



E \_\_\_\_\_ SA  
**Dom. élu** : Me Blaise GROSJEAN  
Rue de Candolle 24  
1205 Genève

Monsieur  
T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu** : Me Fabio SPIRGI  
Rue Ferdinand-Hodler 15  
Case postale 360  
1211 Genève 17

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du lundi 15 septembre 2003

M. Guy STANISLAS, président

MM. Jean-Dominique ROSSI et Alain SIRY, juges employeurs

Mme Emmanuelle BOGET et M. Yves CORBAT, juges salariés

M. Pierre BUNGENER, greffier d'audience

**EN FAIT**

- A. Par contrat de travail du 28 novembre 1997, E \_\_\_\_\_ SA (ci-après : « la banque ») a engagé T \_\_\_\_\_ en qualité de « Responsable Recherche et Analyse Alternative Assets ». La date d'engagement était convenue pour le 1<sup>er</sup> avril 1998. L'employé recevait une rémunération globale annuelle de 207'150 fr. et était au bénéfice d'un système d'intéressement « *tel qu'il sera défini par la direction de la banque* ». Pour l'année 1998, la banque garantissait à l'employé un montant minimum de 30'000 fr., calculé prorata temporis si l'employé quittait son employeur pendant cette année.
- B. Les modalités de la rémunération de T \_\_\_\_\_ ont fait l'objet d'une lettre adressée par la banque à son employé le 9 décembre 1999 définissant les nouvelles bases de la rémunération du travailleur. La communication précitée, faisant suite à un entretien entre les parties, exprime la ferme volonté de l'employeur de pouvoir poursuivre ses relations de travail avec T \_\_\_\_\_, en application du contrat du 1<sup>er</sup> avril 1998, dans un véritable esprit de collaboration à long terme. Dans cet état d'esprit, la banque confirmait à l'employé son accord de lui faire bénéficier de diverses conditions salariales, soit :
- une rémunération fixe de base de 300'000 fr.,
  - un bonus annuel minimum garanti de 100'000 fr., le bonus 1999 étant payable en avril 2000 et le bonus 2000 payable en avril 2001,
  - un bonus annuel d'intéressement de 75'000 fr. pour les années 1999 et 2000. Il était précisé que le bonus 1999 serait payable pour moitié à la fin 2001 et pour moitié à la fin 2002, le bonus d'intéressement 2000 étant payable pour moitié à la fin 2002 et pour moitié à la fin 2003.

La communication précisait en outre que l'éventuel bonus ordinaire concernant les années suivantes (postérieures à 2000) serait déterminé annuellement sur la base des résultats et des performances de l'employé.

La lettre de la banque prévoyait également des conditions particulières en cas de fin de la collaboration et précisait ce qui suit : « *En outre, pour le cas où la banque devait décider de mettre fin à la collaboration, hormis le cas d'un licenciement pour justes motifs, nous vous confirmons le versement d'une indemnité correspondant à deux fois votre rémunération fixe de base. Ce montant sera complété, pour les années 2000 et 2001, du montant de 100'000 fr. relatif au bonus minimum garanti* ».

Il était enfin précisé dans un nouveau paragraphe : « *Par contre, si vous deviez quitter notre banque de votre propre initiative, ces conditions ne s'appliqueraient pas* ».

- C. T\_\_\_\_\_ a été nommé directeur-adjoint le 13 décembre 1999. Les bonus annuels minimum de 100'000 fr. lui ont été réglés pour les années 1999 et 2000 aux échéances convenues dans la lettre du 9 décembre 1999, soit respectivement en avril 2000 et avril 2001.

De plus, l'employé a reçu en février 2001 un montant de 100'000 fr. au titre d'une « gratification à la performance 2000 ». Dans la communication accompagnant l'annonce de cette rétribution, la banque indiquait que la gratification à la performance 2000 venait témoigner la reconnaissance de l'employeur pour la qualité des prestations de l'employé pour l'année concernée; il était précisé que cette gratification ne faisait pas partie de la rémunération de base et n'avait aucun caractère obligatoire et répétitif.

