



RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

**POUVOIR JUDICIAIRE**

Juridiction des prud'hommes  
Cause n° C/261/2003-4

\* COUR D'APPEL \*

CAPH/95/2005

Monsieur T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu:** Me Yves BONARD  
Rue Monnier 1  
1206 Genève

E \_\_\_\_\_  
**Dom. élu:** Me Benoît CHAPPUIS  
Grand-Rue 25  
Case postale 5560  
1211 Genève 11

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du 27 avril 2005

M. Christian MURBACH, président

M. Denis MATHIEU et Mme Christiane RICHARD, juges employeurs

MM. Claude CALAME et Richard JEANMONOD, juges salariés

Mme Laure-Hélène LAISSUE, greffière d'audience

**EN FAIT**

A. a) T\_\_\_\_\_ a été engagé par la banque E\_\_\_\_\_ en tant que chef des analystes suisses, avec prise de fonction le 1<sup>er</sup> août 1994.

b) Selon le contrat de travail conclu par les parties le 24 mai 1994, la rémunération globale de T\_\_\_\_\_, de fr. 350'000.- par an, était composée des éléments suivants :

**"Appointements:**

- un salaire fixe annuel: fr. 130'800.- (12 x fr. 10'900.-),

sous déduction de: 6.05 % AVS et chômage

0.50 % Assurance accidents

2.0 % Caisse de retraite pour l'année 1994 (taux exceptionnel)

6.0 % Caisse de retraite dès le 1.1.1995 (en principe).

Vous aurez également droit aux allocations familiales et sociales pour vos deux enfants.

- Pour 1994 et 1995, une participation annuelle aux bénéfices de fr. 219'200.- vous sera exceptionnellement garantie. Pour 1994, il s'agira bien entendu d'un pro rata.

Comme nous vous l'avons expliqué, il vous sera attribué un nombre de parts à fin 1995 pour l'année 1996.

A ce sujet, nous vous rappelons que le nombre de parts ainsi que le montant de ladite part sont fixés exclusivement par les Associés à la fin de chaque année et dépendent en particulier des résultats du Groupe. Dès 1996, cette participation ne représentera donc plus une garantie absolue, ni dans son principe, ni dans son montant.

Nous vous signalons également que votre participation dépend non seulement de la marche générale des affaires du Groupe, mais aussi d'éléments subjectifs tels que votre performance, le nombre d'années de service accompli, de votre position et de votre engagement au sein de l'entreprise."

c) Le 11 mars 1997, T\_\_\_\_\_ a été intégré, avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 1996, à un « plan d'octroi de primes de fidélité" prévoyant notamment que:

« Art. 2. E\_\_\_\_\_ s'engage chaque année et sous certaines conditions, à payer aux dits bénéficiaires une prime de fidélité calculée conformément au chapitre B ci-dessous.

Le premier paiement interviendra après la fin de la quatrième année à compter de celle ayant servi de base au calcul de la première prime.

Le paiement correspondra, d'année en année, à la valeur vénale annuelle moyenne des primes promises les quatre années précédentes.

Art. 9. Pour recevoir la prime de fidélité qui leur a été promise par E\_\_\_\_\_, les bénéficiaires doivent encore être au service de E\_\_\_\_\_ le 31 décembre de la quatrième année à compter de celle ayant servi de base au calcul de ladite prime.

Art. 17. Dès le 1<sup>er</sup> janvier 2000, les Associés se réservent le droit de modifier le présent règlement

s'ils l'estiment nécessaires. Dans ce cas, les primes de fidélité déjà promises resteront soumises au règlement en vigueur lors de leur attribution".

Pour les années 1996 à 1999, les primes fidélités "promises" de T\_\_\_\_\_ se sont élevées, respectivement, à fr. 110'000.-, fr. 400'000., fr. 500'000.- et fr. 200'000.-, soit au total à fr. 1'241'919.60, intérêts compris.

Le 1<sup>er</sup> juin 2000 et le 28 février 2001, T\_\_\_\_\_ a "effectivement" reçu, respectivement, fr. 307'197.25 et fr. 311'575.-, conformément au plan susmentionné.

**d)** A partir du 1<sup>er</sup> janvier 2000, le système "des primes de fidélité" a été remplacé par celui d'un "bonus" réglé par les "Principes généraux de rémunération des collaborateurs du secteur des ventes institutionnelles".

Selon ce règlement, la rémunération annuelle globale des collaborateurs travaillant dans le secteur "ventes institutionnelles" - soit les vendeurs, les traders ainsi que les analystes financiers – comprenait le salaire, les parts et le bonus.

