



POUVOIR JUDICIAIRE

C/6815/2018-4

CAPH/

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre des prud'hommes****DU**

Entre

Monsieur A_____, domicilié c/o M. B_____, chemin _____, _____ [GE], appelant d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 29 août 2019 (JTPH/321/2019), comparant par M^e Sylvie HOROWITZ-CHALLANDE, avocate, Budin & Associés, rue De-Candolle 17, case postale 166, 1211 Genève 12, en l'Étude de laquelle il fait élection de domicile,

et

C_____, (SUISSE) SA, sise place _____, _____ Genève, intimée, comparant tout d'abord par M^e Philippe CARRUZZO, avocat, case postale 105, 1296 Coppet, puis en personne.

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

EN FAIT

A. a. Par jugement JTPH/321/2019 du 29 août 2019, reçu le lendemain par A_____, le Tribunal des prud'hommes, groupe 4, statuant par voie de procédure ordinaire, a déclaré recevable la demande formée le 14 septembre 2018 par A_____ contre C_____ (SUISSE) SA (ch. 1 du dispositif), débouté celui-ci de ses conclusions (ch. 2), invité la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles (ch. 3), débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 4), arrêté les frais de la procédure à 3'560 fr. (ch. 5), qu'il a mis à la charge de A_____ (ch. 6) et compensés avec l'avance de frais de 3'560 fr. effectuée par celui-ci qui restait acquise à l'Etat (ch. 7), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 8) et débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 9).

b. Par acte expédié le 30 septembre 2019 au greffe de la Cour de justice, A_____ forme appel de ce jugement, dont il sollicite l'annulation des chiffres 2 à 9 du dispositif. Sous suite de frais, il conclut à ce que la Cour condamne C_____ à lui verser 137'222 fr. brut à titre de salaire pour 2016, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} avril 2017 et 102'916 fr. brut à titre de salaire pour 2017 (*pro rata temporis*), avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} octobre 2017. Subsidiairement, il conclut, sous suite de frais, au renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

c. C_____ conclut au déboutement de A_____ de toutes ses conclusions, sous suite de frais.

d. Dans leurs réplique et duplique, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

e. Le 10 décembre 2019, elles ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

B. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure:

a. C_____ (SUISSE) SA (ci-après : « C_____ » ou « la banque ») est sise à Genève.

b. A_____ a été engagé pour une durée indéterminée par D_____, Genève, une société anonyme du Groupe C_____, en qualité d'assistant de gestion, à compter du 15 mars 2004, moyennant un salaire mensuel de 6'500 fr. brut, versé en treize mensualités.

Le contrat de travail précisait qu'était remis à l'employé le Carnet de Route du Collaborateur qui comprenait le statut du personnel. Le 15 mars 2004, A_____ a signé une quittance à teneur de laquelle il déclarait avoir pris connaissance de ce carnet et de ses directives d'application dont il avait reçu un exemplaire.

La clause 2707 du Statut du personnel du Groupe C_____ en Suisse, applicable à l'ensemble du personnel de celui-ci, disposait que *« la part variable était le reflet de l'appréciation de l'implication du collaborateur, de sa performance et des résultats de l'entité d'appartenance. Elle n'était ni garantie, ni contractuelle. La part variable était fixée à discrétion du Groupe en Suisse, elle était versée une fois par an, selon les modalités en vigueur au sein du Groupe en Suisse »*.

La clause 1401 du Statut du personnel de 2002 stipulait que *« le personnel était informé par circulaire papier, Email ou Intranet des mises à jour de ce statut et de ses annexes. Ces mises à jour étaient considérées comme des avenants au contrat de travail »*.

c. Par courriel du 4 mai 2005, les collaborateurs du Groupe C_____ ont été informés que la nouvelle édition du Statut du personnel était disponible sur l'Intranet. Les collaborateurs étaient invités à consulter régulièrement le site.

La clause 2707 du Statut du personnel de 2005 avait la teneur suivante : *« La part variable est le reflet de l'appréciation de l'implication du collaborateur, de sa performance et des résultats de l'entité, du métier, de la fonction d'appartenance. Elle n'est ni garantie ni contractuelle. La part variable est fixée à la discrétion du Groupe, elle est versée une fois par an, selon les modalités en vigueur en sein du Groupe C_____. A toute fin utile, il est précisé qu'un collaborateur dont l'employeur quelle que soit l'entité du Groupe en Suisse a connaissance de la fin de la relation contractuelle de travail avant la date du versement de la part variable n'est plus éligible à cette dernière »*.

d. Par courrier du 3 février 2006, D_____, Genève a informé A_____ qu'il était éligible à une prime de rapprochement de 15'000 fr., dont le règlement interviendrait en décembre 2006, en précisant que cette prime *« exceptionnelle était indépendante de son éligibilité au bonus qui restait directement lié à la performance et dont les versements intervenaient en février de chaque année »*, et attirait l'attention de ce dernier sur le caractère discrétionnaire de cette décision.

e. En octobre 2006, C_____ a repris les actifs et passifs de D_____, Genève, en particulier le contrat de travail de A_____ à compter du 1^{er} octobre 2006, aux mêmes conditions contractuelles que celles alors en vigueur, incluant les dispositions du Statut du personnel, accessibles sur E_____.

f. En 2007, A_____ a été nommé *« Membre _____ »* et par courrier du 23 avril 2007, il a été informé que C_____ lui octroyait une prime exceptionnelle de 5'000 fr., suite à sa nomination.

g. La clause 2705 de la troisième édition de février 2007 du Statut du personnel stipulait que la part variable était le reflet de l'appréciation de l'implication du collaborateur, de sa performance et des résultats de l'entité, du métier, de la

fonction d'appartenance. Elle n'était ni garantie ni contractuelle. La part variable était fixée à la discrétion du Groupe, elle était versée une fois par an, selon les modalités en vigueur au sein du Groupe C_____. A toute fin utile, il était précisé qu'un collaborateur, dont l'employeur avait connaissance de la fin de la relation contractuelle de travail avant la date du versement de la part variable, n'était plus éligible à cette dernière.

