

# **GE\_GERICHTE CAPH/186/2006 vom 8. September 2006**

GE Cour de justice, 2006-09-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_186\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_186_2006)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/186/2006 du 8 septembre 2006

IT: GE\_GERICHTE CAPH/186/2006 del 8 settembre 2006

## **Regeste**

Résumé: Dans l'appréciation des preuves tendant à établir l'existence d'un harcèlement psychologique, il y a lieu de tenir compte de ce que T était, en l'espèce, parvenu au sommet de la hiérarchie mondiale du groupe qui l'employait. Le lien de subordination liant T à E était en conséquence amoindri, E pouvait se montrer d'autant plus exigeant et T devait avoir l'habitude de faire valoir son point de vue. Si l'on tient compte de cet élément, T n'a pas prouvé que E avait volontairement fixé des objectifs irréalistes, manipulé ses résultats pour diminuer ses performances, désavantagé T dans l'attribution des bureaux, affecté T à un autre poste pour une raison autre que ses mauvais résultats ou encore demandé sans raison ou à des fins chicanières une expertise médicale lors d'une incapacité de travail. Le licenciement de T n'est pas abusif, dès lors qu'il a été donné en raison de ses mauvais résultats et que ceux-ci ne sont aucunement imputables à un harcèlement psychologique. T n'a par ailleurs pas prouvé que E s'était engagée, au moment du transfert de T de Londres à Genève, à garantir le maintien du contrat de travail et le paiement des cotisations de prévoyance professionnelle jusqu'à l'âge de la retraite de T. E n'a donc pas engagé sa responsabilité précontractuelle ou sa responsabilité fondée sur la confiance en licenciant T. Le versement annuel et systématique d'un bonus en espèces, équivalant au minimum à 37,5% et au maximum à 75% du salaire, avait perdu tout caractère discrétionnaire et doit être qualifié de salaire. L'octroi d'options avait en revanche conservé son caractère aléatoire et doit ainsi être considéré comme une gratification.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté dans la forme et les délais prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la juridiction des prud'hommes, ci-après: LJP), l'appel est recevable.

### **E. 2**

Il est établi et non contesté que les parties étaient liées par un contrat de travail soumis au droit suisse et que la juridiction des prud'hommes est compétente.

#### **E. 2.1**

et les arrêt cités).

L'abus de la résiliation peut découler non seulement des motifs du congé, mais également de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit (ATF 118 II 157 consid. 4b/bb p. 166 confirmé in ATF 125 III 70 consid. 2b). Lorsqu'une partie résilie de manière légitime un contrat, elle doit exercer son droit avec des égards. Elle ne peut en particulier jouer un double jeu, contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi (ATF 125 III 70 consid. 2b; 118 II 157 consid. 4b/cc p. 167). Ainsi, un comportement

violant manifestement le contrat, par exemple une atteinte grave au droit de la personnalité dans le contexte d'une résiliation, peut faire apparaître cette dernière comme abusive. En revanche, un comportement qui ne serait simplement pas convenable ou indigne des relations commerciales établies ne suffit pas. Il n'appartient pas à l'ordre juridique de sanctionner une attitude seulement incorrecte (arrêt 4C.174/2004 précité, consid. 2.1 in fine). Par exemple, le fait pour l'employeur d'avoir affirmé à son collaborateur qu'il ne serait pas licencié et de lui notifier son congé une semaine plus tard est un comportement qui n'est certes pas correct, mais qui ne rend pas à lui seul le congé abusif (consid. 3b non publié de l'ATF 128 III

Juridiction des prud'hommes

Cause n°C/26119/2003 - 4 29

\* COUR D'APPEL \*

129, traduit in SJ 2002 I p. 389).

Il faut souligner que l'interdiction de l'abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC réprime bien davantage que de simples chicanes; elle ne suppose en revanche pas que celui qui abuse de son droit ait l'intention de nuire ni que le procédé utilisé soit lui-même immoral (MAYER-MALY, Commentaire bâlois, éd. 1996, N 8 ad art. 2 CC). Il peut ainsi y avoir abus de droit en cas de disproportion évidente des intérêts en présence, en particulier lorsque la norme applicable a justement pour but de mettre en place une certaine balance des intérêts (MERZ, Commentaire bernois, N 371 ss ad art. 2 CC). Tel est le cas de l'art. 336 CO, dès lors que la résiliation abusive du contrat de travail exprime une limitation légale à la liberté contractuelle de celui qui met fin au contrat, afin de protéger le cocontractant qui a, pour sa part, un intérêt au maintien de ce même contrat (VISCHER, Commentaire zurichois, N 2 ad art. 336 CO). L'idée sous-jacente est avant tout d'offrir une protection sociale au salarié licencié abusivement, dès lors que la protection du congé n'a pas de portée pratique pour l'employeur (VISCHER, op. cit., N 4 ad art. 336 CO; REHBINDER, Commentaire bernois, N 3 ad art. 336 CO).

Hormis les cas de disproportion des intérêts, l'abus peut aussi résulter de l'exercice d'un droit contrairement à son but (cf. BAUMANN, Commentaire zurichois, N 354 ad art. 2 CC; MERZ, op. cit., N 316 ad art. 2 CC). Pour déterminer quel est le but poursuivi par une disposition légale, il convient notamment de tenir compte des intérêts protégés. Chacun peut s'attendre à ce que les droits dont il doit supporter l'exercice n'aillent pas à l'encontre du but visé par la disposition légale qui les met en œuvre (MERZ, op. cit., N. 51 ad art. 2 CC; MEIER-HAYOZ, Commentaire bernois, N 192 ss ad art. 1 CC). Sous cet angle également, l'intérêt légitime du salarié au maintien du contrat doit donc être pris en compte lors de l'examen du caractère abusif du congé donné par l'employeur. Ainsi, un licenciement pour simple motif de convenance personnelle peut être qualifié d'abusif (cf. AUBERT, L'abus de droit en droit suisse du travail, in L'abus de droit, Saint-Etienne 2001, p. 101 ss, 109). Le fait qu'en droit suisse, l'existence d'une résiliation abusive ne conduise en principe pas à son invalidation, mais seulement à une indemnisation versée à celui qui en est victime ne change pas l'appréciation

Juridiction des prud'hommes

Cause n°C/26119/2003 - 4 30

\* COUR D'APPEL \*

du point de savoir si le licenciement s'est exercé conformément à son but.

