n'allions vers un nouveau malentendu et je souhaite donc clarifier ici encore la situation. L'octroi de ces jours de compensation est à bien plaisir et il ne s'agit aucunement d'un droit. Ceci est explicitement mentionné dans votre contrat d'emploi à l'article 7.2. C'est pourquoi j'ai demandé à C___ de ne pas tenir compte des jours que vous avez mentionnés dans votre relevé comme jours de compensation, je présume à titre d'indication, dans le calcul des jours de [manque un mot] [...]".

En réponse, T___ a indiqué: " [...] effectivement j'ai pris trois jours lors de retour des voyages comme vous l'avez mentionné. Un lors du retour des 2 ½ semaines passé à San Francisco et un autre le 17 septembre après notre retour du Japon et de Hong Kong. Et un au retour du Moyen Orient après les deux semaines. Si j'ai inscrit les week-ends passé à l'étranger c'est parce que vous me l'aviez demandé. Mais je n'ai inscrit que les week-ends complets, jamais quand on rentre mi journée le samedi ou l'on part le dimanche soir et c'est la raison pour laquelle vous m'aviez autorisé à prendre ces deux jours. Je n'ai jamais réclamé ces jours, je les ai inscrits parce que vous me l'aviez demandé".

Sur quoi, B___ l'a remercié "pour ces clarifications".

- E.** Il résulte du tableau de jours de vacances 2007, en ce qui concerne T___ une base de 13,5 jours, à quoi se sont ajoutés 16 jours supplémentaires correspondant à des week-ends, soit un total de 20,5 jours tenant compte des 9 jours de vacances effectivement pris.

En 2007, T___ a perçu un salaire brut de CHF 121'599.-.

- F.** E___ SA s'est déclarée insatisfaite de ses résultats financiers pour l'année 2007. En particulier, selon elle, les ventes ont été inférieures aux budgets, et l'"Earning before income taxes amortissement" (EBITA) a été tout juste atteint.

En mars ou avril 2008, E___ SA a versé des bonus, attribués individuellement à ses employés. Selon le décompte anonyme qu'elle a produit, sur un total de treize employés, dix ont touché un bonus. C___, directeur financier, en a reçu un. Il en est allé de même de D___, responsable du service client, de B___, et de E___, chef de produits, qui l'ont confirmé lors de leur audition par le Tribunal des prud'hommes (procès-verbaux des 27 novembre 2008 p. 4 et 22 janvier 2009 p. 5). En ce qui concerne B___, le montant versé a représenté le 50% de son bonus cible, lequel était orienté "résultat de l'entreprise" (80% sur le résultat et cash flow de E___ SA, et 20% sur le résultat du A___ GROUP), et dépendant en plus d'une évaluation faite par le supérieur (témoin B___; ibidem). Le versement du bonus supposait la présence dans l'entreprise de l'employé à cette échéance (témoins B___ et F___, ibidem).

A la même période, E___ SA a accordé des augmentations de salaire, avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2008, à neuf de ses treize collaborateurs, selon le décompte anonyme précité, notamment à D___ (procès-verbal du 27 novembre 2008 p. 4), G___ et E___ (procès-verbal du 22 janvier 2009 p. 5).

T___ allègue que les quatre personnes qui n'ont pas reçu d'augmentation de salaire avaient été engagées au dernier trimestre 2007, voire en 2008, ce que E___ conteste.

- G.** Le 20 mars 2008, à son retour d'un voyage de New-York, T___ ne s'est pas présenté à son poste de travail. Le même jour, son supérieur lui a adressé un email pour lui reprocher cette absence, et lui annoncer qu'il décomptait dès lors une journée de vacances. Dans son courrier électronique de réponse, T___ a exposé qu'il avait préféré rentrer chez lui après l'atterrissage matinal de son avion, pour se rafraîchir et travailler depuis son domicile, comme il l'avait déjà fait au retour d'autres voyages à l'étranger; il ne s'est pas prononcé sur le jour de vacances que lui décomptait son supérieur.

- H.** Par lettre datée du 31 mars 2008, E___ SA a manifesté vouloir licencier T___ pour le 30 juin 2008 et l'a libéré de l'obligation de travailler durant le délai de congé. Le licenciement était motivé par des motifs d'ordre économique, par le non-respect des objectifs fixés (tant qualitativement que quantitativement) et par le manque de résultats obtenus.