- D. Le 29 juin 2001, T\_\_\_\_\_ a dénoncé son contrat de travail avec effet au 31 août 2001.

- E. Par communication du 23 juillet 2001, la banque confirmait à son employé que son dernier jour de travail serait le 10 août 2001. Elle indiquait également que les conditions fixées dans l'accord du 9 décembre 1999 ne s'appliquaient pas dans la mesure où la fin des rapports de service provenait de l'initiative de l'employé. La banque acceptait néanmoins de lui verser à bien plaisir un montant forfaitaire de 50'000 fr. avec son dernier salaire d'août.

- F. Par communication de son conseil du 25 septembre 2001, T\_\_\_\_\_ a réclamé le paiement des bonus d'intéressement prévus dans l'avenant du 9 décembre 1999, soit un montant total de 150'000 fr. correspondant aux bonus annuels pour les années 1999 et 2000. En outre, T\_\_\_\_\_ a fait valoir un bonus complémentaire pour l'année 2001 calculé *prorata temporis* jusqu'à fin août 2001 et a invoqué à ce sujet une réclamation de 116'666 fr.

La banque s'est opposée à ces réclamations au motif que l'accord du 9 décembre 1999 ne permettait pas d'allouer à T\_\_\_\_\_ les bonus d'intéressement qui constituaient en réalité une prime de fidélité. La banque a indiqué qu'il ressortait clairement de l'accord conclu que ces avantages n'étaient dus que dans la perspective d'une collaboration à long terme et que l'employé ne pouvait prétendre au paiement de ces primes dès lors qu'il avait mis fin à sa collaboration avec sa banque. La réclamation concernant le bonus 2001 calculé *prorata temporis* a également été rejetée au motif que l'accord du 9 décembre 1999 ne contenait aucune indication à ce sujet.

- G. Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 20 novembre 2001, T \_\_\_\_\_ a réclamé à E \_\_\_\_\_ le paiement des sommes de 150'000 fr. à titre de bonus d'intéressement pour les années 1999 et 2000 et de 116'666 fr. à titre de bonus minimum garanti pour l'année 2001 calculé prorata temporis.

La banque s'est opposée à la demande au motif que l'interprétation de l'avenant du 9 décembre 1999 ne permettait pas d'asseoir les réclamations de T \_\_\_\_\_. La banque rappelait l'esprit de la conclusion de l'accord du 9 décembre 1999 qui s'inscrivait dans une collaboration à long terme entre les parties, collaboration qui était récompensée par une prime de fidélité improprement appelée bonus d'intéressement. Cette prime de fidélité était, pour les deux exercices concernés (1999 et 2000), payée à des échéances déterminées et lointaines (fin 2001 et fin 2002 pour le bonus 1999 et fin 2002 et fin 2003 pour le bonus 2000), ce qui tendait à démontrer la pérennité de la collaboration entre les parties. La banque invoquait également une mauvaise exécution du contrat de travail par son ancien collaborateur qui aurait pu justifier une dénonciation des rapports de service par la banque.

- H. Dans le cadre de l'instruction de la cause, le Tribunal a procédé à l'audition de divers témoins. A \_\_\_\_\_, responsable auprès de E \_\_\_\_\_, a indiqué avoir pris part à l'engagement de T \_\_\_\_\_. Le témoin a précisé que, sans avoir rédigé lui-même la communication du 9 décembre 1999, il en avait imposé les lignes directrices et que les éléments de la rémunération s'inscrivaient dans une collaboration à long terme avec l'employé dont la banque souhaitait s'assurer la fidélité dans le domaine des *hedge fund* dont le volume était à l'époque important. Le témoin a précisé que le bonus d'intéressement, troisième élément de la rémunération de l'employé, avait pour but de fidéliser le collaborateur et n'était payé que si l'employé était encore engagé par la société aux dates d'exigibilité. Le témoin a indiqué avoir discuté les éléments de cette rémunération avec T \_\_\_\_\_. Les autres témoins entendus dans la procédure (B \_\_\_\_\_, C \_\_\_\_\_ et D \_\_\_\_\_) ne se sont pas prononcés sur les circonstances ayant présidé à l'établissement de l'avenant du 9 décembre 1999. Les témoins ont indiqué que T \_\_\_\_\_ avait rencontré quelques difficultés dans l'exercice de son activité et commis diverses erreurs d'évaluation qui ne semblaient pas au demeurant avoir eu d'incidence sur les résultats de la banque.

