



E _____

Case postale
12 _____

Monsieur T _____
Dom. élu : Maître Pierre RÜTTIMANN
Rue Neuve-du-Molard 5
Case postale 3583
1211 Genève 3

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du mercredi 20 avril 2005

Mme Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente

MM. Alain SARACCHI et Denis MATHIEU, juges employeurs

Mme Paola ANDREETTA et M. Yves DELALOYE, juges salariés

Mme Dalia PACHECO, greffière d'audience

EN FAIT

- A. T_____ a été engagé par contrat du 19 novembre 1991 en qualité de cambiste (*junior*) par la banque A_____ (pièce 1 dem.).

Le 16 septembre 1996, la banque a été dissoute sans liquidation ; ses actifs et passifs ont été repris par B_____. Le 10 avril 2001, B_____ a fusionné avec C_____. Cette nouvelle entité a pris le nom de E_____, puis de D_____.

- B. Le salaire annuel brut mensuel initial de T_____ se montait à fr. 74'100 l'an, étant précisé que le contrat de travail signé le 19 novembre 1991 ne prévoit pas le versement d'une gratification ou d'un bonus.

- C. La rémunération de l'employé a évolué comme suit :

Année	Salaires	Bonus	Réserve formulée par l'employeur
1992	74'100.-	20'000.-	« exceptionnel »
1993	93'004.-	55'000.-	« exceptionnel »
1994	120'000.-	55'000.-	« exceptionnel »
1995	126'024.-	70'000.-	« exceptionnel »
1996	165'000.-, frais de représentation inclus	65'000.-	« exceptionnel »
1997	167'483, frais de représentation inclus	125'000.-	« exceptionnel »
1998	169'153.- frais de représentation inclus	160'000.-	-
1999	170'448.-, frais de représentation inclus	35'000.- 20'000.- 75'000.-	- « complément tout à fait exceptionnel » actions (cf. infra)

Par courrier du 17 décembre 1999, le salaire annuel brut a été porté, dès le 1^{er} janvier 2000, à fr. 171'639.-, y compris une participation aux frais de représentation de fr. 8'560.-

- D. Le 9 février 2000, les parties ont signé un nouveau contrat de travail, confirmant l'engagement de T_____ en qualité de cambiste par la F_____, unité issue de la fusion.

Ce document prévoit, avec effet au 1^{er} février 2000, un salaire annuel brut de fr. 213'759.-, une participation annuelle de l'employeur aux frais de participation de fr. 11'244.-, une indemnité pour boissons et repas de fr. 1'560.-, enfin le versement d'un bonus, fonction des performances, versé de manière discrétionnaire par la banque, « sans que ceci constitue une quelconque obligation de sa part » (cf. pce 15 dem.).

Par avenant daté du 8 février 2000 et signé par les parties le 20 avril 2000, T_____ s'est déclaré d'accord de participer à un plan d'incitation, selon règlement annexé, une prime lui étant attribuée à ce titre sous forme d'actions bloquées de la banque, pour une valeur de fr. 75'000.-.

Aux termes du règlement dudit plan d'incitation, destiné à favoriser la fidélisation des employés, la propriété des actions est acquise à l'employé à l'issue d'une période de restriction de trois ans, l'allocation de la prime étant en outre subordonnée à la condition que l'employé demeure « affilié » au groupe F_____ pendant toute la durée de la période de restriction (pce 12 dem.).

Ainsi, dès l'année 2000, une partie du bonus devait être versée à l'employé en espèces et une autre en actions de la F_____, conformément au plan d'incitation.

Ces conditions n'ont pas été négociées, l'employé n'ayant le choix que d'accepter ou de partir (tém. G_____ ; H_____)

E. L'évolution de la rémunération de T_____ s'est alors poursuivie comme suit :

Année	Salaire	Bonus	Réserves
2000 (dès le 01.02)	213'759.- frais de participation inclus	80'000.- 30'000.-	- actions
2001	228'381.-, frais de participation inclus	135'000.- 100'000.-	- actions
2002	Idem	167'000.- 67'500.-	- actions

Il n'est par ailleurs pas contesté que la contre-valeur d'actions d'une valeur de fr. 75'000.- allouées en 2000, sur la base des résultats de 1999, a été remise à T_____ au printemps 2003, à l'expiration de la période de restriction de trois ans.

- F. Au cours du printemps 2003, la direction de la F_____ a procédé à la restructuration du fonctionnement de la table de change, ce qui a entraîné des modifications dans les tâches assurées jusqu'alors par les cambistes. Ainsi, certains d'entre eux devaient dorénavant être chargés des tâches de vente (sale) alors que d'autres devaient assumer les tâches de gestion (trade).