Du 31 mars au 10 avril 2008, puis au 30 avril 2008, T___ a été totalement incapable de travailler.

Les 10 et 24 avril 2008, la lettre précitée du 31 mars 2008 a été envoyée à T___.

Son salaire lui a été versé jusqu'à fin juillet 2008. 8,5 jours de vacances lui ont été payés (soit 14,5 jours dus au prorata pour l'année, sous déduction de 5 jours effectivement pris et 1 jour décompté pour l'absence du 20 mars 2008).

Aucun bonus ne lui a été octroyé, ni pour 2007 ni pour 2008.

- I.** Par demande du 2 juillet 2008, T___ a conclu à ce que E___ SA soit condamnée à lui verser CHF 4'134,60 à titre de bonus 2007, CHF 5'016.- à titre d'augmentation de salaire rétroactive au 1^{er} janvier 2008, CHF 15'587,95 à titre de solde de vacances 2007, CHF 9'094,25 à titre de solde de vacances 2008, CHF 17'200.- à titre de salaire de juillet 2008, et à lui remettre un certificat de travail modifié.

Par acte du 9 juillet 2008, il a amplifié le premier poste de sa demande, le portant à CHF 31'354,15.

Par mémoire du 1^{er} octobre 2008, il a conclu au versement d'intérêts moratoires à 5% dès le 1^{er} août 2008 sur CHF 57'323,65 et dès le 30 avril 2008 sur CHF 36'370,15. Il a renoncé à réclamer le salaire de juillet 2008, qui avait été versé; en revanche, il a conclu au versement d'un bonus pour 2008.

Par mémoire-réponse du 31 octobre 2008, E___ SA a conclu au déboutement de T___ de toutes ses conclusions et à la condamnation de ce dernier à lui restituer immédiatement les montres lui appartenant qu'il retenait.

A l'audience du 27 novembre 2008, T___ a renoncé au poste de sa demande tendant à la remise d'un certificat de travail.

- J.** Par jugement du 19 mai 2009, le Tribunal des prud'hommes a condamné E___ SA à payer à T___ les montants bruts de CHF 38'450,25 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1^{er} août 2008 (ch. 2), et CHF 23'192,15 plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1^{er} avril 2009 (ch. 3), invité la partie qui en avait la charge à opérer les déduction sociales et légales usuelles (ch. 4), condamné T___ à restituer à

E___ SA les montres B768.021.330, B.338.010.101 , B818.018.510 et B768.310.800 (ch. 5), et débouté les parties de toute autre ou contraire conclusion (ch. 6).

En substance, les premiers juges ont retenu que l'employé avait droit aux paiements des heures effectuées durant des week-ends et jours fériés, qu'il avait droit à une différence de salaire s'agissant des vacances 2008, qu'il pouvait prétendre à un bonus correspondant au 19% de son salaire, qu'il n'avait pas droit à une augmentation de salaire rétroactive, et qu'il devait restituer les montres restées en sa possession.

- K.** Par acte du 24 juin 2009, E___ SA a appelé dudit jugement. Il conclut à l'annulation du jugement entrepris en ce qu'il l'a condamnée, à sa confirmation pour le surplus, et au déboutement de T___ avec suite de dépens.

Par mémoire du 27 août 2009, T___ a conclu au rejet de l'appel de E___ SA, et a formé un appel incident, concluant préparatoirement à ce que soit ordonnées la convocation de tous les membres de l'entreprise présents en janvier 2008 et la production des documents visés dans l'ordonnance préparatoire du Tribunal du 27 novembre 2008, et principalement à la condamnation de E___ SA à lui verser le montant de CHF 5'016.- avec intérêts à 5% dès le 1^{er} août 2008 et à la confirmation de la décision attaquée pour le surplus.

Répondant à l'appel incident par acte du 1^{er} octobre 2009, E___ SA a persisté dans ses conclusions.

