

GE_GERICHTE C/15988/2006 vom 2. Oktober 2008

GE Cour de justice, 2008-10-02, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_15988_2006

FR: GE_GERICHTE C/15988/2006 du 2 octobre 2008

IT: GE_GERICHTE C/15988/2006 del 2 ottobre 2008

Regeste

CONTRAT INDIVIDUEL DE TRAVAIL; BANQUIER; GRATIFICATION; OPTION DE COLLABORATEUR; SALAIRE | T réclame, notamment, fr. 875'000.- à titre de bonus pour 2004 et 2005. Il soutient, en effet, que l'amendement qui prévoit qu'un bonus maximal de fr. 500'000.- sera payé "en tout ou partie d'année, en fonction du niveau d'atteinte des objectifs fixés pour son secteur de responsabilité dans le budget annuel de la banque pour la période considérée" signifie que le bonus est "lié au budget de la Banque, donc réduit si le budget n'est pas atteint". Selon lui, le bonus prévu dans l'amendement a dès lors un caractère obligatoire. E invoque pour sa part le caractère facultatif et à bien plaisir du bonus au motif que son paiement est assorti de réserves précisant son caractère "individuel et discrétionnaire". Selon elle, le paiement du bonus n'est pas directement lié au budget mais au niveau d'atteintes des objectifs fixés. Compte tenu de la divergence exprimée par les parties, la Cour interprète les clauses litigieuses selon le principe de la confiance. La Cour relève ainsi que T a signé sans aucune réserve ou demande d'explication l'amendement au contrat de travail. Or, le nouveau système de rémunération remplaçait le système mis en place par l'avenant au contrat de travail. T n'a pas davantage réagi lorsque E lui a indiqué que son bonus 2003 avait été calculé selon le modèle de fixation des bonus découlant de l'avenant et lui rappelait que ce bonus 2003 lui était octroyé à bien plaisir pour lui témoigner leur reconnaissance et encouragement pour la suite. Elle lui rappelait aussi que ce bonus ne faisait en aucun cas partie de sa rémunération annuelle et qu'il n'avait ainsi aucun caractère obligatoire et répétitif. Dans ce contexte, la Cour confirme la décision entreprise, en ce sens que le bonus n'avait, ici, pas de caractère obligatoire. Partant, aucun bonus n'était dû à T en raison du fait que, pour 2004, les objectifs fixés n'avaient pas été atteints et du fait que, pour 2005, T avait été libéré de son obligation de travailler et ne contribuait ainsi plus au niveau d'atteinte des objectifs fixés. | CO.319; CO.322d; CO.323b.a11

Erwägungen

E. 1

Mon salaire de CHF 1'000'000 par an et mon bonus de CHF 500'000 par an, le bonus étant lié au budget de la Banque donc réduit si le budget n'est pas atteint (plus ou moins 10%). Le bonus ne peut dépasser CHF 500'000.

E. 2

Le financement se fera avec une marge de 0.75%.

E. 3

Le plan d'action est prolongé d'une année, à savoir au 31.05.2007. Les clauses de sortie sont donc prolongées d'autant. Néanmoins, les dividendes depuis le 01.05.2001 sont acquis dans tous les cas et courent jusqu'à la date du transfert des actions.

E. 3.1

Les premiers juges ont considéré que le bonus avait un caractère facultatif. Selon eux, même si dans son principe une gratification avait été convenue, son montant était fixé selon un critère largement dépendant de la volonté de l'intimée. Pour la période du 1^{er} janvier au 30 septembre 2004, les premiers juges ont également retenu que sur les objectifs fixés pour le secteur d'activité de l'appelant ce dernier n'avait pas rempli les objectifs qui lui étaient fixés en ce qui concerne notamment l'élimination des erreurs de fonctionnement du Back office et du Fund Desk . Pour la période du 1^{er} octobre 2004 au 30 septembre 2005, les premiers juges ont considéré d'une part que l'appelant avait été libéré de son obligation de travailler et d'autre part que c'était son propre comportement qui avait conduit à son licenciement.

