

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/8978/2015-3

CAPH/98/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 11 JUILLET 2017

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____ Genève, appelant d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 13 septembre 2016 (JTPH/348/2016), comparant par M^c Eve DOLON, avocate, boulevard de la Tour 4, 1205 Genève, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile,

d'une part,

et

B_____ **LTD**, sise _____ Genève, intimée, comparant par M^c F_____, avocat, avenue Jules-Crosnier 8, 1206 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 14.07.2017.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPH/348/2016 du 13 septembre 2016, expédié pour notification aux parties le même jour, le Tribunal des prud'hommes, statuant par voie de procédure ordinaire, a, à la forme, déclaré recevable la demande formée le 7 juillet 2015 par A_____ contre B_____ LTD (ch. 1 du dispositif), et, au fond, a débouté A_____ de sa demande (ch. 2), les parties étant déboutées de toutes autres conclusions (ch. 3). Le Tribunal a arrêté les frais judiciaires à 10'185 fr., mis à la charge de A_____ et compensés à due concurrence avec l'avance fournie par lui, condamné en conséquence à verser 185 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire (ch. 1 à 4) et a dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 5).

En substance, les premiers juges ont retenu qu'il n'était pas possible de dégager une réelle et commune intention des parties concernant la qualification de gratification ou de bonus des versements opérés par B_____ LTD. Le travailleur ne pouvait comprendre le système mis en place par son employeur s'agissant du versement des primes. Le bonus n'étant pas déterminable, il devait être qualifié de gratification. Au vu des montants perçus par A_____, il ne pouvait pas être considéré que le bonus constitue un salaire variable.

- B. a.** Par acte déposé le 14 octobre 2016 au greffe de la Cour de justice, A_____ a formé appel de ce jugement, sollicitant son annulation. Il a conclu, préalablement, à ce que B_____ LTD produise une copie du compte de pertes et profits comprenant les résultats de la société *offshore* C_____ LIMITED, pour les années 2010 à 2014. Principalement, il a conclu à la condamnation de B_____ LTD à lui verser les sommes de 1'767'699 fr. 80 (contre-valeur de USD 1'850'000) au titre de bonus pour l'année 2013 et de 294'628 fr. (contre-valeur de USD 308'334) au titre de bonus pour l'année 2014, avec suite de frais et dépens.

Il a fait grief au Tribunal de ne pas avoir statué sur ses conclusions en production de pièces et a, en conséquence, sollicité que la Cour ordonne la production desdits titres. Il a également reproché aux premiers juges une mauvaise application du droit, en qualifiant le bonus de gratification, alors même que la commune et réelle intention des parties avait porté sur le principe d'un salaire variable, lequel était par ailleurs déterminé, voire déterminable.

- b.** Par réponse du 1^{er} décembre 2016, B_____ LTD a conclu à l'irrecevabilité de l'appel et, au fond, au déboutement de A_____ de toutes ses conclusions et à la confirmation du jugement entrepris, sous suite de frais et dépens.

Elle a soutenu que la motivation de l'appel était insuffisante, ce qui entraînait son irrecevabilité. Sur le fond, elle a fait valoir que les bonus étaient discrétionnaires

et que par ailleurs, aucun objectif n'étant fixé à l'avance. Ni le contrat de travail, ni *l'employee handbook* ne prévoyaient le versement d'une somme déterminée.

c. Par réplique et duplique des 23 décembre 2016 et 8 février 2017, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives.

d. Par pli du greffe du 9 février 2017, les parties ont été avisées de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure:

a. B_____ LTD (ci-après : B_____) *private company limited by shares* de droit M_____, dont le siège est à N_____, a pour but le négoce international de produits pétroliers, le transport maritime et le *hedging* (couverture). Elle dispose d'une succursale à Genève inscrite au Registre du commerce depuis le _____ 2009.

Du 25 février 2013 au 20 mai 2016, D_____ a été le directeur de la succursale, avec signature individuelle. Depuis le 20 mai 2016, E_____ et F_____ en sont les directeurs, avec signature individuelle pour le premier et à deux pour le second.

b. A_____ a été engagé par B_____ par offre du 9 février 2010, acceptée le 10 février 2010, à compter du 24 février 2010, en qualité de *trader* en pétrole brut (niveau 3), pour une durée indéterminée, à plein temps, pour un salaire annuel brut de 220'000 fr., versé en treize mensualités.

Le chiffre 2 du contrat de travail prévoyait qu'un bonus annuel serait versé en fonction de la performance et que la performance réalisée serait mesurée sur la base des pertes et profits de l'entreprise ainsi que des buts et objectifs convenus.

c. Le manuel de l'employé de B_____ (*employee handbook*), approuvé entre le 9 mars et le 13 avril 2010 par les dirigeants de la société, donnait des précisions s'agissant de la prime annuelle de performance discrétionnaire.

Il indiquait que le bonus annuel dépendait de la performance et de la rentabilité de l'entreprise ainsi que de la performance individuelle de l'employé (art. 2.4.1). Le paiement du bonus, y compris mais non limité à son montant, était à la seule et entière discrétion du conseil d'administration et de la direction de la société (art. 2.4.2). Tous les bonus qui étaient versés par la société ne pouvaient créer un précédent pour un futur paiement de bonus et il n'existait aucun droit juridique à son paiement (art. 2.4.3). La prime de performance discrétionnaire, le cas échéant, était communiquée aux employés au cours de la première moitié de l'année suivante et payée au plus tard au mois de juillet suivant l'année qualifiée (art. 2.4.4).

Enfin, le manuel de l'employé prévoyait des conditions nécessaires pour que l'employé soit éligible au paiement du bonus de performance discrétionnaire pour une année de qualification, à savoir :

- les employés devaient être au service de la société au 31 décembre de l'année concernée,
- les employés devaient avoir commencé le travail au sein de la société avant le 30 juin de l'année concernée,
- les employés ne devaient pas avoir démissionné ni avoir reçu une résiliation du contrat au moment du paiement du bonus (art. 2.4.5).

d. Selon les certificats annuels de salaire de A_____, B_____ lui a versé les salaires fixes et bonus suivants :

- pour l'année 2010 : 177'107 fr. brut à titre de salaire et 120'000 fr. brut à titre de bonus, versés en octobre 2011;
- pour l'année 2011 : 241'068 fr. brut à titre de salaire et 1'764'893 fr. brut à titre de bonus, dont 662'765 fr. versés en novembre 2012 et 1'102'128 fr. versés en janvier 2013;
- pour l'année 2012 : 295'826 fr. brut à titre de salaire et 1'567'020 fr. brut à titre de bonus, dont 783'510 fr. versés en novembre 2013 et 783'510 fr. versés en janvier 2014;
- pour l'année 2013 : 330'000 fr. brut à titre de salaire.

e. Par courrier électronique du 24 février 2014 adressé à A_____, adressé en copie à G_____, le système informatique Oracle a demandé à celui-là de compléter et soumettre son évaluation dans le système informatique d'ici au 28 février 2014.

A_____ a répondu qu'il avait remis ses objectifs de performance le 13 janvier 2014 mais que ces derniers étaient toujours en gris dans le système Oracle, probablement dans l'attente de l'approbation de son supérieur hiérarchique.

f. Par courrier du 25 février 2014 adressé à B_____, A_____ a résilié son contrat de travail pour le 30 avril 2014. Il a demandé à la société de lui faire parvenir le décompte de ses droits, paiement du salaire, bonus et vacances au 30 avril 2014.

Le 27 février 2014, B_____ a informé oralement A_____ de ce qu'elle le libérait avec effet immédiat de son obligation de travailler.

B_____ a payé à A_____, avec son salaire du mois d'avril 2014, ses vacances non prises en nature ainsi que son treizième salaire au *pro rata temporis*.

g. Par courrier de son conseil du 21 mai 2014, A_____ a indiqué à B_____ que les montants qu'il avait perçus à titre de rémunération variable faisaient partie intégrante de son salaire. En conséquence, ses bonus pour les années 2013 et 2014 devaient lui être versés au plus tard à la fin des rapports de travail. Il mettait ainsi B_____ formellement en demeure de lui verser ces bonus avant le 31 mai 2014.