EN DROIT

1. Déposés dans la forme et les délais légaux (art. 59 LJP), l'appel et l'appel incident sont recevables. La valeur litigieuse étant supérieure à CHF 1'000.-, la cause peut être portée devant la Cour d'appel (art. 56 al. 1 LJP).
2. Aucune des parties n'a remis en cause la condamnation de l'intimé à restituer à l'appelante des montres. Ce point du jugement déféré, qui n'est dès lors plus litigieux, sera par conséquent confirmé.
3. L'appelante soutient que son ancien employé n'était pas fondé à obtenir la rémunération de jours de congé consacrés à du travail.
 - a) S'agissant des heures supplémentaires, en principe cette notion est étrangère aux cadres d'entreprise, de sorte que ces derniers ne peuvent pas demander la compensation du temps supplémentaire consacré à l'employeur. Ils ont en effet la liberté de répartir leur travail et le surcroît de travail est compensé par un salaire de base plus élevé (WYLER, Droit du travail, 2ème éd. 2008, p. 126). En l'absence d'une réglementation expresse du temps de travail, les cadres supérieurs ne peuvent prétendre à une indemnisation pour les heures supplémentaires effectuées lorsqu'on leur confie des tâches excédant leur cahier des charges ou lorsque l'ensemble du personnel a dû fournir un nombre important d'heures supplémentaires pendant une certaine durée (ATF 129 III 171 = JT 2003 I 141).
 - b) En l'espèce, l'intimé admet qu'il a entièrement bénéficié de son droit aux vacances, pour les années 2007 et 2008.

C'est ainsi uniquement sous l'aspect de la compensation de jours de congé et fériés, représentant selon lui des heures supplémentaires, que sa prétention doit être examinée, pour les deux années en question.

La lettre d'engagement stipule très clairement que les heures supplémentaires ne sont pas compensées, eu égard à la fonction dirigeante occupée par l'employé. Il en va de même de la circulaire de septembre 2007. En outre, l'échange de mails intervenu en novembre 2007 entre l'intimé et son supérieur hiérarchique est également dénué de toute ambiguïté, le principe de la non compensation étant rappelé. Quant à l'inscription de jours de congé dans un tableau, elle ne devait pas servir à fonder une prétention, mais représentait uniquement une indication pour l'employeur, ce que l'intéressé a lui-même compris comme il l'a exprimé dans l'un des courriers électroniques précités. Enfin, la position de l'intimé n'était pas comparable à celle d'autres collaborateurs, de sorte que le traitement réservé à leurs heures supplémentaires est sans pertinence. Aucun droit à la compensation

de jours de congé travaillés de l'intimé ne peut donc être déduit des documents produits à la procédure, ni de la reprise en temps accordée à bien plaisir pour quelques jours de congé, ni, enfin, du sort réservé à d'autres employés de l'appelante.

Au demeurant, aux dires de l'intimé, ses voyages durant les jours de congé avaient pour but de le rendre opérationnel dès le début de la semaine; quant aux week-ends qu'il passait sur place parce qu'il était en déplacement pendant plusieurs semaines, il affirme qu'il les consacrait à avancer ses dossiers, à l'exception d'une fois en août ou septembre 2007 à San Francisco où il avait dû collaborer avec un avocat local de l'entreprise. Lorsqu'il se trouvait dans un pays où le dimanche était un jour ouvrable, il travaillait également.

Il n'allègue pas, et le prouve encore moins, que ce mode de procéder lui était imposé par son employeur, et, par conséquent, que l'accomplissement de ces heures de travail étaient indispensables.

Ainsi, contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges, l'intimé n'a pas droit au paiement d'heures supplémentaires, ni pour 2007 ni pour 2008. Le jugement attaqué sera annulé sur ce point.

4. L'appelant considère que son ancien employé n'avait pas droit au bonus mentionné dans la lettre d'engagement.
 - a) Pour déterminer s'il y a eu effectivement accord entre parties, il y a lieu de rechercher, tout d'abord, leur réelle et commune intention (art. 18 al. 1 CO). Il incombe donc au juge d'établir, dans un premier temps, la volonté réelle des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices. S'il ne réussit toutefois pas à déterminer ainsi la volonté réelle des parties, ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté réelle manifestée par l'autre, le juge tentera de découvrir la volonté présumée des parties en interprétant leurs déclarations selon la théorie de la confiance, soit selon le sens que leur destinataire devait raisonnablement leur attribuer, les expressions inexacts dont elles ont pu se servir n'étant pas déterminantes (art. 18 CO) (ATF 125 III 305 consid. 2b; ATF 123 III 165 consid. 3a, JdT 1998 I 2; ATF 123 III 16 consid. 4b; ATF 122 III 426 consid. 5; ATF 111 II 276 consid. 2b). Le principe de cette interprétation dite objective vaut également lorsque les parties ne se sont exprimées que par actes concluants (TF in SJ 1996 p. 549). Le juge partira du texte du contrat avant de l'examiner dans son contexte; dans ce dernier cas, toutes les circonstances ayant précédé ou accompagné sa conclusion doivent être prises en considération (TF in SJ 1996 p. 549). Le juge tiendra compte de l'ensemble des circonstances connues des parties ou qui pouvaient l'être, notamment en raison de l'attitude antérieure du déclarant (ATF 112 II 245, II consid. 1b et les arrêts cités). Pour interpréter une expression, le sens que lui prêtent des experts ou des autorités importe peu. Le sens déterminant est celui dont un contractant peut admettre, dans un cas déterminé