Selon l'art. 6 dudit règlement, « les parts sont attribuées par les Associés, sur proposition du responsable du secteur, en fonction de la compétence, de l'ancienneté et de la personnalité du collaborateur. Des éléments tels que esprit d'équipe, loyauté à la Maison, participation aux efforts généraux du service et esprit de collaboration avec d'autres services ou entités du Groupe font aussi partie des critères entrant en ligne de compte dans l'attribution des parts ».

Quant à l'art. 7, il prévoyait que « le bonus est attribué par les Associés, sur proposition du responsable du secteur, en tenant compte des idées de recommandations produites (pour les analystes), de l'acquisition de la clientèle et du volume d'affaires (pour les vendeurs et les traders) ».

L'art. 16 précisait que « les collaborateurs pourront, par le biais d'une avance, gérer 65 % de leur bonus différé ».

Par ailleurs, le bonus était calculé sur la base d'un bonus global représentant un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par le secteur. Son paiement avait lieu de la manière suivante : 50 % du total était payé chaque année au mois de février suivant l'année de référence ; le paiement du solde était différé et réparti sur trois ans. A titre d'exemple, le règlement indiquait que la partie différée du bonus gagné en 2000 serait payée par tiers au début 2002, 2003 et 2004 (art. 15 du règlement précité).

L'art. 17 dudit règlement prévoyait en outre que « le collaborateur qui a donné son congé ou qui a été licencié n'a pas droit au bonus pour l'année en cours. Il ne pourra pas entrer en possession de la partie différée du bonus que s'il ne s'est pas livré à une activité dans les métiers de la finance entrant en concurrence avec celle du secteur pendant les deux années suivant son départ. Si cette condition est réalisée, la partie différée lui sera versée en deux fois, au début et à la fin de la troisième année suivant son départ du groupe E\_\_\_\_\_. ».

e) Par courrier du 24 septembre 2001, T\_\_\_\_\_ a résilié son contrat de travail pour sa prochaine échéance. Celle-ci a été fixée au 31 décembre 2001.

f) Par lettre du 18 janvier 2002, E\_\_\_\_\_ a informé T\_\_\_\_\_ qu'elle lui avait versé fr. 3'430.60, représentant le solde de la part variable 2001 et la part de la Fondation de prévoyance complémentaire (FPC) 2001. Le courrier précisait que, pour l'année 2001, T\_\_\_\_\_ avait droit à 1002 parts d'une valeur de fr. 221.- chacune.

g) Entre août 1994 et décembre 2001 T\_\_\_\_\_ a reçu, en sus de son salaire fixe, les sommes suivantes, sans les montants FPC et y compris les frais forfaitaires (pièces 3a – 3g dem. et 26 déf.):

- en 1994: fr. 96'800.- à titre de parts ;
- en 1995: fr. 236'900.- à titre de parts ;
- en 1996: fr. 294'400.- à titre de parts ;
- en 1997: fr. 420'000.- à titre de parts ;
- en 1998: fr. 453'500.- à titre de parts ;
- en 1999: fr. 500'850.- à titre de parts ;
- en 2000: fr. 572'000.- à titre de parts ;  
fr. 307'197.- à titre de prime fidélité ;
- en 2001: fr. 221'442.- à titre de parts ;  
fr. 311'575.- à titre de prime fidélité ;  
fr. 350'000.- à titre de bonus afférent à l'an 2000.

**B.** a) Par demande reçue au greffe de la juridiction des prud'hommes le 3 janvier 2003, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_ en paiement de fr. 1'194'589.35, avec intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002, soit:

- fr. 221'442.- à titre de solde de parts accumulées durant son activité;
- fr. 623'147.35 à titre de primes de fidélité promises différées pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 1996 au 31 décembre 1999;
- fr. 350'000.- à titre de solde du bonus différé afférent à l'année 2000.

T\_\_\_\_\_ a, en outre, réclamé le paiement du bonus différé afférent à l'année 2001 avec intérêts dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002 ainsi qu'une participation aux honoraires de son conseil.