B_____ lui a répondu par courrier du 4 juin 2014 que tant que les comptes n'étaient pas définitivement arrêtés, aucune discussion concernant les bonus n'avait lieu. Les réviseurs étaient d'ailleurs actuellement en plein travail d'audit. En outre, les primes étaient habituellement versées bien après les vacances d'été. La société a déploré le fait que A_____ – qui avait perçu au cours des douze derniers mois plus de 2'000'000 fr. de rémunération – estimait ne pas devoir attendre, comme tous les autres employés, que les propriétaires finalisent la répartition des bonus. Elle a précisé que la distribution des bonus serait conforme aux règles qu'elle pratiquait, lesquels comprenaient les dispositions du *employee handbook*. Enfin, elle a affirmé que la direction du groupe n'avait pas l'intention d'allouer un bonus à un ancien employé ayant donné son congé avant que les employés fidèles ne soient récompensés.

Par courrier du 7 novembre 2014 adressé à B_____, A_____ a indiqué avoir pris acte de sa position et avoir en conséquence attendu bien après l'été pour la relancer. Il a ajouté estimer qu'elle pouvait, à ce jour, déterminer le montant qui lui serait versé. Il demandait en conséquence à la société de lui confirmer la somme versée ainsi que la date de son versement.

Par correspondance du 25 novembre 2014, B_____ a indiqué à A_____ que le *Senior Management* à O_____ avait arrêté les bonus pour l'année 2013 et qu'il s'était fait attribuer une prime de USD 850'000.-. Elle était prête à lui verser cette somme à titre de solde de tout compte concluant définitivement la fin de leurs relations de travail. Elle lui demandait en conséquence de lui confirmer son accord de principe.

Par courrier du 8 décembre 2014, A_____ a indiqué à B_____ avoir été très surpris quant au montant proposé. En effet, depuis son engagement quatre ans auparavant, les primes étaient versées en fonction des pertes et profits de la société. A sa connaissance, les profits de l'année 2013 avaient été supérieurs à ceux de l'année 2012, année pour laquelle il avait perçu un bonus de USD 1'850'000.-. Il estimait en conséquence que la prime qui devait lui être attribuée devait correspondre au moins au montant de celle de l'année précédente. Il avait en outre entendu dire que certains employés avaient reçu une prime quasi équivalente pour l'année 2012 et pour l'année 2013. Il demandait en conséquence

à B_____ de lui indiquer ce qu'il en était de cette différence totalement inexpliquée.

h. Par requête de conciliation déposée au greffe du Tribunal des prud'hommes le 29 avril 2015, A_____ a assigné B_____ en paiement de 2'062'327 fr. 80, soit la contrevaieur de USD 2'158'334.-, à titre de bonus pour les années 2013 et 2014, ainsi qu'en remise d'un certificat de travail complet.

Une audience de conciliation s'est tenue le 6 juillet 2015, lors de laquelle aucun arrangement n'est intervenu. Une autorisation de procéder a été délivrée à A_____ le jour même.

i. Par demande ordinaire déposée au greffe du Tribunal des prud'hommes le 7 juillet 2015, A_____ a assigné B_____ en paiement de 2'062'327 fr. 80, soit la contrevaieur de USD 2'158'334.-, ainsi qu'en remise d'un certificat de travail complet. A titre préalable, il a conclu à la production par B_____ de son compte de pertes et profits pour les années 2010 à 2013 ainsi que de la liste des rémunérations variables versées à tous ses employés pour les années 2012 et 2013.

La somme susmentionnée se décompose comme suit :

- 1'767'699 fr. 80 soit la contrevaieur de USD 1'850'000.-, à titre de bonus pour l'année 2013 ;
- 294'628 fr. soit la contrevaieur de USD 308'334.-, à titre de bonus pour l'année 2014.

A l'appui de ses conclusions, il a en substance allégué que son bonus pour l'année 2010 s'était élevé à USD 650'000.-. Il ignorait pour quelles raisons seul un montant de 120'000 fr. avait été indiqué comme bonus sur le certificat annuel de salaire.

A_____ a affirmé que la rémunération variable qu'il avait perçue de B_____ constituait une partie intégrante de son salaire et n'était pas une gratification exceptionnelle. Le contrat de travail prévoyait en effet le versement d'un salaire fixe et d'un bonus fixé selon les performances de la société et de lui-même. Il n'aurait jamais accepté de travailler pour l'intimée si le bonus n'avait pas été convenu contractuellement. De plus, la pratique de la branche du trading impliquait que les bonus des traders soient fonction de ce qu'ils rapportaient à la société. Ses propres compétences avaient été reconnues puisqu'il avait été contacté par B_____ en vue de son engagement et puisqu'il avait bénéficié de bonus de plus en plus importants en raison de ses performances et de l'augmentation du profit de la société qu'il avait réalisée.

Les bonus qu'il avait perçus correspondaient pour 2010 à 376% de sa rémunération fixe annuelle, pour 2011 à 808% et pour 2012 à 625%, de sorte

qu'ils ne pouvaient revêtir un caractère accessoire. De plus, ils n'avaient pas été versés de manière exceptionnelle mais chaque année. Enfin, B_____ ne contestait pas que le bonus fût une partie intégrante de son salaire puisqu'elle lui avait proposé de lui verser une rémunération de USD 850'000.- à titre de bonus pour l'année 2013.

A_____ a soutenu que les bonus qu'il avait perçus étaient déterminés chaque année en fonction des résultats de l'entreprise, et en particulier à son chiffre d'affaire, lequel avait plus que triplé durant ses années d'emploi, et ce quasi exclusivement en raison de son activité et de celle de son équipe. De plus, l'augmentation de son bonus entre les années 2010 et 2013 correspondait exactement à l'augmentation du compte de pertes et profits du groupe B_____. Par ailleurs, H_____ lui avait indiqué en octobre 2013, lors de l'annonce de son bonus 2012, que ce dernier était quelque peu inférieur à celui de l'année 2011 car le chiffre d'affaire de la société avait un peu baissé. En outre, lorsqu'il avait quitté l'entreprise en février 2014, il savait que les profits de l'année 2013 étaient quelque peu supérieurs à ceux de l'année 2012. Enfin, il avait appris de ses anciens collègues qu'ils avaient tous reçu des bonus pour l'année 2013, soit identiques à ceux pour l'année 2012, soit quelque peu supérieurs.

En recevant sa fiche de salaire du mois de mars 2014, il avait été très surpris de ne pas recevoir ses bonus pour les années 2013 et 2014. Il avait en conséquence contacté téléphoniquement le service des ressources humaines, soit G_____, et avait sollicité une réunion avec H_____, un des directeurs de la société, pour savoir ce qu'il en était. Celle-là s'était engagée à lui fixer un rendez-vous avec celui-ci, qui devait venir à Genève en avril. Après plusieurs semaines, sans nouvelles, il avait recontacté G_____, qui lui avait indiqué que H_____ ne s'était finalement pas rendu à Genève. Cela était toutefois inexact, d'anciens collègues lui ayant indiqué qu'il était bien venu.

Lors de son dernier échange avec G_____ le 6 mai 2014, cette dernière lui avait assuré que son bonus allait lui être versé, toutefois sans mentionner de montant ni de date. Elle lui avait également indiqué que H_____ avait affirmé qu'il n'y avait pas de problème pour lui payer le bonus.

j. Par mémoire de réponse expédié le 15 octobre 2015, B_____ a conclu à ce qu'il lui soit donné acte qu'elle acceptait d'établir un certificat de travail en faveur de A_____. Elle a conclu à son déboutement pour le surplus, sous suite de dépens.

A l'appui de ses conclusions, elle a en substance indiqué que le bonus pour l'année 2010 reçu par A_____ était bien de 120'000 fr. comme indiqué sur son certificat annuel de salaire, et non de USD 650'000.- comme il l'alléguait.

Elle a contesté que ses résultats aient doublé en 2012 et que l'année 2013 ait été très difficile. Elle a encore indiqué que G_____ ne s'était pas engagée à fixer un rendez-vous avec H_____, mais seulement à lui faire part du souhait de A_____ d'avoir un entretien. Enfin, le 6 mai 2014, G_____ avait uniquement indiqué à ce dernier qu'aucune décision concernant les primes ne serait prise tant que l'audit des comptes de la société ne serait pas terminé.

