



(CAPH/132/2006)

T _____
Dom. élu : Me Mike HORNUNG
9, Place du Bourg-de-Four
1204 Genève

E _____
Dom. élu : Me Serge PANNATIER
4, chemin des Vergers
1208 Genève

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 28 juin 2006

- M. Pierre-Yves DEMEULE, président
- M. Emile BATTIAZ et Mme Suzanne BORGSTEDT-VOGT, juges employeurs
- MM. Mohammad-Ali DAFTARY et Francis CROCCO, juges salariés
- Mme Laurence AELLEN, greffière d'audience

EN FAIT

A. E _____, filiale suisse du Groupe EZ _____, est une société anonyme dont le siège est à Baden, active notamment dans la fourniture de services de programmation et de logiciels d'ordinateur (pièce 1 dem).

T _____ a été engagé le 1^{er} janvier 1997 par E _____, en qualité de "soutien à la vente" dans le domaine informatique (pièce 2 dem).

Son contrat de travail du 2 janvier 1997 prévoyait un horaire de travail de 40 heures par semaines, le contrat précisant que E _____ attendait de son employé que les travaux à faire soient exécutés conformément à son standard de qualité et dans les temps.

Rien n'était prévu dans le contrat de travail à propos du paiement des heures supplémentaires.

25 jours ouvrables étaient prévus à titre de vacances.

Le salaire initial était fixé à Fr. 81'780.00 brut par année, soit Fr. 6'815.00 brut par mois, versé douze fois l'an; de plus un bonus de Fr. 3'000.00 pouvait être versé chaque trimestre, si les objectifs étaient atteints. T _____ a régulièrement perçu ces bonus ainsi que des "stock options" à titre de rémunération supplémentaire (pièce 2 dem).

Les conditions salariales ont régulièrement été revues à la hausse au cours des rapports de service. Le salaire annuel de T _____ a ainsi atteint en janvier 2000, la somme de Fr. 108'000.00 brut, soit Fr. 9'000.00 brut par mois (pièce 3, p.6 dem).

En février 2000, le système du bonus fut modifié, le précédent bonus de Fr. 3'000.00 fut ainsi porté à Fr. 8'000.00; de plus si T _____ atteignait

l'intégralité de ses objectifs, sa perspective de gain supplémentaire liée au bonus s'élevait à un montant annuel situé entre Fr. 32'000.00 et Fr. 40'000.00 (pièce 4 dem).

- B.** En date du 6 décembre 2000, T_____ a donné son congé pour le 28 février 2001. Compte tenu d'un solde de vacances non prises, l'appelant a pris 86,62 jours de vacances pendant son délai de congé (pièce 8 dem).
- C.** Par courrier du 2 avril 2001, adressé à E_____, T_____, par l'intermédiaire de son assurance protection juridique, a réclamé le paiement de différents bonus pour les années 2000 et 2001 pour la somme de Fr. 12'666.00, ainsi que le paiement d'environ 2'000 heures supplémentaires pour un montant de Fr. 120'000.00 (pièce 12 dem).

Il s'en est suivi de nombreux échanges de courriers entre les parties, portant notamment sur le fait de savoir qui, de l'employeur ou de l'employé, devait s'acquitter du montant de Fr. 6'887,79 correspondant aux charges sociales calculées sur les "stock options" que T_____ avait reçues (pièces 13 à 27 dem).

Ces négociations n'ont cependant débouché sur aucun accord.

- D.** Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes en date du 7 mai 2003, T_____ a assigné E_____ en paiement des montants suivants:

A titre de paiement des heures supplémentaires:

- Fr. 12'681,30 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 1998
- Fr. 15'146,60 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 1999
- Fr. 16'720,40 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2000
- Fr. 2'416,70 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2001

A titre de paiement du travail supplémentaire:

- Fr. 70'583.80 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 1998
- Fr. 68'191,70 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 1999
- Fr. 26'041,10 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2000

A titre de paiement du bonus:

- Fr. 4'000 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juillet 2000
- Fr. 2'000 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2001
- Fr. 1'333 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mars 2001
- Fr. 1'333 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mars 2001

T_____ a fait valoir qu'il aurait travaillé, à titre d'heures supplémentaires, 235 heures en 1997, 235 heures en 1998, 235 heures en 1999 et 28 heures en 2000.

