



E _____ SA
Dom. élu : Me Andreas VON PLANTA
Grand'Rue 25
Case postale 5560
1211 Genève 11

Monsieur T _____
Dom. élu : Me Jean-Yves
SCHMIDHAUSER
Place des Philosophes 8
1205 Genève

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 18 septembre 2003

M. Blaise GROSJEAN, président

M. Jean-François HUGUET et Mme Jocelyne TAUXE, juges employeurs

MM. Richard JEANMONOD et David MUNGALL, juges salariés

Mme Isabel RODRIGUEZ, greffière d'audience

EN FAIT

- A. Selon lettre d'engagement du 23 avril 1992, qui tient lieu de contrat, T _____ a été engagé par E _____ SA en tant que directeur adjoint, à compter du 1^{er} juillet 1993. Le salaire mensuel brut s'élevait à fr. 17'693.--, payable 13 fois. De même l'employeur s'était engagé à payer un bonus annuel : "basé sur la profitabilité des affaires générées par vous-même et par votre groupe et sur la profitabilité générale de la Banque. Vos bonus pour 1993 et 1994 seront au minimum de fr. 40'000.-- par année".

Le salaire de base a régulièrement augmenté pour passer de fr. 230'000.-- en 1993 à fr. 275'000.-- dès avril 1997.

- B. E _____ a payé à T _____ le bonus garanti de fr. 40'000.-- pour l'année 1993 auquel s'ajoutait fr. 2'000.-- à titre de participation aux bénéfices. L'année suivante, un bonus de fr. 43'000.-- a été payé. L'employeur a indiqué, par lettre du 16 décembre 1994, que le montant de ce bonus a été défini en fonction des performances personnelles durant l'année écoulée ainsi que sur les bénéfices réalisés par la banque et qu'il n'ouvre droit à aucune obligation pour le futur, à moins d'une clause particulière dans le contrat de travail, ce qui est le cas puisque la lettre du 23 avril 1992 intègre le bonus comme un élément de la rémunération.

Par courrier du 1^{er} décembre 1995 E _____ indiquait à T _____ que le paiement du bonus pour l'année 1995 ne sera versé qu'en janvier 1996, ceci afin de connaître le résultat de l'exercice et les performances. Il est précisé que "les bonus représentent de plus en plus une part importante de la rémunération de base...".

L'année suivante, l'employeur informait son collaborateur que la politique salariale prévoyait de supprimer progressivement les adaptations automatiques de salaire tout en cherchant à récompenser le personnel par l'octroi de gratifications liées aux bénéfices réalisés.

- C. Le mode de calcul des bonus annuels était communiqué à T _____ six mois environ avant la clôture de l'exercice concerné. L'employeur insistait sur le fait que le bonus ne devait pas être considéré comme une part fixe du salaire, dans la mesure où son paiement est discrétionnaire (lettres des 23 juin 1997, 9 juin 1998 et 5 août 1999).
- D. Le 21 février 1997, E _____ a informé T _____, qu'en plus du bonus de 1996 et de l'augmentation de son salaire, le comité salarial avait proposé aux Trustees d'un "Plan de Fidélisation à Long Terme" de lui allouer un montant provisoire de £ 5'000.00. Ledit plan était destiné à permettre de cumuler les bonus à venir avec

la contribution proposée basée sur le développement continu des affaires de la banque ainsi que la poursuite des efforts soutenus du collaborateur. Le 22 mars 2000, le trustee a proposé d'attribuer à T_____ le bonus gagné en 1996, plus le revenu soit £ 8'177.--.

Par la suite, l'employeur a attribué une partie des bonus annuels de son collaborateur à ce trust appelé « E_____ Trust ». Cette entité, organisée à l'initiative de E_____, Londres, est administrée par A_____ à Vaduz en tant que trustee. Ses avoirs sont composés du solde des bonus attribués aux cadres méritants de la banque et ont été virés sur le compte bancaire du trust à Jersey.