B_____ a par ailleurs expliqué que selon ses règles internes régissant la fixation des primes, le travail de chaque employé était analysé, ses *performance reviews* étaient notés et ces notes cumulées, ce qui permettait de le classer dans une des cinq catégories, allant de mauvais performeur à performeur optimal. La société définissait également les grilles fixant pour chaque poste le bonus, d'une part en fonction de la performance des employés, d'autre part en fonction de leur hiérarchie au sein de l'entreprise. A l'aide de ces tables, le bonus auquel pouvait prétendre le personnel était calculé individuellement pour chaque employé. Les tables liaient ainsi l'évaluation des employés (performance, ancienneté, respect des objectifs, etc.) à un bonus théorique ou mathématique. De plus, les dirigeants de l'entreprise – en fonction de leurs critères discrétionnaires – décidaient d'allouer – ou non – une somme complémentaire pour fixer le bonus total de chaque employé. Le résultat de l'année précédente n'était ainsi pas le seul facteur déterminant le droit au bonus.

B_____ a par ailleurs rappelé les conditions pour le droit à une prime prévues par le *employee handbook*. S'agissant de A_____, les deux premières étaient remplies s'agissant de l'année 2013, dès lors qu'il était employé au 31 décembre 2013 et en fonction avant le 30 juin 2013. Cependant, la troisième condition n'était manifestement pas remplie, A_____ ayant résilié son contrat de travail le 25 février 2014. Il en était de même pour l'année 2014. Aucun bonus ne lui était donc dû pour ces deux années.

En outre, la part discrétionnaire distribuée par la société n'était manifestement pas un droit acquis des employés. Si par impossible le Tribunal devait refuser d'appliquer les dispositions contractuelles claires fixant qu'aucune prime n'était due à un employé ayant donné sa démission, A_____ pouvait au mieux prétendre à la part "mathématique" du bonus, à l'exclusion de toute part discrétionnaire complémentaire. S'agissant de A_____, sa *performance review* lui attribuait 71.8 points, ce qui le classait comme *steady performer* (performeur régulier). En tant que responsable du *trading* et *steady performer*, son bonus aurait dû se situer entre USD 220'000.- et USD 250'000.-. Son score de 71.8 point, soit dans le bas de la tranche de 70 à 89 points, aboutissait mathématiquement à une prime en fonction de la performance de USD 223'000.-.

B_____ a ajouté que ses dirigeants, malgré le départ de A_____ pour la concurrence et les règles limpides de l'*employee handbook*, avaient voulu lui témoigner leur estime en lui attribuant une somme de USD 850'000.-, soit près de quatre fois supérieure à la prime mathématique. Cette proposition ayant été refusée par A_____, elle n'était plus d'actualité.

A l'appui de ses allégations, B_____ a notamment produit un tableau contenant les tabelles pour la fixation du bonus de performance 2013, un tableau récapitulatif avec bonus de performance et bonus discrétionnaires versés à ses employés en 2014 pour l'année 2013 (pièce 2 déf.) ainsi qu'un projet de certificat de travail.

Il ressort de la pièce 2 déf. que, pour les vingt-trois employés du bureau de Genève indiqués sur ce document sans tenir compte de A_____, le bonus en fonction de la performance s'est élevé entre USD 27'736.84 et USD 195'552.63 (colonne vert foncé), la prime d'encouragement extraordinaire entre USD 4'302.63 et USD 214'630.- (colonne bleu) et le bonus total payé en 2014 pour l'année 2013 entre USD 32'000.- et USD 395'000.- (colonne rose). S'agissant du bonus total versé en 2013 pour l'année 2012 sans tenir compte du demandeur, il s'est élevé entre USD 30'000.- et USD 433'000.- (colonne vert clair). S'agissant de A_____, son bonus en fonction de la performance était pour l'année 2013 de USD 222'842.11 (colonne vert foncé), sa prime d'encouragement extraordinaire de USD 0.- (colonne bleu), le bonus total proposé pour l'année 2013 de USD 850'000.- (colonne rose) et le montant total du bonus versé pour l'année 2012 de USD 1'722'000.- (colonne vert clair). Il ressort en outre de cette pièce que le bonus finalement versé a été, pour quatre des vingt-trois employés de la société, inférieur au bonus mathématique basé sur la performance.

k. Les parties ont été entendues lors de l'audience du 26 janvier 2016, et ont persisté dans leurs conclusions respectives.

A_____ a indiqué se souvenir que l'*employee handbook* avait été finalisé au mois de mai ou juin 2010, époque à laquelle il l'avait reçu par email. Il avait lui-même constaté que la deuxième des conditions de l'article 2.4.5 de ce document n'avait pas été respectée pour un employé de la société, lequel avait commencé à travailler en octobre et avait perçu un bonus pour cette même année. Il ne voulait toutefois pas indiquer le nom de cet employé. En outre, il n'était pas d'accord avec la troisième des conditions et savait qu'il existait des jurisprudences concernant l'obtention de bonus.

A_____ a ajouté que lorsqu'il l'informait du montant de son bonus, H_____ lui indiquait si la société avait fait une bonne ou une mauvaise année et si lui-même avait bien performé ou pas. Il ne lui présentait pas autre chose que le montant de son bonus. A_____ a ajouté n'avoir jamais vu le tableau produit sous pièce 2

déf., soit le tableau récapitulatif avec bonus de performance et bonus discrétionnaires versés en 2014 pour l'année 2013, avant la présente procédure.

S'agissant de son bonus 2010, il avait bien été de USD 650'000.-. Ce montant lui avait été communiqué par H_____, qui était venu dans son bureau et lui avait montré un tableau Excel sur lequel étaient indiqués son nom et ce montant. Il avait reçu ce montant en trois versements, soit 120'000 fr. sur son compte bancaire en Suisse, une seconde partie en dollars américains sur un compte à l'étranger et la dernière partie en Euros sur un autre compte à l'étranger. C'était B_____ elle-même qui lui avait proposé de lui verser une partie du bonus sur des comptes à l'étranger du fait qu'il voyageait beaucoup.

A_____ a ajouté que son bonus pour l'année 2011 lui avait été annoncé par H_____ en septembre ou octobre 2012, alors qu'il était dans un ascenseur avec ce dernier et J_____. Quelques jours après, il avait reçu un email de I_____ confirmant le montant du bonus.

En octobre 2013, il se trouvait dans un bureau avec G_____ et H_____ lorsque ce dernier lui avait annoncé son bonus pour l'année 2012. Celui-ci lui avait alors indiqué que son bonus serait un peu moins important que celui de l'année 2011, en raison du fait que la société avait fait moins de profits qu'en 2011.

S'agissant du bonus pour l'année 2013, il avait été annoncé en octobre 2014 et quatre de ses anciens collègues lui avaient dit qu'il était équivalent au bonus de l'année 2012.

A_____ a ajouté qu'il y avait des avis différents au sein de la société concernant le bonus, certains disant qu'il y avait des formules de calcul, d'autre affirmant que le bonus était discrétionnaire. Selon lui, le bonus dépendait des pertes et profits de la société de l'année précédente ainsi que de la performance individuelle de chaque employé. Il savait qu'il existait des formulaires d'évaluation enregistrés dans un système informatique du nom d'Oracle, mais ces documents n'arrivaient pas à être entièrement complétés, notamment pour des questions de validation. Certains employés pensaient que ce formulaire d'évaluation était pris en compte pour calculer le bonus mais, selon lui, la société n'en tenait pas compte. Lui-même avait rempli les questionnaires d'évaluation d'Oracle.

A_____ a encore indiqué que, selon lui, les profits de la succursale pour l'année 2010 étaient d'environ USD 80'000'000.-, qu'ils étaient d'environ USD 250'000'000.- pour l'année 2011, voire supérieurs, et qu'ils étaient d'environ USD 240'000'000.- pour l'année 2012. Pour l'année 2013, selon les rumeurs, les profits étaient d'environ USD 260'000'000.-, voire plus importants.

A_____ a ajouté que le bonus était beaucoup plus important que la part du salaire fixe et que cela était l'usage dans sa branche. Il ne serait pas venu travailler dans cette société s'il n'y avait pas eu de bonus important.

Il avait refusé la proposition de versement d'un bonus de USD 850'000.- car il était le seul chef du *trading*. Il avait apporté avec son équipe une force de travail importante et des efforts particuliers pour optimiser les profits, car l'année 2013 avait été difficile. Il méritait ainsi plus que USD 850'000.- de bonus pour l'année 2013, ce montant n'étant pas en relation avec la performance et les efforts qu'il avait fournis durant toutes les années durant lesquelles il avait travaillé pour B_____.