- I. Par jugement du 2 juillet 2001, le Tribunal des Prud'hommes a fait partiellement droit aux réclamations de T \_\_\_\_\_ et condamné E \_\_\_\_\_ à lui verser la somme de 150'000 fr. correspondant aux bonus d'intéressement pour les années 1999 et 2000. En substance, le Tribunal relève que ces bonus constituent une partie de la rémunération de l'employé contractuellement due et que l'interprétation donnée par la banque pour leur exigibilité n'est pas étayée par les pièces du dossier. Se livrant à l'interprétation du texte litigieux, le Tribunal déclare ne pas pouvoir retenir que le bonus n'était dû que pour autant que l'employé soit toujours engagé

au sein de la banque. Le Tribunal relève les deux parties de l'avenant, la première concernant l'application du contrat durant les rapports de travail et la seconde s'appliquant aux conséquences d'une rupture par l'une des parties; cette dernière situation obéit à une indemnisation particulière (deux fois le salaire de base ainsi que le bonus minimum garanti), conditions qui ne sont pas applicables si le contrat est dénoncé par l'employé; le terme « *ces conditions* » utilisé dans l'avenant ne peut ainsi, selon le Tribunal, s'appliquer qu'aux conditions de l'indemnisation en cas de dénonciation du contrat par la banque mais n'affecte pas la rémunération de T\_\_\_\_\_ pendant la durée des rapports de travail, y compris les bonus d'intéressement dus pour les années 1999 et 2000. Invoquant l'application de l'art. 339 CO, le Tribunal a retenu que les bonus d'intéressement étaient devenus exigibles le 31 août 2001, date de la fin des rapports de service. Par contre, le Tribunal a rejeté la réclamation de T\_\_\_\_\_ concernant le paiement d'un bonus minimum garanti, calculé *prorata temporis* pour l'année 2001, au motif que cette gratification n'était pas contractuellement convenue.

- J.** A l'encontre de ce jugement notifié aux parties le 15 août 2002, E\_\_\_\_\_ interjette appel par acte déposé au greffe le 13 septembre 2002. A l'appui de son appel, la banque reproche au Tribunal d'avoir mal interprété l'avenant litigieux et refusé de considérer que ce dernier s'inscrivait dans un esprit de collaboration à long terme impliquant, en récompense de la fidélité de l'employé, le paiement de primes dues à des échéances déterminées. L'appelante fait grief au Tribunal d'avoir mal apprécié le témoignage de A\_\_\_\_\_ qui avait expliqué les circonstances ayant présidé à l'établissement de l'accord litigieux. L'appelant conclut à la réformation du jugement querellé et au déboutement de T\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions.
- K.** Par mémoire du 22 novembre 2002, T\_\_\_\_\_ conclut à la confirmation du jugement en ce qu'il condamne E\_\_\_\_\_ à lui verser la somme de 150'000 fr. avec suite d'intérêts. Il forme un appel incident à l'encontre du jugement précité et conclut au paiement de la somme de 116'666 fr. au titre de bonus *prorata temporis* pour l'année 2001. A l'appui de cet appel incident, T\_\_\_\_\_ indique (i) qu'il n'a pas fait l'objet de reproches dans l'exercice de son activité, (ii) que la banque n'a subi aucun préjudice en relation avec les prétendues erreurs commises et (iii) que l'accord litigieux n'exclut pas le paiement d'un bonus pour l'année 2001 puisqu'il est expressément indiqué que « *d'éventuels bonus ordinaires concernant les années suivantes (soit dès 2001) seront déterminés annuellement sur la base de vos résultats* ».
- L.** A l'audience de ce jour, E\_\_\_\_\_ a indiqué avoir fait l'objet d'une fusion par absorption ayant impliqué sa dissolution, l'ensemble des actifs et passifs étant repris par la banque E2\_\_\_\_\_ SA qui doit intervenir dans la procédure en lieu et place de E\_\_\_\_\_ SA.