Les cambistes s'inquiétèrent alors du sort de leurs primes, question qui fut abordée avec la direction de la F_____ lors d'une réunion tenue en mai 2003.

Lors de cette réunion, la direction chercha à apaiser les inquiétudes des cambistes. C'est ainsi qu'elle leur assura que, durant les six premiers mois de l'année 2003, les tâches seraient exécutées comme précédemment ; par ailleurs les performances de la table de change seraient évaluées globalement, sans distinction entre les « salers » et les « traders » (tém. I_____, J_____). La manière de calculer les primes de fin d'année serait ainsi identique à celle des années précédentes (tém. J_____, H_____). Lors de cette réunion, la question du versement des boni aux employés quittant en cours d'année n'a pas été évoquée (tém. G_____, H_____, K_____, L_____).

- G. Le 23 juillet 2003, l'employé a résilié les rapports de travail avec effet au 31 octobre 2003.

Il a été libéré de son obligation de travailler dès le 24 juillet 2003.

Par courriers des 19 août et 2 septembre 2003, il a sollicité le paiement d'un bonus pro rata temporis pour l'année 2003. Aucune suite positive n'a été donnée à ces courriers.

- H. Pour l'année 2003, les cambistes ont reçu un bonus équivalent à celui de l'année précédente. Celui-ci a été calculé – comme les années précédentes – sur la base des résultats globaux de la table de change, pondérés au vu des performances individuelles et des résultats globaux de la banque.

Les performances de T_____ pour les six premiers mois de l'année ont été jugés équivalents à celles de l'année précédentes.

T_____ a perçu son salaire jusqu'au 31 octobre 2003. Il n'a en revanche reçu aucun bonus en relation avec son activité en 2003, et aucune part d'actions ne lui a été attribuée en relation avec cette-année-là. Aucune des parts d'actions attribuées en relation avec les années 2000, 2001 et 2002 ne lui a en outre été remise.

En novembre 2003, T_____ a travaillé trois semaines dans une société de

gestion de fortune, moyennant un salaire mensuel brut de fr. 10'000.-. Aucun indice ne laisse supposer qu'il ait reçu un bonus d'engagement (« signing in bonus »). Licencié durant le temps d'essai, il est actuellement toujours au chômage et envisage la création de sa propre entreprise.

- I. Par demande déposée le 28 novembre 2003 au greffe de la juridiction, T_____ a assigné E_____ (devenue depuis le 1^{er} janvier 2004 D_____), en paiement des montants suivants :

Bonus 2003, pro rata temporis	fr.	195'833.30,	int.	5% dès le 1.11.2003
Contre-valeur actions 2000 :	fr.	30'000.-,	int.	5% dès le 8.12.2000
Idem actions 2001	fr.	100'000.-,	int.	5% dès le 30.1.2002
Idem actions 2002	fr.	67'500.-,	int.	5% dès le 1.11.2003

A l'appui de ses prétentions, T_____ a fait valoir que le « bonus » devait être considéré comme un salaire variable, en particulier en raison du fait qu'au fil des années, une part de plus en plus importante de son salaire était composée des primes ou boni réguliers. Ce salaire variable, pas plus que le salaire fixe, ne pouvait être versé à la discrétion de l'employeur. Les parts d'actions bloquées, attribuées pour récompenser ses performances, constituaient de même une part de salaire variable. La clause prévoyant une période de restriction de trois ans en cette manière était enfin contraire à l'art 27 CO, en tant qu'elle l'obligeait à rester au service de son employeur durant ce temps-là

L'employeur a conclu au déboutement de T_____ des fins de sa demande. A ses yeux, le bonus constituait une gratification laissée à sa seule discrétion. La période de restriction de trois ans découlait en outre du plan d'incitation, la remise des actions à l'employé étant soumise à condition suspensive.

- J. Les premiers juges ont procédé à l'audition des parties et de divers témoins.

Sur quoi, par jugement du 29 avril 2004, communiqué le 30 juillet 2004, le Tribunal des Prud'hommes, groupe 4, a condamné E_____ à verser à T_____ 195'833 fr. 30 avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} novembre 2003 à titre de bonus pour l'année 2003 au pro rata temporis et l'a débouté de ses autres prétentions.