Pour sa part, B_____, représentée par D_____, a indiqué qu'à sa connaissance la société avait fait deux exceptions aux règles du point 2.4 [*recte* : 2.4.5] du *employee handbook*, la première ayant été de proposer à A_____ USD 850'000.- et la seconde de verser un bonus 2013 à son dernier directeur financier, K_____, alors que ce dernier avait donné son congé avant la réception du bonus 2013 et qu'il avait quitté la société à peu près au moment du versement des bonus. D_____ a ajouté avoir eu connaissance d'employés qui n'avaient pas reçu de bonus sur la base de l'article 2.4.5 de l'*employee handbook*.

B_____ a précisé que, depuis l'année 2010, l'article 2.4.4 de l'*employee handbook* n'était pas respecté s'agissant des deux dates butoirs.

La méthode de fixation des bonus était relativement complexe et tenait compte, entre autres, du poste, du grade et de la performance de chaque employé, sur la base de critères que seule la société mère à O_____ décidait. La pièce 1 qu'elle avait produite reprenait des chiffres et cela permettait d'établir le montant du bonus de base. Quant à La pièce 2, elle indiquait le bonus de base par employé à Genève. En plus de ce bonus de base (colonne vert foncé), O_____ décidait d'un montant discrétionnaire (colonne bleue) ; le montant total du bonus par employé était indiqué dans la colonne rose. La dernière colonne (vert clair) correspondait au bonus total de l'année précédente.

B_____ a précisé que les bonus étaient indiqués en dollars américains et comptabilisés et payés en francs suisses au taux du jour. Les bonus n'étaient communiqués que lorsque les comptes annuels de la société étaient audités et que le processus Oracle était intégré dans le système.

S'agissant du bonus de A_____ pour l'année 2010, D_____ a indiqué n'avoir accès qu'aux archives de Genève et n'avoir vu aucune trace d'un paiement à l'étranger.

Le représentant de B_____ ne connaissait pas la part extraordinaire (colonne bleue) concernant le bonus 2012 de A_____.

l. Lors l'audience de débats principaux du 25 février 2016, A_____ a indiqué que lorsqu'il mentionnait les comptes de pertes et profits dans ses allégués, il faisait référence aux comptes de B_____, succursale de Genève, laquelle contrôlait la partie internationale du groupe.

Il ressort des comptes de pertes et profits des années 2010 à 2013 de B_____ que cette dernière a enregistré les bénéfices et pertes suivants :

- en 2010 : USD 631'000.- de bénéfices;
- en 2011 : USD 3'336'000.- de bénéfices;
- en 2012 : USD 6'000'306.16 de bénéfices;
- en 2013 : USD 3'951'805.72 de pertes.

m. Quatre témoins ont été entendus lors des audiences du Tribunal des 25 février, 10 mars et 23 juin 2016.

- K_____, conseiller financier indépendant, directeur financier de B_____ d'avril 2008 à février 2014, a déclaré que le contrat de A_____ prévoyait que la rémunération variable était calculée sur les résultats de l'année civile précédente. Il a ajouté que le résultat [*recte* : la rémunération] variable tenait lieu de deux composantes, la première étant les objectifs de l'employé et la seconde décidée par le *management*.

Il a expliqué que, pour l'année 2010, pour certains employés, une partie du bonus avait été payée en Suisse et une autre partie à l'étranger. Il ne se souvenait pas du montant du bonus perçu par le demandeur cette année-là.

Le témoin a précisé qu'il ne lui semblait pas que le profit ait doublé entre 2011 et 2012. Par contre, entre 2010 et 2011, le profit avait fortement augmenté. Il ne se rappelait pas du montant des pertes et profits du groupe B_____ – soit de la société B_____ Genève et de la société *offshore* B_____ – en 2010; le montant de USD 100'000'000.- lui semblait juste. S'agissant des pertes et profits de B_____ Genève, c'était moins de USD 5'000'000.- en 2010. Les pertes et profits du groupe pour les années 2012 et 2013 étaient de l'ordre de USD 250'000'000.- à USD 300'000'000.-. Vu qu'il y avait peu d'activité développée en propre par les *traders* de Genève, les profits étaient bien plus faibles, soit de maximum de USD 10'000'000.- pour les années 2012 et 2013.

K_____ a déclaré que les chiffres étaient assez similaires concernant les pertes et profits de l'année 2012 et ceux de l'année 2013. La société tenait compte de toute l'activité pour fixer le montant du bonus, à savoir de celle de la société à Genève B_____ et de celle de *offshore* C_____ LIMITED, qui était la société offshore. Il a confirmé que certains employés de B_____ avaient reçu une prime quasi équivalente pour l'année 2012 et pour l'année 2013. Il a ajouté ne pas pouvoir répondre à la question de savoir si A_____ aurait dû recevoir en 2013 une prime d'un montant au moins équivalent à celui de l'année précédente. Il ne pouvait pas

répondre à cette question vu les deux éléments impliqués lors de la fixation du bonus comme expliqué, soit que le bonus était basé selon deux composants, le premier basé sur la performance de l'employé, soit les objectifs selon une formulation bien définie, le second étant une partie discrétionnaire basée sur les résultats de l'activité *trading* du bureau de Genève qui s'occupait des opérations de la société *offshore*.

Le témoin a encore confirmé qu'en 2013 deux dirigeants avaient quitté la société, dont un à la fin de l'année. Il a ajouté que le départ de ces deux personnes n'avait pas eu d'impact sur l'organisation interne à la société. S'agissant du marché, cela n'avait pas eu non plus d'impact majeur.

K_____ a finalement confirmé avoir perçu un bonus en décembre 2014 concernant l'année 2013, alors qu'il avait quitté la société en février 2014. Quand lui-même travaillait au sein de la société, un tel cas ne s'était pas présenté.

- L_____, *trader*, de mai 2011 à février 2015 auprès de B_____, a déclaré ne pas savoir si les comptes de pertes et profits de la société étaient différents en 2012 et en 2013. S'agissant de ses propres primes, celle qu'elle avait reçue pour l'année 2013 correspondait à environ 60% du montant de la prime qu'elle avait perçue pour l'année 2012. Lors de son entretien de licenciement, G_____ lui avait confirmé qu'elle recevrait un bonus pour l'année 2014; elle ne l'avait toutefois pas encore reçu.

- H_____, architecte, a déclaré que le bonus versé aux employés était discrétionnaire. C'était lui-même qui décidait de son montant. Le bonus était calculé premièrement sur la base de la performance individuelle dans le contexte du travail avec l'équipe. Une partie de ce bonus était également calculée par rapport à l'appréciation des administrateurs. Enfin, le bonus était aussi parfois basé sur des sentiments. Les résultats de l'année civile précédente n'étaient pas un élément majeur pour calculer le bonus, mais donnaient une idée du montant total du bonus qu'ils pouvaient partager entre tous les employés, les directeurs, les administrateurs et les actionnaires. Ensuite, c'était discrétionnaire de savoir qui obtenait quoi. Il y avait environ quatre mille employés, mais tous ne recevaient pas un bonus.

Il a expliqué que les ressources humaines donnaient une certaine indication pour le montant du bonus. Ensuite, les dirigeants de l'entreprise soit ajoutaient un montant à celui-là, soit le diminuaient, soit ne donnaient rien du tout à l'employé, et ce en raison du fait que les ressources humaines parfois ignoraient certaines choses. Les ressources humaines avaient leurs critères en termes de ponctualité des employés, de relations entre les employés, etc. Les administrateurs pouvaient apprécier d'autres critères, de manière positive ou négative, comme par exemple la contribution de l'employé sur la performance de l'entreprise, la performance de l'employé, les efforts conjoints par rapport à des objectifs qui avaient été fixés, le

fait qu'un employé pouvait faire perdre de l'argent à la compagnie ou encore le fait qu'un contrat générerait trop peu de revenus par rapport aux attentes de la société.

H_____ a indiqué ne pas se souvenir, de manière générale, des montants du compte de pertes et profits.

Il ne se rappelait pas non plus des chiffres et du montant du bonus de A_____ pour l'année 2010. A sa connaissance, les bonus figuraient sur les fiches de salaire des employés. Lui-même informait les ressources humaines du montant du bonus et c'étaient eux qui s'occupaient de la partie administrative.