Il convient donc d'examiner, à l'aune de ces principes, si le licenciement du demandeur peut être qualifié d'abusif compte tenu des circonstances d'espèce (cf. ATF 121 III 60 consid. 3d p. 63).

4.4.3 L'appelant invoque en vain le caractère abusif du congé au sens des art. 336 al. 1 CO et 2 CC, au motif que l'employeur aurait été responsable de ses difficultés professionnelles à l'origine du licenciement.

Selon la jurisprudence, un licenciement peut être qualifié d'abusif lorsqu'il est prononcé en raison des mauvaises prestations du travailleur, si celles-ci se révèlent être consécutives à un mobbing (ATF 125 III 70 consid. 2a p. 72 s.). En l'occurrence, on vient de voir que les éléments retenus ne permettent pas de conclure à l'existence d'actes de harcèlement ou de mobbing à l'encontre de l'appelant. Par conséquent, on ne voit pas que l'employeur puisse être tenu pour responsable de la baisse de la qualité de ses prestations. Il y a dès lieu de considérer que le congé signifié n'était pas abusif.

De fait, l'intimée a licencié l'appelant en raison de prestations insuffisantes, qui ne proviennent pas d'une violation du contrat de travail commise par elle. Il apparaît au contraire que cette dernière, qui avait déjà attiré l'attention de son employeur sur l'insuffisance de ses performances en 2001, lui a offert de relever un nouveau défi pour redresser cette situation. Les performances objectives réalisées par le nouveau service de l'appelant s'étant révélées totalement insatisfaisantes, sans même qu'il soit nécessaire de se référer aux objectifs fixés, l'intimée a exercé son droit à la résiliation du contrat, en respectant les délais légaux. La validité du licenciement en cause sera donc confirmée et les conclusions financières de l'appelant seront écartées.

### **E. 3**

L'art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve pour toutes les prétentions fondées sur le droit fédéral et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 130 III 321 consid. 3.1 p. 323; 127 III 519 consid. 2a p. 522; 126 III 189 consid. 2b, 315 consid. 4a). On déduit également de l'art. 8 CC un droit à la preuve et à la contre-preuve (ATF 129 III 18 consid. 2.6 et les arrêts cités). En particulier, le juge enfreint cette disposition s'il tient pour exactes les

Juridiction des prud'hommes

Cause n°C/26119/2003 - 4 22

\* COUR D'APPEL \*

allégations non prouvées d'une partie, nonobstant leur contestation par la partie adverse, ou s'il refuse toute administration de preuve sur des faits pertinents en droit (ATF 130 III 591 consid. 5.4 p. 601/602 et l'arrêt cité).

En revanche, l'art. 8 CC ne prescrit pas quelles sont les mesures probatoires qui doivent être ordonnées (ATF 127 III 519 consid. 2a), ni ne dicte au juge comment forger sa conviction (ATF 128 III 22 consid. 2d p. 25; 127 III 248 consid. 3a, 519 consid. 2a). Il n'exclut ni l'appréciation anticipée des preuves, ni la preuve par indices (ATF 129 III 18 consid. 2.6 p. 25; 127 III 520 consid. 2a; 126 III 315 consid. 4a).

### **E. 4**

A l'instar des premiers juges, la Cour examinera d'abord l'éventuelle existence d'actes de harcèlement, puisque l'appelant en déduit des conclusions spécifiques et les invoque à l'appui de la démonstration du caractère abusif de son licenciement.

4.1.1 Selon l'art. 328 al. 1er CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur ; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité.

Cette disposition instaure une protection plus étendue que celle qu'assurent les art. 27 et 28 CC. D'une part, elle interdit à l'employeur de porter atteinte, par ses directives (art. 321d CO), aux droits de la personnalité du travailleur. D'autre part, elle lui impose la prise de mesures concrètes en vue de garantir la protection de la personnalité du travailleur (WYLER, Droit du travail, 2002, p. 220 ; AUBERT, in Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 2 ad art. 328 CO, p. 1728), laquelle englobe notamment la vie et la santé du travailleur, son intégrité corporelle et intellectuelle, son honneur personnel et professionnel, sa position et la considération dont il jouit dans l'entreprise (ATF du 18 décembre 2001 en la cause 4C.253/2001 ; REHBINDER, Berner Kommentar, n. 4 ad art. 328 CO ; REHBINDER, Basler Kommentar, n. 3 ad art. 328 CO ; REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, p. 83 ; SAILLEN, La protection de la personnalité du travailleur, thèse Lausanne 1981, pp. 72 ss).