- E. Par mémo du 23 juin 1997, l'employeur remettait à T_____ la proposition de bonus pour 1997 et proposait d'attribuer au trust le 30% du bonus en surplus de celui prévu en cas de respect du budget. L'employeur s'engageait à payer comme bonus pour l'exercice 1997 au minimum 40% du salaire de base et au maximum le 5% des revenus nets dépassant le budget. Il résulte d'une note manuscrite (pièce no 19 dem.) que le bonus pour 1997 s'élevait à fr. 318'750.--. Par lettre du 6 mars 1998, E_____ informait T_____ que le comité salarial avait proposé aux trusteees de lui allouer un montant provisoire de £ 40'000.00, en plus de son bonus 1997. Ce montant correspond d'ailleurs à la différence entre le bonus reconnu de fr. 318'750.-- et celui versé au collaborateur soit fr. 225'000.--.

Les objectifs et le calcul du bonus pour l'année 1998 ont été communiqués à T_____. La gratification devait s'élever au minimum à fr. 250'000.-- et au maximum à fr. 500'000.--. Il était précisé qu'en fonction du montant du bonus payé, l'employé pouvait être obligé de contribuer jusqu'à 25 % au trust. Cette part s'est élevée, selon courrier de E_____ du 19 février 1999 à £ 28'000.00.

Le 5 août 1999, T_____ recevait les objectifs de performance pour 1999. Le bonus minimum était de fr. 300'000.--, le maximum de fr. 500'000.--. L'employeur lui a alloué, selon courrier du 18 février 2000, un bonus de fr. 320'000.--, dont fr. 256'135.-- versés directement et £ 26'500.00 au trust.

E_____ a donc effectivement versé sur le compte salaires de T_____, au titre de bonus, les montants suivants : 1997 : fr. 225'000.--; 1998 : fr. 305'000.-- ; 1999 : fr. 256'135.--.

L'employeur a déterminé que les bonus s'élevaient en totalité : pour 1997 à fr. 318'750.--; pour 1998 à fr. 380'000.-- et pour 1999 à fr. 320'000.--.

E_____ a ainsi affecté au trust, pour compte de T_____, la différence en livre anglaise entre le montant des bonus reconnus et ceux qui avaient été versés sous forme de salaire. Ainsi : £ 40'000.-- le 27 mars 1998 ; £ 28'000.-- le 16 mars 1999 et £ 26'500.-- le 21 mars 2000, soit au total £ 94'500.--. T_____ a été informé du fait que la période d'investissement dans le trust pouvait être de 3, 5 ou 7 ans et

que ses administrateurs pouvaient ne rien lui verser s'il n'était plus employé de la banque.

- F. L'employeur a également payé à T_____ des montants au titre de profit sharing soit fr. 2'000.-- pour l'exercice 1992, fr. 1'500.-- pour 1994, fr. 1'750.-- pour 1995, fr. 4'000.-- pour 1996, fr. 7'000.-- pour 1997 et 1998. Jusqu'en 1999, la prime sur bénéfice était allouée à tous les collaborateurs permanents dont l'emploi avait commencé avant le 1^{er} janvier de l'année précédente. Les lettres qui annonçaient cette prime insistaient sur le fait que son paiement ne donnait aucun droit pour les années suivantes. En janvier 2000, l'employeur a indiqué que cette prime pour 1999 ne sera pas versée aux membres de la direction. Dans sa proposition de bonus pour 1998, l'employeur avait précisé à T_____ qu'aucune participation aux profits suisses ne sera payée. Dans sa proposition pour le bonus 1999, E_____ a cependant indiqué : "Now Swiss profit sharing will be paid to you". Elle indiquera, en cours de procédure, qu'il s'agissait d'une erreur de plume et qu'il fallait lire « No » au lieu de « Now ». L'employeur a refusé de payer le « profit sharing » pour 1999 parce que cette prime n'était pas due aux membres de la direction et aux employés ayant démissionné avant le 31 janvier de l'année de distribution.

Le 20 avril 1999, T_____ a reçu un relevé du trustee des fonds provisoirement alloués, établi au 31 mars 1999 pour un montant total de £ 120'475.--.

- G. T_____ a résilié le contrat de travail pour le 31 juillet 2000.