Le témoin a précisé qu'à chaque fois qu'il parlait des bonus à ses employés, il mentionnait la performance de la compagnie, le marché, le compte de pertes et profits en général, les objectifs, ceux qui avaient été atteints, etc. Il ne se rappelait pas avoir indiqué à A_____ que son bonus pour l'année 2012 serait un peu inférieur à son bonus pour l'année 2011. Il n'y avait cependant aucune raison qu'il dise une chose pareille. Il ne connaissait pas le montant du *performance bonus* de A_____ pour l'année 2012 ni celui de son *extraordinary bonus* pour cette même année. H_____ a ajouté que tout ce que A_____ avait reçu c'était grâce à lui et pas grâce à la société. Il lui avait octroyé un bonus de USD 1'500'000.- pour l'année 2012 grâce à lui-même et parce qu'il le voulait. Cela n'avait rien à voir avec la performance de A_____, qui était d'ailleurs négative. Même deux ans auparavant, sa performance était de zéro. Ils avaient réduit son salaire et l'avaient rétrogradé mais, malgré cela, il avait reçu un bonus.

H_____ a ajouté que l'affirmation de A_____ selon laquelle le compte de pertes et profits de la société avait plus que doublé durant le courant de l'année 2012 grâce au travail extraordinaire que lui-même et son équipe avaient réalisé était fausse.

S'agissant de l'année 2013, au lieu d'une amélioration, tout le bureau allait de travers. Avant le départ de A_____, il ne lui parlait même pas, il n'y avait pas d'amélioration. A_____ n'avait rien à voir avec les bénéfices de la société. C'était grâce à des contrats que lui-même avait obtenu que les recettes avaient augmenté entre l'année 2012 et l'année 2013.

H_____ a déclaré que G_____ n'avait jamais indiqué à A_____ qu'il avait affirmé qu'il n'y avait pas de problème pour lui payer le bonus. C'était le contraire. C'était lui-même qui, stupidement, avait décidé de donner quelque chose au demandeur alors que le département des ressources humaines lui avait demandé de ne rien lui verser. Ce département lui avait en effet indiqué qu'il n'y avait pas besoin de lui verser quoi que ce soit en se basant sur son contrat. C'était lui-même, stupidement, de manière discrétionnaire, qui avait articulé le montant de

USD 850'000.-. Il avait décidé de lui allouer ce bonus parce qu'il l'appréciait et c'était la seule raison. Il était d'ailleurs le seul à l'apprécier. Enfin, il ne savait pas si le montant de la prime de performance de A_____ pour l'année 2013 aurait dû se situer entre USD 220'000.- et USD 250'000.- car c'était le genre de travail dont s'occupaient les ressources humaines.

S'agissant des bonus pour l'année 2013, H_____ a indiqué ne pas pouvoir dire ce que chacun avait reçu individuellement. Il était possible que le bonus ait augmenté pour certains et diminué pour d'autres.

Il a encore expliqué que A_____ était tout le temps surpris à propos de tout et voulait plus pour tout, toujours.

Enfin, H_____ a déclaré que lorsque K_____ lui avait indiqué qu'il prenait sa retraite, il lui avait octroyé un bonus d'adieu et de remerciements, basé sur rien du tout.

- G_____, *office manager* et responsable des ressources humaines de B_____ du 4 juin 2013 à mi-février 2016, a expliqué que la société comptait quarante employés.

Les bonus étaient discrétionnaires. Une partie du montant du bonus était donnée par rapport aux évaluations annuelles des employés. Il existait un système d'évaluation dénommé Oracle, qui indiquait un pourcentage lorsqu'on avait rempli l'intégralité des données dans le système. Ce pourcentage, avec une formule que le témoin ne maîtrisait pas et ne possédait pas, donnait un montant. Le différentiel entre ce montant et la somme payée au collaborateur était à l'entière discrétion de H_____. Elle ne savait pas comment ce dernier établissait la part du bonus discrétionnaire.

G_____ a déclaré que les salariés de B_____ recevaient une rémunération fixe et un bonus discrétionnaire. Dans les contrats de travail, le caractère discrétionnaire du bonus était mentionné. Il n'y avait pas de bonus garanti. Les règles spécifiques au bonus étaient contenues dans le *employee handbook*. Elle ne savait pas s'il y avait d'autres règles. Si un employé n'était pas éligible au bonus, il n'en recevait pas ; cela était arrivé au sein de l'entreprise. C'étaient les chiffres audités de l'année de référence qui étaient pris en compte pour l'octroi du bonus, et non le résultat de l'année précédente. A_____ savait très bien que les primes n'étaient pas fixées avant le mois d'octobre, une fois les comptes révisés.

Elle a expliqué que, avant l'entretien en octobre 2013 concernant l'annonce du bonus pour l'année 2012, H_____ lui avait demandé de préparer des fiches individuelles pour chaque collaborateur avec son nom et le montant de son bonus, et ce sur la base d'un tableau qu'il lui avait apporté. Elle avait eu un entretien avec

A_____ et H_____ pour annoncer son bonus à celui-là. De mémoire, le bonus de A_____ pour l'année 2012 était de plus de 1'500'000 fr. A son souvenir, il n'était pas très content du montant, probablement par rapport au volume réalisé. Il n'y avait pas eu de négociation concernant ce montant. Elle ne se souvenait pas si H_____ avait dit à ce moment-là que les montants des bonus pour l'année 2012 étaient un peu moins importants car les bénéficiaires l'étaient également.

G_____ a expliqué avoir informé H_____ de la démission de A_____ et lui avoir demandé ce qu'il en était du bonus pour l'année 2013. Celui-là lui avait répondu que la question serait étudiée lorsque les bonus seraient également étudiés pour les autres collaborateurs, après l'audit, soit en septembre, octobre ou novembre 2014, qu'il informerait lui-même le demandeur et qu'il ne voyait pas pourquoi il privilégierait les collaborateurs démissionnaires par rapport aux collaborateurs toujours en poste. Aucun bonus n'était attribué avant de recevoir les chiffres de l'audit. Le témoin a ajouté avoir assuré à A_____ qu'il ferait partie de la liste des personnes qu'elle soumettrait à H_____ et que ce dernier allait statuer sur les bonus. Par contre, elle n'avait pas assuré à A_____ qu'un bonus allait lui être versé; elle n'avait pas ce pouvoir.

Le témoin a encore indiqué ne pas se souvenir du montant du bonus pour l'année 2013 de A_____ indiqué par le système Oracle. Par ailleurs, elle ne pouvait pas expliquer pour quelles raisons la somme proposée au demandeur pour cette année-là, soit USD 850'000.-, était supérieure aux bonus versés aux autres employés éligibles. H_____ l'avait informée de ce montant et elle l'avait indiqué à D_____ afin qu'il puisse le communiquer au conseil de A_____.

A l'issue de l'audience, les parties ont plaidé et persisté dans leurs conclusions, puis la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. **1.1** Compte tenu de la valeur litigieuse supérieure à 10'000 fr. au dernier état des conclusions et du caractère final de la décision entreprise, la voie de l'appel est ouverte (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

Ecrit et motivé, l'appel doit être introduit auprès de l'instance d'appel dans les 30 jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC). En matière de contrat de travail, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice est l'instance d'appel compétente à Genève pour connaître d'un appel dirigé contre un jugement du Tribunal des prud'hommes (art. 124 let. a LOJ).

- 1.2** Introduit selon la forme prescrite par la loi et en temps utile auprès de l'instance compétente, l'appel est recevable.

1.3 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 310 CPC). Le juge d'appel dispose ainsi d'un pouvoir de cognition complet et revoit librement les questions de fait comme les questions de droit. En particulier, il contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_153/2014 du 28 août 2014 consid. 2.2.3).

1.4 Dans la mesure où la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 fr., la maxime des débats (art. 55 al. 1, et 247 al. 2 lit. b ch. 2 CPC a contrario) et la maxime de disposition (art. 58 al. 1 CPC), s'appliquent au présent cas.

- 2.** A titre préalable, l'appelant sollicite de l'intimée la production des comptes de la société, permettant d'établir le montant du bonus réclamé.

2.1 Conformément à l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut librement décider d'administrer des preuves. Cette disposition ne confère pas à l'appelant un droit à la réouverture de la procédure probatoire et à l'administration de preuves. Le droit à la preuve découle de l'art. 8 CC ou, dans certains cas, de l'art. 29 al. 2 Cst., dispositions qui n'excluent pas une appréciation anticipée des preuves. L'instance d'appel peut en particulier rejeter la requête de réouverture de la procédure probatoire et d'administration d'un moyen de preuve déterminé présentée par l'appelant si celui-ci n'a pas suffisamment motivé sa critique de la constatation de fait retenue par la décision attaquée. L'instance d'appel peut ainsi refuser une mesure probatoire en procédant à une appréciation anticipée des preuves, lorsqu'elle estime que le moyen de preuve requis ne pourrait pas fournir la preuve attendue ou ne pourrait en aucun cas prévaloir sur les autres moyens de preuve déjà administrés par le Tribunal, à savoir lorsqu'il ne serait pas de nature à modifier le résultat des preuves qu'elle tient pour acquis (ATF 138 III 625 consid. 2.3; 138 III 374 consid. 4.3.2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_851/2015 du 23 mars 2016 consid. 3.1).