Juridiction des prud'hommes

Cause n°C/26119/2003 - 4 23

\* COUR D'APPEL \*

Les actes de harcèlement psychologique sont prohibés par l'art. 328 al. 1er CO. Il y a harcèlement psychologique (mobbing) lorsqu'une ou des personnes cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail, par un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue (WAEBER, Le mobbing ou harcèlement psychologique au travail, quelles solutions ?, in AJP/PJA 1998, p. 792, et les références citées ; WYLER, op. cit., p. 237 ss). L'employeur qui n'empêche pas que son employé subisse un harcèlement psychologique contrevient à la disposition précitée (ATF 125 III 70, consid. 2a, p. 73). La violation des obligations prévues à l'art. 328 CO entraîne l'obligation pour l'employeur de réparer le préjudice matériel et le tort moral causés par sa faute ou celle d'un autre employé.

4.1.2 En cas d'atteinte illicite grave à sa personnalité, le travailleur peut réclamer une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement (art. 97, 99 al. 3 et 49 al. 1er CO ; ATF 102 II 224, consid. 9 ; ATF 87 II 143 ; AUBERT, op. cit., § 7 ad art. 328 CO, p. 1729 ; SAILLEN, op. cit., p. 104).

Les conditions de la réparation du tort moral en matière de contrat de travail sont les suivantes : la violation du contrat constitutive d'une atteinte illicite à la personnalité (art. 328 CO), un tort moral, une faute et un lien de causalité naturelle et adéquate entre la violation du contrat et le tort moral, l'absence d'autres formes de réparation (GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, Partie générale du droit des obligations, n. 1565 et ss).

L'octroi d'une indemnité sur la base de l'art. 49 CO ne sera justifié que si la victime a subi un tort considérable, qui doit se caractériser par des souffrances qui dépassent par leur intensité celles qu'une personne doit être en mesure de supporter seule, sans recourir au juge, selon les conceptions actuelles en vigueur (FF 1982 II 703 ;

DESCHENAUX/STEINAUER, Personne physique et tutelle, n. 624 ; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, n. 2049).

#### **E. 4.2**

En l'espèce, l'analyse du comportement des parties doit, comme le relève à juste titre l'appelant, être effectuée au regard des compétences et de la situation hiérarchique respectives des acteurs concernés. Ainsi, se trouvent confrontés de très hauts dirigeants, habitués à négocier des contrats importants, relevant du négoce international et portant sur des sommes considérables. La technicité de ce travail est élevée et la responsabilité encourue est à la hauteur de ces exigences. Il s'ensuit que chacun, à ce

Juridiction des prud'hommes

Cause n°C/26119/2003 - 4 24

\* COUR D'APPEL \*

niveau, est à même de faire valoir son point de vue et de le défendre cas échéant. Le rapport de subordination existe néanmoins, mais il est moins important en l'occurrence que lorsque l'échelle hiérarchique entre les protagonistes est plus distendue. On gardera à l'esprit notamment que l'appelant bénéficiait depuis plusieurs années du grade le plus élevé dans la hiérarchie et l'appréciation des collaborateurs d'un groupe mondial.

C'est donc à la lumière de ces spécificités que les griefs persistant en appel ont été examinés et la Cour est parvenue à la conviction que les actes dénoncés n'étaient, dans la faible mesure de leur démonstration, pas constitutifs de mobbing.

##### **E. 4.2.1**

L'appelant inclut tout d'abord dans les actes de harcèlement des problèmes comptables liés à l'analyse de ses performances, problèmes qu'il décrit comme étant de nature à le fragiliser. La procédure ne permet pas de tirer de conséquences définitives de cette problématique. En effet, les thèses sont opposées et ni les pièces ni les témoignages ne permettent de se forger une conviction définitive. Qu'en est-il exactement ? L'intimée a inclus dans les performances de l'appelant, pour les exercices 2000 et 2001, des factures de 1998, non encore encaissées, pour réduire lesdites performances. A priori, ces factures concernent effectivement les opérations pour la Suisse et une période pendant laquelle l'appelant en était le responsable. Il n'apparaît dès lors pas inadéquat, a priori, de les lui imputer, et la Cour n'est pas en état de trancher définitivement cette question au regard des éléments divergents développés par les parties à ce sujet. L'appelant, invoquant cet élément, avait la charge de le démontrer, ce qu'il n'est pas parvenu à faire, fondant essentiellement sa démonstration sur sa conviction. Il sera en conséquence considéré qu'il n'est pas établi que les comptes de performance de l'appelant ont été manipulés en sa défaveur. Milite en ce sens également le fait que l'appelant n'a contesté ces décomptes que tardivement, soit dans le cadre de la présente procédure. Il n'apparaît pas non plus que cet élément ait gravement nui à l'établissement des bonus pour les années concernées, ceux-ci s'étant révélés alors plutôt élevés. L'appelant n'établit en tout cas pas l'incidence de la prise en compte des factures contestées sur les bonus alloués pour les exercices concernés. Aucun comportement relevant du mobbing ne peut donc être déduit de cette problématique.

##### **E. 4.2.2**

L'appelant se plaint ensuite de s'être vu imposer des objectifs irréalisables, destinés à l'exclure. Or, ces buts ont été décidés par voie de concertation et l'appelant leur a donné son accord, émettant même une