selon les règles de la bonne foi, qu'il sera le sens retenu par le cocontractant (ATF 116 II 431 consid. 3b, JdT 1991 I 45). Le juge recherche la solution la plus appropriée aux circonstances : on ne saurait admettre que les parties en auraient voulu une autre (ATF 122 III 420 consid. 3a; ATF 115 II 264 consid. 5a, JdT 1990 I 57, rés. SJ 1990 p. 90).

La jurisprudence a nuancé le principe selon lequel il y aurait lieu de recourir à des règles d'interprétation uniquement si les termes de l'accord passé entre parties laissent planer un doute ou sont peu clairs. On ne peut ériger en principe qu'en présence d'un "texte clair", on doit exclure d'emblée le recours à d'autres moyens d'interprétation. Il ressort de l'art. 18 al. 1 CO que le sens d'un texte, même clair, n'est pas forcément déterminant et que l'interprétation purement littérale est au contraire prohibée. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît claire à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu (ATF 131 III 606 consid. 4.2; ATF 131 III 280 consid. 3.1; ATF 130 III 417 consid. 3.2.; ATF 127 III 444 consid. 1b); il n'y a cependant pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les intéressés lorsqu'il n'y a pas de raisons sérieuses de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (ATF 130 III 417 consid. 3.2; ATF 129 III 118 consid. 2.5). Selon une jurisprudence constante, les clauses ambiguës d'un contrat s'interprètent contre la partie qui les a rédigées (ATF 122 III 119 consid. 2a; ATF 115 II 264 consid. 5a, JdT 1990 I 57, rés. SJ 1990 p. 90; ATF 113 II 49 et les arrêts cités, JdT 1987 I 373).

Selon l'art. 339 al. CO, à la fin du contrat, toutes les créances qui en découlent deviennent exigibles. Le droit à une participation au résultat de l'exploitation est exigible conformément à l'art. 323 al. 3 CO (art. 339 al. 3 CO), c'est-à-dire dès que le résultat est constaté mais au plus tard six mois après la fin de l'exercice. Il en va de même de la gratification qui dépend du résultat de l'entreprise, par application analogique de la disposition précitée (WYLER, op. cit. p. 584).

- b) Selon les stipulations contractuelles convenues entre les parties, l'intimé était "éligible à un bonus discrétionnaire", correspondant au maximum à 25% du salaire perçu dans l'année correspondante, versé en fonction de l'atteinte d'objectifs dépendant des résultats (X___ et Free cash flow), résultats des ventes et atteinte d'objectifs individuels, selon des pourcentages déterminés.

Cette clause n'est pas sans une certaine ambiguïté, dans la mesure où elle paraît laisser un pouvoir d'appréciation à l'employeur sur le principe même du versement du bonus, tout en décrivant la composition de celui-ci de manière très précise, et modulable en fonction de divers critères.

L'appelante, qui admet avoir accordé des bonus à des employés pour l'année 2007 - ce qui est au demeurant établi par les témoignages recueillis - fonde son refus d'en verser un à l'intimé d'une part sur le caractère discrétionnaire conféré par le

texte de la clause contractuelle, d'autre part sur le fait que l'intéressé n'avait pas rempli les objectifs qui lui étaient assignés. Or, ce dernier élément, s'il constitue un critère pouvant objectivement entrer en ligne de compte pour réduire le montant du bonus prévu, à teneur de la stipulation, n'est pas pertinent pour en refuser le principe, ce qui souligne bien le caractère contradictoire de la clause contractuelle.

Il y a lieu, au demeurant, de faire interprétation de celle-ci en défaveur du rédacteur, soit l'appelante.