2.2 En l'occurrence, compte tenu des développements qui vont suivre, il ne se justifie pas d'ordonner à l'intimée de produire ses comptes, ceux-ci n'étant pas déterminants pour l'issue du litige.

La cause est dès lors en état d'être jugée.

- 3.** L'appelant reproche en premier lieu au Tribunal des prud'hommes une mauvaise application du droit, celui-ci ayant qualifié le bonus de gratification, alors que la réelle et commune intention des parties avait porté sur le versement d'un salaire variable, ce que l'intimée conteste. L'appelant fait en second lieu grief aux premiers juges de ne pas avoir retenu que le bonus était déterminé, voire déterminable. L'intimée soutient pour sa part que le bonus était entièrement discrétionnaire.

3.1 Le droit suisse ne contient aucune disposition qui définit et traite de façon spécifique du bonus. Déterminer s'il s'agit d'un élément du salaire (art. 322 s. CO) ou d'une gratification (art. 322d CO) revêt une grande importance, dès lors que le régime de la gratification est beaucoup plus flexible pour l'employeur que celui applicable aux éléments du salaire (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4C.426/2005 du 28 février 2006 consid. 5.1 et les arrêts cités).

Pour qualifier un bonus dans un cas d'espèce, il faut interpréter les manifestations de volonté des parties (cf. art. 1 CO; ATF 141 III 405 consid. 4.1).

Pour déterminer ce que les parties voulaient, le juge doit recourir en premier lieu à l'interprétation subjective, c'est-à-dire rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir (art. 18 al. 1 CO; ATF 132 III 268 consid. 2.3.2.; 626 consid. 3.1; 131 III 606 consid. 4.1). Constituent des indices en ce sens non seulement la teneur des déclarations de volonté – écrites ou orales –, mais encore le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté des parties, qu'il s'agisse de déclarations antérieures à la conclusion du contrat ou de faits postérieurs à celle-ci, en particulier le comportement ultérieur des parties établissant quelles étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes (ATF 118 II 365 consid. 1; 112 II 337 consid. 4a).

Ce n'est que si le juge ne parvient pas à déterminer cette volonté réelle des parties - parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes - ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat (ATF 131 III 280 consid. 3.1) - ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves (arrêt du Tribunal fédéral 5C.252/2004 du 30 mai 2005 consid. 4.3) - qu'il doit recourir à l'interprétation objective, à savoir rechercher la volonté objective des parties, en déterminant le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre (application du principe de la confiance; ATF 132 III 268 consid. 2.3.2, 626 consid. 3.1), en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 136 III 186 consid. 3.2.1). Ce principe permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 130 III 417 consid. 3.2; 129 III 118 consid. 2.5; arrêt du Tribunal fédéral 4A_205/2016 du 23 juin 2016 consid. 2.1).

Selon l'interprétation des manifestations de volonté des parties, un bonus peut être qualifié de gratification au sens de l'art. 322d CO ou d'élément du salaire au sens de l'art. 322 CO.

La gratification est une rétribution spéciale que l'employeur accorde en sus du salaire à certaines occasions, telles que Noël ou la fin de l'exercice annuel (art. 322d al. 1 CO). A la différence du salaire, la gratification dépend au moins partiellement du bon vouloir de l'employeur; en d'autres termes, le principe et/ou le montant de la gratification sont laissés à l'appréciation de l'employeur. Ainsi, un bonus dont le montant est déterminé à l'avance par les parties ou dépend de critères objectifs prédéterminés conventionnellement, comme le chiffre d'affaires (cf. art. 322a CO), ne doit pas être considéré comme une gratification, mais comme un élément du salaire, que l'employeur est tenu de verser à l'employé (ATF 142 III 381 consid. 2.1 p. 383; 141 III 407 consid. 4.2.1 et 4.2.2; 139 III 155 consid. 3.1; 131 III 615 consid. 5.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_159/2016 du 1^{er} décembre 2016 consid. 5.2.1).

Si le versement d'une gratification n'a pas été convenu, expressément ou par actes concluants, cette prestation est entièrement facultative. Si les parties se sont entendues simplement sur le principe d'une gratification, l'employeur est tenu de la verser, mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer (ATF 136 III 313 consid. 2; 131 III 615 consid. 5.2; 129 III 276 consid. 2). Les parties peuvent convenir du versement d'une gratification par actes concluants; ainsi la gratification est considérée comme convenue lorsque l'employeur l'a versée durant plus de trois années consécutives sans en réserver le caractère facultatif (ATF 131 III 615 consid. 5.2; arrêts du Tribunal fédéral 4A_159/2016 du 1^{er} décembre 2016 consid. 5.2.1; 4A_26/2012 du 15 mai 2012 consid. 5.1).

En l'absence d'un accord explicite, la gratification est considérée comme convenue lorsque l'employeur l'a versée durant plus de trois années consécutives sans en réserver, par une déclaration adressée au travailleur, le caractère facultatif (ATF 131 III 615 consid. 5.2 p. 620; 129 III 276 consid. 2 p. 278 in fine; arrêt du Tribunal fédéral 4A_502/2010 du 1^{er} décembre 2010 consid. 2.1.2).

Selon les circonstances, la gratification peut être due même si, d'année en année, l'employeur a réservé le caractère facultatif du versement (ATF 131 III 615 consid. 5.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_502/2010 du 1^{er} décembre 2010 consid. 2.1.2). Il a été ainsi admis qu'un engagement tacite peut se déduire du paiement répété de la gratification pendant des décennies ("jahrzehntelang") sans que l'employeur ne fasse jamais usage de la réserve émise, alors même qu'il aurait eu des motifs de l'invoquer, tels qu'une mauvaise marche des affaires ou des mauvaises prestations du collaborateur (ATF 129 III 276 consid. 2.3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_172/2012 du 22 août 2012 consid. 8.2).

L'application du critère de l'accessoriété peut également enlever toute portée à une réserve formulée par l'employeur. En effet, la gratification doit rester accessoire par rapport au salaire (art. 322 s. CO); elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. Ainsi, un bonus qui n'est ni déterminé

ni objectivement déterminable peut exceptionnellement être considéré comme un élément du salaire. En cas de revenus moyens et supérieurs, un bonus très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier doit, s'il est versé régulièrement, être considéré comme un élément (variable) du salaire. En cas de revenus modestes, un bonus proportionnellement moins élevé peut déjà avoir le caractère d'un salaire variable (ATF 142 III 381 consid. 2.2.1, 456 consid. 3.1; 141 III 407 consid. 4.3.1 et les arrêts cités). Il n'y a pas lieu de chiffrer de manière générale la proportion entre salaire convenu et bonus laissé à l'appréciation de l'employeur; les circonstances du cas particulier sont toujours déterminantes (ATF 142 III 381 consid. 2.2.1). Cette exception n'est pas valable pour les très hauts revenus: le bonus reste alors une gratification, dépendant du bon vouloir de l'employeur (ATF 142 III 381 consid. 2.2.2, 456 consid. 3.2; 141 III 407 consid. 4.3.2 p. 409; arrêt du Tribunal fédéral 4A_159/2016 du 1^{er} décembre 2016 consid. 5.2.1).

3.2 Si le bonus est déterminé ou objectivement déterminable, l'employé dispose d'une prétention à ce bonus. Une rémunération est objectivement déterminable lorsqu'elle ne dépend plus de l'appréciation de l'employeur. Cela est le cas lorsque l'employé a droit à une part du bénéfice ou du chiffre d'affaires ou participe d'une autre manière au résultat de l'exploitation (art. 322a CO; ATF 141 III 407 consid. 4.2). L'employeur doit alors tenir son engagement consistant à verser à l'employé la rémunération convenue (élément essentiel du contrat de travail) et le bonus doit être considéré comme un élément (variable) du salaire.