Juridiction des prud'hommes

Cause n°C/26119/2003 - 4 25

\* COUR D'APPEL \*

proposition plus élevée que celle qui était initialement évoquée à une reprise. Là encore, le statut de haut dirigeant de l'appelant devait lui permettre de négocier valablement les objectifs en question et il ne ressort pas de la procédure que ceux-ci lui auraient été imposés contre son gré, ni que des récriminations qu'il aurait soulevées à leur propos auraient été arbitrairement écartées par sa hiérarchie. Le fait que des témoins aient considéré en audience d'enquêtes que ces objectifs étaient ambitieux ou irréalisables ne contredit pas ceci pour les raisons suivantes : d'abord, les dépositions de ces témoins doivent être considérées avec circonspection, puisqu'il s'agit de personnes ayant été ou se trouvant en litige avec l'intimée; ensuite, ces témoins n'ont nullement été concernés par les négociations débouchant sur la fixation de ces objectifs et n'ont fait que des critiques spontanées, en audience et hors contexte, émettant plus un avis que fournissant un témoignage. N'étant pas experts, leurs considérations n'ont donc que peu de poids en regard du fait que l'appelant lui-même avait adhéré, en toute connaissance de cause, à ces objectifs. Enfin, le fait que les objectifs fixés pour 2002 étaient inférieurs à ceux de l'année précédente n'est pas de nature à consolider la thèse de l'appelant concernant le caractère excessif des objectifs fixés en 2000 pour 2001. En effet, il est notoire que l'exercice 2001 a été, de manière générale, catastrophique, en raison de la faiblesse de la bourse et des événements du 11 septembre. La fixation des objectifs de l'appelant ne révèle donc aucun élément propre à fonder un acte de mobbing à son encontre.

#### **E. 4.2.3**

L'appelant a également soutenu que le mobbing résultait de son isolement géographique, d'une différence de traitement entre lui-même et ses pairs, de menaces ayant conduit à sa rétrogradation et des propos ou termes employés par A\_\_\_\_\_ pour le disqualifier. Pour l'ensemble de ces allégués, la preuve de leur réalisation, qui incombait toujours à l'appelant, n'a pas été rapportée.

En effet, l'éloignement géographique du bureau de l'appelant résulte à teneur du dossier de la disponibilité des locaux à l'usage de l'intimée et il ne ressort pas de la procédure que cela aurait constitué un obstacle pour l'appelant dans les relations avec des tiers; il sied de rappeler à ce propos que l'appelant lui-même a mis l'accent sur le fait que la proximité physique n'était pas importante en l'espèce : "Quant à la position de T\_\_\_\_\_ auprès de E\_\_\_\_SA, celle-ci impliquait des relations entre cadres de haut niveau et des échanges et communications intervenant la plupart du temps non directement - par l'entremise d'une "proximité physique" - mais au travers

Juridiction des prud'hommes

Cause n°C/26119/2003 - 4 26

\* COUR D'APPEL \*

de moyens de communications modernes en raison de l'éloignement géographique des divers intervenants." (cf. acte d'appel, p. 6). A ce sujet, on rappellera également que A\_\_\_\_\_ n'était présent à Genève que deux jours par mois, ce qui relativise encore plus le peu d'importance de la situation des bureaux respectifs. L'inanité de ce grief résulte également du fait que T\_\_\_\_\_ a toujours occupé le même bureau à Genève, à teneur de la procédure, et que celui-ci lui a été attribué dès son arrivée, soit à une époque où personne ne savait que A\_\_\_\_\_ allait venir en Suisse. On ne voit dès lors pas comment ce dernier, pour ainsi dire le seul personnage visé par les actes de mobbing allégués, pourrait en être l'auteur.

La différence de traitement de T\_\_\_\_\_ par rapport à ses pairs n'a pas non plus été démontrée, l'appelant se contentant de se référer à un collaborateur ayant obtenu des prestations supérieures aux siennes, sans démontrer qu'il s'agissait ainsi d'un traitement différent pour des situations semblables. S'agissant de C\_\_\_\_\_, s'il est vrai que, dans un premier temps, il avait été question de l'élire au Conseil d'administration, force est de constater que l'intimée s'en est séparé dès qu'elle fut en possession des résultats de l'exercice 2002. L'appelant ne saurait donc en déduire un traitement favorable.

La modification des fonctions de l'appelant à compter du 1er janvier 2002 est intervenue en raison des résultats, jugés insuffisants, qu'il avait réalisés en 2001. En fonction de ceux-ci, l'intimée a fait savoir à l'appelant qu'il devait prendre en charge un autre service et que, en cas de refus, il serait licencié. Ayant fait son choix, l'appelant a conservé son statut de haut dirigeant et les avantages qui lui étaient liés, notamment son grade 9b, de sorte que son nouveau poste doit être considéré comme étant de nature équivalente au précédent. Il ne peut en tout état être considéré comme une rétrogradation.

Enfin, l'appelant n'a pu établir que A\_\_\_\_\_ l'aurait affublé d'un surnom ou qu'il aurait tenu quelques propos dévalorisant que ce soit à son égard. Au contraire, les témoignages recueillis démontrent que cette personne s'est toujours adressée correctement à l'appelant et les mails qu'il lui faisait parvenir ne comportaient aucune considération blessante ou humiliante, étant plutôt de nature gratifiante. Personne n'a constaté de volonté de mettre l'appelant à l'écart. Seul le témoin P\_\_\_\_\_ a entendu A\_\_\_\_\_ s'adresser au téléphone à T\_\_\_\_\_ sur un ton dur, autoritaire, et ce à deux reprises. Ces conversations se déroulaient toutefois à une période difficile, postérieure aux événements du 11 septembre 2001, soit à une époque où, d'une part les

Juridiction des prud'hommes

Cause n°C/26119/2003 - 4 27

\* COUR D'APPEL \*

résultats de T\_\_\_\_\_ étaient en baisse et où, d'autre part, une tension générale prévalait. Ces éléments ne sauraient donc constituer des actes de harcèlement, soit un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue.

#### **E. 4.2.4**

La Cour relèvera encore que l'appelant se plaint d'actes de mobbing depuis l'arrivée de A\_\_\_\_\_. Or, cet allégué se heurte au fait que, par l'entremise de A\_\_\_\_\_, l'intimée a remercié l'appelant pour l'activité déployée en 2000, lui a alloué un bonus substantiel et l'a augmenté tant au niveau du salaire que des frais de voiture.