Par conséquent, c'est à juste titre que les premiers juges ont reconnu à l'intimé le droit d'obtenir le versement d'un bonus pour l'année 2007. En revanche, le calcul qu'ils ont opéré, en retenant le pourcentage appliqué au CEO B___, dont les conditions contractuelles étaient différentes, n'apparaît pas fondé.

L'intimé soutient qu'il doit percevoir le 25% de la totalité du bonus, pro rata temporis pour l'année 2007, considérant d'une part que les résultats de l'entreprise correspondaient à ce qui avait été fixé, d'autre part qu'il ne lui avait pas été fixé d'objectifs par l'employeur, lequel doit donc supporter ce manque et dès lors admettre que ceux-ci ont été réalisés.

L'appelante, de son côté, avance, à titre subsidiaire dans son mémoire d'appel, que le bonus 2007, si son principe devait être admis, représenterait le 25% d'un bonus composé de 20% d'atteinte des résultats EBITA, à l'exclusion des autres conditions. Elle affirme, en effet, que les résultats des ventes étaient en dessous de l'objectif fixé, ce qui entraîne, vu la position de directeur commercial de l'intimé, que ses propres objectifs ne l'ont pas été non plus.

Cette position trouve en particulier appui dans le motif du licenciement de l'employé, à savoir le non-respect des objectifs fixés et le manque de résultats obtenus.

L'appelant n'a pas remis en cause ces constatations, ne soutenant en particulier pas que son licenciement reposerait sur une motivation constitutive d'un abus de droit, en ce qu'il aurait atteint ses objectifs individuels ou obtenu des résultats positifs des ventes.

Il est ainsi acquis que seul le critère X___était satisfait.

Il résulte, par ailleurs, des déclarations du témoin B___ que lui-même n'a pas reçu le bonus maximal possible selon ses conditions contractuelles, mais un montant correspondant au 50% de celui-ci. Le pourcentage maximum de 25% prévu dans le contrat de l'intimé pourrait ainsi être discuté.

Cela étant, dans la mesure où l'appelante prend ce pourcentage en considération pour déterminer - certes à titre subsidiaire - le montant du bonus 2007, celui-ci sera retenu.

L'intimé ayant perçu un salaire brut de CHF 121'599.- en 2007, le bonus dû pour cette année atteint CHF 6'079,95 (CHF 121'599.- x 25% x 20%). Ce montant portera intérêt dès le 30 avril 2008, conformément aux conclusions de l'intimé. Le jugement déféré sera modifié en ce sens.

S'agissant du bonus relatif à l'année 2008, il y a lieu d'observer qu'il n'aurait pu en tout état, pour les mêmes raisons que celles indiquées ci-dessus, qu'être fondé sur l'atteinte des résultats de l'entreprise. Or, pas plus au moment où la prétention a été élevée qu'au moment où la cause a été gardée à juger par le Tribunal, ceux-ci n'étaient connus, de sorte qu'en application de l'art. 323 al. 3 CO, la créance, pour autant qu'elle existât, n'était pas exigible, et sa quotité non déterminable. Entretemps, elle l'est toutefois devenue. Il résulte, cependant, du texte de la clause contractuelle que le bonus allait croissant, en fonction de l'écoulement du temps. Cela signifie que son but était de favoriser la fidélité à l'entreprise et l'encouragement à réaliser de bonnes prestations. Ce but n'est pas conciliable avec un licenciement de l'employé en cours d'année, singulièrement pour des motifs tenant à la non atteinte d'objectifs et de résultats. Cette façon de voir s'est traduite dans la pratique de l'appelante, selon laquelle le versement du bonus supposait que l'employé fût toujours employé à cette échéance, selon les témoins B___ et F___. Or, l'intimé a été licencié une année environ avant celle-ci, ce qui entraîne la conséquence qu'il ne peut prétendre au versement d'un bonus.

Par conséquent, les premiers juges ont à tort fait droit aux conclusions de l'employé tendant au versement d'un bonus 2008. Le jugement entrepris sera annulé sur ce point également.

5. L'appelant incident fait valoir qu'il pouvait prétendre à une augmentation de salaire pour 2008, laquelle lui avait été promise par B___.
- a) Chaque partie doit prouver les faits dont elle entend déduire son droit (art. 8 CC).