L'engagement (contractuel) de l'employeur à verser à son employé une rémunération déterminée (ou objectivement déterminable) à titre de salaire peut résulter de l'accord conclu initialement (au début de la relation contractuelle) entre les parties ou celles-ci peuvent en convenir postérieurement, au cours de la relation contractuelle (ATF 129 III 276 consid. 2).

Si le bonus n'est pas déterminé ou objectivement déterminable, l'employé ne dispose en règle générale d'aucune prétention: la rémunération dépend du bon vouloir de l'employeur et le bonus est qualifié de gratification. Tel est le cas lorsque la quotité du bonus n'est pas fixée à l'avance, mais dépend pour l'essentiel de la marge de manoeuvre de l'employeur (ATF 141 III 407 consid. 4.1 et 4.2 et les références citées; arrêt du Tribunal fédéral 4A_653/2014 du 11 août 2015 consid. 4.2.2), en ce sens que la part de l'employé au résultat de l'entreprise n'est pas fixée contractuellement ou encore dépend de l'appréciation (subjective), par l'employeur, de la prestation de travail fournie par l'employé (ATF 139 III 155 consid. 3.1).

Lorsque le bonus n'est pas déterminé ou objectivement déterminable, il doit être qualifié de gratification. Ce n'est que dans ce cas que le critère (indépendant de celui visant à qualifier, dans un premier temps, le bonus) de l'accessoriété peut

trouver application et, le cas échéant, qu'il s'imposera de requalifier le bonus en salaire (sous l'angle du très haut revenu, cf. ATF 141 III 407 consid. 5.3.1).

Le critère de l'accessoriété est appliqué de manière différenciée selon l'importance du revenu de l'employé, par quoi il faut entendre la rémunération totale perçue de l'employeur durant l'année (ATF 141 III 407 consid. 4.3).

En cas de revenus moyens et supérieurs, le Tribunal fédéral a estimé qu'un bonus très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être, par exception à la règle de la liberté contractuelle, considéré comme un salaire variable même si l'employeur en réservait le caractère facultatif. La gratification (art. 322d CO) doit en effet rester accessoire par rapport au salaire (art. 322 s. CO); elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur, le but visé par la jurisprudence étant de répondre au besoin de protection du travailleur (ATF 142 III 456 consid. 3.1; 141 III 407 consid. 4.3.2 et les arrêts cités; arrêt du Tribunal fédéral 4A_485/2016 et 4A_491/2016 du 28 avril 2017 consid. 4.2.1).

En cas de revenus modestes, un bonus proportionnellement moins élevé peut déjà avoir le caractère d'un salaire variable (ATF 142 III 381 consid. 2.2.1; 456 consid. 3.1; 141 III 407 consid. 4.3. et les arrêts cités).

En revanche, lorsque l'employé perçoit un très haut revenu, il n'y a pas lieu d'admettre une exception à la règle de la liberté contractuelle (fondée sur le caractère nécessairement accessoire de la gratification) n'est plus justifiée par le besoin de protection de l'employé; il n'y a alors pas lieu d'admettre une exception: le bonus reste toujours une gratification, laquelle demeure au bon vouloir de l'employeur: (ATF 142 III 381 consid. 2.2.1; 456 consid. 3.1; 141 III 407 consid. 4.3.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_485/2016 et 4A_491/2016 du 28 avril 2017 consid. 4.2.2).

Si la rémunération totale de l'employé dépasse le seuil du très haut revenu, il n'y a pas lieu de qualifier le bonus de salaire, le critère de l'accessoriété n'étant pas applicable. En revanche, si la rémunération totale de l'employé n'atteint pas ce seuil, le critère de l'accessoriété s'applique et, sur cette base, une requalification (partielle ou totale) du bonus doit intervenir (nullité partielle; ATF 141 III 407 consid. 5.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_485/2016 et 4A_491/2016 du 28 avril 2017 consid. 4.2.2).

Le revenu d'un employé doit être qualifié de " très haut ", lorsque sa rémunération totale équivaut ou dépasse cinq fois le salaire médian suisse (secteur privé) ((ATF 141 III 407 consid. 5.3. et 5.4 p. 412 ss; ATF 142 III 381 consid. 2.2.2 p. 384, 456 consid. 3.2).ATF 141 III 407 consid. 5).

La jurisprudence étant fondée sur l'existence (ou l'absence) d'un besoin de protection de l'employé, il s'impose de tenir compte de la rémunération (effective) de l'employé qui est représentative des revenus qu'il a régulièrement perçus. En règle générale, on prendra en considération les revenus effectivement perçus par l'employé durant l'année (ATF 142 III 456 consid. 3.2, 381 consid. 2.2 à 2.4; 141 III 407 consid. 5.3 et 5.4; arrêt du Tribunal fédéral 4A_485/2016 et 4A_491/2016 du 28 avril 2017 consid. 4.2.2).

Exceptionnellement, la représentativité sera toutefois mieux assurée si l'on tient compte de la rémunération effectivement perçue durant la période litigieuse. La prise en considération de cette période sera en particulier plus adaptée lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'employé a exercé son activité professionnelle seulement pendant quelques mois durant la seconde année litigieuse (ATF 142 III 456 consid. 3.2 et les arrêts cités; arrêt du Tribunal fédéral 4A_485/2016 et 4A_491/2016 du 28 avril 2017 consid. 4.1 à 4.3).

3.3 Dans le présent cas, il convient en premier lieu de déterminer si les parties étaient convenues de ce que l'appelant percevrait un bonus, soit un salaire variable.

3.3.1 L'appelant soutient en effet tout d'abord qu'il n'aurait pas conclu le contrat de travail avec l'intimée, si le versement dudit bonus n'avait pas constitué un élément de son salaire, ce que l'intimée conteste.

S'agissant de l'allégation de l'appelant selon laquelle le paiement du bonus était une condition essentielle du contrat de travail, la Cour relève que cette affirmation n'est étayée par aucune pièce du dossier. En particulier, l'appelant n'a produit aucun titre démontrant que des pourparlers seraient intervenus entre les parties avant la conclusion du contrat, ni que l'appelant aurait indiqué à l'intimée que le paiement du bonus constituait un élément cardinal du contrat à conclure. Cet élément ne résulte pas non plus des enquêtes diligentées par les premiers juges.

Le contrat de travail prévoit de manière indubitable le versement d'un salaire annuel, versé en treize mensualités. Quant au chiffre 2 dudit contrat, il prévoit le versement d'un bonus annuel en fonction de la performance. La performance réalisée était mesurée sur la base des pertes et profits de l'entreprise ainsi que les buts et objectifs convenus par les parties. A teneur du manuel de l'employé, faisant partie intégrante du contrat de travail, ce que les parties ne contestent pas en tant que tel, la prime annuelle était fonction de la performance de l'entreprise et de la rentabilité, ainsi que de la performance individuelle de l'employé (art. 2.4.1) et son paiement, y compris et non limité à son montant, était à la seule discrétion du conseil d'administration et de la direction de la société (art. 2.4.2). Tous les bonus donnés par la compagnie ne pouvaient créer un précédent pour tous paiements de bonus à venir et il n'y avait aucun droit juridique sur le paiement

(art. 2.4.3). Le caractère discrétionnaire du bonus est encore rappelé à l'art. 2.4.4. dudit manuel.

Il n'est pas contesté que l'intimée ne fixait pas d'objectif à ses employés, et ce quand bien même le contrat de travail prévoyait que le bonus annuel était versé en fonction de ladite performance. L'appelant n'a d'ailleurs pas allégué, dans sa demande en paiement du 7 juillet 2015, que l'intimée lui aurait fixé des buts à atteindre, ni que les objectifs auraient été atteints. L'évaluation effectuée par le biais du système Oracle ne modifie pas cette appréciation, celui-ci ne fixant pas d'objectif précis, mais permettant d'évaluer le comportement et le travail effectué par chaque travailleur.

Il ressort par ailleurs des enquêtes que l'octroi d'un bonus dépendait de plusieurs facteurs cumulatifs, notamment des objectifs de l'employé, mais également sur les critères décidés par le management de l'intimée (témoins K_____ et H_____). Ce dernier témoin a, en particulier, précisé qu'il décidait lui-même du montant du bonus, qui était discrétionnaire, lequel était calculé sur la base de la performance individuelle dans le contexte du travail avec l'équipe, par rapport à l'appréciation des administrateurs et parfois également sur des "sentiments". Lorsque ce témoin parlait aux employés de bonus, il mentionnait à chaque fois la performance de la compagnie, le marché, le compte de pertes et profits en général, les objectifs, etc. (témoin H_____). Quant au témoin G_____, elle a affirmé que les bonus étaient discrétionnaires et que le bonus n'était pas garanti. Celui-ci était à l'entière discrétion de H_____ (témoin G_____).