Cette clause avait la même teneur dans la quatrième édition du Statut du personnel de mai 2009.

h. Selon un extrait de E_____ du 3 juillet 2009, un document, mis à jour le 10 octobre 2003 par les ressources humaines du Groupe, mentionnait que la rémunération ne constituait en aucun cas un droit acquis récurrent. Elle ne présentait ni une nature contractuelle, ni un caractère de fixité, en l'absence de tout critère contractuel d'attribution et de tout engagement unilatéral de C_____. Celle-ci se réservait, chaque année, la possibilité de modifier les conditions et modalités d'attribution de la rémunération variable.

i. Par communiqué des ressources humaines du 15 mai 2010, la banque a informé ses employés que le Statut du Personnel, qui décrivait les règles contractuelles communes à l'ensemble du personnel du Groupe en Suisse et faisait partie intégrante du contrat de travail, avait été mis à jour.

j. En 2011, A_____ a été nommé banquier privé senior (par courrier du 27 mai 2011 avec effet au 1^{er} juin 2011) et membre de la direction de C_____ au siège de Genève (nomination ratifiée par le Conseil d'administration de la banque du 1^{er} décembre 2011 avec effet au 1^{er} janvier 2012).

k. Par courrier du 22 septembre 2014, le salaire annuel de A_____ a été porté à 221'000 fr. à compter du 1^{er} octobre 2014.

Ce courrier, remis en mains propres et contresigné par A_____ le 25 septembre 2014, mentionnait qu'à titre exceptionnel la banque lui garantissait le versement d'une rémunération variable d'un montant brut de 170'000 fr., qui lui serait attribuée, selon les modalités et les règles applicables dans le Groupe C_____, avec son salaire de mars 2015. Ce montant ne lui serait payé que dans la mesure où il était toujours sous contrat avec l'établissement à la date du versement, c'est-à-dire en l'absence de rupture volontaire de sa part ou de résiliation de la banque. Enfin, dans l'éventualité où il quittait l'établissement, de son plein gré ou pour cause de séparation pour faute grave au cours des douze prochains mois d'emploi, ce bonus serait à restituer *au pro rata*. Le versement de ce bonus revêtait un caractère tout à fait exceptionnel et n'engageait en rien la banque pour l'avenir.

Aux termes d'un courrier remis en mains propres le 31 octobre 2014, le salaire annuel brut de A_____ a été porté à 249'990 fr., à compter du 1^{er} octobre 2014.

l. La clause 2706 de la septième édition de juin 2016 du Statut du personnel stipulait que le bonus ne constituait pas un droit et n'était donc ni contractuel ni garanti. Il était fixé discrétionnairement, dans le respect de la politique du Groupe. Il était conçu comme une gratification au sens de l'art. 322d CO ; la Direction Générale appréciait librement, chaque année et pour chaque employé, si l'octroi d'un bonus se justifiait. L'expectative d'un bonus ne devait en aucun cas engendrer des situations de conflits d'intérêts entre les collaborateurs et les clients, de même que des entorses aux règles de conformité. Pour les professionnels des fonctions de supports et fonctions de contrôle, cette expectative ne devait en rien nuire à leur indépendance vis-à-vis des métiers qu'ils avaient la charge de contrôler. Toute infraction à ces principes serait sanctionnée. Parmi divers critères pris en compte par la Direction Générale d'année en année, la décision d'octroyer individuellement un bonus ainsi que le montant de celui-ci pouvaient dépendre, notamment de l'évaluation de la performance quantitative et qualitative, de l'appréciation du comportement et de l'esprit d'équipe au regard notamment des valeurs du Groupe, du respect des règles de conformité et du Code de Conduite et des procédures du Groupe, de la contribution à la maîtrise des risques (y compris le risque opérationnel). Il dépendait par ailleurs de la marche des affaires, des capacités financières du Groupe et des principes de gouvernance en vigueur. Le paiement d'un bonus pour une année donnée, voire même durant plusieurs années, ne conférait aucun droit pour l'avenir, chaque paiement étant opéré de manière discrétionnaire, sans que cela ait donc pour effet de « contractualiser » le bonus (qu'il s'agisse du principe ou du montant). Il n'existait en outre aucun droit à un paiement *pro rata temporis*. Dans certains cas, l'octroi d'un bonus pouvait être assorti d'une clause de remboursement (condition résolutoire), fonction, notamment, de la non-résiliation des rapports de travail durant un temps donné après son paiement. Enfin, un collaborateur dont la relation de travail était résiliée, quelle que soit la partie qui avait donné le congé et quel que soit le motif, ne pouvait en aucun cas prétendre à recevoir un bonus. L'acceptation d'un bonus valait adhésion aux principes énoncés ci-dessus.

m. Le salaire annuel brut de A_____ a été fixé à 226'110 fr. en 2016.

n. Entre 2006 et 2016, A_____ a perçu chaque année les montants ci-dessous (selon des décomptes de salaire mensuels pour ce qui est de 2006 à 2010 et ses certificats de salaire annuels s'agissant de 2011 à 2016), étant relevés au préalable les éléments suivants:

- dès 2010, le paiement des bonus a été assorti de la mention de leur caractère discrétionnaire;

- A_____ a admis en première instance l'allégation de C_____, selon laquelle les montants qui lui étaient versés au titre de frais forfaitaires de représentation (non soumis aux charges sociales et exonéré d'impôts) faisaient partie de sa rémunération dans la mesure où il avait par ailleurs bénéficié du remboursement de l'ensemble de ses frais professionnels et de représentation effectifs;