E. 3.2

Compte tenu de la divergence exprimée par les parties, la Cour doit interpréter les clauses litigieuses selon l'interprétation dite objective. Interprété selon le principe de la confiance, soit selon le sens que l'appelant devait raisonnablement et de bonne foi lui attribuer, l'amendement du 30 juin 2003 prévoit de façon non équivoque le versement d'un bonus dont le montant sera fixé par l'intimée en fonction du niveau d'atteinte des objectifs fixés pour son secteur de responsabilité dans le budget annuel de la banque. Le versement de ce bonus était ainsi lié aux résultats obtenus par l'appelant dans la gestion de son secteur d'activité. La Cour relèvera d'abord que l'appelant a signé sans aucune réserve ou demande d'explication l'amendement au contrat de travail du 30 juin 2003 alors même que la formulation de celui-ci différait de celle contenue dans son courrier du 19 mai 2003. Le nouveau système de rémunération remplaçait à partir du 1^{er} juillet 2003 le système mis en place par l'avenant au contrat de travail le 18 décembre 2001 qui avait supprimé tous bonus. L'appelant n'a pas davantage réagi lorsque par courrier du 25 mars 2004 l'intimé lui a indiqué que son bonus 2003 avait été calculé selon le modèle de fixation des bonus découlant de l'avenant du 30 juin 2003 et lui rappelait que ce bonus 2003 lui était octroyé à bien plaisir pour lui témoigner leur reconnaissance et encouragement pour la suite. Elle lui rappelait aussi que ce bonus ne faisait en aucun cas partie de sa rémunération annuelle et qu'il n'avait ainsi aucun caractère obligatoire et répétitif S'agissant d'un secteur d'activité qui n'occasionne que des dépenses dans les comptes de l'entreprise concernée dont l'étendue est en partie liée à la qualité des prestations fournies par le secteur en question, les objectifs à atteindre ne pouvaient objectivement être compris comme exclusivement quantitatifs - ne pas dépasser le budget alloué - mais comprenaient également une dimension qualitative, notamment en ce qui concerne les mesures d'organisation relative à la mise en place de structures appropriées pour limiter, voire éviter, la mauvaise exécution des prestations fournies aux clients de la banque

E. 3.3

Les enquêtes devant la Cour ont permis d'établir que les objectifs chiffrés dans les budgets concernant les frais généraux et les investissements du secteur dont l'appelant avait la responsabilité n'avaient pas été dépassés. Elles ont par ailleurs corroboré les témoignages retenus par les premiers juges pour établir que l'appelant n'avait pas atteint les objectifs qualitatifs fixés par l'intimée dans la mise en place et la surveillance de structures adéquates pour limiter les mauvaises exécution des prestations fournies aux clients et qu'il en était résulté des pertes pour l'intimée de fr. 558'000.- en 2003 et fr. 1'760'000.- en 2004, soit un triplement, et ce alors même que des objectifs fixés à l'appelant pour 2004 était l'élimination

des erreurs des services dont il avait la charge. Il en découle que c'est à juste titre que le Tribunal des prud'hommes a conclu que les objectifs fixés à l'appelant pour son secteur d'activité n'étaient pas atteints pour la période du 1^{er} janvier au 30 septembre 2004. S'agissant de la période du 1^{er} octobre 2004 au 30 septembre 2005, c'est aussi à bon droit que les premiers juges ont considéré que l'appelant n'avait pas droit à un bonus en raison du fait qu'il avait été libéré de son obligation de travailler et qu'il ne contribuait ainsi plus au niveau d'atteinte des objectifs fixés pour son secteur de responsabilité. D'autre part, et comme l'ont également relevé les premiers juges, l'avenant au contrat de travail du 30 juin 2003 ne prévoyait pas le paiement du bonus pro rata temporis. Au vu de ce qui précède, le jugement sera intégralement confirmé sur ce premier point. 4. L'appelant réclame fr. 2'232'048.50 à titre de participation au plan d'intéressement (SOP). Selon l'appelant l'art. 8 de ce plan contrevient à l'art. 323b al. 3 CO.

E. 4

Au terme du plan, le 31.05.2007, le financement doit être remboursé intégralement.