A l'appui de sa demande, T\_\_\_\_\_ a notamment fait valoir qu'il n'avait reçu que fr. 221'442.- à titre de parts (1002 parts x fr. 221.-), alors qu'il aurait dû recevoir à cet égard fr. 442'884.- puisque la valeur desdites parts avait été fixée à fr. 442.- l'unité pour les autres employés de E\_\_\_\_\_. Il avait également droit au solde des primes fidélité non encore versées, étant encore employé par E\_\_\_\_\_ en date du 31 décembre 2001. Par ailleurs, le bonus différé afférent à l'année 2000 lui était immédiatement dû, puisque, à l'échéance d'un contrat de travail, toutes les créances qui en découlaient devenaient exigibles. Enfin, devait

lui être également versé le bonus afférent à l'année 2001 car son activité n'était pas concurrente à celle qu'il exerçait au sein de E \_\_\_\_\_ et que, de toute manière, la clause de non-concurrence des "Principes" réglant les conditions de l'octroi du bonus juridiquement était nulle.

b) Par mémoire-réponse du 13 mars 2003, E \_\_\_\_\_ a contesté la compétence ratione materiae de la juridiction des prud'hommes et a conclu au rejet de la demande de T \_\_\_\_\_. Elle a notamment soutenu qu'en avril 2001 avait eu lieu une séance d'information "quadrimestrielle", lors de laquelle il avait été annoncé à ses collaborateurs que leur "participation" (soit les parts) attribuée par les associés serait réduite de moitié en cas de départ volontaire. Par ailleurs, s'agissant d'une rémunération à caractère discrétionnaire, T \_\_\_\_\_ ne pouvait prétendre au versement de cette participation. La banque a également soutenu que son ancien employé ne pouvait pas prétendre au versement du solde des primes de fidélité puisqu'il n'avait été encore à son service, le 31 décembre 2001, que "formellement". T \_\_\_\_\_ n'avait également pas droit au bonus différé relatif à l'année 2000 en raison de l'activité concurrente exercée chez son nouvel employeur. Enfin, ayant donné son congé pour l'année en cours, il n'avait pas droit à un bonus afférent à l'année 2001.

Dans son chargé de pièces complémentaire du 19 septembre 2003, E \_\_\_\_\_ a produit la convocation à la séance "quadrimestrielle" du 22 mai 2001, datée du 25 mai 2001, ainsi que la liste des participants à ladite séance, non signée, sur laquelle apparaît le nom de T \_\_\_\_\_. La convocation indiquait que les cadres qui ne pouvaient pas assister à cette séance devaient s'annoncer auprès du service "Communication" de E \_\_\_\_\_.

c) Au cours des audiences des 15 mai, 25 septembre et 4 décembre 2003, les parties ont maintenu leurs conclusions et le Tribunal a entendu plusieurs témoins :

A \_\_\_\_\_, responsable financier et directeur de E \_\_\_\_\_, a indiqué que les employés de l'établissement pouvaient gérer 65 % de leur bonus différé, mais que la banque en était propriétaire et non les employés. Il a ajouté que les parts avaient la même valeur pour tous les employés et que cette valeur était calculée chaque année. Par contre, le nombre de parts attribuées variait selon les employés. Le témoin a également confirmé que les parts étaient versées chaque année depuis au moins 1995, date de son arrivée à la banque. Enfin, il a expliqué que l'idée d'un système de bonus à paiements différés était de fidéliser le personnel et qu'en cas de départ d'un employé, celui-ci soit pénalisé et ne touche pas la partie différée du bonus.

B \_\_\_\_\_, chef du personnel et directeur chez E \_\_\_\_\_, a indiqué que la valeur de la part variait en fonction des résultats de la banque et que le nombre de parts attribuées à chaque collaborateur était à la discrétion de la direction de l'établissement. Il a précisé que le collaborateur qui quittait E \_\_\_\_\_ en donnant son congé voyait le prix de sa part diminuer de moitié. Cette manière de

faire avait été introduite en avril 2001 et annoncée lors de l'assemblée "quadrimestrielle" de mai 2001. Lors d'une telle assemblée, tous les cadres étaient censés être présents ou s'excuser, mais il n'y avait pas d'appel nominatif à son début.

C \_\_\_\_\_, qui était le supérieur de T \_\_\_\_\_ chez E \_\_\_\_\_, a indiqué que l'intéressé était responsable de l'équipe des analystes et faisait de l'analyse financière. Son travail comportait plusieurs aspects: la recommandation (indiquer les titres qu'il fallait acheter ou vendre ainsi que la stratégie du marché en donnant souvent des entretiens aux journaux) et la responsabilité de la "*politic control*" des recommandations. Il a précisé que T \_\_\_\_\_ n'était pas responsable du "*Brokerage*" et ne faisait pas partie des secteurs "*Private Banking, Assets Management et Invest Management*", mais était rattaché au secteur "*Institutional Brokerage Services*" qui faisait également partie d'un secteur "Vente institutionnelle".