Par ailleurs, et comme l'a retenu à bon droit le Tribunal, l'appelant n'a ni allégué ni prouvé que le versement d'un bonus était la règle au sein de l'intimée. Il ressort en effet des enquêtes que sur les 4'000 employés "du groupe" tous ne recevaient pas un bonus (témoins H_____ et G_____).

Compte tenu de l'ensemble des éléments qui précèdent, une réelle et commune intention des parties ne peut être dégagée, de sorte que le bonus ne peut être considéré comme une partie variable du salaire.

L'appelant a allégué, sans que la preuve de celle-ci ne soit apportée dans la présente procédure, avoir consacré un temps qu'il juge considérable et investi beaucoup d'énergie à son activité pour l'intimée, entraînant à son sens d'importants sacrifices. Ces critères, contestés et non prouvés, ne sont toutefois pas pertinents pour déterminer la volonté des parties, lors de la conclusion du contrat. Ces circonstances postérieures à la conclusion des rapports contractuels ne permettent pas non plus de déterminer les conceptions des contractants.

En ce qui concerne le système Oracle, l'appelant reconnaît lui-même avoir remis ses objectifs de performance concernant l'année 2013, le 13 janvier 2014, mais

qu'ils apparaissaient toujours en gris dans le système, probablement dans l'attente de l'approbation de son supérieur hiérarchique.

S'il ressort certes du témoignage de G_____ qu'une partie du montant du bonus était donnée par rapport aux évaluations annuelles contenues dans le système Oracle, et qu'une formule mathématique établissait ensuite un certain chiffre, il résulte également des déclarations du témoin H_____ que les indications fournies par les ressources humaines n'étaient qu'un indicateur pour lui, les administrateurs appréciant également d'autres critères, de manière positive ou négative, tels que la contribution de l'employé sur la performance de l'entreprise et d'éventuelles pertes engendrées par son activité.

De plus, l'appelant admet qu'aucun document ne lui était remis lors de l'annonce des bonus, ni ultérieurement d'ailleurs, de sorte qu'aucun employé ne pouvait savoir sur quels critères le bonus était fixé, ni la proportion entre la part liée à la performance de l'employé et les autres éléments pondérateurs du bonus.

Comme le Tribunal, la Cour retient que le salaire de l'appelant était confortable, celui-ci s'étant élevé à 330'000 fr. pour l'année 2013.

En outre, les pièces versées à la procédure mettent en évidence qu'une majeure partie du bonus était discrétionnaire, dès lors que le bonus en fonction de la performance s'est élevé entre USD 32'184.21 et USD 195'552.63, la prime d'encouragement extraordinaire entre USD 4'302.63 et USD 214'630.- et le bonus total versé aux employés entre USD 32'000.- et USD 395'000.-.

Par ailleurs, les bonus versés ont sensiblement varié au cours des ans dès lors que la première année, l'appelant a perçu 120'000 fr. (versés en octobre 2011 pour l'année 2010), la seconde année 1'764'893 fr. (662'765 fr. versés en novembre 2012 et 1'102'128 fr. versés en janvier 2013, pour l'année 2011) et la troisième année 1'567'020 fr. (783'510 fr. versés en novembre 2013 et 783'510 fr. versés en janvier 2014 pour 2012).

Sur ce point, l'appelant a échoué à démontrer qu'un montant supplémentaire lui aurait été versé, à l'étranger, pour l'année 2010. Si l'un des témoins a certes évoqué le fait que durant cette année-là, une partie des bonus avaient été versée à l'étranger, l'appelant n'a pas établi que tel avait été le cas en ce qui le concerne, ni n'a prouvé le montant qu'il a allégué à cet égard. Par ailleurs, il n'a pas soutenu avoir requis la modification de son certificat de salaire pour l'année 2010, lequel mentionne le montant de 120'000 fr.

De plus, contrairement à ce que soutient l'appelant, la prime ne lui a pas été versée plus de trois années consécutives, dès lors qu'il a reçu des bonus en 2010, 2011 et 2012, et que le bonus relatif à l'année 2013 est litigieux dans la présente procédure.

Si les bonus ont dépassé le montant du salaire, en 2011 et 2012, il n'en va pas de même de l'année 2010, lors de laquelle le bonus a été inférieur de 50'000 fr. par rapport au salaire. Il ne peut dès lors être retenu que des bonus si élevés par rapport à la rémunération de base convenue apparaissent comme des éléments du salaire et non comme des gratifications.

Enfin, l'appelant ne saurait pas non plus être suivi lorsqu'il allègue qu'en réalité le bonus a été fixé en fonction du compte de pertes et profits du groupe, cette allégation ne reposant sur aucun élément du dossier et étant au contraire démentie par les titres et témoignages, démontrant le caractère discrétionnaire du bonus.

Par conséquent, au regard de l'ensemble des éléments qui précèdent, c'est à bon droit que le Tribunal a retenu qu'il n'était pas possible de dégager une réelle et commune intention des parties.

3.3.2 La volonté des parties ne peut pas non plus être déterminée selon le principe de la confiance, compte tenu des éléments retenus ci-avant s'agissant de l'impossibilité de déterminer les éléments pris en compte pour la fixation du bonus, que ceux-ci soient favorables ou défavorables au travailleur. Comme également retenu *supra*, les enquêtes ont démontré que le bonus était discrétionnaire. Ainsi, le sens que l'appelant pouvait raisonnablement comprendre tant des déclarations que du comportement de l'intimée, soit de savoir si les parties avaient voulu que la prime versée soit une gratification à bien plaisir ou soit un bonus (salaire variable), ne peut pas être défini.

3.3.3 Comme l'a également retenu à bon droit le Tribunal, le bonus n'était pas déterminé ou objectivement déterminable. Comme mentionné ci-avant, outre les divers critères discrétionnaires utilisés par l'intimée pour la fixation du bonus, il résulte de la procédure qu'en 2013, des bonus inférieurs à ceux calculés d'un point de vue mathématique de la prime, basé sur la performance, ont été versés à quatre des vingt-trois employés de la société genevoise.

Il s'ensuit que le bonus doit être qualifié de gratification.

3.3.4 Reste à déterminer si le bonus de l'appelant doit, par exception, être considéré comme un salaire variable et le montant des revenus de l'appelant.

Il résulte des données mises à disposition sur le site internet de l'Office fédéral de la statistique que le salaire médian suisse (secteur privé) en 2012 était un salaire mensuel brut de 6'118 fr. (Tableau TA1_b "Salaire mensuel brut [valeur centrale] selon les divisions économiques, la position professionnelle et le sexe, Secteur privé, Suisse, 2008, 2010, 2012, 2014", disponible sur le site www.bfs.admin.ch). Le seuil au-delà duquel on est en présence d'un très haut revenu est donc de 367'080 fr. (6'118 fr. x 12 mois x 5) pour l'année entière.

En l'espèce, durant l'année 2012, l'appelant a reçu la somme de 295'826 fr. brut à titre de salaire et de 662'765 fr. brut à titre de bonus pour l'année 2011.

Il ressort de ce qui précède que la rémunération effectivement perçue par l'appelant en 2012, soit 958'591 fr., est largement supérieure à la valeur seuil de 367'080 fr. retenue ci-avant. En conséquence, le bonus de l'appelant reste une gratification, à l'entière discrétion de l'intimée.

3.4 Par conséquent, l'appelant sera débouté de ses conclusions et le jugement entrepris confirmé

- 4.** L'appelant, qui succombe intégralement, supportera les frais de son appel (art. 106 al. 1 CPC), arrêtés à 10'000 fr. (art. 116 al. 1 CPC; art. 19 al. 3 lit. c LaCC; art. 71 RTFMC) et couverts par l'avance déjà opérée par ce dernier, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

Il n'est pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC), de sorte que les parties seront déboutées de leurs conclusions sur ce point.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 3 :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 14 octobre 2016 par A_____ à l'encontre du jugement JTPH/348/2016 rendu le 13 septembre 2016 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/8978/2015-3.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires à 10'000 fr. et les met à la charge de A_____.

Dit qu'ils sont entièrement compensés avec l'avance de frais fournie, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Monsieur Tito VILA, juge employeur; Madame Monique LENOIR, juge salariée; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000 fr.