A \_\_\_\_\_ a été entendu à nouveau comme témoin par la Cour d'appel. Il a expliqué que l'avenant du 9 décembre 1999 s'inscrivait dans une collaboration à long terme et que les conditions de la rémunération convenues avec l'employé tendaient à le récompenser de sa fidélité pour sa collaboration au sein de l'entreprise. Il a indiqué que, dans son esprit, il était clair que les bonus d'intéressement prévus pour les années 1999 et 2000, et payables à des échéances déterminées, avaient uniquement pour but d'assurer la fidélité de l'employé et n'étaient versés que pour autant que ce dernier soit encore en fonction au moment des diverses exigibilités. Il a en outre exposé que la banque avait clairement précisé à T \_\_\_\_\_ qu'elle avait besoin de lui et que ces montants lui étaient versés en contrepartie de sa collaboration. Le témoin a précisé que T \_\_\_\_\_ avait clairement compris les préoccupations de la banque qui s'inscrivaient dans une collaboration à long terme ainsi que les éléments de la rémunération inhérents à cette collaboration. Enfin, le témoin a expliqué que ce système de rémunération était également appliqué pour d'autres cadres de la banque et que chaque collaborateur avait eu une discussion individuelle avec le service du personnel, ayant toutefois précisé qu'il n'avait pas lui-même eu cette discussion avec T \_\_\_\_\_.

### EN DROIT

1. Interjeté dans le délai et la forme prescrits par la loi, l'appel de E \_\_\_\_\_ est recevable (art. 59 LJP).

L'appel incident de T \_\_\_\_\_ est également recevable (art. 61 LJP).

2. Compte tenu de la dissolution de E \_\_\_\_\_ SA et de la reprise de ses actifs et passifs par E2 \_\_\_\_\_ SA au terme d'une procédure de fusion par absorption (art. 748 CO), il y a lieu de rectifier les qualités de l'appelante en E2 \_\_\_\_\_ SA.
3. La gratification, au sens de l'art. 322d CO, est une rétribution spéciale accordée à des occasions particulières et dépendant, dans une certaine mesure en tout cas, de l'employeur, si ce n'est dans son principe, à tout le moins dans son montant. N'est dès lors pas une gratification la rétribution dont le montant et l'échéance inconditionnelle sont fixés d'avance par le contrat de travail, tel le treizième mois de salaire ou une autre rétribution semblable entièrement déterminée dans le contrat (ATF 109 II 447 consid. 5c; ATF non publiée du 24 janvier 2003 dans la cause 4c/325/2002 p. 5). L'engagement de l'employeur de verser une gratification peut être prévu dans le contrat de travail ou résulter, pendant les rapports de travail, d'actes concluants comme le versement régulier et sans réserve d'une gratification (Brunner/Buhler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, 2<sup>ème</sup> édition, n° 5 *ad*

art. 322d CO); il est ainsi admis qu'une gratification est due lorsque l'employeur l'a versée au moins trois fois sans interruption, c'est-à-dire trois années consécutives (arrêt du Tribunal Fédéral du 7 octobre 1997 dans la cause 4P/284/1996, consid. 2 a *in fine*; Stahelin, Commentaire zurichois, n° 9 *ad art.* 322d CO; Rehbinder, Commentaire bernois, n° 6 *ad art.* 322d CO; Wyller, Droit du travail, Berne 2002, p. 120). Si les parties se sont entendues uniquement sur le principe, le montant de la gratification pourra dépendre de la qualité des prestations du travailleur (Stahelin, *loc. cit.*, n° 24 *ad art.* 322d CO; Rehbinder, *loc. cit.*, n° 7 *ad art.* 322d CO).