L'allégué selon lequel l'appelant fut victime de mobbing durant la quasi- totalité du temps passé à Genève est donc dépourvu de pertinence au regard de l'administration des preuves. Ce constat se nourrit également du fait que l'appelant ne s'est jamais plaint de tels actes durant son emploi, et ne les a évoqués pour la première fois que dans une correspondance de janvier 2003.

Il n'a fourni ni preuves, ni même allégué avoir mis au courant son employeur de l'hostilité qu'il ressentait de la part de A\_\_\_\_\_ auparavant. Il est vrai que l'appelant se plaint d'actes de harcèlement provenant de son supérieur direct ; il a cependant adressé des courriers, une fois licencié, à la direction américaine de l'intimée dans le but de la mettre au courant de la situation. Il savait par conséquent à quelle autorité supérieure s'adresser pour ce qui est des griefs envers ses supérieurs directs. N'alléguant pas l'avoir fait par le passé, dans le but que soit rétablie la situation, il ne peut aujourd'hui reprocher à l'intimée de ne pas avoir pris les mesures adéquates.

### **E. 4.3**

L'appelant se plaint aussi de harcèlements postérieurs à l'annonce de son licenciement. A ce sujet, le dossier met en évidence le caractère laconique du certificat médical initial de l'appelant et les difficultés rencontrées par l'intimée pour obtenir des renseignements complémentaires. Or, en présence d'un avis médical indiquant une absence indéterminée d'un employé peu après son licenciement, il est normal qu'un employeur s'enquière de la nature réelle des troubles dont il souffre. Certes, l'intimée s'est montrée insistante au regard du choix du médecin devant délivrer son attestation. Elle défendait ainsi ses intérêts et on ne saurait voir dans cette attitude un harcèlement, quand bien même l'appelant pouvait la trouver désagréable.

4.4.1 Selon le principe posé à l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En

Juridiction des prud'hommes

Cause n°C/26119/2003 - 4 28

\* COUR D'APPEL \*

droit suisse du travail prévaut la liberté de la résiliation, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier (arrêt du Tribunal fédéral 4C.174/2004 du 5 août 2004, consid. 2.1; cf. ATF 127 III 86 consid. 2a). Le droit fondamental de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO; ATF 130 III 699 consid. 4.1).

4.4.2 L'énumération prévue dans la loi n'est pas exhaustive (cf. ATF 125 III 70 consid. 2a; 123 III 246 consid. 3b). Elle concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit et en aménage les conséquences juridiques pour le contrat de travail. D'autres situations constitutives de congé abusif sont donc également admises par la pratique (cf. REHBINDER/PORTMANN, Commentaire bâlois, N 22 ss ad art. 336 CO). Elles doivent toutefois comporter une gravité comparable aux cas expressément mentionnés à l'art. 336 CO (arrêt 4C.174/2004 précité, consid.

### **E. 5**

L'appelant réclame également 11'373'770 fr. à titre de dommage du fait de la confiance déçue et en réparation du tort moral ou, subsidiairement, 856'698 fr. par année jusqu'à l'âge

de la retraite, avec adaptation du montant

Juridiction des prud'hommes

Cause n°C/26119/2003 - 4 31

\* COUR D'APPEL \*

au coût de la vie et aux mouvements des marchés, et 1'321'000 fr., pour les pertes relatives à ses cotisations retraite. Il invoque à cette fin une "culpa in contrahendo" et la responsabilité pour la confiance déçue.

### **E. 5.1**

La responsabilité découlant d'une "culpa in contrahendo", que l'on considère parfois comme un cas particulier de la responsabilité fondée sur la confiance (ATF 121 III 350 consid. 6c et les références; cf. aussi 124 III 363 consid. II/5b in fine p. 369), repose sur l'idée que, pendant les pourparlers contractuels, les parties doivent agir selon les règles de la bonne foi. En effet, l'ouverture de pourparlers crée déjà une relation juridique entre elles et leur impose des devoirs réciproques comme, par exemple, de négocier sérieusement conformément à leurs véritables intentions. En particulier, chaque partie doit renseigner l'autre dans une certaine mesure sur les circonstances propres à influencer sa décision de conclure le contrat ou de le conclure à certaines conditions (ATF 105 II 75 consid. 2a p. 79 et 80; 101 Ib 422 consid. 4b p. 432). Une partie qui ne respecte pas cette obligation répond de ce chef non seulement lorsqu'au cours des pourparlers elle a agi astucieusement, mais déjà lorsque son attitude a été de quelque manière fautive, qu'il s'agisse de dol ou de négligence, dans les limites tout au moins de la responsabilité qu'elle encourt sous l'empire du contrat envisagé par les parties (ATF 101 Ib 422 consid. 4b p. 432 et les réf.), par exemple en passant sous silence des faits dont elle devait connaître l'importance pour l'autre partie (ATF 102 II 81 consid. 2 p. 84). L'admission d'une culpa in contrahendo est indépendante du sort du contrat projeté, et elle n'est pas exclue si celui-ci vient à être conclu (ATF 77 II 135 consid. 2a p. 137; ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2e éd., p. 751 in fine).

La responsabilité fondée sur la confiance pose comme conditions spécifiques un comportement du responsable qui suscite des attentes de la part du lésé, un rapport particulier de confiance et de fidélité entre le lésé et l'auteur de ce comportement, et que les attentes créées aient été déçues contrairement au rapport de confiance créé. Il faut également un dommage, un lien de causalité entre celui-ci et la déception des attentes suscitées, ainsi qu'une faute du responsable (cf. en ce sens ATF 121 III 350 consid. 6d p. 356 et 7a; GONZENBACH, *Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht*, thèse Berne 1987, p. 83, 92 et 138; CHAPPUIS, *Responsabilité fondée sur la confiance : un tour d'horizon*, in *la responsabilité fondée sur la confiance*, 2001, p. 22-25 et 27).