D \_\_\_\_\_, ancien gestionnaire de fortune chez E \_\_\_\_\_, a indiqué que T \_\_\_\_\_ avait la responsabilité du service "analyse financière". Ce service était chargé de rendre des rapports écrits sur des compagnies et des secteurs économiques qui étaient transmis aux clients et aux vendeurs d'actions. Il a précisé que T \_\_\_\_\_ était "du côté vendeur" chez E \_\_\_\_\_ alors qu'il était "du côté acheteur" chez son nouvel employeur F \_\_\_\_\_, ce qui était "complètement entièrement différent".

G \_\_\_\_\_, employé de F \_\_\_\_\_, a indiqué que T \_\_\_\_\_ était membre de la direction générale de F \_\_\_\_\_ et, en tant que tel, assumait - avec d'autres collègues - la responsabilité de l'entier de l'entreprise, mais était également responsable du secteur gestion de fortune et d'une partie de la conduite de l'analyse financière, le responsable de celle-ci lui étant subordonné. Par ailleurs, T \_\_\_\_\_ était responsable des relations entre les actionnaires de la banque et la banque. Enfin, le témoin a précisé que T \_\_\_\_\_ dirigeait le secteur "*Assets Management*" du groupe et élaborait ainsi les stratégies de placement qui étaient appliquées par le groupe dans son ensemble. Le témoin a encore précisé que l'analyse financière faisait partie de l'"*Assets Management*".

H \_\_\_\_\_, ex-employé de E \_\_\_\_\_, a indiqué avoir eu des problèmes en relation avec le paiement de ses parts lorsqu'il était parti de la banque, n'en ayant reçu que la moitié. Par la suite, E \_\_\_\_\_ lui avait versé la différence qu'il réclamait. Le témoin a expliqué qu'il n'avait pas participé à la séance quadrimestrielle du 21 mai 2001, car il avait été libéré de son obligation de travailler auparavant.

**d)** Suite à l'ordonnance préparatoire du Tribunal du 9 janvier 2004, E \_\_\_\_\_ a produit son règlement interne relatif au calcul des parts attribuées en cas de démission d'un employé.

e) A l'audience du 11 mars 2004, E\_\_\_\_\_ a indiqué que la valeur d'une part pour l'année 2001 était de fr. 402.-. Elle a ajouté que le document produit à la suite de l'ordonnance préparatoire susmentionnée était un règlement interne et que T\_\_\_\_\_ n'avait ainsi pas pu en prendre connaissance.

f) Le contrat de travail conclu entre F\_\_\_\_\_ et T\_\_\_\_\_, le 21 septembre 2001, indiquait que ce dernier était engagé en qualité de "membre de la direction" et "Head Investor Relations" avec prise de fonction au plus tard le 1<sup>er</sup> avril 2002. Enfin, sous réserve de l'acceptation par le conseil d'administration, T\_\_\_\_\_ était engagé dès le 1<sup>er</sup> janvier 2003 également en tant que "membre de la direction" du groupe.

g) Diverses coupures de journaux ont été produites tant par T\_\_\_\_\_ que E\_\_\_\_\_, indiquant que T\_\_\_\_\_ était "chef des investissements", "responsable de la politique d'investissement", "membre du comité exécutif", "responsable des relations" au sein de F\_\_\_\_\_, "membre de la direction" au sein de F\_\_\_\_\_ et "stratège". Dans certains articles, T\_\_\_\_\_ informait les lecteurs des nouvelles tendances des marchés boursiers.

Enfin, des coupures de presses, datant de novembre 2002, annonçaient que E\_\_\_\_\_ voulait séparer ses activités de recherches afin d'éviter des conflits d'intérêts entre le "côté acheteur" et le "côté vendeur".

h) Selon l'organigramme du groupe F\_\_\_\_\_, T\_\_\_\_\_ est membre de la direction dudit groupe. Il dirige également l'«*Asset management*» dont font partie F1\_\_\_\_\_, F2\_\_\_\_\_, F3\_\_\_\_\_ et F4\_\_\_\_\_.

i) Par jugement du 2 avril 2004, le Tribunal des prud'hommes s'est tout d'abord déclaré compétent *ratione materiae* pour connaître de la demande. Il a ensuite débouté T\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions, aux motifs que, concernant les parts, leurs versements étaient facultatifs et qu'il n'existait pas d'accord tacite obligeant E\_\_\_\_\_ à les payer puisque les montants desdites parts différaient chaque année. S'agissant des primes de fidélité, T\_\_\_\_\_ ne pouvait y prétendre, les "Principes généraux de rémunération des collaborateurs du secteur vente institutionnelles", réglant les conditions desdites primes dès le 1<sup>er</sup> janvier 2000, prévoyant qu'en cas de démission, le collaborateur n'avait pas droit au bonus pour l'année en cours. Enfin T\_\_\_\_\_ ne pouvait pas prétendre non plus à la partie différée de son bonus puisqu'en tant qu'organe de F\_\_\_\_\_ SA, son activité consistait également en des analyses financières, soit une activité concurrente à celle exercée précédemment au sein de E\_\_\_\_\_.