- C_____ ne conteste pas l'allégation de A_____, selon laquelle le salaire annuel médian suisse multiplié par cinq s'élevait aux sommes mentionnées également ci-après, dès 2011, de sorte que ces montants seront retenus à ce titre :

- 2006 : 7'000 fr. brut de bonus en sus d'un salaire annuel de base de 93'600 fr. brut (100'600 fr. brut au total) ; le bonus correspondait à 7,47% de ce salaire;

- 2007 : 15'000 fr. brut de bonus en sus d'un salaire annuel de base de 102'960 fr. brut (117'960 fr. brut au total); le bonus correspondait à 14,56% de ce salaire;

- 2008 : 45'000 fr. brut de bonus en sus d'un salaire annuel de base de 130'000 fr. brut (175'000 fr. brut au total); le bonus correspondait à 25,71% de ce salaire;

- 2009 : 81'222 fr. brut de bonus en sus d'un salaire annuel de base de 160'030 fr. brut (241'252 fr. brut au total); ce salaire comprend des frais de représentation (ceux-ci en ont été déduits en vue de les exonérer du paiement des charges sociales et ont été versés en net); le bonus correspondait à 50,75% de ce salaire (comprenant les frais de représentation);

- 2010 : 136'550 fr. brut de bonus en sus d'un salaire annuel de base (frais de représentation compris, comme l'année précédente) de 179'985 fr. brut (316'535 fr. brut au total); le bonus correspondait à 75,86% de ce salaire;

- 2011 : 70'000 fr. brut de bonus en sus d'un salaire annuel de base de 170'385 fr. brut, auquel se sont ajoutés des frais forfaitaires de représentation de 12'000 fr. net (252'385 fr. au total); le bonus correspondait à 41% du salaire de base (non augmenté ni diminué des frais de représentation);

Le salaire annuel médian suisse multiplié par cinq se montait à 358'740 fr. (71'748 fr. [5'979 fr. x 12] x 5);

- 2012 : 115'000 fr. brut de bonus en sus d'un salaire annuel de base de 178'738 fr. brut, auquel se sont ajoutés des frais forfaitaires de représentation de 12'000 fr. net; la banque allègue avoir versé en sus 5'000 fr. sur un compte de prévoyance (310'738 fr. au total); la part variable (120'000 fr. en comptant ce prétendu versement) correspondait à 67,13% du salaire de base (non augmenté ni diminué des frais de représentation);

Le salaire annuel médian suisse multiplié par cinq se montait à 367'080 fr. (73'416 fr. [6'118 fr. x 12] x 5);

- 2013 : 132'778 fr. brut de bonus en sus d'un salaire annuel de base de 180'408 fr. brut, auquel se sont ajoutés des frais forfaitaires de représentation de 12'000 fr. net; la banque allègue avoir versé en sus 7'222 fr. sur un compte de prévoyance (332'408 fr. au total); la part variable (140'000 fr. en comptant ce prétendu versement) correspondait à 77,6% du salaire de base (non augmenté ni diminué des frais de représentation);

Le salaire annuel médian suisse multiplié par cinq se montait à 367'080 fr. (73'416 fr. [6'118 fr. x 12] x 5);

- 2014 : 178'445 fr. brut de bonus (159'445 fr. + 19'000 fr. au titre de prime d'ancienneté versée, selon les Statuts du personnel, dix ans après l'entrée en service et équivalent à un dixième du salaire annuel de base) en sus d'un salaire annuel de base de 195'404 fr. brut, auquel se sont ajoutés des frais forfaitaires de représentation de 12'000 fr. net; la banque allègue avoir versé en sus 10'555 fr. sur un compte de prévoyance (396'404 fr. au total); la part variable (189'000 fr. en comptant ce prétendu versement) correspondait à 96,72% du salaire de base (non augmenté ni diminué des frais de représentation) et à 81,59% de celui-ci sans prendre en considération la prime d'ancienneté (à l'instar de ce qu'a fait valoir A_____ en première instance);

Le salaire annuel médian suisse multiplié par cinq se montait à 371'340 fr. (74'268 fr. [6'189 fr. x 12] x 5);

- 2015 : 159'444 fr. brut de bonus en sus d'un salaire annuel de base de 240'390 fr. brut, auquel se sont ajoutés des frais forfaitaires de représentation de 12'000 fr. net; la banque allègue, ce qu'a admis A_____ en première instance, avoir versé en sus 10'556 fr. sur un compte de prévoyance (422'390 fr. au total); la part variable (170'000 fr. en comptant ce versement) correspondait à 70,71% du salaire de base (non augmenté ni diminué des frais de représentation);

Le salaire annuel médian suisse multiplié par cinq se montait à 371'340 fr. (74'268 fr. [6'189 fr. x 12] x 5);

- 2016 : 137'222 fr. brut de bonus en sus d'un salaire annuel de base de 226'110 fr. brut, auquel se sont ajoutés des frais forfaitaires de représentation de 26'280 fr. net; la banque allègue avoir versé en sus 7'778 fr. sur un compte de prévoyance (397'390 fr. au total); la part variable (145'000 fr. en comptant ce prétendu versement) correspondait à 64,12% du salaire de base (non augmenté ni diminué des frais de représentation);

Le salaire annuel médian suisse multiplié par cinq se montait à 374'100 fr. (74'820 fr. [6'235 fr. x 12] x 5).

o. Il ressort du formulaire de son évaluation professionnelle de l'année 2015 que A_____ a obtenu une note de 4, répondant aux attentes.