Un litige est survenu entre les parties au sujet de la restitution des bonus investis dans le trust. T_____ a fait notifier à E_____ un commandement de payer la somme de fr. 289'946.--, soit la contre valeur de £ 112'298.-- au cours de 2.5196, plus intérêts à 12.88 % l'an dès le 31 juillet 2000.

- H. Par demande du 28 février 2002, T_____ a assigné E_____ en paiement des montants suivants :

- fr. 282'946.-- brut, subsidiairement à £ 112'298.-- bruts, plus intérêts à 12.88 % l'an dès le 1^{er} août 2000 aux titres de solde des bonus relatifs aux années 1997, 1998 et 1999 investis par la défenderesse dans le Trust;
- fr. 7'000.--, plus intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} août 2000, à titre de profit sharing calculé sur l'exercice 1999.

Le demandeur a également conclu au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition faite par la défenderesse à la poursuite n° 02 106330 K et la condamnation de celle-ci en tous les dépens, y compris une substantielle participation aux honoraires de son conseil.

Le demandeur soutient que le contrat de travail prévoyait une rémunération de base, plus le principe d'un bonus obligatoire en cas de réalisation des objectifs fixés. Comme les modalités exactes du calcul du bonus ont été définies à partir de 1997, la gratification a caractère de salaire. Les parties de bonus placées dans le trust par l'employeur de 1997 à 1999, font partie du salaire. Il y a eu contravention à l'article 323 let. b al. 3 CO, car l'employé était privé d'en disposer librement pendant une durée de 3 ans, au minimum. De plus, la clause contractuelle qui ordonnerait la restitution d'une rétribution précédemment versée est abusive au sens de l'article 2 al. 2 CC. Or, les prestations versées au trust récompensaient des performances réalisées. Enfin, le demandeur considère comme une violation de sa liberté de contracter l'imposition de l'employeur de verser une partie de ces bonus à un trust. Enfin, la possibilité réservée à l'employeur de verser les avoirs du trust à certains bénéficiaires et pas à d'autres, selon ses propres critères, est une violation du principe d'égalité. Le demandeur estime ainsi avoir droit aux prestations versées ainsi qu'aux profits réalisés puisqu'il s'agit de ses biens. Quant au profit sharing pour l'année 1999 de fr. 7'000.--, il est dû puisque E_____ s'y est engagée par courrier du 5 août 1999. En tous les cas, il serait contraire au principe de l'égalité de l'en priver.

E_____ a conclu, dans son mémoire de réponse du 23 mai 2002, au rejet de la demande. Elle plaide l'aspect purement discrétionnaire des gratifications. Pour elle, la partie du bonus attribuée au trust, sous certaines conditions, ne représenterait que 13 % des revenus effectivement reçus. Il n'y a pas atteinte à la liberté économique du demandeur. Dans son mémoire (p. 13), elle indique que les montants attribués au trust équivalent à fr. 238'100.-- (£ 94'500.-- à un taux de 2.5196) alors que les revenus de T_____ pour les années 1997 à 2000 ont atteint le montant de fr. 1'802'292.-- si l'on prend en compte la totalité des prestations de l'employeur.

Les montants ont été prélevés sur des bonus discrétionnaire, dans un but de fidélisation. Ils ont un caractère provisoire et conditionnel. Ils n'ont été l'objet d'aucune déduction sociale et n'ont pas été portés sur les certificats de salaire. Du fait de la résiliation de son contrat de travail, T_____ a perdu tout droit sur ces avoirs. Quant au profit sharing pour l'année 1999, l'employeur remarque qu'il n'y pas eu accord exprès ou tacite au sujet du versement d'une participation aux bénéfices. Cette prestation étant totalement discrétionnaire, la lettre de l'employeur du 5 août 1999 est sans secours puisque la participation n'a pas été accordée aux membres de la direction.