Quant aux heures de travail supplémentaire, il aurait effectué 1'368 heures en 1997, 1'118 heures en 1998 et 426 heures en 1999.

- E.** Dans son mémoire de réponse déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 11 juillet 2003, la défenderesse a admis les prétentions de T_____ quant au paiement des bonus qualitatifs pour le 1^{er} et le 2^{ème} semestres 2000 ainsi que pour les deux mois du 1^{er} semestre 2001; elle a également admis le versement du bonus sur le revenu pour les deux mois du 1^{er} semestre 2001, soit la somme totale de Fr. 8'666.00.

Elle a cependant formé une demande reconventionnelle en paiement de la somme de Fr. 6'260,30 avec intérêts à 5% dès le 28 novembre 2001, relative aux charges sociales afférentes aux stock options. La défenderesse a par ailleurs demandé de compenser les montants à due concurrence.

Pour le surplus, elle a conclu au déboutement de T_____ de toutes autres conclusions.

- F.** Le Tribunal a procédé à l'audition d'une dizaine de témoins lors des audiences des 8 et 22 décembre 2003 et 15 mars 2004. Leurs déclarations permettent de retenir les faits suivants:

T_____ travaillait beaucoup, plus de dix heures par jour souvent 6 jours sur 7 par semaine; il pouvait être atteignable en tout temps, et cultivait un goût du travail bien fait et de la réussite professionnelle. Cependant, le témoin A_____ relève que, dans cet environnement (soit dans la société), les employés ne travaillaient pas en fonction des heures mais pour atteindre leurs objectifs, la culture de la société étant basée sur la motivation et l'implication du personnel. Ce témoin confirme également que T_____ a réussi à plusieurs reprises à atteindre ses objectifs au prix d'investissement en temps et en heures important. Il n'y avait cependant jamais été question de payer les heures supplémentaires car les collaborateurs étaient rémunérés en fonction de leurs performances sous différentes formes, notamment des bonus et des options (Procès-verbal du 15 mars 2004).

Les employés de l'intimée ont confirmé également que E_____ ne demandait pas d'effectuer des heures supplémentaire mais qu'ils avaient tellement de travail qu'ils en effectuaient afin d'essayer d'atteindre les objectifs. Les témoins confirment que le management de EZ_____ était fortement intéressé au résultat par le biais de la prime et de stock options, ce qui était le cas du demandeur. La durée du travail dépendait des objectifs que les collaborateurs se fixaient eux-mêmes. Une partie de la rémunération de T_____ était liée à l'atteinte ou non des objectifs fixés par la direction.

Tous les employés de E_____ ont expliqué avoir effectué de nombreuses heures supplémentaires, cependant aucun d'entre eux n'a affirmé en avoir demandé le paiement.

De plus, les témoins ont confirmé que T_____ n'avait pas le pouvoir d'engager ou de licencier du personnel, bien qu'il pût participer aux entretiens d'embauche et donner son avis. Il devait également rendre des comptes à ses

supérieurs hiérarchiques pratiquement tous les jours (Procès-verbaux des 8 et 22 décembre 2003).

- G.** A l'audience du 15 mars 2004, T _____ a réduit ses conclusions du montant de Fr. 9'503.50 versé par E _____ en date du 24 décembre 2003, à titre de bonus 2000 et 2001, plus intérêts.
- H.** Par jugement du 15 mars 2004, le Tribunal des prud'hommes a débouté les deux parties de toutes leurs conclusions.
- I.** Suite à l'appel formé par T _____, la chambre d'appel, par arrêt du 9 décembre 2004, a annulé le jugement de première instance, en tant qu'il avait débouté le demandeur de ses conclusions tendant au paiement des heures de travail supplémentaire et a renvoyé la cause au Tribunal, afin qu'il détermine le nombre d'heures supplémentaires effectuées par l'appelant et la rémunération qui en résulte, et qu'il examine dans quelle mesure les montants des bonus et la valeur des options touchées par T _____ sont susceptibles de venir en déduction du montant pour les heures de travail supplémentaire.

Pour le surplus, le jugement de première instance a été confirmé.