Juridiction des prud'hommes

Cause n°C/26119/2003 - 4 32

\* COUR D'APPEL \*

### **E. 5.2**

En l'espèce, les preuves rapportées permettent de considérer que l'idée du transfert de l'appelant à Genève vient de lui (cf. ad c. supra), même s'il s'agit en définitive d'une décision commune. Les négociations entreprises à ce titre n'ont fait l'objet que de correspondances informatiques sommaires; elles consistent d'ailleurs plutôt en échanges de renseignements

qu'en réelles négociations. Les correspondances échangées portaient principalement sur la durée du délai de résiliation des relations de travail et sur les prestations sociales de l'appelant, celui-ci souhaitant conserver les acquis britanniques. Aucune d'entre elles ne fait la moindre allusion à une quelconque garantie au sens où l'entend l'appelant. Ce dernier n'a fourni aucun élément de preuve susceptible d'accréditer la thèse principale qu'il soutient, à savoir qu'il aurait reçu des garanties relatives à la durée de sa relation de travail et au maintien de son assujettissement au système de prévoyance professionnelle auquel il était soumis en Angleterre, ceux-ci étant, en quelque sorte, assurés jusqu'à l'âge de la retraite. Notamment, l'appelant s'est prévalu d'un gentleman agreement dont personne n'a été le témoin direct. Aucune pièce ne s'y réfère. Pourtant, l'appelant a affirmé que cet accord oral avait été passé avec le service des ressources humaines de Paris. Or, aucun témoin appartenant à ce service n'a été cité à comparaître. De plus, l'appelant a allégué que d'autres employés de l'intimée étaient au bénéfice d'un tel accord, ce qu'ils n'ont pas confirmé (cf. déclarations N\_\_\_\_, O\_\_\_\_). Certes, le témoin M\_\_\_\_ a indiqué avoir entendu de la bouche de l'appelant que celui-ci avait bénéficié de garanties, mais sans en connaître toutefois la teneur. Le témoin P\_\_\_\_ a lui aussi indiqué avoir appris de l'appelant qu'un accord amiable avait eu lieu en fin 2001, et a pensé qu'il devait porter sur la durée de son emploi et sa retraite. Il ne s'agit cependant là que de l'avis du témoin P\_\_\_\_, qui ne saurait d'autant moins être retenu qu'il situe les faits (fin 2001) à une période où les négociations précontractuelles étaient nécessairement terminées depuis plus d'un an et demi. En conséquence, le seul soutien des témoins M\_\_\_\_ et P\_\_\_\_ à la thèse de l'appelant ne suffit pas à l'établir. En effet, il s'agit de témoignages indirects, qui s'alimentent exclusivement de la conviction de celui à qui ils doivent profiter. Leur valeur probante n'est donc pas admissible. Qui plus est, ces témoins n'ont rien dit au sujet de la teneur des accords dont l'appelant leur avait parlé. L'existence de garanties données à l'appelant n'est donc pas établie.

En conséquence, la violation des accords précontractuels ne peut être retenue, en l'absence de la démonstration même de l'existence desdits accords. La confiance déçue ne peut pas non plus être invoquée, l'appelant étant dans l'incapacité d'établir un comportement de l'intimée qui aurait

Juridiction des prud'hommes

Cause n°C/26119/2003 - 4 33

\* COUR D'APPEL \*

suscité de légitimes attentes de sa part. Il s'ensuit que l'appelant doit être débouté de toutes les conclusions financières liées à une responsabilité de l'intimée pour une "culpa in contrahendo" ou basée sur la responsabilité pour la confiance déçue, quelle que soit la formulation proposée pour ces conclusions, l'intimée n'encourant aucune responsabilité.

## **E. 6**

L'appelant réclame le paiement de 15'625 fr. à titre de vacances non prises en nature.

### **E. 6.1**

L'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, au moins quatre semaines de vacances (art. 329a al. 1er CO), pendant lesquelles il doit lui verser le salaire total y afférent (art. 329d al. 1er CO).

La loi réglemente les vacances comme un droit contractuel du travailleur à une prestation de la part de l'employeur, et non comme une simple restriction des prestations dues par le travailleur. Il appartient dès lors au travailleur de prouver l'existence d'une obligation contractuelle de l'employeur de lui accorder des vacances, et la naissance de cette obligation du fait de la durée des rapports de travail. Il incombe en revanche à l'employeur, débiteur des vacances, de prouver que le travailleur a bénéficié des vacances auxquelles il avait droit (ATF 128 III 271, consid. 2a = JdT 2003 I, p. 606 ; ATF du 15 septembre 1999 en la cause 4C.230/1999, consid. 4 ; AUBERT, in Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 7 ad art. 329a CO, p. 1736).

L'art. 329b CO prévoit qu'en cas d'empêchement fautif de travailler, l'employeur peut, dans le cadre de chaque année de service, réduire le droit aux vacances d'un douzième correspondant à chaque mois entier d'absence (al. 1er). Si l'empêchement de travailler n'est pas fautif, l'employeur pourra opérer la même réduction, mais comptera un mois d'absence comme mois de travail (délai de grâce d'un mois ; al. 2). Lorsque l'année de service est incomplète, il n'y a pas lieu de réduire, en proportion, les délais de grâce précités (CAPH du 10 septembre 1998, publié in JAR 1999, p. 167 ; WYLER, op. cit., p. 258 s.).