Les parties peuvent également soumettre, expressément ou tacitement, le versement de la gratification à des conditions (Stahelin, *loc. cit.*, n° 25 *ad art.* 322d CO). Il est ainsi parfaitement possible de préciser contractuellement que l'employé, qui était encore au service de l'employeur au moment de l'occasion donnant lieu à la gratification, mais dont le rapport de travail a été résilié, n'a pas droit à la gratification ou que cette gratification sera réduite (Rehbinder, *loc. cit.*, n° 14 *ad art.* 322d CO; Stahelin, *loc. cit.*, n° 19 *ad art.* 322d CO; Wyller, *loc. cit.*, p. 122; JAR 1995, p. 102; JAR 2001 p. 198; JAR 1991 p. 34). On retient en effet que la gratification rémunère non seulement les activités passées mais est également destinée à encourager l'employé à fournir des efforts dans la poursuite des rapports de travail (JAR 1991 p. 134; Rehbinder, *loc. cit.*, n° 1 *ad art.* 322d). Toutefois, une telle restriction, introduite contractuellement, ne doit pas être considérée comme une restriction du droit de l'employé de résilier son contrat, ni comme une rupture du principe de l'égalité des parties instituée par l'art. 335a CO s'agissant des délais de résiliation. Le Code des obligations n'exige en effet pas que les parties soient traitées d'une manière égale s'agissant des modalités de résiliation du contrat (JAR 1995 p. 102; Wyller, *loc. cit.*, p. 122). Une telle convention n'est non plus contraire à l'art. 27 CCS, du moins dans la mesure où elle ne livre pas le travailleur à l'arbitraire de l'employeur et que le paiement de la gratification ne met pas en danger les fondements de l'existence économique du travailleur (JAR 1995 p. 102). Enfin, certains auteurs relèvent également qu'une réduction de la gratification se justifie même dans l'hypothèse où le travailleur est toujours au service de l'employeur au moment du paiement de la gratification mais que le contrat est résilié pour une échéance ultérieure, au regard notamment de la nature de la gratification qui tend à récompenser les efforts futurs que l'employé doit fournir (Wyller, *loc. cit.* p. 122; Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, 2<sup>ème</sup> édition, n° 6 *ad art.* 322d CO).

4. L'objet et le contenu d'un contrat doivent être déterminés tout d'abord par interprétation subjective, c'est-à-dire en recherchant la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1 CO) et ce n'est que lorsqu'il n'est pas possible d'établir en fait cette volonté qu'il faut alors tenter de découvrir la volonté présumée des parties en interprétant leurs déclarations de volonté selon le principe de la confiance, à savoir dans le sens qu'un destinataire de bonne foi pouvait et devait leur donner d'après leur texte et leur contexte, ainsi que d'après toutes les circonstances qui

les ont précédées ou accompagnées (ATF 119 II 449 consid. 3 a, 118 II 365 consid. 1, 117 II 273 consid. 5a, 116 II 695 consid. 2a et les arrêts cités). A cet égard, les circonstances à prendre en considération sont celles que les parties connaissaient ou pouvaient connaître lorsque le contrat est venu à chef. En revanche, les faits postérieurs à la conclusion, en particulier le comportement ultérieur des parties, permettent d'établir quelles étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes; elles ne révèlent pas une volonté hypothétique, mais la volonté réelle des parties (ATF 107 II 417 consid. 6 et les références).