- J.** Lors de l'audience du 21 février 2005, devant le Tribunal, T _____ a indiqué, en se référant à de nouvelles pièces déposées le 7 février 2005, avoir repris année par année ses heures de travail supplémentaire, passant en revue tous les jours et constatant ainsi que ses agendas, sa "base papier", étaient plus complets que les listes consultées sur *task-timer* (agenda électronique).

Il en résulte un nombre d'heures réduit par rapport à sa demande initiale - différence qui provenait essentiellement du chevauchement de deux rendez-vous simultanés et du travail accompli lors de ses déplacements. Il a exposé avoir réalisé les options d'achats sur actions de 1997 à 1999, pas forcément toutes intégralement, mais non celles de 2000 qui étaient échues lorsqu'il avait quitté EZ _____.

- K.** EZ_____ a contesté ces sommes, noté que les nouvelles pièces figuraient sur un tableau Excel et non sur le *task-timer* et indiqué ne pas comprendre comment le demandeur pouvait, dans un premier temps, demander 2'732 heures, puis réduire ses prétentions pratiquement de moitié. Selon elle, un employeur ne pouvait pas se fier à une telle demande.
- L.** Par détermination sur instruction complémentaire reçue au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 15 mars 2005, T_____ a fait valoir les éléments suivants :

Il a réitéré ses explication fournies le 21 février 2005 au sujet des heures de travail supplémentaire. Il demandait donc un montant total de Fr. 99'004.00, étant précisé à cet égard que le salaire horaire majoré pour l'année 2000 était de Fr 86.311, et non de Fr. 83.311, ainsi qu'il l'avait mentionné par erreur le 21 février 2005.

Par rapport aux bonus, il a estimé que, dans la mesure où ils étaient contractuellement conditionnés à la réalisation des objectifs prévisionnels, soit fonction des résultats, ils ne pouvaient être mis en relation avec l'exécution d'heures de travail supplémentaires. On pouvait tout au plus retenir qu'il s'agissait d'un mode de rémunération incitatif pour que les collaborateurs obtiennent de bons résultats, mais en tous les cas pas un mode de rémunération d'heures de travail supplémentaire.

Quant aux options d'achat sur actions, son employeur les attribuait à bien plaisir, afin de récompenser les bonnes performances d'un collaborateur, de sorte que leur attribution n'avait jamais servi à rémunérer les heures supplémentaires. N'ayant été informé qu'en juillet 2001, soit après la fin des rapports de travail, des implications fiscales liées aux options d'achat sur actions, il avait dû acquitter un supplément d'impôt de Fr. 17'080.45 à titre d'ICC et de Fr 2'356.35 à titre d'IFD, intérêts de retard compris. Le demandeur a reconnu avoir encaissé un gain total de US\$ 139'501.00 sur les options d'achat sur actions qu'il a réalisées. Il a toutefois précisé que seule une valeur de US\$ 26'823.11 correspondant à Fr. 40'235.00 pouvait être retenue, car elle correspondait au montant enregistré par la défenderesse pour la mise à disposition des titres qu'il avait acquis. En réalité

cependant, le coût d'acquisition des titres par la défenderesse était encore inférieur à la valeur de US\$ 26'823.11.

- M. EZ_____ a estimé que la Cour d'appel avait retenu que les bonus, augmentations de salaires et remises des options d'achat sur actions compensaient l'engagement professionnel de T_____ et que ce raisonnement s'appliquait *mutatis mutandis* aux heures de travail supplémentaire que ce dernier prétendait avoir effectuées. Les compensations qui lui avaient été offertes découlaient donc directement de l'exécution d'heures de travail supplémentaire.

De plus, le travailleur, connaissant les contrats d'option de souscription d'actions qu'il avait signés à chaque attribution des options d'achat sur actions, savait pertinemment, lors de l'envoi de sa démission le 6 décembre 2000, qu'il allait perdre le droit d'exercer une partie des options qu'il avait reçues. En acceptant les options qui lui avaient été proposées, il avait espéré réaliser d'importants gains en capitaux, espoir d'ailleurs partiellement réalisé. Les règles du jeu capitaliste faisaient toutefois que le cours des actions d'une société variait et que, par conséquent, celui qui entrait dans ce jeu devait également s'attendre à de possibles pertes. Enfin EZ_____ s'est réservée le droit de réclamer à T_____ la compensation du montant de Fr. 6'250.30 correspondant à la part des cotisations sociales due sur les options d'achat sur actions obtenues entre 1997 et 2000, sans pour autant y conclure.