C. a) Contre ce jugement, notifié le 8 septembre 2004 et reçu le 10 septembre 2004, T\_\_\_\_\_ a interjeté appel le 11 octobre 2004, sollicitant son annulation, sauf en ce qui concerne l'acceptation de compétence, reprenant pour le surplus intégralement ses conclusions de première instance.

A l'appui de son recours, T\_\_\_\_\_ a notamment fait valoir qu'il n'était pas présent à la séance "quadrimestrielle" du 21 mai 2001, de sorte que les communications, au demeurant unilatérales, faites à cette occasion ne lui étaient pas opposables. Par ailleurs, il considérait que le versement des parts lui était dû puisque, durant toute la durée de son contrat de travail, il les avait reçues sans réserve et qu'elles n'étaient dès lors plus accessoires en comparaison de son salaire perçu lors de la même période. En outre, en date du 6 février 2003, E\_\_\_\_\_ avait produit une pièce valant reconnaissance de dette pour les primes de fidélité non encore versées (pièce 5 intimée). L'appelant a également soutenu ne pas exercer au sein de F\_\_\_\_\_ GROUP le même travail que chez E\_\_\_\_\_ puisque, d'une part, il dirigeait le secteur "*Assets Management*" qui s'occupait de la gestion de fortune de clients pour lesquels il achetait des fonds de placement ou des titres et, d'autre part, il était chargé des relations entre les actionnaires de la banque et la banque, soit le domaine d'"*Investor Relation*"; ainsi, il ne faisait pas d'analyse financière. Enfin, l'appelant a affirmé avoir droit au bonus 2001 dans la mesure où il avait donné son congé pour l'année 2002 et que s'il avait quitté la banque à fin 2001 déjà c'était à la demande de celle-ci.

b) Dans son mémoire de réponse du 30 novembre 2004, E\_\_\_\_\_ a conclu au rejet de l'appel, faisant notamment valoir que:

- les parts, dont le nombre et la valeur avaient été fixés respectivement à 1002 et fr. à 442.- l'unité (cf. mémoire de réponse à l'appel "ad point 12"), constituaient une rémunération à bien plaie, ce qui résultait tant du contrat de travail que du terme "gratification" utilisé dans les certificats de salaire de l'appelant. Le fait que les montants de ces parts étaient plus élevés que le salaire n'y changeait rien, dès lors que le salaire était en lui-même déjà élevé;
- les primes de fidélité "promises" n'étaient pas dues puisqu'elle ne servaient que de base de calcul de la valeur moyenne annuelle des primes promises selon l'article 2 du plan d'octroi de primes fidélité et que, par ailleurs, le but d'un tel plan était tant de fidéliser le personnel que de pénaliser l'employé quittant la société; par ailleurs, on ne pouvait considérer que T\_\_\_\_\_ était "au service" de E\_\_\_\_\_ en date du 31 décembre 2001, au vu du but poursuivi par ce plan d'octroi de primes fidélité; enfin, la prime de fidélité versée à l'appelant en 2001 avait été calculée sur la base des années 1997 à 1999 en prenant la valeur moyenne des primes promises durant cette période;
- l'appelant n'avait pas droit au bonus différé afférent à l'année 2000, car il exerçait auprès de son nouvel employeur une activité relevant des métiers de la finance concurrente à celle qu'il exerçait au sein de E\_\_\_\_\_ ; par ailleurs, l'art. 17 des "Principes généraux de rémunération des collaborateurs du secteur ventes institutionnelles" ne pouvait être assimilé à une clause de non-concurrence puisqu'elle ne créait aucun engagement pour le collaborateur démissionnaire de s'abstenir de faire concurrence et ne restreignait ainsi pas sa liberté économique;

- l'appelant ne pouvait prétendre au paiement du bonus (différé) afférent à l'année 2001, puisqu'il avait donné son congé en 2001.

c) A l'audience du 16 février 2005 devant la Cour de céans, les parties ont persisté dans leurs explications et conclusions. L'appelant a précisé qu'il n'avait pas pu être présent à la séance "quadrimestrielle" car il avait un rendez-vous avec un responsable de son employeur actuel.