Cela étant, aux termes d'un procès-verbal d'une séance d'octobre 2015 du Comité Credit, Compliance & Operational Risk, la note de A_____ s'est élevée à 3, ce qui représentait un comportement inacceptable. Cette note est restée inchangée à teneur d'un procès-verbal d'une séance de novembre 2016 de ce comité. La note de 3 pouvait entraîner une réduction du bonus allant de 30% à 100%.

A teneur d'un procès-verbal du Comité d'éthique du 11 janvier 2017, la décision de licencier A_____ fût prise, étant précisé que son bonus était mis à zéro.

p. Le 23 février 2017, le contrat de travail de A_____ a été résilié pour le 30 juin 2017.

Le 10 mars 2017, celui-ci a formé opposition à son congé et réclamé la communication de son motif. Le 17 mars 2017, la banque a fait valoir une négligence dans l'accomplissement de son travail. Le 16 février 2018, A_____ a rétorqué qu'il s'agissait d'un prétexte, la date à laquelle son congé était intervenu ayant pour but de permettre à la banque d'invoquer la résiliation du contrat et le caractère facultatif de la gratification pour échapper à son paiement. Il a réclamé son bonus 2016 et une indemnité pour licenciement abusif, ce à quoi n'a pas donné suite C_____.

q. La fin des rapports de travail a été reportée au 30 septembre 2017 pour cause de maladie de A_____.

s. Aux termes de son certificat de salaire annuel, A_____ a perçu, pour la période du 1^{er} janvier au 30 septembre 2017, 179'842 fr. brut au titre de salaire de base et, en sus, 9'450 fr. net de frais forfaitaires de représentation, à l'exclusion de tout bonus (189'292 fr. au total).

Le salaire annuel médian suisse multiplié par cinq allégué par le précité s'est élevé à 374'100 fr. (74'820 fr. [6'235 fr. x 12] x 5) cette année, soit 280'575 fr. (6'235 fr. x 9 x 5) pour la période de neuf mois précitée, ce qui n'est pas contesté par C_____, de sorte que ce montant sera retenu à ce titre.

r. Par demande ordinaire introduite devant le Tribunal le 14 septembre 2018, A_____ a assigné C_____ en paiement de 355'518 fr., soit :

- 137'222 fr. brut à titre de salaire pour 2016 (bonus dû sur 2016 non versé en 2017), avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} avril 2017,

- 102'916 fr. brut à titre de salaire pour 2017 (*pro rata temporis*) (bonus dû sur 2017 non versé à la fin des rapports de travail), avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} octobre 2017 et

- 115'380 fr. net à titre d'indemnité pour licenciement abusif, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} octobre 2017.

C_____ a conclu au déboutement de A_____.

EN DROIT

1. 1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance lorsque la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC), ce qui est le cas en l'espèce, de sorte que la voie de l'appel est ouverte.

1.2. L'appel a été déposé dans le délai de 30 jours (art. 311 al. 1 et 142 al. 3 CPC) et selon la forme prescrite par la loi (art. 130 al. 1, 131 et 311 CPC), par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ). Il est donc recevable.

1.3 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

Les maximes des débats (art. 55 al. 1 et 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC) et de disposition (art. 58 al. 1 CPC) sont applicables à la présente cause, laquelle est régie par la procédure ordinaire (art. 243 al. 1 et 2 CPC *a contrario*).

2. L'appelant fait grief au premier juge d'avoir omis de retenir le montant de son salaire réalisé en 2017 auprès de l'intimée, ce qui a été ajouté dans la partie EN FAIT, let. B.r du présent arrêt.

Par ailleurs, il reproche au Tribunal une constatation inexacte des faits en lien avec les frais forfaitaires de représentation. Contrairement à ce qu'il fait valoir, ceux-ci n'étaient pas compris dans les montants de son salaire de base brut tels que retenus par le premier juge s'agissant de 2011 à 2017 sur la base de ses certificats de salaire annuels produits (exclusivement) pour cette période (cf. EN FAIT, let. B.n et r). Cela étant, ces frais étaient effectivement compris dans les montants de son salaire de base brut tels que retenus par le premier juge pour 2009 et 2010 sur la base des décomptes de salaire mensuels produits, ce qui a été précisé dans la partie EN FAIT, let. B.n. du présent arrêt.

3. L'appelant reproche au Tribunal d'avoir qualifié de gratifications (et non de salaire) les deux montants dont il persiste à solliciter le paiement en seconde instance.

3.1.1 Le salaire est la rémunération que l'employeur est tenu de payer à l'employé pour le temps ou le travail que celui-ci a consacré à son service, et qui est fixé soit directement par contrat individuel, soit indirectement par un contrat-type de travail ou par une convention collective (art. 322 al. 1 CO). La gratification, aux

termes de l'art. 322d al. 1 CO, est une rétribution spéciale que l'employeur accorde en sus du salaire à certaines occasions, par exemple une fois par année. Selon la volonté des parties, il peut y avoir un droit à la gratification (art. 322d al. 1 CO) ou, au contraire, aucun droit lorsqu'elle est stipulée facultative, expressément ou par actes concluants. Une gratification peut aussi être soumise à des conditions: en particulier, elle n'est due (au *pro rata temporis*), en cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à son paiement, que s'il en a été convenu ainsi (art. 322d al. 2 CO). La gratification se distingue en outre du salaire par son caractère accessoire par rapport au salaire de base. Dans certaines circonstances, un bonus qualifié de facultatif peut ainsi devoir être requalifié en salaire en vertu du principe de l'accessorité. Si la gratification est ainsi convertie en élément du salaire, elle n'est pas soumise à l'art. 322d al. 2 CO et, en cas d'extinction des rapports de travail, elle doit être payée en fonction de la durée de ces rapports (arrêt du Tribunal fédéral 4A_463/2017 du 4 mai 2018 consid. 3.1.1).