## **E. 6.2**

Ainsi que l'a relevé le Tribunal, il est établi que l'appelant avait droit à vingt-cinq jours de vacances par année et qu'il bénéficiait d'un solde de vingt jours de vacances pour l'année 2002. Le solde dû à l'échéance du contrat, soit le 31 mai 2003, s'élevait à 30.4 jours de vacances. De ce chiffre peuvent être retranchés sept douzièmes de son droit aux vacances au titre d'empêchement non fautif de travailler, de sorte que son droit aux vacances

Juridiction des prud'hommes

Cause n°C/26119/2003 - 4 34

\* COUR D'APPEL \*

s'établit à 15.8 jours de vacances (30.4 – 7/12\*25). Le salaire journalier de l'appelant s'élevait à 1'195 fr. 40 (312'000/ 12/ 21.75), son droit aux vacances ascendait à 18'887 fr. 35. Ayant reçu à ce titre 27'600 fr., les vacances non prises en nature ont déjà été payées, de telle sorte que la prétention formulée doit être écartée.

## **E. 7**

A défaut d'appel concernant la délivrance d'un certificat de travail exhaustif, ce point est acquis aux débats et ne saurait être remis en cause. Il n'en sera donc pas fait état.

## **E. 8**

Dans ses conclusions chiffrées, l'appelant inclut le paiement de son bonus pour les années passées, au motif qu'il aurait été arbitrairement réduit en raison de manipulations comptables. On a vu supra qu'il n'en était rien. Ceci n'épuise toutefois pas la discussion relative au paiement du bonus, dont la nature n'a pas été examinée. Or, pour statuer sur les prétentions de l'appelant relatives à l'exercice 2002, cette question doit être résolue.

### **E. 8.1**

La gratification, au sens de l'art. 322d CO, est une rétribution spéciale accordée à des occasions particulières et dépendant, dans une certaine mesure en tout cas, de l'employeur, si ce n'est dans son principe, à tout le moins dans son montant. N'est dès lors pas une

gratification la rétribution dont le montant et l'échéance inconditionnelle sont fixés d'avance par le contrat de travail, tel le treizième mois de salaire ou une autre rétribution semblable entièrement déterminée par le contrat (ATF 109 II 447 consid. 5c).

L'engagement de l'employeur de verser une gratification peut être prévu dans le contrat de travail ou résulter, pendant les rapports de travail, d'actes concluants, comme le versement régulier et sans réserve d'une gratification (BRUNNER/BUHLER/WAEBER, Commentaire du contrat de travail, 2e éd., n. 5 ad art. 322d CO, p. 55); il est ainsi admis qu'une gratification est due lorsque l'employeur l'a versée au moins trois fois sans interruption, c'est-à-dire trois années consécutives, et sans réserve (arrêt 4P. 284/1996 du 7 octobre 1997, consid. 2a in fine; STAEHLIN, Commentaire zurichois, n. 9 ad art. 322d CO, REHBINDER, Commentaire bernois, n. 6 ad art. 322d CO; WYLER, op. cit., p. 120). Si les parties se sont entendues uniquement sur le principe, le montant de la gratification pourra dépendre de la qualité des prestations du travailleur (STAEHLIN, op. cit., n. 24 ad art. 322d CO; REHBINDER, op. cit., n. 16 ad art. 322d CO). Les parties peuvent également soumettre, expressément ou tacitement, le versement de la gratification à des conditions (STAEHLIN, op. cit., n. 25 ad art. 322d CO).

Juridiction des prud'hommes

Cause n°C/26119/2003 - 4 35

\* COUR D'APPEL \*

### **E. 8.2**

Certains auteurs estiment même qu'une réserve formulée de manière répétée est inopérante lorsque le bonus est payé régulièrement pendant de nombreuses années (BRUNNER/BUHLER/WAEBER, 1996, p. 55 n. 5 ad art. 322d CO ; STAEHLIN, op. cit., p. 171 n. 10 ad art. 322d CO ; STREIFF/VON KAENNEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 1993, p. 120 n. 5 ad art. 322d CO ; DUC/SUBILIA, Commentaire du contrat individuel de travail, 1998, p. 171 n. 14 ad art. 322d CO ; REHBINDER, op. cit., p. 263 n. 8 ad art. 322d CO).

### **E. 8.3**

Dans un arrêt récent (ATF 129 III 276 = JT 2003 I p. 346, consid. 2.1), le Tribunal fédéral a notamment exposé qu'une gratification, qui représente normalement une rétribution supplémentaire ou une partie accessoire du salaire, peut être considérée, lorsque son montant dépasse une certaine mesure, comme un élément du salaire. La signification proportionnelle du montant versé à titre de gratification est importante ; en cas de bas salaire et d'une gratification élevée, la gratification s'avère être un véritable dédommagement pour le travail effectué et doit être considérée, au moins partiellement, comme un salaire au sens juridique de ce terme. La frontière est toutefois difficile à tracer et il n'est pas possible de fixer une limite supérieure pour le montant de la gratification. Mais, dans tous les cas, le caractère accessoire de la prestation ne semble plus garanti si le montant de la gratification est régulièrement plus élevé que celui du salaire.

### **E. 8.4**

En cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à la rétribution spéciale, le travailleur n'a droit à une part proportionnelle de cette rétribution que s'il en a été convenu ainsi (art. 322d al. 2 CO).