- N. Lors de l'audience du 2 mai 2005, le témoin A_____ a notamment déclaré qu'il avait effectué de nombreux déplacements professionnels avec T_____, durant lesquels le temps du trajet était mis à profit pour effectuer certains travaux, notamment par le biais du téléphone.

Le témoin a expliqué qu'un rassemblement mondial, de trois jours environ, se déroulait annuellement afin de favoriser les échanges et les relations entre les collaborateurs de EZ_____. Les conférences, qui se déroulaient essentiellement aux États-Unis d'Amérique, débutaient un jour ouvrable, mais il lui était arrivé de voyager un dimanche pour arriver à l'heure. Les *kick-off*, répartis en général sur deux jours en semaine dans des endroits plaisants afin de motiver les collaborateurs, avaient lieu une fois par année. Ces *kick-off*, considérés comme

des jours de travail, la présence y étant obligatoire, étaient de journées agréables. Les épouses n'y étaient pas invitées. Il ne les avait pas considérés comme des heures supplémentaires.

Concernant ses options d'achat sur actions reçue en 1998 et 1999, il avait été informé qu'elles ne feraient l'objet ni de retenues, ni de charges fiscales et sociales et qu'elles n'apparaîtraient pas sur le certificat de salaire. Quelques années plus tard, un rattrapage fiscal avait eu lieu. Les employés n'ayant pas saisi la justice s'étaient vu retenir l'AVS, les autres restaient dans l'attente d'une décision judiciaire finale. Il avait personnellement reçu à plusieurs reprises des options d'achat sur actions dont l'attribution se faisait entre l'employé et son chef. Selon lui, elles constituaient un moyen de reconnaissance pour un employé performant. Il n'avait pas exercé les options d'achat sur actions en 2000, le crash boursier ayant dévalué les actions, mais avait dû payer les charges inhérentes.

Le témoin a enfin exposé que T_____ possédait un logiciel s'appelant *task-timer* et qu'il l'employait exclusivement pour gérer ses heures de travail et la productivité, pour lui et ses collaborateurs, mais il travaillait aussi sur *Outlook* qui était l'agenda de l'entreprise.

- O. Lors de l'audience du 20 juin 2005, le témoin B_____ a notamment déclaré avoir travaillé avec T_____. A ses dires, les journées pouvaient commencer très tôt et se terminer très tard; il s'agissait souvent de journées marathons. Il a précisé que les réunions organisées par EZ_____, obligatoires, étaient composées d'une partie professionnelle et d'une partie de loisirs. Son horaire de travail dépendait de l'emplacement du client; en moyenne, il travaillait, trajet compris, entre 11 et 12 heures par jour.

Le témoin a confirmé que les horaires étaient inscrits sur *task-timer*, système qui permettait notamment d'indiquer le temps de trajet et le temps passé chez la clientèle ainsi que le temps administratif, soit le temps pris pour mettre ce système à jour, y introduire les données. Selon lui, ces informations, qui étaient centralisées dans un système informatique sécurisé auquel tous les membres de EZ_____ avaient accès, servaient à réaliser des statistiques pour faire un suivi. La direction de EZ_____ savait ainsi exactement ce que faisaient les employés. Le témoin a ensuite détaillé quelques points de la pièce 80 dem. et a

indiqué qu'il pourrait, en tant qu'employeur, utiliser ce logiciel comme base sérieuse pour comptabiliser le nombre d'heures effectuées.

B_____ est resté chez EZ_____ jusqu'en 2002. Sa rémunération était composée d'un salaire fixe auquel était ajouté des primes trimestrielles selon résultats; il ne s'agissait pas de rémunération d'heures supplémentaires. Ces primes étaient versées en espèces. Il avait reçu des options d'achat sur actions à titre de bonus et non pour des heures supplémentaires. Ces options d'achat sur actions étaient parfois attribuées après réclamations de sa part; il fallait les demander. Il a précisé que, lors de son engagement, personne ne lui avait parlé d'heures supplémentaires. Lors de son départ, il n'en avait pas réclamé le paiement.