3.1.2 Lorsqu'un montant (même désigné comme bonus ou gratification) est déterminé ou objectivement déterminable, c'est-à-dire qu'il a été promis par contrat dans son principe et que son montant est déterminé ou doit l'être sur la base de critères objectifs prédéterminés comme le bénéfice, le chiffre d'affaires ou une participation au résultat de l'exploitation, et qu'il ne dépend pas de l'appréciation de l'employeur, il doit être considéré comme un élément du salaire (variable), que l'employeur est tenu de verser à l'employé (art. 322 s. CO) (arrêt du Tribunal fédéral 4A_463/2017 précité consid. 3.1.2.1).

En revanche, lorsque le bonus est indéterminé ou objectivement indéterminable, c'est-à-dire que son versement dépend du bon vouloir de l'employeur et que sa quotité dépend pour l'essentiel de la marge de manœuvre de celui-ci en ce sens qu'elle n'est pas fixée à l'avance et qu'elle dépend de l'appréciation subjective de la prestation du travailleur par l'employeur, il doit être qualifié de gratification (arrêt du Tribunal fédéral 4A_463/2017 précité consid. 3.1.2.2).

3.1.3 Lorsque le bonus est indéterminé ou objectivement indéterminable, il faut distinguer entre les deux situations suivantes :

3.1.3.1 Si, par contrat, les parties sont tombées d'accord sur le principe du versement d'un bonus et n'en ont réservé que le montant, il s'agit d'une gratification que l'employeur est tenu de verser, mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer. De même, lorsqu'au cours des rapports contractuels, un bonus a été versé régulièrement sans réserve de son caractère facultatif pendant au moins trois années consécutives, il est admis qu'en vertu du principe de la confiance, il est convenu par actes concluants (tacitement), que son montant soit toujours identique ou variable: il s'agit donc d'une gratification à laquelle l'employé a droit, l'employeur jouissant d'une certaine liberté dans la fixation de son montant au cas où les montants étaient variables. Il convient

d'ajouter que, dans les deux situations, le travailleur, aux termes de l'art. 322d al. 2 CO, n'a droit à une part proportionnelle de la gratification en cas d'extinction des rapports de travail (avant l'occasion qui y donne lieu) que s'il en a été convenu ainsi (arrêt du Tribunal fédéral 4A_463/2017 précité consid. 3.1.3.1).

3.1.3.2 Si, par contrat, les parties ont réservé tant le principe que le montant du bonus, il s'agit d'une gratification facultative: le bonus n'est pas convenu et l'employé n'y a pas droit, sous réserve de l'exception découlant de la nature de la gratification (principe de l'accessoriété; cf. *infra* consid. 3.1.4). De même, lorsque le bonus a été versé d'année en année avec la réserve de son caractère facultatif, il n'y a en principe pas d'accord tacite: il s'agit d'une gratification qui n'est pas due. Toutefois, il a été admis par exception que, en dépit de la réserve (sur le principe et sur le montant), un engagement tacite peut se déduire du paiement répété de la gratification pendant des décennies, lorsque l'employeur n'a jamais fait usage de la réserve émise, alors même qu'il aurait eu des motifs de l'invoquer, tels qu'une mauvaise marche des affaires ou de mauvaises prestations de certains collaborateurs, lorsqu'il l'a versée: il s'agit alors d'une gratification à laquelle l'employé a droit. Il en va de même lorsque la réserve du caractère facultatif n'est qu'une formule vide de sens (c'est-à-dire une clause de style sans portée) et qu'en vertu du principe de la confiance, il y a lieu d'admettre que l'employeur montre par son comportement qu'il se sent obligé de verser un bonus (arrêt du Tribunal fédéral 4A_463/2017 précité consid. 3.1.3.2).

3.1.4 Lorsque l'employeur a réservé le caractère facultatif du bonus, dans son principe et dans son montant, et que l'employé n'a donc pas un droit contractuel au versement du bonus (qui est une gratification) (cf. *supra* consid. 3.1.3.2), il faut encore examiner si le bonus a un caractère accessoire par rapport au salaire de base. En effet, il ne faut pas oublier que la gratification ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur: il n'est pas concevable que, dans le cadre d'un contrat de travail, la rétribution du travailleur consiste uniquement ou principalement en une gratification. La gratification, qui doit rester un élément accessoire du salaire de base, ne peut aller au-delà d'un certain pourcentage de ce salaire de base convenu (ATF 129 III 276 consid. 2.1 p. 279 s.; 141 III 407 consid. 4.3.2 p. 409; 139 III 155 consid. 5.3 p. 159). Le besoin de protection du travailleur doit l'emporter sur la liberté contractuelle des parties; l'application du principe de l'accessoriété peut enlever toute portée à la réserve et le bonus peut devoir être requalifié en salaire (ATF 141 III 407 consid. 4.3.2) (arrêt du Tribunal fédéral 4A_463/2017 précité consid. 3.1.4).

3.1.4.1 Le critère de l'accessoriété, en vertu duquel le bonus doit être requalifié en salaire, ne s'applique toutefois que pour les salaires modestes et les salaires moyens et supérieurs (les salaires moyens et supérieurs étant ceux supérieurs au salaire médian, mais inférieurs à cinq fois le salaire médian; pour plus de détails,

cf. l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_714/2016 précité consid. 3.3.2 et 3.3.3) (arrêt du Tribunal fédéral 4A_463/2017 précité consid. 3.1.4.1).