### **EN DROIT**

1. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la juridiction des prud'hommes; ci-après LJP), l'appel de T\_\_\_\_\_ est recevable.
2. **2.1.** La gratification est une prestation volontaire de l'employeur accordée en sus du salaire à certaines occasions, telles que Noël ou la fin de l'exercice annuel. Le travailleur n'y a droit que lorsqu'il en a été convenu ainsi (art. 322d al. 1 CO). En cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à la rétribution spéciale, le travailleur n'a droit à une part proportionnelle de cette rétribution que s'il en a été convenu ainsi (322d al. 2 CO).

L'obligation d'accorder une gratification n'existe donc que s'il y a eu accord exprès ou tacite à ce sujet (Streiff/Von Kaenel, Arbeitsvertrag, ad art. 322d CO, N° 4). L'accord peut intervenir soit lors de la conclusion du contrat, soit durant son exécution.

La gratification ne constitue pas un cadeau de la part de l'employeur. Elle n'est pas considérée comme une partie intégrante du salaire mais comme une prestation supplémentaire (Kuhn, Le droit du travail actuel dans les entreprises, n° 4/3.4.1 p. 2; Streiff/Von Kaenel, op. cit. ad art. 322d CO, N° 3).

La gratification dépend dans une certaine mesure de l'employeur, si ce n'est dans son principe, à tout le moins dans son montant. N'est dès lors plus une gratification, au sens de l'art. 322d CO, la rétribution dont le montant et l'échéance inconditionnelle sont fixés d'avance par le contrat de travail, telle que le treizième salaire ou une autre rétribution semblable entièrement déterminée par contrat (ATF 109 II 448). A l'inverse, on ne peut déduire du seul caractère variable de la bonification qu'il s'agit d'une gratification. En fonction de ce que les parties ont convenu concrètement, il peut s'agir aussi bien d'un élément de salaire au sens de l'art. 322 CO, qui, ainsi que le prévoit l'art. 322a CO, peut être variable, que d'une gratification (ATF 129 III 276 consid. 2 = JT 2003 I 346).

Il convient de rappeler que le contrat de travail est par définition un contrat conclu à titre onéreux. L'employeur doit donc s'être obligé à verser une rétribution. Un dédommagement purement facultatif ne suffit pas. Dans ce sens, une gratification

est une rémunération exceptionnelle qui s'ajoute au salaire (ATF 129 III 276 consid. 2 = JT 2003 I 346). Pour déterminer si un bonus est la contrepartie convenue du travail et est ainsi devenu une partie du salaire, ou s'il constitue seulement une rémunération accessoire sous forme de gratification, il faut se fonder sur sa régularité et le montant du salaire fixe. Le bonus paraît perdre son caractère accessoire, s'il atteint régulièrement un montant supérieur à celui du salaire fixe (ARV 2003, p. 154-156, en particulier p. 155; ATF 129 III 276 consid. 2 = JT 2003 I 346).

Conformément à l'article 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Pour toutes les prétentions relevant du droit privé fédéral, l'article 8 CC répartit le fardeau de la preuve, auquel correspond en principe le fardeau de l'allégation, et les conséquences de l'absence de preuve ou d'allégation (ATF 127 III 519, consid. 2a, et les références citées ; Hohl, Procédure civile, tome I, n. 786 ss).

**2.2.** L'appelant réclame le paiement de fr. 221'442.- à titre de solde de parts.

T \_\_\_\_\_ a reçu régulièrement, depuis le début de ses relations contractuelles avec l'intimée, soit 1996, une "participation" toujours croissante dans son montant et plus importante que son salaire fixe, celle-ci atteignant même fr. 572'000.- en l'an 2000, soit presque quatre fois plus que son salaire fixe de base pour cette année-là (fr. 176'700.-). Une rémunération aussi régulière et élevée ne peut être qualifiée d'exceptionnelle ni de facultative et d'accessoire. Elle consiste, au contraire, en une véritable rétribution pour le travail effectué et doit être considérée comme faisant partie intégrante du salaire. Il importe dès lors peu que le contrat de travail liant les parties prévoyait que le versement d'une participation n'était pas garantie ni dans son principe ni dans son montant. La "participation" versée à l'appelant ne constituait ainsi pas une gratification octroyée à bien plaisir mais était une composante essentielle de son salaire, de sorte que les "parts" attribuées à l'appelant, tant en ce qui concerne leur nombre que leur valeur, qui étaient respectivement de 1002 et de fr. 442.-, ne sauraient être réduites de moitié.

En conséquence, l'intimée sera condamnée à verser à ce titre fr. 221'442.- correspondant à la moitié des "parts" non encore versées.