Au cours des débats, le témoin B_____ a confirmé, qu'en sa qualité de directeur de l'équipe Espagne-Portugal, il recevait un salaire fixe ainsi qu'un bonus en fin d'exercice qui était déterminé en fonction de critères objectifs et subjectifs. Lui aussi a participé au trust et n'a pas pu décider de ne rien y verser. C'est en 1999 qu'il a reçu les directives relatives au blocage des fonds investis pendant trois ans. Lors de son départ de la banque, il n'a pas touché sa part à ce fond qu'il revendique. Le témoin C_____, supérieur hiérarchique de T_____, a

confirmé que si les objectifs pour l'année concernée étaient atteints, il y avait droit de percevoir le bonus. T_____ a toujours atteint les résultats escomptés. Quant au trust, il a été établi par Londres pour motiver les employés les plus méritants dans le monde. C'est le président du groupe qui décidait de la quote-part du bonus qui allait être versée aux fonds. La direction suisse, qui décidait de l'affiliation à ce trust garantissait un rendement minimum de l'ordre de 5 à 7 % brut, avec un délai de blocage de 3 ans. Ce témoin a perçu la totalité de son bonus, ayant quitté la banque en tant que retraité. La gestion du trust était faite à Londres, le trustee prenait ses décisions selon les recommandations de Londres. La question des personnes qui quitteraient la banque en démissionnant n'a jamais été abordée.

- I. Par jugement du 28 octobre 2002, le Tribunal des prud'hommes a condamné E_____ à payer à T_____ la somme brute de fr. 282'946.-- avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} août 2000 et a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition à la poursuite n° 02 106330 K à due concurrence. Il a invité la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles.

Le Tribunal a considéré en substance que les parties avaient contractuellement prévu le versement d'un bonus au sens de l'article 322 let. a CO, son montant étant annuellement déterminé par l'employeur. Il a considéré que l'employeur ne pouvait pas déduire subséquemment le montant du bonus accordé par une décision unilatérale. Les plans d'intéressement peuvent contenir des restrictions au travailleur sauf à respecter la protection qu'offre le droit du travail aux employés. Ainsi, des clauses vidant de leur substance les droits inaliénables de l'employé, telles que celui de résilier le contrat, doivent être déclarées nulles. Le demandeur ne pouvait pas inférer des courriers de son employeur que les montants versés dans le trust ne lui appartenaient pas. D'ailleurs, la seule décision de la banque d'obliger l'employé à participer à ce trust relevait de l'arbitraire quand bien même le demandeur ne s'est pas opposé à sa participation. Dès lors qu'elle affectait une partie du bonus dans un trust de droit étranger où l'employé n'avait aucun droit de gestion, l'employeur a procédé à une retenue de salaire au sens de l'article 323 let. a al. 1 CO. Elle ne pouvait exclure le demandeur du cercle des bénéficiaires du fond du seul fait que celui-ci avait donné sa démission en avril 2000, soit bien après la clôture de l'exercice 1999 dont les résultats ont servi à l'établissement de son bonus contractuel pour 1999. L'employé était donc bien créancier du fond soit de la somme de fr. 282'946.--. L'article 339 al. 1 CO rendant toutes les créances exigibles à la fin du contrat de travail, le demandeur avait droit au paiement de la somme brute de fr. 282'946.-- soit au taux légal de 5 % l'an conformément à l'article 73 al. 1 CO, dès le 1^{er} août 2000 selon article 77 al. 1 CO. Quant au profit sharing pour l'année 1999, il s'agissait bien d'une prestation volontaire de l'employeur accordé en sus du salaire. Peu importe que le versement de cette prime soit intervenu en 1996 et 1997 car l'employeur avait insisté sur le caractère discrétionnaire de cette prestation. Le tribunal a retenu que le courrier du 5 août 1999 contenait bien une erreur de frappe (no Swiss... et non pas now swiss...)

Ledit jugement a été expédié aux parties par pli recommandé le 25 février 2003.

- J. Par mémoire déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 28 mars 2003, E _____ a interjeté appel dudit jugement. Elle conclut à ce que T _____ soit débouté de ses conclusions et condamné aux frais de procédure d'appel. Elle reprend son argumentation développée en Première instance, en insistent sur le caractère discrétionnaire des montants versés en sus du salaire, en particulier de l'attribution provisoire et conditionnelle d'une partie du bonus au plan de fidélisation à long terme. Les conditions de rémunération par le trust ont été indiquées à l'employé dans des notes explicatives. Ce trust étant totalement indépendant, d'éventuelles prétentions émises par le demandeur aurait dû être dirigées contre le trustee.