Dans le cas d'un salaire moyen à supérieur, le critère retenu par la jurisprudence est que le bonus doit être très élevé en comparaison du salaire de base annuel, c'est-à-dire équivalent ou même supérieur à ce dernier, pour perdre son caractère accessoire (ATF 141 III 407 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_714/2016 du 29 août 2017 consid. 6). Les circonstances du cas particulier sont toujours déterminantes (arrêt du Tribunal fédéral 4A_230/2019 du 20 septembre 2019 consid. 4.3.3), en particulier si le bonus est inférieur au salaire fixe. La proportion admissible croît avec le salaire fixe (arrêt du Tribunal fédéral 4A_155/2019 du 18 décembre 2019 consid. 6.1).

Ainsi, dans cette catégorie de revenus, le Tribunal fédéral a admis le caractère accessoire de gratifications correspondant au quart d'un salaire annuel de 100'000 fr., la gratification étant dans ce cas qualifiée de modeste. Dans le même sens, il a confirmé le caractère accessoire de bonus représentant moins de 15% d'un salaire annuel de 123'500 fr. et de bonus qui s'étaient élevés en moyenne à 44% de salaires annuels qui avaient augmenté au fil des ans de 200'000 fr. à 300'000 fr. Il a également confirmé que des bonus ayant oscillé, sur une période de neuf ans, entre 16,94% et 60,60% d'un salaire de base qui, au cours de cette période, avait augmenté de 100'000 fr. à 165'000 fr. avaient conservé leur caractère accessoire, en relevant qu'ils avaient en effet toujours été inférieurs audit salaire, et même souvent sensiblement inférieurs à celui-ci, le fait que pendant deux ans sur les neufs ans de la période contractuelle, le bonus ait dépassé 50% n'obligeait pas à qualifier les bonus versés durant cette période de non accessoires. Inversement, pour une rémunération annuelle de l'ordre de 112'000 fr., il a jugé qu'un bonus correspondant à plus du double du salaire annuel n'était pas accessoire. Il en a fait de même s'agissant d'un bonus de 40% d'un salaire de 100'000 fr. (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 2019, p. 220 et les références citées).

3.1.4.2 Pour les très hauts revenus, le Tribunal fédéral a considéré que le principe de la liberté contractuelle doit primer, car il n'y a pas dans ce cas de besoin de protection du travailleur qui justifierait une requalification du bonus ou d'une part du bonus en salaire en vertu du principe de l'accessorité (ATF 141 III 407 consid. 4.3.2 et 5.3.1). Le bonus est donc toujours une gratification facultative à laquelle l'employé n'a pas droit (arrêt du Tribunal fédéral 4A_463/2017 précité consid. 3.1.4.2).

Le Tribunal fédéral a fixé le seuil du très haut revenu à un montant équivalent à cinq fois (5x) le salaire médian suisse (secteur privé), soit, pour l'année 2009 (à titre d'exemple), un montant de 354'000 fr. (ATF 141 III 407 consid. 5.4 p. 415) (arrêt du Tribunal fédéral 4A_463/2017 précité consid. 3.1.4.2).

Pour déterminer si l'employé réalise un très haut revenu dans le cas concret, le Tribunal fédéral a tenu compte, en s'inspirant des principes du droit fiscal, de la rémunération totale effectivement perçue par celui-ci de la part de son employeur durant l'année litigieuse. Ainsi, dans une affaire concernant un employé de banque, le revenu déterminant pour l'année litigieuse (en 2009) correspondait à la totalité de la rémunération perçue par celui-ci, à savoir le salaire de base de l'année 2009 plus le bonus effectivement versé en 2009 et calculé sur la base des données de l'exercice 2008. Si cette rémunération totale atteint ou dépasse le seuil du très haut revenu (354'000 fr. en l'espèce), le bonus demeure une gratification facultative à laquelle l'employé n'a pas droit et une requalification en salaire est exclue (ATF 141 III 407 consid. 4.3.2 et 5.3.1) (arrêt du Tribunal fédéral 4A_463/2017 précité consid. 3.1.4.2).

Si, en règle générale, on prend en considération les revenus effectivement perçus par l'employé durant l'année, il convient, exceptionnellement, de tenir compte de la rémunération effectivement perçue durant toute la période litigieuse, si la représentativité est ainsi mieux assurée. La prise en considération de cette dernière période est en particulier plus adaptée lorsque l'employé a exercé son activité professionnelle seulement pendant quelques mois durant la seconde année litigieuse (ATF 142 III 456 consid. 3.2; arrêt 4A_485/2016 du 28 avril 2017 consid. 4.3) (arrêt du Tribunal fédéral 4A_463/2017 précité consid. 3.1.4.2). En effet, 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 (ATF 142 III 456 consid. 3.2).

Dans l'arrêt 4A_155/2019 précité du 18 décembre 2019 consid. 5.4 et 5.5, pour déterminer le statut du salarié (revenus moyens à supérieurs ou très hauts revenus), le Tribunal fédéral a tout d'abord calculé la moyenne de la rémunération annuelle totale effectivement perçue les cinq années précédant la période litigieuse (2007 à 2011: 314'558 fr. en moyenne par an, l'année 2011 étant la dernière au cours de laquelle une gratification a été versée [pour 2010]). Au vu de ce résultat, il a ensuite retenu que la rémunération annuelle totale effectivement perçue en 2012 (278'941 fr.), soit durant la première année litigieuse (complète), était représentative des revenus touchés régulièrement par le salarié (elle se situait "dans la fourchette"). Il a donc pris en considération les revenus réalisés durant la période litigieuse totale pour laquelle le paiement de la gratification était sollicité (2012 et huit mois en 2013: 535'552 fr. [278'941 fr. perçus en 2012 + 256'611 fr. en 2013]) pour en conclure que ce montant était inférieur au salaire médian suisse multiplié par cinq pendant cette même période, lequel se montait à 613'513 fr.