**2.3.** L'appelant réclame fr. 623'147.35 à titre de solde de primes de fidélité différées pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 1996 au 31 décembre 1999.

Il est vrai que, dès l'an 2000, l'intimée n'a plus promis de prime de fidélité en raison de la mise en place à cette date-là d'un nouveau système de bonus. Toutefois, selon l'art. 17 du "plan d'octroi de primes de fidélité", en cas de modification de ce règlement, les primes de fidélité déjà promises restent soumises à celui-ci.

L'appelant soutient ainsi qu'il a droit au solde total des primes de fidélité

"promises" de 1996 à 1999, soit fr. 1'241'919.60 moins fr. 618'772.- déjà versés, sur la base d'un relevé de compte des primes de fidélité promises de 1996 à 1999, produit par l'intimée (cf. pièce 5 intimée), relevé qu'il considère comme valant reconnaissance de dette.

Ce raisonnement ne saurait être suivi.

En effet, le "plan d'octroi de primes de fidélité" indique clairement que lesdites primes sont versées d'année en année et sont calculées sur la base de la valeur moyenne annuelle de primes promises durant les quatre années précédant le paiement de la prime de fidélité. Ainsi, les primes de fidélités "promises" et indiquées dans le relevé de compte produit par l'intimée ne servent qu'à calculer une éventuelle prime future de fidélité si les conditions de son octroi sont remplies.

Selon l'art. 9 du plan susmentionné, c'est seulement si l'employé est encore au service de l'intimée le 31 décembre de la quatrième année ayant servi de base au calcul de la prime de fidélité qu'il a droit au paiement de la prime fidélité.

L'appelant remplit manifestement cette condition puisqu'il a résilié son contrat de travail pour le 31 décembre 2001. A cet égard, la distinction que l'intimée tente de faire entre être à son service "formellement" ou "concrètement" ne convainc pas puisqu'elle ne ressort ni du texte du plan d'octroi de la prime de fidélité ni de son but. Par ailleurs, l'employé quittant la banque le dernier jour d'une année civile est pénalisé en matière de primes de fidélité par le fait qu'il ne touchera pas les primes "promises" à ce titre les trois années précédant son départ. Et de fait, l'appelant n'a pas droit à une prime de fidélité afférente aux années 1999 à 2002 puisqu'il n'était plus au service de l'intimée au 31 décembre 2002.

Dès lors, il doit percevoir la prime de fidélité afférente aux années 1998 à 2001.

Le calcul d'une telle prime n'est pas évident dans la mesure où, dès l'an 2000, aucune prime de fidélité n'a été "promise" à la suite du changement de système intervenu à cet égard au sein de la banque intimée. Toutefois, il apparaît qu'en 2001, cette dernière a versé à l'appelant une prime de fidélité de fr. 311'575.- afférente aux années 1997 à 1999 (et non 1997 à 2000). Cette façon de procéder qui n'a pas été contestée par l'appelant, sera également appliquée dans le cas d'espèce.

En conséquence, l'intimée sera condamnée à verser à l'appelant la somme de fr. 311'573.70 (soit [fr. 1'241'919.60 - fr. 307'197.25 - fr. 311'575.-] / 2).

**2.4.** L'appelant demande le versement d'un montant de fr. 350'000.- à titre de bonus différé afférent à l'an 2000.

T \_\_\_\_\_ a reçu en 2001 la moitié de son bonus afférent à l'année 2000,

soit fr. 350'000.-. Conformément à l'art. 15 des "Principes généraux de rémunération des collaborateurs du secteur des ventes institutionnelles", l'autre moitié du bonus devait être versée de manière différée. L'octroi de la partie différée du bonus était toutefois soumis à la condition que son bénéficiaire ne se soit pas livré « à une activité dans les métiers de la finance entrant en concurrence avec celle du secteur pendant les deux années suivant son départ » (art. 17 desdits Principes).

Il sied tout d'abord de préciser qu'une telle clause ne peut pas être assimilée à une clause de non-concurrence, l'appelant n'ayant pris aucun engagement de cette nature. Cette clause ne fait que conditionner le paiement du bonus différé à l'absence d'activité concurrente exercée durant deux ans par l'employé quittant l'intimée.

Lorsqu'il travaillait pour l'intimée, l'appelant accomplissait une activité d'analyste financier et était responsable du service analyse financière (cf. témoignages de C \_\_\_\_\_ et D \_\_\_\_\_ ; contrat de travail du 24 mai 1994). Auprès de son nouvel employeur, l'appelant - bien qu'il exerce également d'autres activités - continue d'être responsable de l'analyse financière en tant qu'il dirige l'"*Asset Management*" (cf. organigrammes de F \_\_\_\_\_ ; témoignage de G \_\_\_\_\_).