Par mémoire du 5 juin 2003, T _____ a conclut au déboutement de son adverse partie. Incidemment, il demande que E _____ soit condamnée à lui payer le profit sharing de 1999 soit fr. 7'000.-- avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} août 2000, sous déduction des cotisations sociales usuelles, sous suite de dépens.

A l'audience de ce jour, les parties ont persisté dans leurs conclusions. L'appelante a confirmé que si les conditions de bons résultats de même que les bonnes aptitudes du collaborateur sont réalisées, le bonus est versé. De même, au moment de l'embauche, aucun document ne précisait que le bonus était discrétionnaire. L'appelante invoque une pratique des banques genevoises de ne pas accorder de bonus au cours de l'année de la fin du contrat de travail. Quant au système de virer de l'argent provenant des bonus à un trust, il a été abandonné mais les avoirs sont encore entre les mains du trust à disposition de ses bénéficiaires.

EN DROIT

1. Interjetés dans les délais et formes prévus aux articles 59 et 62 de la loi sur la juridiction des prud'hommes, les appels formés E _____ SA et T _____ sont recevables.
2. Les parties étaient liées par un contrat de travail au sens des articles 319 et ss CO. Dès lors, en application des articles 343 CO et ch. 1 let. a LJP, le Tribunal des prud'hommes est compétent en raison de la matière.
3. La Cour d'appel des prud'hommes revoit librement le fait et le droit (Aubert, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, n° 442).

4. Il convient de s'interroger sur la nature juridique des gratifications versées à T_____ en sus du salaire. S'agissait-il d'une gratification à bien plaire, laissée à la discrétion de l'employeur, ou d'un élément du salaire ?

La gratification, au sens de l'article 322 d. CO, est une rétribution spéciale accordée à des occasions particulières et dépendant, dans une certaine mesure en tous 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 13^{ème} mois de salaire ou une autre rétribution semblable entièrement déterminée dans le contrat (ATF 109 II 447 consid. 5c). L'engagement de l'employeur de verser une gratification peut être prévue dans le contrat ou résulter, pendant les rapports de travail, d'actes concluants, comme le versement régulier et sans réserve d'une gratification (Brüner/Bühler/Waerber, *Commentaire du contrat de travail*, 2 et éd., n.5 ad art. 322d CO, p. 55); il est ainsi admis qu'une gratification est due lorsque l'employeur l'a versée sans interruption pendant trois années consécutives (Stahelin, *Commentaire zurichois*, n.6 ad. art. 322d CO; Wylér, *Droit du travail*, 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, op. cit., n.24 ad. art. 322d CO; Rehbinder, *Commentaire bernois*, n. 16 ad. art. 322d CO). Les parties peuvent également soumettre, expressément ou tacitement, le versement de la gratification à des conditions (Stahelin, op. cit. n. 25 ad. art. 322d CO). Selon la doctrine la plus récente, les déclarations verbales ou le comportement des parties peuvent impliquer le caractère obligatoire de gratification, malgré la lettre diamétralement opposée du contrat de travail (Senti, *Die Abgrenzung Zwischen Leistungslohn und Gratifikation*, in AJP/PJA 2002 p. 677 in fine). On ne peut cependant 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 du salaire au sens de l'article 322 CO que d'une gratification à bien plaire (Brühwiler, *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, ad. art. 322d CO; Wylér, *Droit du travail*, p. 115).

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. Il faut tout d'abord se reporter au texte du contrat. Sa portée se détermine sur la base de la volonté réelle ou objectivement concordante des parties, et non pas sur des désignations ou expressions utilisées à tort par elles. La réserve du caractère facultatif de la gratification 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 d'en verser une (ATF 129 III 410; ATF 128 III 165 = JdT 2003 p. 113; ATF 127 III 444 = JdT 2002 p. 213; ATF 126 III 119 = JdT 2000 p. 613).