Ce jugement retient, en substance, que le bonus attribué tout au long des rapports de travail avait constitué une part proportionnellement importante de la rémunération de l'employé, cette proportion atteignant 37% en 2000 et 52% en 2001 et 2002. Le versement du bonus revêtaient ainsi un caractère de caractère de régularité, ce qui était déjà le cas avant la fusion et la signature des avenants des 8 et 9 février 2000. Aucun élément ne permettait en outre de retenir que les résultats de la banque ou de la table de change se

soient péjorés au cours de l'année 2003, le bonus versé en 2003 aux autres cambistes ayant d'ailleurs été égal ou supérieur à celui versé l'année précédente. Le bonus constituait dès lors du salaire variable et non une gratification discrétionnaire, en dépit des termes explicites employés dans le renouvellement du contrat de travail du 9 février 2000. Sur la base d'un montant de fr. 235'000.- correspondant au bonus 2001 et au bonus 2002, le montant dû au pro rata temporis pour la période du 1^{er} janvier au 31 octobre 2003 représentait dès lors fr. 195'833.30 (235'000 x 10/12^{ème}).

La période de restriction de trois ans, s'agissant des actions attribuées à titre de bonus, résulte de l'avenant signé le 8 février 2000 et la contre-valeur des actions attribuées – non seulement pour récompenser les résultats passés, mais également pour fidéliser l'employé dans l'avenir - n'est pas si importante qu'il faille la considérer comme la seule ou la principale source de rémunération (Entgelt) du demandeur. L'argument tiré de l'art. 27 CC ne résistait enfin pas à l'examen.

- K. L'employeur forme appel contre cette décision par acte expédié le 1^{er} septembre 2004. Il sollicite son annulation, en tant qu'elle le condamne au versement d'un bonus pro rata temporis pour 2003, l'employé devant être débouté de toutes ses conclusions de ce chef, et à sa confirmation pour le surplus.

Le travailleur conclut au rejet de l'appel principal et forme appel incident, reprenant devant la Cour ses prétentions en relation avec les actions attribuées pour les exercices 2000, 2001 et 2002.

Les arguments des parties en appel seront repris ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

1. Interjetés dans les délais et suivant la forme prescrite, tant l'appel principal que l'appel incident sont recevables.

La Cour dispose d'une cognition complète.

2. L'employeur conteste sa condamnation à verser à l'employé un bonus pro rata temporis. Il fait valoir, en substance, que le bonus versé à l'intimé revêt le caractère d'une gratification, laissée tant dans son principe que dans son montant, à l'entière discrétion de l'employeur.

Le Tribunal fédéral a récemment rappelé les principes en la matière (ATF 129 III 276 /JdT 2002 I 246 et réf. citées, arrêts 4C.325/2002, 4C.6/2003) :

- La gratification au sens de l'article 322d CO est une rétribution extraordinaire qui s'ajoute au salaire et intervient à certaines occasions. Elle dépend toujours, dans une certaine mesure, de la volonté de l'employeur. Un montant fixé et définitivement convenu à l'avance n'est pas une gratification, mais un salaire. 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 aussi bien s'agir d'un élément du salaire au sens de l'art. 322 CO – lequel peut être variable (art. 322a CO) -, que d'une gratification au sens de l'art. 322d CO.

- La question de savoir si la gratification est une prestation purement facultative de l'employeur ou si le travailleur a une prétention à en obtenir le versement dépend des circonstances. Une telle prétention peut résulter du contrat de travail, écrit ou oral ; elle peut également résulter, durant le contrat, d'actes concluants, par exemple lorsqu'un certain montant est versé régulièrement et sans réserve, en principe durant au moins trois années consécutives. L'accord peut ne porter que sur le principe du versement d'une rémunération. Enfin, l'employeur peut verser des montants variables, en fonction de la qualité de la prestation de travail, du cours des affaires et d'autres critères, qu'il est libre de déterminer.

- En particulier, on est en présence d'un salaire variable lorsque la « gratification », versée régulièrement, représente, malgré le fait qu'il ait été convenu que son versement était facultatif, un véritable dédommagement pour le travail effectué : tel est en tout état le cas lorsque le montant de la gratification est régulièrement plus élevée que le montant du salaire. Le seul versement régulier durant une longue période n'est pas suffisant, s'il s'accompagne régulièrement d'une réserve au sujet de son caractère facultatif. Toutefois, une telle réserve n'a aucune portée, si elle n'est qu'une formule vide et si l'employeur montre par son comportement qu'il se sent obligé de verser une gratification : dans ce cas, la réserve, même régulièrement répétée, demeure théorique. Cette solution ne se justifie toutefois que si, durant la période considérée, l'employeur avait des motifs de ne pas verser la gratification, par exemple, en raison de la mauvaise marche de ses affaires.