S'agissant de la période prise en considération pour déterminer les revenus réguliers du salarié (en l'occurrence 2007 à 2011), le Tribunal fédéral a retenu que le critère décisif n'était pas la variation du salaire fixe, en particulier la date à

laquelle avait eu lieu la dernière augmentation du salaire fixe (*in casu* 2010), mais la rémunération totale perçue au même poste (en l'occurrence le salarié avait été promu au poste de directeur en 2006 et l'avait conservé jusqu'à son licenciement) (arrêt du Tribunal fédéral 4A_155/2019 précité consid. 5.4).

Les revenus à prendre en considération durant la période de référence sont ceux versés en contrepartie du travail (arrêt du Tribunal fédéral 4A_155/2019 précité consid. 5.5).

3.2.1 En l'espèce, le Tribunal a retenu que les bonus versés variaient d'année en année, n'étaient pas fixés à l'avance, ni déterminés ou objectivement déterminables et étaient discrétionnaires, ce qui ressortait notamment des règlements de l'intimée, lesquels liaient l'appelant. Au demeurant, celle-ci avait subordonné leur octroi à la condition - non réalisée en l'espèce - que les rapports de travail ne soient pas résiliés au moment où leur paiement devait intervenir. Ainsi, il s'agissait de gratifications auxquelles l'appelant n'avait pas droit contractuellement.

Il ne sera pas revenu sur ces points, faute de grief développé par l'appelant.

3.2.2 Le Tribunal a ensuite examiné la question de l'exception découlant du principe de l'accessoriété.

Il a énoncé les principes applicables en la matière, notamment qu'en cas de revenus moyens et supérieurs, un bonus très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou supérieur à celui-ci perdait ce caractère et, sans citer de jurisprudence, ni de doctrine, qu'en cas de revenu supérieur (dès 100'000 fr. par année), le bonus supérieur à la moitié du salaire annuel le perdait également. Enfin, il a relevé que pour un très haut revenu, soit lorsque la rémunération totale de l'employé équivalait ou dépassait cinq fois le salaire médian suisse ("secteur privé, environ 350'000 fr. par an"), le critère de l'accessoriété était inapplicable.

Selon le premier juge, l'appelant n'avait perçu aucune gratification équivalente ou supérieure à son salaire annuel et sa rémunération était supérieure au salaire médian suisse. Ainsi, ses gratifications ne pouvaient être requalifiées en salaire. Le fait que durant quelques années, son bonus était supérieur à 50% du salaire brut annuel, ne permettait pas "d'anéantir le critère d'accessoriété du bonus".

3.2.2.1 Pour ce qui est de son niveau de salaire, l'appelant fait valoir que de 2011 à 2017, sous réserve de 2015, sa rémunération annuelle était inférieure au salaire annuel médian suisse multiplié par cinq. Il en était ainsi en prenant en considération son salaire de base (frais de représentation déduits ou non) et son bonus (à l'exclusion du prétendu versement sur un compte de prévoyance).

L'intimée soutient que tel n'était pas le cas, ceci depuis 2014. Il y avait lieu de prendre en considération le salaire de base (augmenté des frais de représentation) et le bonus (augmenté de la part versée sur un compte de prévoyance). Selon elle, les frais de représentation constituaient une contrepartie du travail, les frais effectifs ayant été remboursés en sus de l'indemnité forfaitaire.

Comme il découle du consid. 2 *supra*, il n'y a pas lieu de déduire les frais forfaitaires de représentation du salaire de base brut tel que retenu pour les années 2011 à 2017, ceux-ci n'y étant pas compris (cf. EN FAIT, let. B.n et r). Seule se pose la question de savoir s'il convient de les y ajouter pour déterminer la rémunération totale perçue par l'appelant. Cette question peut toutefois demeurer indécise. Il en est de même de celle de savoir si le versement que prétend avoir effectué l'intimée de 2012 à 2016 sur un compte de prévoyance doit être pris en compte (dans l'hypothèse où il serait établi, ce qui n'est pas le cas, à l'exception de 2015; cf. EN FAIT, let. B.n). En effet, même en prenant en considération ces deux postes, comme le sollicite l'intimée, il conviendrait de retenir, avec l'appelant, que la rémunération de celui-ci ne doit pas être qualifiée de très haut revenu, comme il sera développé ci-après.

Dans cette hypothèse (prise en considération des frais de représentation et des prétendus versements sur un compte de prévoyance), la moyenne des revenus annuels totaux perçus par l'intéressé pendant les cinq années allant de 2011 à 2015 (dernière année pour laquelle un bonus a été perçu) précédant la période litigieuse s'élève à 342'865 fr. (1'714'325 fr. [252'385 fr. + 310'738 fr. + 332'408 fr. + 396'404 fr. + 422'390 fr.] / 5 ans).

Quant à la détermination de cette période de référence (2011 à 2015) pour établir les revenus réguliers de l'appelant, peu importe de savoir quand est intervenue sa dernière augmentation de salaire (en 2014 selon l'intimée, laquelle fait valoir une période de référence débutant à cette date). Le critère décisif n'est pas la variation du salaire fixe, mais la rémunération totale perçue au même poste. Or, *in casu*, l'appelant a été nommé à son dernier poste en 2011.

Pour ce qui est de la rémunération annuelle totale effectivement perçue durant la première année litigieuse complète (2016), elle se montait à 397'390 fr. Située "dans le haut de la fourchette", elle était représentative des revenus touchés régulièrement par l'appelant tels que retenus ci-dessus (moyenne de 342'865 fr.).

S'agissant des revenus réalisés par l'appelant durant la période litigieuse totale pour laquelle le paiement de la gratification est réclamé, ils se sont élevés à 586'682 fr. (397'390 fr. pour 2016 + 189'292 fr. pour neuf mois en 2017).