5. Le bonus d'intéressement pour les années 1999 et 2000, objet du litige entre les parties, est une rétribution dont le montant et les échéances sont fixés par la convention du 9 décembre 1999. L'engagement de l'employeur de verser une gratification est prévu dans le contrat de travail et cette prestation est en principe due au travailleur. Il s'agit d'examiner si le paiement de cette rétribution est assorti de conditions et, le cas échéant, si ces conditions sont en l'espèce réalisées. Le litige porte ainsi exclusivement sur l'interprétation de la clause contractuelle fixant, dans l'accord litigieux du 9 décembre 1999, les modalités des bonus d'intéressement en faveur de l'employé.

La Cour d'appel relève tout d'abord que le pénultième paragraphe de la première page de l'accord du 9 décembre 1999 (« *En outre, pour le cas où la Banque....* ») tendait à réglementer les modalités d'indemnisation de l'employé en cas de dénonciation des rapports de service par la banque, hormis pour un cas de justes motifs. L'accord du 9 décembre 1999 s'inscrivait en effet dans une collaboration à long terme entre le travailleur et son employeur de telle sorte que ce dernier était tenu à une indemnisation spéciale s'il venait, en dépit de l'esprit qui présidait à l'accord, à dénoncer la relation de travail. Une dénonciation par la banque des rapports de service impliquait ainsi en faveur de l'employé une indemnisation correspondant à deux années de rémunération fixe complétée par un bonus minimum garanti de deux années. Les bonus d'intéressement, pourtant prévus au rang des trois conditions salariales en faveur de l'employé, ne devaient pas être versés au travailleur en cas de dénonciation des rapports de service par la banque et seuls la rémunération fixe et les bonus minimum garantis, tous deux calculés sur une base de deux années, étaient alors payables à l'employé. La Cour d'appel relève ainsi que si cette partie de la rémunération de l'employé ne lui est pas due en cas de dénonciation des rapports de service par la banque, à fortiori elle ne devrait pas l'être en cas de dénonciation des rapports de service à l'initiative du travailleur.

Une interprétation, tirée de la structure du texte contractuel, permet d'arriver au même résultat. La lettre du 9 décembre 1999, après avoir rappelé l'esprit qui préside à cet accord, détermine dans un premier paragraphe les conditions salariales de l'employé en prévoyant un salaire de base, un bonus garanti et un bonus d'intéressement; ensuite, dans un second paragraphe, l'accord traite des modalités de l'indemnisation due à l'employé en cas de dénonciation du contrat par la banque;

enfin, un troisième paragraphe tend à régler la situation en cas de démission de l'employé.

Se livrant à l'interprétation du texte contractuel, la Cour d'appel relève que le vocable « *par contre* » utilisé dans le troisième paragraphe de l'accord ne peut se référer au libellé « *en outre* » énoncé au second paragraphe qui concerne les conditions d'indemnisation particulières de l'employé en cas de dénonciation du contrat par son employeur. Le troisième paragraphe de l'accord (« *par contre, si vous deviez quitter notre banque de votre propre initiative, ces conditions ne s'appliqueraient pas* ») ne peut viser le paragraphe précédent qui se réfère aux conditions d'indemnisation particulières et concerne en réalité une autre situation. Si la banque avait en effet voulu viser l'indemnisation de licenciement dans le troisième paragraphe, elle aurait alors utilisé le singulier (« *cette condition* ») et non le pluriel (« *ces conditions* »); de plus, cette précision aurait été redondante dès lors qu'il est évident que l'employé qui donne son congé n'a pas droit à une indemnité spéciale de licenciement qui est due par l'employeur ayant voulu s'assurer une collaboration à long terme de son employé; enfin, dans cette hypothèse, la banque n'aurait pas établi un paragraphe spécial mais aurait fait figurer cette précision (inutile) à la suite du paragraphe traitant de l'indemnisation spéciale de licenciement.