- Enfin, le versement d'une gratification doit, sous certaines réserves et conditions, respecter le principe de l'égalité de traitement entre employés.

3. En l'espèce, le contrat de travail conclu par l'intimé en 1991 ne faisait pas mention d'un quelconque bonus. Un versement a toutefois été opéré chaque

année en faveur de l'intimé à ce titre – avec la mention qu'il s'agissait d'un versement « exceptionnel » -, de 1991 à 1999, le montant du bonus augmentant progressivement, de manière à représenter une part non négligeable de la rémunération du travailleur.

En revanche, le versement du bonus est spécifiquement prévu dans le contrat de travail signé par les parties en février 2000. La clause du contrat y relative prévoit expressément que le versement du bonus est discrétionnaire, et que l'employeur ne dispose pas de droit à le recevoir. Ces nouvelles dispositions contractuelles ne contiennent en revanche aucune disposition relative au sort du bonus en cas de fin des rapports de travail en cours d'année.

Les termes clairs du contrat de travail signé en février 2000, au sujet du caractère discrétionnaire du bonus, sont toutefois démentis par l'attitude ultérieure de l'employeur.

D'une part, en effet, depuis la signature de ce contrat, le versement d'un bonus en relation avec les exercices 2000, 2001 et 2002 – soit durant trois années consécutives - a été effectué sans rappel spécifique de son caractère discrétionnaire ou facultatif. Le versement annuel d'un bonus correspondait par ailleurs à la pratique antérieure de l'employeur, puisqu'un bonus a régulièrement été versé à l'intimé de 1991 à 1999, cette régularité démentant le caractère « exceptionnel » d'un tel versement. D'autre part, tant en 2001 qu'en 2002, le montant du bonus (actions attribuées incluses, celles-ci correspondant à une partie du bonus, comme il sera examiné ci-après) a représenté une part non négligeable de la rémunération de l'intimé, atteignant même, durant le dernier exercice, un montant équivalent au salaire brut de base. Par ailleurs encore, le calcul du bonus était effectué par la banque suivant des critères spécifiques précis : bénéfice réalisé par la table de change de manière globale, pondéré en fonction des résultats individuels et de ceux de la banque. Enfin et surtout, en mai 2003, des assurances particulières ont été données par la banque aux cambistes au sujet du bonus afférent à cet exercice : alors que ceux-ci s'inquiétaient au sujet du versement de leur bonus en raison de la restructuration de la table de change, la banque n'a pas rappelé le caractère discrétionnaire du versement de celui-ci. Au contraire, elle a assuré aux cambistes que le bonus 2003 leur serait versé selon les mêmes critères que ceux des années précédentes, et rappelés supra.

Il résulte de ces différents éléments, et en particulier des assurances données en relation avec le bonus 2003, que la banque s'estimait bien dans l'obligation de verser aux cambistes – dont l'intimé – un bonus, dont le montant serait arrêté en 2003 suivant les mêmes paramètres de calcul que ceux utilisés les années précédentes.

Les premiers juges ont ainsi avec raison retenu que l'intimé pouvait, dans son principe, prétendre au versement d'un bonus pour l'année 2003, celui-ci constituant une part variable de son salaire.

S'agissant d'une part variable du salaire, calculée en fonction en particulier des performances de l'employé, et non d'une gratification stricto sensu, l'art. 322d al. 3 CO n'est pas applicable. Rien de spécifique n'ayant été prévu sur le sujet dans la convention entre les parties, il peut prétendre au versement de celui-ci au pro rata temporis pour la période antérieure à la fin des rapports de travail (soit du 1^{er} janvier au 31 octobre).

S'agissant enfin du montant, la banque appelante critique avec raison le calcul des premiers juges (cf. appel p. 3/4 ad. i/j).

Il est admis que les résultats de la table de change en 2003 ont correspondu à ceux de l'année précédente, que les résultats personnels de l'intimé durant le premier semestre 2003 ont répondu aux attentes, enfin que les résultats globaux de la banque ont été équivalents voire quelque peu supérieurs à ceux de l'année 2002. Les autres cambistes ont enfin reçu des boni équivalents à ceux de l'année précédente. L'intimé est ainsi fondé à réclamer le même bonus en 2003 que celui reçu en 2002, soit une somme en espèces de fr. 167'000.-. Rien ne justifie en revanche de tenir compte du bonus perçu en 2001, ou encore de la contre-valeur des actions attribuées à l'intimé, en référence à l'exercice 2002, la question de celle-ci étant spécifiquement traitée infra.