Ainsi, ces revenus (586'682 fr.), représentatifs de ceux perçus régulièrement par l'appelant, tout en étant situés dans le haut de la "fourchette", restaient inférieurs au salaire annuel médian suisse multiplié par cinq pour la même période, lequel se

montait à 654'675 fr. (374'100 fr. pour 2016 + 280'575 fr. pour neuf mois en 2017).

En conclusion sur ce point, l'appelant a perçu des revenus moyens à supérieurs et non de très hauts revenus, de sorte que le principe de l'accessoriété est applicable. Reste à déterminer ce qu'il en est du respect de ce principe en l'espèce.

3.2.2.2 A cet égard, l'appelant fait valoir que de 2012 à 2016, le rapport entre la part variable de sa rémunération (non compris le prétendu versement sur un compte de prévoyance) et son salaire de base (frais forfaitaires de représentation déduits) se situait entre 68% et 98%. La rémunération variable était ainsi supérieure à la moitié de son revenu de base durant plusieurs années, de sorte qu'elle avait perdu son caractère accessoire.

L'intimée soutient que de 2010 à 2016, le rapport entre la part variable de la rémunération (y compris le prétendu versement sur un compte de prévoyance) et le salaire de base, augmenté ou non des frais de représentation, se situait entre 38% et 81%, respectivement entre 41% et 86%. La rémunération variable avait donc toujours été inférieure au salaire annuel, de sorte qu'elle n'avait pas perdu son caractère accessoire.

La question de savoir s'il convient de tenir compte, au titre de la part variable de la rémunération, du prétendu versement sur un compte de prévoyance peut à nouveau demeurer indécise. Il en est de même de celle de savoir s'il se justifie de prendre en considération les frais de représentation au titre du salaire de base pour 2011 à 2016. En effet, même s'il était tenu compte dudit versement (ce que ne sollicite au demeurant pas l'appelant) et si lesdits frais n'étaient pas ajoutés au salaire de base de 2011 à 2016 (comme le requiert l'appelant, qui soutient même à tort qu'ils devraient en être déduits ; cf. sur ce dernier point *supra* consid. 3.3.2.1, 3^{ème} par. *ab initio*), il conviendrait de retenir, avec l'intimée, que les bonus versés n'ont pas perdu leur caractère accessoire par rapport au salaire de base, comme il sera développé ci-après.

Sur l'entier de la relation contractuelle de plus de onze années (2006 à 2017), les bonus (augmentés des prétendus versements sur un compte de prévoyance) ont oscillé entre 7,47% et 96,72% des salaires annuels de base (non augmentés des frais de représentation pour ce qui est de 2011 à 2016), lesquels ont évolué de 93'600 fr. à 240'390 fr. La moyenne des bonus s'est élevée à 101'706 fr. pour des salaires annuels de base dont la moyenne s'est montée à 168'910 fr., soit un rapport de 60%. Le rapport a été à cinq reprises inférieur ou équivalent (une fois) à 50%, à cinq reprises compris entre 51% et 77% et à une reprise à 96,72% (en 2014). Il n'a pas augmenté de façon continue au fil des ans, mais a baissé de 2010 à 2011 (de 75,86% à 41%) et après le pic de 2014 (de 96,72% à 70,71%, puis à 64,12%).

Les bonus ont ainsi toujours été inférieurs aux salaires de base et même souvent sensiblement inférieurs. Le fait que pendant six ans (dont les cinq derniers), le rapport a été supérieur à 50% ne suffit pas à faire perdre aux bonus versés durant cette période leur caractère accessoire. En effet, c'est également durant ces six années que le salaire de base a été le plus élevé (178'738 fr. à 240'390 fr.). Quant à la seule année où le rapport a pratiquement atteint 100%, tel a été le cas uniquement en raison de la prime exceptionnelle de 19'000 fr. versée à l'occasion de l'anniversaire des dix ans de service de l'appelant, de sorte que rien ne saurait en être déduit s'agissant du caractère accessoire des bonus sur l'entier de la période contractuelle. En première instance, dans son examen de l'accessoriété du bonus 2014, l'appelant lui-même n'a d'ailleurs pas pris en considération cette prime exceptionnelle, ce qui a pour résultat un rapport de 81,59%. Par ailleurs, les bonus n'ont pas augmenté linéairement avec le salaire de base. Ils étaient sujets à réduction, alors même que celui-ci restait stable ou faisait l'objet d'une augmentation.

3.3 Au vu de ce qui précède, les griefs de l'appelant sont fondés quant à son niveau de salaire, mais infondés pour ce qui est du caractère accessoire des bonus qu'il a perçus, de sorte que le jugement entrepris sera confirmé.

4. 4.1 Au vu de l'issue du litige, il n'y a pas lieu de revenir sur les frais de première instance (art. 318 al. 3 CPC *a contrario*), dont le montant et la répartition ont été arrêtés par le premier juge conformément aux normes applicables et qui ne font l'objet d'aucun grief développé par les parties.

4.2 Les frais judiciaires d'appel, arrêtés à 2'500 fr., seront mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 95 et 106 al. 1 CPC; art. 71 RTFMC). Ils seront compensés par l'avance de frais de même montant effectuée par celui-ci, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

Il ne sera pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 4 :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 30 septembre 2019 par A_____ contre les chiffres 2 à 9 du dispositif du jugement JTPH/321/2019 rendu le 29 août 2019 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/6815/2018-4.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 2'500 fr., les met à la charge de A_____ et les compense avec l'avance fournie par celui-ci, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Madame Jocelyne DEVILLE CHAVANNE, présidente; Monsieur Olivier GROMETTO, juge employeur; Monsieur Thierry ZEHNDER, juge salarié; Madame Chloé RAMAT, greffière.

La présidente :

Jocelyne DEVILLE CHAVANNE

La greffière :

Chloé RAMAT

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.