- P. Par décision du 23 novembre 2005, le Tribunal a considéré en faisant application de l'art. 42 al. 2 CO, que T_____ avait droit, au titre d'heures de travail supplémentaire, aux deux tiers de ses prétentions, soit une somme totale de Fr. 66'002,65, plus intérêts, mais que ces heures avaient été effectuées pour atteindre les objectifs fixés et qu'il avait été rémunéré pour ce faire - par le biais de bonus et d'options - au-delà de ce qu'il réclamait.

En conséquence le Tribunal a débouté T_____ des fins de sa demande.

- Q. T_____ a interjeté appel contre cette décision. Estimant que c'était à tort que les premiers juges avaient retenu que les bonus et les gratifications ne faisaient pas partie intégrante du salaire, et qu'ils devaient être considérés comme la rémunération du travail supplémentaire effectué, il conclut au paiement du montant retenu par le Tribunal au titre des heures de travail supplémentaire, avec intérêts, le jugement devant être confirmé pour le surplus.
- R. E_____ considère que c'est à juste titre que le Tribunal a opéré une compensation entre la rémunération du travail supplémentaire et les montants reçus à titre de bonus et d'options, et conclut au rejet de l'appel avec suite de dépens.
- S. Sur ce, la cause a été gardée à juger après l'audience du 29 mai 2006.

EN DROIT

1. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi (art.56 al.1, 59 LJP), l'appel est recevable.
2. L'appel et la réponse à l'appel posent deux problèmes :

2.1. Est-ce que les montants versé à titre de bonus et d'options viennent en compensation des sommes dues pour le travail supplémentaire?

2.2. En cas de réponse négative, comment faut-il calculer le montant dû pour le travail supplémentaire : faut-il prendre en considération les bonus dans le salaire déterminant pour calculer les heures de travail supplémentaire?

En réalité, les deux problèmes sont liés, dans la mesure où ils dépendent de la question de savoir si le bonus faisait partie du salaire ou constituait une gratification.

- 3.1 Le bonus constitue un élément du salaire au sens de l'article 322 CO lorsque le montant est déterminé ou déterminable selon des critères objectifs, ne dépend pas d'une décision unilatérale de l'employeur, est dû prorata temporis lorsque les rapports de travail débutent ou se terminent en cours d'année, et représente une part importante du salaire (Brunner, Bühler, Waeber, Bruchez, commentaire du contrat de travail 2004 p. 93, ATF E. SA c/ E du 28.02.2006 dans la cause 4C.426/2005 cons. 5.1, ainsi que la jurisprudence citée).

- 3.2 Dans le cas d'espèce, il convient de relever que :

- les bonus étaient versés en fonction des objectifs à atteindre, et non selon le bon vouloir de l'employeur (pièces 2 et 4, chargé dem. du 6 mai 2003);

- les bonus représentaient une part importante de la rémunération de l'employé (pièce 4 chargé dem. du 6 mai 2003);
- aussi bien l'employé que l'employeur s'accordent à admettre que les bonus étaient dus prorata temporis en cas de cessation des relations de travail (pièces 12 et 13 chargé dem du 6 mai 2006).

Il s'ensuit qu'il faut considérer que ces bonus constituent une partie du salaire versé en fonction de l'activité de T _____, rétribuant donc ladite activité, et non une gratification.

Or, en plus de son salaire fixe, T _____ a touché Fr. 67'996.00 de bonus (sans même parler des options) qui sont à mettre en relation avec l'activité qu'il a déployée - y compris les heures dépassant l'horaire légal - pour atteindre ses objectifs. En d'autres termes, il a été rémunéré pour l'activité qu'il a volontairement déployée à cette fin, et c'est à juste titre que le Tribunal a considéré que cette rémunération se confondait avec celle réclamée pour le temps de travail supplémentaire, soit Fr.66'002,65.

4. L'appel sera donc rejeté, l'émolument de Fr. 880.00 étant laissé à la charge de l'appelant qui en avait fait l'avance.

Par contre, l'appel ne pouvant être considéré comme téméraire, il ne sera pas alloué de dépens (art.76 al 1 LJP).

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 3,

A la forme :

Déclare recevable l'appel formé par T _____ contre le jugement du

Tribunal des prud'hommes du 23 novembre 2005 dans la cause C/9130/2003 - 3;

Au fond :

Rejette ledit appel;

Condamne T _____, qui en a fait l'avance, au paiement de l'émolument d'appel fixé à Fr. 880.00;

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président