La Cour d'appel relève ainsi qu'une analyse grammaticale de la clause litigieuse ne permet pas de retenir que le troisième paragraphe refermant cette clause se réfère à la situation visée au paragraphe précédent mais retient qu'il concerne une autre situation que celle visée précédemment. Les « *conditions* » prévues dans ce troisième paragraphe de l'accord litigieux ne peuvent dès lors s'appliquer qu'aux bonus d'intéressement des années 1999 et 2000, payables à des échéances différées. La rémunération fixe de base et le bonus minimum garanti ne sont pas visés par cette situation puisqu'ils ont été précisément garantis à l'employé et qu'ils ne peuvent donc être contractuellement exclus ou soumis à des conditions qui remettraient en cause leur caractère garanti. Ainsi, seuls les bonus d'intéressement sont visés par le troisième paragraphe de la première page de l'accord du 9 décembre 1999.

6. Une interprétation fondée sur les éléments extrinsèques du contrat permet d'aboutir à la même solution. Il a été rappelé que la banque souhaitait s'assurer la pérennité de la collaboration de son employé et lui avait proposé, en contrepartie de sa collaboration, des conditions financières avantageuses. C'est également dans cet état d'esprit que la banque avait convenu avec son employé que, dans l'hypothèse où elle mettrait fin aux rapports contractuels, elle s'engageait à lui verser une indemnité de licenciement équivalant à deux années de salaire et deux années de bonus garanti. La collaboration à long terme entre les parties découle ainsi expressément du contenu de l'accord du 9 décembre 1999. Cette situation a été corroborée par le témoin A\_\_\_\_\_ qui a rappelé les circonstances qui ont présidé à l'accord du 9 décembre 1999 en rappelant que les propositions de rémunération offertes à

l'employé s'inscrivaient dans une collaboration à long terme. Le témoin a également précisé que cette situation n'était pas unique à T\_\_\_\_\_ mais s'appliquait à d'autres cadres de la banque qui obéissaient au même traitement. En outre, le témoin a indiqué que la banque avait discuté avec T\_\_\_\_\_ des modalités de sa collaboration et que l'employé avait bien compris la préoccupation liée à une collaboration à long terme et les avantages qui lui étaient versés en contrepartie.

A cet égard, la Cour relève que l'exigibilité des deux primes d'intéressement, payables à des dates lointaines (fin 2001, fin 2002 et fin 2003) en dépit des moyens financiers importants de l'employeur, tend à démontrer que les bonus d'intéressement prenaient l'aspect d'une prime de fidélité payable aux dates concernées pour autant que l'employé soit toujours au service de son employeur. Le paiement différé de cette prime, à des échéances relativement lointaines, ne répondait pas à des préoccupations de trésorerie de l'employeur mais bien au souhait de s'assurer la pérennité de la coopération de son employé.

Il découle ainsi, non seulement du texte de l'accord litigieux mais des témoignages recueillis dans la procédure, que les bonus d'intéressement prévus pour les exercices 1999 et 2000 constituaient des prime de fidélité payables à des échéances déterminées venant récompenser une collaboration voulue à long terme par l'employeur. Interprétant l'accord du 9 décembre 1999, la Cour d'appel relève que les « *bonus d'intéressement* » pour les années 1999 et 2000 ne peuvent être réclamés par l'employé si, à leurs diverses exigibilités, ce dernier n'est plus en fonction au sein de la banque. T\_\_\_\_\_ ayant dénoncé son contrat pour la fin août 2001, il ne peut prétendre aux « *bonus d'intéressement* » payables fin 2001, fin 2002 et fin 2003. Le jugement sera réformé sur ce point et T\_\_\_\_\_ sera débouté de sa réclamation.

7. Dans le cadre de son appel incident, T\_\_\_\_\_ conclut à la condamnation de la banque au paiement de la somme de 116'666 fr, correspondant au bonus minimum garanti pour l'année 2001, calculé *pro rata temporis*.