Si la gratification a un caractère obligatoire, elle doit alors être versée pro rata temporis en cas de résiliation du contrat de travailleur en cours d'année (Duc/Subilia, *Commentaire du contrat individuel de travail*, p. 169)

5. Dans le cas d'espèce, le contrat de travail du 23 avril 1993 prévoyait un salaire de base plus le versement d'un bonus basé sur la profitabilité des affaires générées par l'employé et par son groupe, et sur la profitabilité générale de la banque. On doit alors admettre que l'employeur s'était obligé à payer un bonus qui devenait exigible si les objectifs qu'il avait fixés étaient atteints. Dans ce sens, les bonus ne dépendaient pas du bon vouloir de l'employeur. (Duc/Subilia, op. cit. p. 169).

On relève que les courriers adressés à l'employé au sujet du mode de calcul des gratifications insistaient sur le fait que les dispositions prises n'annulaient pas le contrat de travail. Le contrat du 23 avril 1993, prévoyait le principe du versement de bonus annuels.

Dans la mesure où il avait fixé les objectifs à atteindre, l'employeur était lié par son engagement de sorte que les bonus versés doivent être considérés comme élément du salaire. L'employeur avait d'ailleurs insisté sur le fait qu'il souhaitait donner plus de poids au complément de salaire sous forme de gratification qu'au salaire de base.

L'employeur a pris la décision d'affecter une partie des bonus, allant de 20 à 30 %, à un trust dont l'employé était un des bénéficiaires. Il est vrai que la participation aux résultats d'une entreprise peut être convenue en espèces ou en nature, le travailleur pouvant recevoir, par exemple, des bons de jouissance ou encore des options d'acquérir des actions (Wylér, *Droit du travail*, p. 116). On ne saurait nier que les sommes retenues sur la gratification de l'employé pour être versées à un trust, faisaient désormais partie du patrimoine de l'employé. Les montants versés au trust étant constitués par du salaire, les profits réalisés grâce à la gestion de ces avoirs doivent revenir à l'employé. Les gratifications versées n'ont d'ailleurs pas dépassé les maxima prévus annuellement.

6. Est-ce que l'employeur pouvait imposer de façon unilatérale à l'employé de renoncer à ses avoirs en cas de résiliation du contrat de travail ? L'employeur soutient notamment que l'employé n'aurait tout au plus qu'une créance à faire valoir contre le Trust, entité totalement indépendante. Cet argument ne résiste pas à l'examen. Il existe bien un lien économique direct entre l'employeur et le trust : c'est l'employeur qui donne les instructions au trustee de débloquer des fonds et de les attribuer ou non à certains bénéficiaires. Même si l'employeur n'est pas formellement dépositaire des fonds de l'employé, gérés par le trust, il commet un abus de droit en invoquant la dualité juridique qui existe entre lui-même et le trust qu'il maîtrise totalement (JAR 2001 p. 400 et 404). Dès lors, le travailleur doit pouvoir bénéficier de toutes les protections offertes de manière impérative par le Code des obligations au nombre desquelles figurent la limitation sur la retenue sur le sa-

laire, la garantie du salaire, l'exigibilité des créances à la fin des rapports de travail et l'impossibilité de renoncer (Wylér, *Droit du travail*, p. 628). L'employeur n'était pas en droit de retenir une partie de la rémunération de l'employé en fin du contrat ou d'en conditionner sa remise ultérieure à des conditions suspensives. Dans tous les cas, l'employeur ne saurait réduire la rémunération due par décision unilatérale, sans l'accord expresse du travailleur (Wylér, *Droit du travail*, p. 125; Brunner/Buhler/Waeber, *Commentaire du contrat de travail*, p. 45). Il ressort de la procédure que le principe du versement d'une partie de la gratification de même que les conditions de gestion des fonds était imposé à l'employé. Dès lors, la créance du demandeur au paiement de la totalité de ses salaires dus devenait-elle exigible à la fin des rapports de travail, conformément à l'article 339 CO (Wylér, *Droit du travail*, p 629). Les avoirs de T _____ confiés au Trust par l'employeur se sont accrus du fait de la bonne gestion faite. Ils doivent être restitués, plus l'intérêt moratoire de 5 % l'an à compter de la fin du contrat de travail, conformément à l'articles 104 CO.

C'est à juste titre que le Tribunal des prud'hommes a considéré que des clauses visant de leur substance les droits inaliénables de l'employé, tels que celui de résilier le contrat, doivent être déclarées nulles (SJ 1989 p. 666).

Il résulte de ce qui précède que T _____ est bien créancier des fonds investis pour son compte par E _____ dans A _____, ce montant représentant fr. 282'946--.

7. La problématique du « profit sharing » de fr. 7'000.-- pour l'exercice 1999 n'est pas identique. Sur ce point, l'employeur ne s'est pas engagé par contrat à verser une prime supplémentaire à la gratification due. Au contraire, l'employeur avait insisté, dès l'attribution de cette prime en 1996 sur le fait qu'elle n'était ni garantie et ne donnait aucun droit pour les années futures. Dans la proposition de bonus 1998 l'employeur avait insisté sur le fait qu'aucune participation aux profits suisses ne sera payée. En outre, l'employeur souhaitait ne pas attribuer cette prime aux membres de la direction qui étaient déjà au bénéfice d'une gratification substantielle tenant compte déjà compte des résultats Si l'on compare cette pièce n° 24 à la pièce no 30, il est plausible qu'il y ait eu une faute de frappe et que son rédacteur ait voulu écrire no au lieu de now. On ne saurait nier que T _____ était bien membre de la direction, avec fonction de diriger l'équipe d'Amérique latine (cf. son certificat de travail du 20 février 2002). Cette prime doit être considéré comme une prestation à bien plaie et n'est pas exigible en tant que telle.

C'est en vain que T _____ invoque le principe d'égalité. Dans la mesure où il existe une relation contractuelle, il faut admettre le principe de la liberté contractuelle qui sous tend l'existence de différences entre différents employés (JAR 1985 p. 128, Streiff/von Kaenel, *Leitfaden zum Arbeitsvertragrecht*, n. 20 ad art 322 CO, n.5 ad art 322d CO et n.12 ad art. 328 CO). Lorsqu'il s'agit de prestations sociales ou de primes, la jurisprudence et la doctrine émettent des réserves et

posent certaines limites à la discrimination entre les employés (Stahelin, Commentaire zurichois, n. 13 ad art. 322d CO, Rehbinder, *Commentaire bernois*, n. 9 ad art. 322d CO, Wylér, Droit du travail, p.559, JAR 2001 p. 198). Toutefois, même une décision subjective et arbitraire de l'employeur ne représente une atteinte à la personnalité, soit une atteinte à l'interdiction de discrimination, que si elle laisse transparaître une sous-évaluation de la personnalité du travailleur qui soit blessante pour ce dernier. Il est donc tout à fait admissible de favoriser certains employés dans une entreprise (ATF 129 III 276). L'employeur, qui attribuait déjà une gratification substantielle en plus du salaire, pouvait décider de verser ou non un bonus supplémentaire en excluant, par exemple, le personnel dirigeant. Le jugement des prud'hommes sera confirmé sur ce point,

8. L'art. 76 LJP prévoit que la procédure est gratuite, sauf attitude téméraire d'une partie. En l'occurrence, les parties n'ont pas fait valoir leurs points de vue en usant de procédés déloyaux.

S'agissant de l'émolument d'appel par fr. 4'000.--, il est mis à charge de E_____ conformément à l'article 78 LJP. Il n'est pas perçu d'émolument sur l'appel incident, la valeur litigieuse étant inférieure à fr. 30'000.--.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Reçoit l'appel et l'appel incident formé par E_____ SA et par T_____ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 28 octobre 2002 dans la cause n° C/5538/2002-4

Au fond :

Confirme ledit jugement

Met à charge de l'appelant l'émolument d'appel par fr. 4'000.-- et dit qu'il reste acquis à l'Etat.

Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions.

La greffière de juridiction

Le président