Les distinctions qu'opère l'appelant entre être « du côté vendeur ou acheteur » ne sont pas pertinentes dès lors qu'il existe une étroite corrélation entre ce qu'il faut « vendre » ou "acheter" et que ces deux activités dépendent de l'analyse financière du marché, ce qui, du reste, ressort des témoignages recueillis en première instance. Ainsi, dans le cadre de son travail, l'appelant indiquait les titres qu'il fallait "acheter ou vendre" ainsi que la stratégie du marché en donnant souvent des entretiens aux journaux (témoignage de C \_\_\_\_\_) ; il était également chargé de rendre des rapports écrits sur des compagnies et des secteurs économiques qui étaient transmis "aux clients et aux vendeurs d'actions (cf. témoignage de D \_\_\_\_\_).

A cet égard, il faut relever que les coupures de presse annonçant que l'intimée séparait ses activités de recherches sont postérieures (novembre 2002) au départ de l'appelant de chez E \_\_\_\_\_ (décembre 2001) et qu'il ne peut être tenu compte à cet égard du témoignage de D \_\_\_\_\_ en tant qu'il indique que T \_\_\_\_\_ était « du côté acheteur » chez son nouvel employeur F \_\_\_\_\_, ce qui était « complètement entièrement différent », l'intéressé ne travaillant pas ou n'ayant pas travaillé pour F \_\_\_\_\_ et ne pouvant, dès lors, que témoigner indirectement au sujet des activités concrètement exercées par l'appelant chez de son nouvel employeur.

Enfin, peu importe la dénomination du département auquel l'appelant est rattaché ou la dénomination de son activité, seule comptant la nature réelle de son activité.

Dès lors qu'il exerce chez son nouvel employeur également une activité d'analyste financier, celle-ci entre en concurrence avec l'activité de même nature à laquelle il

se livrait chez E \_\_\_\_\_, de sorte que l'appelant ne remplit pas la condition d'octroi du bonus différé.

T \_\_\_\_\_ doit ainsi être débouté de ses conclusions sur ce point.

2.5. Enfin, l'appelant réclame la partie différée de son bonus afférent à l'année 2001.

Selon l'art. 17 des "Principes généraux de rémunération des collaborateurs du secteur des ventes institutionnelles" précité, le collaborateur qui a donné son congé ou qui a été licencié n'a pas droit au bonus pour l'année en cours.

Dès lors qu'il a résilié son contrat en 2001, l'appelant n'a pas droit à un bonus pour cette année-là, de sorte qu'il ne peut pas non plus prétendre avoir droit à la perception de sa partie différée.

En conséquence, l'appelant sera également débouté de ses prétentions sur ce point.

3. A teneur de l'art. 78 al. 1 LJP, l'émolument de mise au rôle est mis à la charge de la partie qui succombe.

T \_\_\_\_\_, qui réclamait en appel la somme de fr. 1'194'589.35 ainsi qu'un montant indéterminé correspondant au bonus différé afférent à l'année 2001, que le Tribunal ne lui avait pas octroyés, n'obtient, en définitive, satisfaction qu'à hauteur de fr. 533'015.70. Dès lors, il apparaît que ses conclusions étaient exagérées et que cet excès a porté à conséquence sur l'émolument de mise au rôle de fr. 8'000.- qu'il a payé (art. 176 al. 2 LPC, applicable par renvoi de l'art. 11 LJP), de sorte qu'il se justifie qu'il supporte la moitié dudit émolument, le solde étant mis à la charge de sa partie adverse.

### **PAR CES MOTIFS**

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

#### **A la forme :**

Reçoit l'appel interjeté par T \_\_\_\_\_ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 2 avril 2004 rendu en la cause n° C/161/2003-4.

#### **Au fond :**

1. L'admet partiellement et annule ledit jugement au sens des considérants.

**Et statuant à nouveau :**

Condamne E\_\_\_\_\_ à verser à T\_\_\_\_\_ la somme de fr. 533'015.70, avec intérêts dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002.

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

2. Laisse à la charge de T\_\_\_\_\_ la moitié de l'émolument d'appel qu'il a payé, soit la somme de fr. 4'000.-.

3. Condamne E\_\_\_\_\_ à verser à T\_\_\_\_\_ la moitié de l'émolument d'appel dont celui-ci s'est acquitté, soit la somme de fr. 4'000.-.

4. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président