Les conditions d'exigibilité d'une telle rétribution ont été précédemment exposées. En l'espèce, l'avenant au contrat de travail du 9 décembre 1999 définissait les modalités de la rémunération de l'employé pour les exercices 1999 et 2000. S'agissant des années ultérieures, il était précisé « *que d'éventuels bonus ordinaires concernant les années suivantes seront déterminés annuellement sur la base de vos résultats* ». La banque s'est ainsi réservée le droit discrétionnaire d'allouer un éventuel bonus selon des critères qu'elle se réservait d'établir et notamment en fonction des résultats de T\_\_\_\_\_.

Le principe du bonus n'était ainsi pas retenu puisque seule son éventualité était envisagée. Il sied également de rappeler que, pour l'année 2000, le bonus intitulé « *gratification à la performance* » alloué à T\_\_\_\_\_ pour la période concernée (en sus du bonus minimum garanti) indiquait que « *cette gratification vous est*

*octroyée afin de vous témoigner notre reconnaissance pour la qualité de vos prestations durant l'année écoulée; elle constitue également un encouragement pour l'avenir. Elle ne fait, en aucun cas, partie de votre rémunération de base et n'a donc aucun caractère obligatoire et répétitif*». Il ressort ainsi que la rétribution offerte à l'employé, en sus du bonus contractuellement garanti, constituait une gratification à caractère facultatif, présentant un caractère exceptionnel et volontaire et ne faisant pas partie du salaire de l'employé.

Compte tenu de ces éléments, T\_\_\_\_\_ ne peut donc prétendre au caractère obligatoire de cette gratification dont les clés de calcul n'ont pas été décrites et qui répondait exclusivement du bon vouloir de la banque (« *éventuel bonus* ») en fonction des prestations de l'employé.

Cette rétribution constitue une véritable gratification compte tenu de son caractère facultatif, de telle sorte que l'art. 322d al. 2 CO trouve pleinement son application; T\_\_\_\_\_ n'étant plus employé à son échéance (fin 2001), il ne peut donc prétendre à son paiement.

De plus, la Cour d'appel retient que T\_\_\_\_\_ ne peut invoquer l'interdiction de l'arbitraire concernant le paiement de cette gratification. Il est en effet ressorti des témoignages recueillis dans la procédure que la banque avait énoncé une insatisfaction au sujet du travail fourni par T\_\_\_\_\_ dans le courant de l'année 2001 de telle sorte qu'il est vraisemblable que, même en étant resté en poste, l'employeur ne lui aurait pas alloué une gratification de performance.

La Cour d'appel retiendra ainsi qu'une gratification pour les années postérieures à l'an 2000 présentait un caractère facultatif et obéissait à une véritable gratification à bien-plaire au sens de l'art. 322d CO. L'employé ne peut ainsi prétendre au versement d'une gratification de ce chef et le jugement du Tribunal des Prud'hommes sera sur ce point confirmé.

8. Vu l'issue du litige, il convient de condamner T\_\_\_\_\_ à rembourser à l'appelante l'émolument d'appel (art. 60 et 78 LJP) et laisser à sa charge son propre émolument.

**PAR CES MOTIFS**

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

**Préalablement :**

- rectifie les qualité de E\_\_\_\_\_ SA en E2\_\_\_\_\_ SA.

**A la forme :**

- déclare recevables l'appel principal de E2\_\_\_\_\_ SA et l'appel incident de T\_\_\_\_\_ contre le jugement du Tribunal des Prud'hommes du 2 juillet 2002 rendu dans la cause C/29155/2001-4.

**Au fond :**

- annule ce jugement.

**Cela fait :**

- déboute T\_\_\_\_\_ de ses conclusions,
- déboute les parties de toute autre conclusion,
- condamne T\_\_\_\_\_ à rembourser à E2\_\_\_\_\_ SA (anciennement E\_\_\_\_\_ SA) l'émolument d'appel de 2'000 fr.

La greffière de juridiction

Le président