On déduit également de l'art. 8 CC un droit à la preuve et à la contre-preuve (ATF 129 III 18 consid. 2.6 et les arrêts cités). En particulier, le juge enfreint cette disposition s'il tient pour exactes les allégations non prouvées d'une partie, nonobstant leur contestation par la partie adverse, ou s'il refuse toute administration de preuve sur des faits pertinents en droit (ATF 130 III 591 consid. 5.4 p. 601/602 et l'arrêt cité).

En revanche, l'art. 8 CC ne prescrit pas quelles sont les mesures probatoires qui doivent être ordonnées (ATF 127 III 519 consid. 2a), ni ne dicte au juge comment forger sa conviction (ATF 128 III 22 consid. 2d p. 25; 127 III 248 consid. 3a, 519

consid. 2a). Il n'exclut ni l'appréciation anticipée des preuves, ni la preuve par indices (ATF 129 III 18 consid. 2.6 p. 25; 127 III 520 consid. 2a; 126 III 315 consid. 4a).

- b) Il est constant que les parties ne sont pas convenues, lors de l'engagement, qu'une augmentation de salaire serait consentie à l'employé en 2008.

Le témoin B___ n'a pas confirmé les allégations de l'appelant incident, selon lesquelles il aurait promis une augmentation, relevant d'ailleurs qu'il n'avait pas pouvoir de prendre un tel engagement.

L'appelant incident a donc échoué à faire la preuve du fait qui fonderait, de son point de vue, son droit.

Par ailleurs, des pièces produites ressort que l'employeur a accordé à neuf des treize membres de son personnel des augmentations de salaire, ce qui a été confirmé par les personnes entendues en qualité de témoins.

L'appelant incident affirme que tous les employés présents en 2007 dans l'entreprise ont perçu une telle augmentation de salaire, ceux qui n'en ont pas bénéficié ayant été engagé en toute fin d'année. Il sollicite dès lors leur audition, et/ou la production des pièces relevantes par l'employeur.

A supposer qu'une telle démonstration soit apportée, dans l'hypothèse où ces mesures probatoires seraient ordonnées, et vienne à confirmer les allégations de l'appelant incident, il n'y aurait pas lieu de considérer que celui-ci aurait un droit à une augmentation. En effet, il est établi qu'il a fait l'objet d'une mesure de licenciement, avant la fin du premier trimestre de l'année 2008, pour insuffisance de résultats et non atteinte d'objectifs, ce qui manifeste à l'évidence que l'employeur n'était pas satisfait de ses prestations. Dans ces conditions, il paraît vain de supputer qu'une augmentation de salaire aurait été consentie, quelle que soit par ailleurs la situation des autres collaborateurs de l'entreprise.

Dès lors, par appréciation anticipée des preuves, la Cour considère que la cause est en état d'être jugée, de sorte que les mesures probatoires sollicitées n'ont pas à être ordonnées.

L'appelant sera donc débouté de ses conclusions sur appel incident, et le jugement attaqué confirmé sur ce point.

6. La procédure étant gratuite (art. 76 LJP), il n'est pas alloué de dépens.

Vu l'issue de la procédure, l'émolument d'appel sera supporté à raison d'un cinquième par l'appelante, qui a obtenu la quasi-totalité de ses conclusions, et de quatre cinquièmes par l'intimé (art. 78 al. 1 LJP).

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel, groupe 3

A la forme:

- Déclare recevables l'appel formé par E___ SA et l'appel incident formé par T___ contre le jugement rendu le 19 mai 2009 par le Tribunal des prud'hommes.

Au fond:

- Annule le jugement entrepris en ce qu'il a condamné E___ SA à payer à T___ la somme brute de CHF 38'450,25 plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1^{er} août 2008 (chiffre 2 du dispositif), et la somme brute de CHF 23'829,15 plus intérêts moratoires à 5% dès le 1^{er} avril 2009 (chiffre 3 du dispositif).

Et statuant à nouveau sur ce dernier point (chiffre 6 du dispositif):

- Condamne E___ SA à verser à T___ la somme de CHF 6'079,95, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 30 avril 2008.
- Confirme le jugement attaqué pour le surplus.
- Met l'émolument d'appel à la charge de l'appelante, à raison d'un cinquième et à la charge de l'intimé à raison de quatre cinquièmes.
- Déboute les parties de toute autre conclusion.

Le greffier de juridiction

La présidente