### **E. 8.5**

En l'espèce, étant considéré, ce que personne ne conteste, que le contrat signé pour l'activité à Genève s'inscrivait dans la continuité des droits acquis depuis l'engagement de l'appelant par le groupe de l'intimée en 1990, le système de la rémunération variable dépendant du bonus a été appliqué de façon continue à l'appelant pendant plus de dix ans. Le système en place met l'accent sur l'importance de la performance, au travers de la réalisation d'objectifs prédéfinis, mais il fixe aussi des fourchettes dans lesquelles le bonus doit être compris, au regard du grade occupé par le bénéficiaire dans l'entreprise. La rémunération des hauts dirigeants de l'intimée, par le biais du bonus, précisait en outre, de manière constante et non contestée, que le versement du bonus interviendrait pour partie en espèces, le pourcentage du salaire annuel étant prédéterminé en fonction du grade du bénéficiaire, et

Juridiction des prud'hommes

Cause n°C/26119/2003 - 4 36

\* COUR D'APPEL \*

pour partie en options de E\_\_\_Inc., ces dernières étant allouées de façon discrétionnaire. Ce bonus comportait donc deux parties, l'une versée en cash et l'autre en options.

### **E. 8.6**

Pendant toute la durée de son engagement, l'appelant a donc reçu, chaque année, un bonus. Celui-ci était déjà spécifié dans sa lettre d'engagement en date du 8 décembre 1989. Il est par ailleurs établi qu'il a reçu 50'000 £ pour l'exercice 1997 et 54'000 £ pour le suivant. Les prestations de son employeur se sont ensuite élevées à ce titre à 142'000 fr., 134'000 fr. et 93'150 fr. pour les exercices suivants, étant observé que l'appelant n'a rien perçu pour 2002. Dès qu'il a atteint le grade 9b, l'appelant était assuré de bénéficier d'un bonus calculé entre le 37,5 et le 75 % de son salaire. Les conditions liées à la perception du minimum ne faisaient pas allusion à l'accomplissement d'une performance déterminée ni à une durée d'engagement spécifique.

### **E. 8.7**

Il découle des considérations qui précèdent que le bonus que l'appelant a touché chaque année constitue une gratification - à laquelle, au demeurant, à teneur des pièces produites, tous les cadres de l'intimée avaient droit - qui, du fait de l'écoulement du temps, a perdu son caractère facultatif pour se transformer, dans son principe tout au moins, en une obligation de l'intimée. Le versement du bonus, qui représentait systématiquement des montants considérables, est donc devenu un élément du salaire de l'appelant. Ainsi, théoriquement, l'appelant, dont la résiliation du contrat a été reportée au 31 mai 2003, a donc droit à un bonus pour l'exercice 2002, qu'il a accompli intégralement au service de l'intimée et dans le respect des conditions posées par l'intimée à sa perception, sous réserve de l'incidence des performances qui sera analysée ci-dessous.

L'intimée pourrait objecter qu'elle peut se soustraire à cette obligation en raison de la date de résiliation des rapports de travail. Il y a toutefois lieu de considérer que l'al. 2 de l'art. 322d CO n'est pas applicable dans le cas d'espèce, puisque « l'extinction des rapports de travail » dont fait état cette disposition n'a pas eu lieu « avant l'occasion » susceptible de donner lieu à la gratification de l'appelant, soit, en l'occurrence, ses performances jusqu'à la fin de l'année 2002, si tant est que cette condition serait valablement applicable au cas d'espèce, mais après, puisque l'appelant a été libéré par son employeur avec effet au 31 mai

2003.

### **E. 8.8**

Le droit au principe du bonus et à sa perception par l'appelant étant établi, reste, en raison de la structure du bonus voulu par l'intimée, à se

Juridiction des prud'hommes

Cause n°C/26119/2003 - 4 37

\* COUR D'APPEL \*

pencher sur les raisons de sa double nature, en espèces et en options, et à en déterminer les conséquences pour le cas présent.

La Cour considère que la partie en options du bonus comporte un caractère par trop aléatoire pour ne pas être directement liée aux performances accomplies. Or, celles de l'appelant se sont montrées si pauvres en 2002 qu'elles induisent le rejet de cet aspect du bonus et aucune option ne lui sera donc allouée. En revanche, le grade 9b de l'appelant lui assurait un bonus minimum de 37,5% de son salaire annuel, par quoi il faut comprendre que cet élément du salaire était assuré au moins dans cette proportion, son augmentation dépendant ensuite de la réalisation des objectifs fixés. Ceux-ci n'ayant pas été atteints, il est normal que le bonus de l'appelant soit réduit à son minimum. Il lui sera donc alloué 37,5 % de son dernier salaire, soit 117'000 fr., plus intérêts à compter de la fin du premier trimestre suivant l'année pour laquelle ce bonus était dû, conformément à la période à laquelle les employés de l'intimée percevaient leur bonus au vu des pièces produites, soit dès le 1er avril 2003.

### **E. 9**

Compte tenu du résultat de l'appel, à savoir que l'appelant succombe pour l'essentiel de ses conclusions, l'émolument perçu reste acquis à l'Etat. Par ailleurs, les intérêts en présence - notamment au regard de la valeur litigieuse -, la complexité de la cause et l'importance de l'activité déployée à la solution du litige justifient la mise à la charge de l'appelant d'un émolument complémentaire à celui de mise au rôle déjà perçu en vertu de l'art. 42 du Règlement fixant le tarif des greffes en matière civile (art. 24, 25 al. 1, 42A dudit Règlement). Comptent notamment pour la fixation de cet émolument les écritures prolixes des parties (cf. par exemple, acte d'appel de plus de 100 pages) et les nombreuses pièces produites, pas nécessairement traduites d'ailleurs, éléments qui accroissent notablement le travail devant être effectué. L'intimée succombant pour partie, elle sera condamnée à rembourser un cinquième de l'émolument complémentaire, soit 3'000 fr., à l'appelant.

Juridiction des prud'hommes

Cause n°C/26119/2003 - 4 38

\* COUR D'APPEL \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.