Au pro rata temporis, le montant auquel l'intimé peut ainsi prétendre représente dès lors fr. 167'000.- : 12 x 10 = 139'165 fr.

Il doit en effet être tenu compte de la période écoulée jusqu'à la fin des rapports de travail, l'employé ayant été dispensé de travailler par décision unilatérale de l'employeur.

Ce jugement entrepris doit dès lors être modifié en ce sens.

4. L'intimé, par voie d'appel incident, reprend devant la Cour ses conclusions tendant au paiement de fr. 197'500.-, représentant la contre-valeur des actions bloquées qui lui ont été attribuées pour les années 2000, 2001 et 2002, plus intérêts à 5% dès leur attribution.

En signant l'avenant du 8 février 2000, les parties à la présente procédure ont convenu que partie du bonus versé à l'employé serait non plus versé en nature, mais serait attribué à l'employé sous forme d'actions, bloquées pendant une période de restriction de trois ans. Sur le sujet, les premiers juges ont ainsi avec raison retenu que la contre-valeur des actions bloquées

ne peut être assimilée à une seule participation aux résultats (passés) de l'entreprise, mais bien plus à un intéressement dans les résultats futurs de cette dernière. Quand bien même cette attribution fait partie du bonus, elle échappe dès lors aux principes développés ci-dessus. L'intimé ne s'y est d'ailleurs pas trompé, puisqu'il ne réclame aucune attribution d'actions pour l'exercice 2003.

La banque a ainsi, conformément à l'avenant signé entre les parties, attribué à l'intimé des parts d'actions pour les exercices 1999 à 2002.

L'acquisition par l'employé de la propriété des actions (ou de leur contre-valeur) était toutefois soumise à la condition suspensive que l'employé soit encore au service de la banque à la fin de la période de restriction de trois ans. Comme l'ont relevé les premiers juges, l'objectif de cette forme d'intéressement, clairement explicité dans l'avenant du 8 février 2000, est non seulement l'encouragement au rendement, mais encore la fidélisation de l'employé.

L'intimé et appelant incident soutient pour le surplus à tort que la condition suspensive susrappelée serait contraire à l'art. 27 CC, en tant qu'elle lui interdit de quitter son emploi pendant la période de restriction, sous risque de perdre son droit aux actions ainsi attribuées. A teneur de l'article 27 CC, en effet, une restriction conventionnelle de la liberté économique n'est excessive que si elle livre une partie à l'arbitraire de l'autre, si elle représente une aliénation de liberté économique ou si elle met en danger pour l'une des parties le fondement de cette liberté (ATF 114 II 159 cons. 2a, JdT 1989 I 2). Or, le fait de se lier pour trois ans n'est pas excessif au sens de cette disposition ; d'autre part, eu égard à la proportion entre le montant attribué sous forme d'actions et les autres éléments de la rémunération de l'intimé, la perte de ladite contre-valeur pendant la période de restriction, ainsi que l'ont relevé les premiers juges ne constitue pas une telle atteinte.

S'agissant des années 2000 à 2001, l'intimé ne peut ainsi prétendre recevoir la contre-valeur des actions attribuées, ayant quitté la banque, de son chef, en 2003, soit avant la fin de la période de restriction de 3 ans. Ces actions devraient-elles lui être attribuées pour l'exercice 2003 au pro rata, qu'il ne pourrait prétendre à leur remise effective, ou au paiement de leur contre-valeur en ses mains pour ce même motif.

L'appel incident est ainsi infondé, ce qui conduit à la confirmation du jugement entrepris sur ce point.

Pour des motifs de clarté, l'ensemble du dispositif sera annulé et reformulé.

L'appelante principale obtient très partiellement gain de cause, alors que

l'intimé et appelant incident succombe. Il se justifie dès lors de condamner ce dernier à supporter ses propres frais d'appel et à rembourser à l'appelante principale les 2/3 de l'émolument d'appel versé par ses soins.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Reçoit l'appel et l'appel incident interjetés contre le jugement rendu le 29 avril 2004 par le Tribunal des Prud'hommes, groupe 4, dans la cause C/26346/2003-4.

Au fond :

Annule le jugement entrepris.

Statuant à nouveau :

Condamne E _____ à payer à T _____ la somme brute de fr. 139'166 avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} novembre 2003 ;

Invite la partie qui en a la charge à procéder aux déductions sociales et légales usuelles ;

Laisse à la charge de T _____ l'émolument d'appel versé par ses soins.

Condamne T _____ à rembourser à E _____ les 2/3 de l'émolument d'appel versé par cette dernière, soit 1'333 fr. 35.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente

