



T__

Dom. élu Me Dominique WARLUZEL
Rue Saint-Victor 12
Case postale 473
1211 Genève 12

**Partie appelante sur appel principal
Et partie intimée sur appel incident**

E__

Dom. élu : Me Gilda MODOIANU
Chemin Franck-Thomas 52
1223 Cologny

**Partie intimée sur appel principal
Et partie appelante sur appel
incident**

E2__

Dom. élu : Me Gilda MODOIANU
Chemin Franck-Thomas 52
1223 Cologny

Partie intimée sur appel principal

D'autre part

D'une part

ARRÊT

du 18 avril 2007

M. Guy STANISLAS, président

Mme Anne-Marie TORRENT et M. Dominique BALTHASAR, juges employeurs

MM. Yves DELALOYE et Serge PASSINI, juges salariés

M. Samuel BRÜCKNER, greffier d'audience

EN FAIT

A. Le groupe A___ (ci-après : A___) est un groupe anglo-saxon à vocation mondiale spécialisé dans les activités financières et bancaires.

Le groupe A___ disposait d'une entité intitulée A___-B___ qui bénéficiait d'une succursale à Genève sous la raison sociale A___-B___C___ (ci-après : C___). La succursale, inscrite au registre du commerce de Genève le 18 juin 1983, a été radiée le 25 avril 2001 par suite de cessation de l'exploitation.

Le groupe A___ disposait d'une entité à la raison sociale A___-D___, avec siège à Londres, bénéficiant également d'une succursale à Genève sous la dénomination A___-D___, (ci-après : D___). La succursale a été inscrite le 24 mars 2000 et radiée le 8 novembre 2005 par suite de cessation de l'exploitation.

Le groupe A___ disposait également d'une entité à la raison sociale F___ (anciennement G___) sous forme d'une société anonyme avec siège à Genève. F___ a été inscrite au registre du commerce de Genève le 26 mars 2002 et radiée le 30 mars 2006 à la suite de la fusion intervenue avec le groupe bancaire H___, les actifs et passifs de la société ayant été repris par H___.

Le groupe A___ disposait en outre d'une entité à la raison sociale E___, Londres, bénéficiant d'une succursale sous la dénomination E___ Londres, succursale de Genève (ci-après : E GENÈVE___). La succursale a été inscrite au registre du commerce de Genève le 12 août 2004 et radiée en octobre 2006 par suite de cessation de l'exploitation.

E2___, ressortissant américain domicilié à Zurich, était administrateur de E GENÈVE___ et directeur général de F___, anciennement G___.

- B. Par contrat du 12 septembre 1995, T___ a été engagé en qualité de conseiller financier par C___, son contrat de travail prévoyant la reconnaissance de l'ancienneté de l'activité exercée précédemment au sein de son ancien employeur, « I___ » depuis le 3 octobre 1988.

A la suite de la reprise des activités de C___ par D___ en avril [], le contrat de travail de T___ a été transféré à D___. T___ exerçait essentiellement une activité de courtage en faveur de clients bénéficiant de comptes ouverts à l'étranger. Sa rémunération était essentiellement composée d'un fixe et d'un variable dépendant de la rentabilité du portefeuille de clientèle dont il avait la charge.

- C. A la fin de l'année 2002, à la suite de la cessation des activités de D___ qui rendait nécessaire un licenciement collectif de ses employés, T___ s'est vu proposer par D___ d'intégrer G___, entité du groupe A___, en qualité de directeur des investissements. Cette proposition de mutation fut formalisée par D___ le 8 janvier 2003 et acceptée par T___ le 6 février 2003. Cette proposition de transfert était accompagnée d'une prime de mutation (« transition bonus ») correspondant à la rémunération annuelle nette de l'employé pour l'année 2002 chez D___, soit CHF 937'965.- payable en deux acomptes. Le versement de ce bonus était soumis à des conditions de remboursement en cas de départ de l'employé avant la fin de l'année 2004. Le contrat des 8 janvier / 6 février 2003 prévoyait également que, dans l'éventualité où l'employeur résiliait le contrat de travail avant le 31 décembre 2004 suite à la fermeture ou à la réorganisation de G___ ou si T___ décidait de démissionner suite à la vente de G___ à une société hors du groupe A___, il recevrait une indemnité de sortie de CHF 937'965.-.

- D. Le 22 juillet 2002, à la suite d'une nouvelle restructuration des entités du groupe A___, le contrat de travail de T___ auprès de G___ fut à nouveau transféré à D___ qui n'avait pas cessé ses activités contrairement à ce qui avait annoncé à la fin de l'année 2002. La communication de D___ du 22 juillet 2003 liée à ce nouveau transfert précisait que, pour autant que l'autorité bancaire donne son accord, les activités de la filiale genevoise de D___ allaient être transférées à une nouvelle filiale de A___-J___ (ci-après : J___).

Il était également confirmé une indemnité au montant de CHF 937'965.- en faveur de T___ dans l'éventualité où l'employeur résiliait le contrat de travail avant le 31 décembre 2004 suite à la fermeture ou à la réorganisation de la succursale genevoise de D___ ou de J___ ou si T___ décidait de démissionner, avant le 31 décembre 2004, suite à la vente des succursales de D___, de J___ ou de leurs activités, à une société extérieure au groupe A___.

- E. Le 1^{er} juillet 2004, le contrat de travail de T___ fut à nouveau transféré à E___, succursale de Genève, (E GENÈVE___) qui avait repris les activités de la succursale genevoise de D___.
- F. Le 2 novembre 2004, E2___, administrateur de E GENÈVE___ et directeur général de F___, a informé les employés de la cessation prochaine des activités de E GENÈVE___ et de la poursuite de leurs activités auprès de F___ . Par courrier du 23 novembre 2004, T___ a indiqué que ce transfert occasionnerait pour lui une perte substantielle de ses revenus dans la mesure où il ne pourrait plus traiter avec ses clients dont les comptes étaient ouverts aux Etats-Unis. Il a ainsi considéré que la cessation de l'activité de E GENÈVE___ était juridiquement synonyme d'une résiliation de son contrat de travail et estimait pouvoir prétendre à une indemnité de résiliation de CHF 937'965.- convenue dans l'accord de juillet 2003.

G. A l'occasion d'une séance tenue le 7 décembre 2004 avec les employés de E GENÈVE___, ceux-ci reçurent un mémorandum et une fiche explicative exposant les implications et les conséquences d'un transfert auprès de F___. Ce document prévoit le transfert des activités de E GENÈVE___ à F___ sous réserve de l'approbation de l'autorité bancaire. Cette documentation prévoit également le transfert automatique des contrats de travail à F___ et expose la situation en cas d'éventuelle opposition au transfert en précisant que, dans cette situation, les contrats de travail des employés de E GENÈVE___ prendraient fin à l'expiration du délai de congé légal, sans autre indemnité que le paiement du salaire y afférent.

Dans un autre document du 7 décembre 2004, adressé individuellement à T___, E GENÈVE___ a précisé à l'employé les conditions d'une continuation de la collaboration concernant notamment la rémunération offerte à l'employé ainsi que divers autres avantages. Cette communication retient la continuation des activités de T___ auprès d'une nouvelle entité qui reprendra, quelquefois en les améliorant (horaires de travail), tous les avantages acquis à l'employé. Il était également précisé que, si T___ n'avait aucune objection sur ce transfert, son contrat de travail sera alors automatiquement transféré à F___ dès que l'acquisition serait conclue. Il était indiqué que T___ avait le droit de refuser le transfert de son contrat de travail à F___ et que, s'il exerçait ce droit, son contrat de travail prendrait fin à l'expiration du préavis contractuel de 3 mois. Dans cette situation, T___ recevrait uniquement le salaire dû pendant le préavis à l'exclusion de toute autre compensation.

H. Par lettre du 8 novembre (recte décembre) 2004, T___ a indiqué ne pas être en mesure d'accepter ou de refuser la proposition salariale présentée par E GENÈVE___ dans sa communication de la veille.

Par courrier du 9 décembre 2004, E GENÈVE___ a indiqué à T___ que son activité ne subirait pas de changement significatif et que la transaction envisagée n'était pas différente de celle qu'il avait déjà connue en 2002. E GENÈVE___ précisait également qu'elle n'avait pas l'intention de résilier le contrat de travail de T___ et que la question d'une indemnité de résiliation ne se posait dès lors pas.

I. Le 25 janvier 2005, dans le cadre de l'évaluation de ses performances 2004, T___ a indiqué ses objectifs de production jusqu'à la mi-2005.

J. Le 4 février 2005, la direction du groupe A___ aux Etats-Unis a annoncé à l'ensemble des employés du groupe son intention de vendre les activités de F___ à un groupe tiers. Simultanément, A___ a communiqué officiellement à l'autorité boursière américaine, la *Securities Exchange Commission*, sa décision de vendre ou « sortir » le groupe F___, décision formellement prise à l'interne le 15 décembre 2004.

A la suite de cette décision, des négociations ont été entreprises avec le groupe bancaire H___ en avril 2005. La transaction concernant la vente de F___ au groupe H___ s'est effectuée le 30 juin 2005 et le *closing* est intervenu le 3 octobre 2005.

K. Le 7 février 2005, à l'instar des employés cadres de F___, T___ a reçu une offre pour une prime de fidélité s'il décidait de poursuivre sa collaboration dans une phase « d'exploration d'alternatives stratégiques pour F___ qui incluent une vente, une fusion ou une joint venture ».

- L.** Le 14 février 2005, T___ a signé avec K___ (ci-après- : K___) un contrat de travail à durée déterminée de deux ans avec une date d'entrée fixée au plus tard le 1er juin 2005. La rémunération de l'employé était composée d'un salaire annuel de CHF 500'000.- et d'un intéressement sur l'apport d'une clientèle la première année, puis sur les revenus générés par cette clientèle l'année suivante.
- M.** A la fin du mois de février 2005, T___ a reçu de E GENÈVE___ un montant de CHF 442'935.70 au titre de frais de représentation et de bonus.
- N.** Dès réception de cette gratification, T___ a signifié à son employeur, le 28 février 2005, qu'il refusait les modifications de son contrat de travail proposées par F___, considérait avoir fait l'objet d'un congé modification, résiliait son contrat de travail et réclamait le paiement de l'indemnité de CHF 937'965.- convenue dans l'accord de juillet 2003.

Par lettre du 3 mars 2005, E GENÈVE___ a pris note de la démission de T___ fixée au 31 mai 2005 la date de la fin des rapports de service et libéré l'employé de son obligation de travailler durant le préavis. L'employeur enjoignait T___ de ne pas déployer d'activité pour un nouvel employeur, de ne pas contacter les clients de E GENÈVE___ et de rester à disposition le cas échéant.

Par lettre de son conseil du 10 mars 2005, T___ a considéré que le délai de congé prendrait fin le 31 mars 2005 compte tenu d'un congé-modification notifié par l'employeur le 7 décembre 2004. Cette prise de position a été contestée par le conseil de E GENÈVE___ le 16 mars 2005 qui a rappelé que, suite à la démission de l'employé, la fin des rapports de service venait à échéance le 31 mai 2005, cette situation n'autorisant au demeurant pas l'employé à bénéficier de l'indemnité de résiliation prévue dans l'accord de juillet 2003.

L'activité de T___ auprès de son nouvel employeur a débuté le 1^{er} mai 2005.

- O.** Devant la juridiction prudhomale, T___ a fait valoir à l'encontre de E GENÈVE___ et E2___, pris conjointement et solidairement, le paiement des sommes de CHF 937'965.- avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 7 décembre 2004 à titre d'indemnité de résiliation et de CHF 48'525.50 avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 18 avril 2005 à titre de réparation du dommage correspondant aux honoraires de l'avocat de l'employé pour les interventions effectuées avant l'intentât de la procédure. L'employé a indiqué avoir fait l'objet d'un congé-modification signifié oralement le 2 novembre et confirmé par écrit le 7 décembre 2004 alors qu'il s'était opposé au transfert de son contrat de travail auprès de F___ le 23 novembre 2004. Il a indiqué, en outre, que la situation ne pouvait être assimilée à un transfert d'entreprise dès lors que l'intégration des activités de courtage de E GENÈVE___ par F___ ne pouvait être effectuée, ce qui générerait une modification de son activité.
- P.** E GENÈVE___ s'est opposée à la demande et a conclu reconventionnellement à la condamnation de T___ au paiement des sommes de CHF 21'196.90 à titre de restitution de salaire pour le mois de mai 2005 et CHF 2'727'000.- à titre de dommages-intérêts. E GENÈVE___ a indiqué que T___ avait commencé son activité auprès de K___ le 1^{er} mai 2005 et qu'il devait alors restituer le salaire qui lui avait été versé pendant cette période. E GENÈVE___ a, en outre, indiqué que le départ de T___ avait entraîné une perte de clientèle qui avait transféré ses avoirs auprès de K___ pour un montant d'environ USD 171'923'000.-, avoirs qui auraient généré des revenus de l'ordre de CHF 2'727'000. La clôture et le transfert de ces comptes auprès du nouvel employeur de T___ étaient imputables à ce dernier qui s'était livré à une sollicitation active et un détournement de la clientèle qui appartenait à son employeur. E GENÈVE___ a ainsi reproché à son ancien employé la violation de son devoir de fidélité et de loyauté en ayant, de façon systématique et agressive, procédé à un débauchage de la clientèle et en ayant

participé à une campagne de dénigrement, notamment illustrée par dénonciation de T___ à la Commission fédérale des banques du 18 mars 2005 notifiée dans un esprit d'assainissement et de protection de la place financière genevoise alors même que T___ était toujours employé de E GENÈVE___. En cours de procédure, E GENÈVE___ a amplifié sa demande reconventionnelle et conclu au remboursement du solde de bonus 2004 de CHF 579'134.10 versé le 25 février 2005 à T___.

E2___ a conclu à l'irrecevabilité de la demande de T___ à son encontre pour incompétence de la juridiction prudhomale à raison du lieu et de la matière, subsidiairement au rejet de la demande.

- Q.** Le Tribunal des Prud'hommes a entendu plusieurs témoins. Les témoins L___, M___ et N___, responsables auprès de K___, ont rappelé les circonstances ayant conduit à l'engagement de T___. Le témoin O___ a indiqué avoir bénéficié d'une clause « parachute » structurée de manière similaire à celle de T___ en précisant toutefois que les circonstances de son départ étaient différentes de celles de T___ et qu'il avait été contraint de mettre fin à son contrat de travail dès lors qu'il n'était plus en mesure d'exercer son activité. Le témoin a précisé avoir conclu une convention d'indemnisation avec son employeur à la fin des rapports de service, indemnisation qui était assortie d'une clause de non sollicitation de la clientèle institutionnelle pour une période de trois mois et de non sollicitation pour la clientèle privée jusqu'en mars 2006.
- R.** Par jugement du 19 juin 2006, le Tribunal des Prud'hommes a rejeté les réclamations formulées par T___ à l'encontre de E GENÈVE___ et E2___. Il a donné acte à T___ de ce qu'il reconnaissait devoir la somme de CHF 21'190.90 à E GENÈVE___ correspondant au salaire perçu pour le mois de mai 2005. Il a également débouté E GENÈVE___ de sa demande reconventionnelle. En

substance le Tribunal a retenu que les conditions d'octroi de l'indemnité de résiliation prévue dans l'accord de juillet 2003 n'étaient pas réalisées, T___ n'ayant pas été licencié avant le 31 décembre 2004 pour cause de fermeture ou restructuration de son employeur, de même qu'il n'avait pas démissionné avant cette date. Le Tribunal a notamment considéré que la situation prévalue le 7 décembre 2004 ne pouvait valoir congé modification mais s'intégrait dans le cadre d'un transfert d'entreprise auquel l'employé avait consenti. Les premiers juges ont en outre nié un quelconque comportement déloyal de E GENÈVE___ considérant que la déloyauté incombait à T___ qui ne s'était pas opposé au transfert des rapports de travail, avait signé le 25 janvier 2005 un document définissant ses objectifs pour l'année 2005, avait conclu le 14 février 2005 un nouveau contrat de travail avec un autre établissement bancaire et avait attendu de recevoir sa gratification le 25 février 2005 pour notifier sa démission en se prévalant d'un congé-modification prétendument intervenu trois mois auparavant. Le Tribunal a également rejeté la prétention en dommage-intérêts de CHF 48'525.50 réclamée par T___ au motif que des dépens ne sont alloués en procédure prudhomale que dans des cas spécifiquement prévus par la loi et non réalisés en l'espèce. Enfin, le Tribunal a rejeté la demande reconventionnelle de E GENÈVE___ considérant qu'il n'avait pas été établi que la clôture des comptes de clients avait été occasionnée par un démarchage actif de T___, un détournement de clientèle n'ayant pas été prouvé à ce sujet. Les premiers juges ont également rejeté la conclusion reconventionnelle additionnelle de E GENÈVE___ liée au remboursement du bonus considérant que les éléments d'une telle prétention n'étaient pas réalisés.

- S. A l'encontre de ce jugement notifié aux parties le 21 juin 2006, T___ interjette appel par acte déposé au greffe de la juridiction des Prud'hommes le 27 juillet 2006. Il reprend, pour l'essentiel, l'argumentation déjà développée en première instance et conclut à la condamnation de E GENÈVE___ à lui verser la somme de CHF 937'965.- avec intérêts 5% dès le 15 décembre 2004 et à la condamnation

conjointe et solidaire de E GENÈVE___ et E2___ à lui verser la somme de CHF 48'525.50 avec intérêts 5% dès le 18 avril 2005.

Par mémoire du 18 septembre 2006, E GENÈVE___ conclut au déboutement de l'appel et, sur appel incident, à la condamnation de T___ à lui payer les sommes de CHF 2'727.000.- avec intérêts 5% dès le 25 janvier 2005, à titre de dommage-intérêts et de CHF 579'134.10, avec intérêts à 5% dès le 28 février 2005, à titre de remboursement de bonus.

Egalement par mémoire du 18 septembre 2006, E2___ conclut au rejet de l'appel.

Les arguments des parties seront repris dans la mesure utile.

- T.** A l'audience de la Cour d'appel des Prud'hommes, les représentants de E GENÈVE___ ont indiqué que les négociations avec le groupe H___ avaient commencé en avril 2005, la transaction s'étant effectuée le 30 juin 2005 et le *closing* étant intervenu le 3 octobre 2005. Ils ont indiqué que la maison mère (A___) avait décidé, à la fin de l'année 2004, d'examiner les différentes stratégies concernant l'évolution de F___, envisageant une cession à un tiers qui n'était pas à l'époque encore identifié. T___ a indiqué qu'il incombait à son employeur de l'informer de cette décision de la maison-mère de vendre le groupe F___ à un tiers car il aurait pu alors faire valoir son indemnité de résiliation dans le délai contractuellement convenu.

Les représentants de E GENÈVE___ ont également indiqué que le projet d'intégrer les activités de la succursale genevoise de F___ au sein d'une banque correspondait à des soucis de stratégie et d'efficacité mais n'entravait pas les activités de courtage qui auraient pu continuer à être effectuées, la Commission fédérale des banques n'ayant pas émis d'objection à ce type d'activités. Ils ont

précisé que T___ aurait pu alors continuer à traiter dans la nouvelle structure les activités de courtage sur des comptes à l'étranger.

U. A l'issue de l'audience, la cause a été remise à délibérer.

EN DROIT

1. Interjetés dans le délai et la forme prescrits par la loi, l'appel principal et l'appel incident sont recevables (art. 59 et 61 LJIP).

2. a. La question principale soumise à la Cour d'appel consiste à déterminer si les conditions d'exigibilité de l'indemnité de licenciement convenue dans l'accord du 22 juillet 2003 sont en l'espèce réalisées. Le versement de cette indemnité de résiliation est soumis à la condition que, avant le 31 décembre 2004, le contrat de travail ait été réalisé suite à la fermeture ou à la réorganisation de la succursale genevoise de D___ ou de J___ ou que l'employé ait démissionné du fait de la vente de D___ ou de J___, ou de leurs activités, à une société ne faisant pas partie du groupe A___.

L'appelant soutient que les deux conditions suspensives convenues dans l'accord du 22 juillet 2003 pour faire naître l'octroi à l'indemnité sont alternativement réalisées dès lors que (i) l'employé a fait l'objet d'un congé modification notifié par lettre du 7 décembre 2004 (ii) l'employeur a, de façon contraire aux règles de la bonne foi, empêché l'avènement de la seconde condition suspensive qui doit dès lors être considérée comme étant réalisée.

- 3a.** Un contrat de travail de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties (art. 335 al. 1 CO). Un contrat de travail peut aussi prendre fin avec la survenance d'un événement déterminé, si l'accomplissement de la condition dépend de la seule volonté du destinataire de la déclaration de résiliation (condition potestative ; cf. ATF 96 II 52 consid. 2a ; Stahelin, Commentaire zurichois, n° 5 ad. art. 335 CO ; Rehbinder Commentaire bernois, n° 1a ad. art. 335 CO ; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5^{ème} édition, n° 3 ad. art. 335 CO).

Lorsque la résiliation est fonction du refus par le travailleur d'accepter une modification des conditions de travail, on est en présence de ce que la doctrine alémanique appelle « Änderungskündigung ». Cette institution n'est pas réglée par le code des obligations ; en droit allemand, elle est régie par le § 2 Kündigungsschutzgesetz (Stahelin, loc. cit., n° 6 ad. art. 335 CO ; Rehbinder, loc.cit., n° 1a ad. art. 335 CO). L'expression « Änderungskündigung » est traduite par « résiliation sous réserve de modification » (arrêt non publié du Tribunal fédéral du 14 décembre 1996 dans la cause 4C.463/1995, consid. b/aa). Il s'agit d'une résiliation liée à une offre de poursuivre les rapports de travail à des conditions modifiées (Stahelin, loc. cit., n° 6 ad. art. 335 CO ; Barth, die Änderungskündigung im Arbeitsrecht, thèse Zürich 1990, p. 22 ; Zimmermann, die Änderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht, thèse Bâle 1978, p. 11 ; Wyler, Droit du travail, Berne 2002, p. 326-327 qui parle de « congé-modification »). Le congé-modification est ainsi défini comme la résiliation par l'une des parties du contrat de travail pour sa prochaine échéance contractuelle, accompagnée d'une offre de conclure un nouveau contrat à des conditions modifiées, la modification ne devant entrer en vigueur qu'à l'échéance du délai de résiliation (Wyler, loc.cit., p. 327). Une « résiliation sous réserve de modification » ou « congé-modification » peut aussi avoir lieu dans le cadre d'un transfert d'entreprise (Aubert, La nouvelle réglementation des licenciements collectifs et des transferts d'entreprises, in Journée 1994 de droit du travail et de la sécurité sociale, p. 112).

- b) Le transfert d'entreprise est régi par les art. 333 et 333a al. 1 CO. Pour qu'il y ait transfert d'entreprise au sens de cette disposition, il suffit que l'exploitation ou une partie de celle-ci soit effectivement poursuivie par le nouveau chef d'entreprise (ATF 123 III 366 consid. 3a ; Wylér, loc.cit., p. 305). L'exploitation est considérée comme poursuivie en tout ou partie par l'acquéreur lorsqu'elle conserve son identité, c'est-à-dire son organisation et son but (JAR 2000 p. 179 ; Stahelin, loc.cit., n° 6 ad. art. 333 CO ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3^{ème} édition, n° 2 ad. art. 333 CO ; Aubert, loc.cit., p. 87 et ss). Un transfert d'entreprise peut également intervenir dans le cadre d'un échange, une donation, d'un bail à ferme, d'une cession d'usage ou d'un apport à une société (Wylér, loc.cit., p. 308). La loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus) prévoit expressément que le transfert des rapports de travail dans le cadre d'une fusion (art. 27 LFus), d'une scission (art. 49 LFus) ou d'un transfert de patrimoine, (art. 76 LFus) est régi par l'art. 333 CO.
- c) Les art. 333 et 333a CO ont été introduits en 1993 dans l'ordre législatif suisse pour tenir compte de la Directive 77/187 CCE du Conseil des Communautés Européennes du 14 février 1977 (ci-après : Directive 1977) concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise (Directive depuis lors modifiée par la nouvelle Directive 01/23/ CE du Conseil de l'Union Européenne du 12 mars 2001). On considère que les art. 333 et 333a CO sont euro-compatibles dans la mesure où la Directive 01/23/ CE ne modifie pas le champ d'application de la précédente Directive 77/187 CCE dont s'est inspiré le législateur suisse pour introduire les arts. 333 et 333a CO et que les tribunaux suisses pourront dès lors valablement simplement s'inspirer de la jurisprudence rendue en droit communautaire (Wylér, loc.cit., p. 295 ; Aubert, loc. cit., p. 109 et ss). En cas de transfert d'entreprise, le droit suisse pose le principe du maintien des rapports de travail qui passent à l'acquéreur avec tous les droits et obligations qui en découlent au jour du transfert, sauf si l'employé s'y oppose. La loi ne précise pas

dans quel délai le travailleur peut faire opposition au transfert et, sauf circonstances particulières, ce délai doit correspondre au temps d'essai applicable au contrat initial (Aubert, Commentaire Romand, N° 8 ad. art. 333a CO). Le maintien des rapports de travail implique, en principe, que les conditions de travail demeurent inchangées, le droit communautaire prévoyant à ce sujet que les rapports de travail sont maintenus tels quels (art. 3 al. 1 de la Directive 1977). Le transfert, en lui-même, ne saurait donc avoir pour conséquence une modification unilatérale des conditions de travail par l'acquéreur. Cela ne signifie pas que ces conditions de travail doivent rester immuables. La Cour de justice des Communautés Européennes a pu juger que, dans la mesure où le droit national permet, en dehors de l'hypothèse d'un transfert d'entreprise, de modifier la relation de travail dans un sens défavorable au travailleur, notamment en ce qui concerne les conditions de rémunération, une telle modification n'est pas exclue en raison du seul fait que l'entreprise a, entre-temps, fait l'objet d'un transfert (Rec. 1991 p. 41-46, Giuseppe d'Urso, cité par Aubert, loc.cit., p.112).

- 4a.** En l'espèce, le transfert des rapports de travail a été notifié à T___ par lettre de E GENÈVE___ du 7 décembre 2004. La communication précitée précisait expressément le transfert des rapports de travail à F___ et précisait que l'employé avait la possibilité de s'opposer à ce transfert. La communication indiquait que, faute d'opposition, le transfert des rapports de travail interviendrait automatiquement « when the acquisition is concluded ». T___ ne s'est pas opposé au transfert des rapports de travail auprès de F___ ; certes, dans une communication du 8 décembre 2004, il a précisé qu'il n'était pas en mesure d'accepter ou de refuser le système de rémunération prévu par F___ Plan 2005 au titre de conditions salariales présentées dans l'offre de transfert du 7 décembre 2004. Cette situation ne saurait être toutefois être assimilée à une opposition de l'employé au transfert des rapports de service au sens de l'art. 333 al. 1 CO ; d'une part, le travailleur doit clairement notifier son opposition, situation non

réalisée en l'espèce ; d'autre part, l'opposition doit porter sur le transfert des rapports de travail et non sur diverses modalités de la nouvelle collaboration.

Il découle également de la procédure que T___ a continué, après le 7 décembre 2005, à travailler pour son employeur sans manifester une quelconque opposition à la situation présentée le 7 décembre 2004. Il a au demeurant lui-même fixé, à la mi-janvier 2005, ses objectifs professionnels pour le premier semestre 2005. Certes, par la suite, il a notifié le 28 janvier 2005 la dénonciation de son contrat de travail mais cette résiliation ne peut valoir opposition au transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 al. 1 CO. Force est ainsi de constater que l'employé n'a pas fait valoir une opposition au transfert de travail qui lui a été notifié le 7 décembre 2004, et ceci en dépit de la clause contractuelle l'invitant à se déterminer sur le maintien des relations de travail.

- b)** L'appelant considère que la communication du 7 décembre 2004 doit être interprétée comme un congé-modification (« Änderungskündigung ») dès lors qu'elle emportait la modification de deux éléments essentiels de la collaboration de l'employé ayant trait, d'une part, à sa rémunération et, d'autre part, à l'activité exercée. Selon l'appelant, la situation relèverait ainsi d'un congé modification et non d'un transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 al. 1 CO. La Cour d'appel ne peut suivre cette argumentation. Tout d'abord, s'il est possible qu'un transfert d'entreprise puisse avoir sur le travailleur des effets proches de ceux d'un congé-modification, cela ne permet pas pour autant de faire abstraction des règles spéciales prévues par la loi en cas de transfert d'entreprise. Or, il suffit qu'une partie de l'exploitation soit poursuivie pour qu'il y ait transfert au sens de l'art. 333 CO, situation manifestement réalisée en l'espèce. De plus le transfert des activités à F___ était certes projeté mais n'a pas été concrétisé, E GENÈVE___ ayant continué ses activités de courtage. Au demeurant, même s'il y avait eu transfert effectif des activités de E GENÈVE___ à F___, il ressort des débats que l'activité de T___ aurait été pérennisée. En effet, il n'a pas été établi que le transfert des activités à F___ aurait impliqué la cessation de toute activité de

courtage par cette entité qui aurait nécessairement occasionné une modification de revenus pour l'appelant. La Commission fédérale des banques, consultée sur le projet de l'intimée, n'a pas émis d'objection à la poursuite des activités de E GENÈVE___ au sens d'une entité bancaire. Il découle également des pièces versées aux débats que, au 31 décembre 2004, les actifs des clients dont l'appelant avait la charge s'élevaient à USD 536'703'402.- répartis sur divers comptes ouverts auprès de F___ alors que les avoirs de clientèle sur des comptes tierces s'élevaient à USD 96'896'332.-, soit 1/5^{ème} de la masse gérée par l'appelant. La Cour d'appel ne peut ainsi retenir que le transfert pressenti des activités de E GENÈVE___ auprès de F___ aurait impliqué une modification de la collaboration de T___ au sein de cette entité qui n'aurait pas été autorisée à effectuer des opérations de courtage. Une telle restriction des activités n'a pas été démontrée en procédure et est contredite par les pièces du dossier, voire par le propre comportement de l'appelant qui a rejoint en février 2005 la banque K___ en y transférant une grande partie de la clientèle traitée auparavant auprès de l'intimé sans que cette situation ne constitue une objection dirimante à son activité. La Cour d'appel ne peut ainsi retenir le fait que le transfert pressenti des activités auprès de F___ aurait modifié la collaboration de T___ en l'empêchant d'exercer l'activité de conseiller à la clientèle.

Pour les mêmes motifs, la Cour d'appel ne peut également retenir que le transfert des activités auprès de F___ aurait impliqué une modification de la rémunération de l'appelant qui était composée d'un fixe et d'un variable sur les revenus générés par la clientèle traitée par T___. En effet, il n'a pas été démontré que la nouvelle entité aurait été empêchée d'effectuer des opérations de courtage impliquant une diminution drastique de la rémunération allouée à T___. De plus, les conditions proposées dans la communication du 7 décembre 2004 reprennent les avantages offerts précédemment à T___, quelques fois en les améliorant, de telle sorte que la Cour d'appel ne peut considérer que cette communication consigne des modifications substantielles des conditions de travail précédemment convenues avec l'employé.

La communication du 7 décembre 2004 ne peut donc être interprétée comme un congé-modification au sens de la jurisprudence précitée mais s'intègre dans le cadre d'un transfert d'entreprise auquel T___ a consenti. Enfin, à l'instar de l'appréciation des premiers juges, la Cour d'appel relèvera que l'argumentation aujourd'hui développée par l'appelant se heurte à son propre comportement puisqu'il a lui-même résilié les rapports de service à la fin février 2005 pour le 31 mai 2005 sans soutenir – du moins à l'époque – qu'il était au bénéfice d'un congé-modification notifié le 7 décembre 2004 pour le 31 mars 2005.

En conclusion, l'appelant ne peut invoquer une résiliation des rapports de service intervenus avant le 31 décembre 2004 qui justifierait l'octroi de l'indemnité de licenciement convenue en janvier 2003.

5. L'appelant relève que la seconde condition suspensive consignée dans l'accord du 22 juillet 2003 (clause de physionomie) serait en l'espèce réalisée au motif que, de façon contraire aux règles de la bonne foi, l'intimée aurait différé l'annonce de la vente du groupe à un tiers dans le but de faire perdre à l'employé le bénéfice de l'indemnité de licenciement. Il invoque à ce sujet le bénéfice de l'art. 156 al. 1 CO.
 - a) Selon cette disposition, la condition est réputée accomplie quand l'une des parties en a empêché l'avènement au mépris des règles de la bonne foi (art. 156 al.1 CO). Cette disposition implique, d'une part, le comportement répréhensible d'une personne liée par l'expectative renforcée et, d'autre part, un comportement contraire aux règles de la bonne foi, violait le principe de la confiance réciproque sans nécessairement être intentionnel (ATF 117 II 273 = JT 1992 I 250). Les limites du comportement autorisé ou interdit dépend d'une analyse des circonstances concrètes mais également de la nature de la condition envisagée. La doctrine retient qu'il faut se garder d'interpréter trop largement l'art. 156 CO ; en

effet, en convenant d'une condition, les parties ont pris en compte l'existence d'un risque qu'elles doivent assumer. Elles n'ont en effet pas d'obligation de favoriser l'avènement de la condition (SJ 1988 158 s ; Pichonnaz, Commentaire Romand, N° 15 ad. art. 156 CO ; Engel, Traité des obligations en droit suisse, 3^{ème} édition, p. 855)

- b) En l'espèce, le groupe A___, le groupe international disposant diverses filiales ou bureaux de représentation dans le monde entier, a décidé, en interne, le 15 décembre 2004, de vendre sa participation dans le groupe F___ à une entité tierce. Cette information n'est restée à l'époque connue que d'un cercle restreint de membres dirigeants du groupe A___ aux Etats-Unis et n'a pas été immédiatement communiquée aux employés du groupe, quelles que soient leur activité et leur localisation. Cette information n'est devenue publique que lors de sa communication à la Securities and Exchange Commission américaine le 4 février 2005. C'est également à cette date que les employés, y compris T___, ont eu connaissance de cette décision.

Au moment de cette annonce, le groupe A___ n'était pas en négociation avec une entité tierce sur la cession des activités de F___ . Ces négociations avec le groupe bancaire H___ n'ont été initiées qu'en avril 2005, la transaction ayant été conclue le 30 juin 2005 et le closing étant intervenu le 3 octobre 2005.

On ne voit pas dans le comportement de l'intimée une violation des règles de la bonne foi pour ne pas avoir informé l'ensemble des employés du groupe, localisés dans le monde entier, de la décision de principe prise à la mi-décembre 2004 de se séparer des activités de F___ . La communication de cette annonce n'a pas été volontairement différée pour empêcher T___ de bénéficier de l'indemnité de résiliation puisque tous les employés du groupe ont été traités de la même façon et ont tous eu connaissance de cette décision le 4 février 2005. Au demeurant, à l'époque, l'identité du groupe tiers n'était pas connue de telle sorte que la clause de physionomie convenue dans l'accord de juillet 2003 paraissait difficilement

pouvoir être invoquée par T____. La Cour d'appel relève d'ailleurs que, ayant été informée le 4 février 2005 de la vente du groupe F____ par A____, l'appelant n'a pas invoqué cette circonstance pour justifier une fin des rapports de service avec son employeur, sa nouvelle activité auprès de K____ étant le seul motif de la résiliation des rapports de travail avec l'intimée.

La Cour d'appel retient ainsi que les conditions d'exigibilité de l'octroi d'une indemnité de licenciement convenue le 22 juillet 2003 ne sont pas réalisées en l'espèce. Le jugement sera ainsi confirmé sur ce point.

6. L'appelant fait valoir une prétention en dommage-intérêts à l'encontre E GENÈVE____ et de E2____, fondée sur l'article 41 CO, tendant au remboursement d'une somme de CHF 48'525.50 correspondant aux frais d'avocat déboursés avant l'intentat de la procédure prudhomale. Le Tribunal des Prudhommes a rejeté cette prétention au motif que la procédure prudhomale ne connaît pas la prise en charge de dépens, hormis les cas spécifiquement prévus par la loi et non réalisés en l'espèce. La réclamation de l'appelant méconnaît les principes qui régissent l'illicéité dans le domaine de la responsabilité civile. On cherche en vain dans le dossier la trace d'un acte illicite, soit la violation d'une norme objective de comportement, de droit écrit ou non écrit, destinée à protéger les biens individuels ou particuliers, qui aurait été violée en l'espèce par E2____ et ou par les organes de E GENÈVE____. Le fait de ne pas avoir annoncé à l'ensemble des employés du groupe, le 15 décembre 2004, la décision interne des dirigeants du groupe A____ de se séparer des activités de F____ ne saurait constituer la commission d'un acte illicite au sens de l'article 41 al. 1 CO. Il a, en effet, été exposé que les responsables de E GENÈVE____ – qui, d'ailleurs, pour la plupart n'étaient pas informés de la décision interne intervenue le 15 décembre 2004 – n'avaient pas sciemment caché à T____ cette décision de principe dans le but de l'empêcher de faire valoir sa prétention en paiement d'une indemnité de résiliation. Faute d'un

comportement illicite, la prétention en dommage-intérêts de l'appelant ne peut être retenue.

7. Dans son appel incident, l'intimée fait valoir une prétention reconventionnelle tendant au paiement de CHF 2'727'000.- à titre de réparation du préjudice subi à la suite de la fermeture des comptes par des clients sollicités activement ou détournés par T___. E GENÈVE invoque ainsi la violation du devoir de fidélité (art. 321a al. 1 CO) qui justifierait la mise en œuvre de la responsabilité de l'employé au sens de l'art. 321e al. 1 CO. Le Tribunal des Prud'hommes a rejeté cette prétention au motif que la preuve du comportement critiquable de l'employé n'avait pas été rapportée, l'employeur n'ayant pas établi que les clients avaient été activement détournés par T___. Force est de constater que l'appel incident n'apporte aucun élément nouveau qui permettrait de démontrer, notamment à l'aide du témoignage des clients concernés, que T___ se serait livré à un détournement actif de la clientèle dont il avait la charge chez son précédent employeur et aurait ainsi enfreint son devoir de fidélité. Les relations particulières que le conseiller entretenait avec cette clientèle, ses compétences professionnelles reconnues sans réserve par l'intimée et la qualité du nouvel employeur de l'appelant sont, aux yeux de la Cour d'appel, suffisants pour justifier que les clients aient suivi « leur » gestionnaire auprès de son nouvel employeur, sans que ce dernier ait pu se livrer à des agissements illicites propres à détourner la clientèle de l'intimée. Il est au demeurant fréquent de voir des clients quitter une banque de leur propre gré suite au départ du gestionnaire traitant leur dossier lorsque ce gestionnaire s'est occupé de la gestion de leur fortune pendant de nombreuses années et qu'un rapport confiance particulier, souvent doublé de rapports d'amitié, s'est ainsi établi. Des départs de clients suite au départ du gestionnaire ne rend donc pas à lui seul suffisamment vraisemblable que ce dernier aurait incité ces clients, par un comportement actif, à transférer leurs avoirs ailleurs. Ainsi, le fait que les clients aient, dès le commencement d'activité de T___ chez K___, sollicité le transfert de leurs avoirs auprès de ce nouvel

établissement n'est pas suffisant pour démontrer que l'appelant aurait activement démarché la clientèle ou entrepris une campagne de dénigrement à l'encontre de son précédent employeur. Faute d'éléments complémentaires, la Cour d'appel ne peut ainsi retenir un comportement contraire au droit de T___ qui pourrait faire naître à son encontre une prétention en dommage-intérêts de l'intimée.

8. E GENÈVE___ réclame en outre, dans le cadre de son appel incident, la condamnation de T___ à lui payer la somme de CHF 579'134.10 à titre de remboursement du bonus 2004 payé le 25 février 2005.

Le plan de rémunération de F___ 2004 et 2005 prévoit que le bonus n'est payé que pour autant que le contrat de travail n'ait pas été résilié par une partie contractante au moment du paiement.

Cette condition est, en l'espèce, réalisée puisque T___ a perçu le bonus litigieux le 25 février 2005 alors qu'il était à cette date toujours sous contrat de travail et qu'aucune résiliation n'avait encore été notifiée. Ce n'est que le 28 janvier 2005, certes immédiatement après la perception du bonus, que T___ a notifié la fin de ses rapports de service avec l'intimée pour le 31 mai 2005. Cette dernière voit dans ce comportement une situation qui ne rendrait pas l'employé éligible pour le bonus et autoriserait l'employeur à en réclamer la restitution. On ne voit pas la base légale qui sous-tendrait la prétention de l'intimée qui n'invoque au demeurant pas le bénéfice des dispositions sur l'enrichissement illégitime pour justifier sa réclamation, étant précisé que le bonus tendait en l'espèce à récompenser une performance passée, réalisée par l'employé.

Dans la mesure où les conditions d'octroi du bonus étaient réalisées, T___ pouvait ainsi prétendre au paiement du bonus 2004 et la prétention de l'intimée sera sur ce point écartée.

9. En définitive, le jugement au Tribunal des Prudhommes sera intégralement confirmé, l'appel principal et l'appel incident étant rejetés.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par T___ à l'encontre du jugement du Tribunal des Prud'hommes du 19 juin 2006 rendu dans la cause C/8964/2005-4

Déclare recevable l'appel incident interjeté par E___ contre ledit jugement.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président