E. 4.1

Les prestations variables fournies par l'employeur dans le cadre d'un plan d'intéressement, il y a lieu de rechercher s'il s'agit d'un salaire variable ou d'une gratification. Les critères à appliquer en cas de bonus en argent sont également pertinents à l'égard de prestations de ce genre (Dominique Portmann, *Mitarbeiterbeteiligung : Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht*, ch. 122 et ss p. 93). Il faut donc aussi prendre en considération l'importance de cette rémunération spéciale dans l'ensemble des prestations pécuniaires de l'employeur.

E. 4.2

On entend par plan d'intéressement les mesures qu'une entreprise prend afin que ses cadres ou collaborateurs puissent se procurer, à intervalles réguliers et sous des modalités spécifiques, des actions de cette entreprise ou des options sur ses actions. Les modalités comportent généralement un délai pendant lequel le pouvoir de disposition sur les titres acquis est restreint, voire supprimé. Le bénéficiaire du plan a donc intérêt à poursuivre les rapports de travail et à accomplir ses tâches de façon à accroître la valeur de l'entreprise et de ses actions; il est ainsi attaché à l'entreprise et associé aux objectifs de la direction et des actionnaires (ATF 130 III 495 consid. 4.1 p. 499, avec références à divers auteurs; Wolfgang Portmann, *Die Arbeitsbedingungen der Bankangestellten: eine Darstellung und Würdigung ausgewählter Aspekte*, DTA 2005 p. 78; Dominique Portmann, op. cit., ch. 63 et 64 p. 42, 103 p. 76 et 105 p. 78). Lors de la résiliation des rapports de travail, les clauses du plan d'intéressement prévoyant la perte partielle ou complète des positions en cours peuvent se révéler contraires à des règles impératives destinées à la protection des travailleurs. En particulier, l'art. 323b al. 3 CO est violé lorsque les positions à abandonner ont été financées par une retenue de salaire (arrêts 4C.237/2004 et 4C.239/2004 du 1^{er} octobre 2004; cf. Thomas Koller, *Die Miet- und arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2004*, RJB 2005 p. 335; Matthias Staehelin, *Gesperrte Optionen - als Lohn unzulässig?* in RSJ 2005 p. 181). Toutefois, le Tribunal fédéral a jugé que ces dispositions impératives ne trouvent pas application dans l'hypothèse où le bénéficiaire s'est engagé dans le plan d'intéressement à la manière d'un investisseur, c'est-à-dire d'une personne qui choisit librement de placer une partie de ses avoirs dans l'attente d'un gain en capital. Le Tribunal a tenu cette situation pour réalisée dans la cause d'un spécialiste des

placements qui avait assumé une fonction de cadre supérieur dans une banque et perçu un salaire élevé. Par des versements en capital et à un prix qui n'était pas spécialement avantageux, il avait financé lui-même ses positions dans le plan d'intéressement, de sorte que les titres concernés ne correspondaient pas à un élément de son salaire. Lorsque les parties avaient convenu de mettre fin aux rapports de travail, il avait réalisé un gain considérable en liquidant les positions qui lui étaient alors acquises (ATF 130 III 495 consid. 4.2.2 et 4.2.3 p. 501). Selon le Tribunal fédéral, les dispositions impératives précitées ne sont pas non plus applicables, alors même que les circonstances n'autorisent pas à considérer le bénéficiaire comme un investisseur, quand celui-ci est un cadre ou un collaborateur jouissant d'un revenu élevé et que le financement de ses positions dans le plan d'intéressement, assuré par l'employeur, constitue un "bonus" dans la rétribution de son activité. Le fait que le plan d'intéressement porte sur les actions de la société holding qui détient la société qui emploie le collaborateur bénéficiaire du plan d'investissement n'exclut pas que les conditions du plan puissent porter atteinte à des règles impératives du droit du travail (ATF 130 III 495 consid. 4.2.1 p. 501).

5. 5.1 Les premiers juges ont considéré que le SOP était un instrument d'intéressement et de fidélisation distinct du contrat de travail et qu'il n'était pas destiné à compenser sa prestation de travail. Ils ont en particulier relevé que

- dans la proposition du 30 juin 2003 l'intimée recommandait à l'appelant de s'entourer de tout conseil nécessaire avant de s'engager ;
- l'appelant avait acheté lui-même ses actions, même si cet achat s'était effectué par l'intermédiaire d'un prêt de l'intimée octroyé aux conditions du marché ;
- le prix d'acquisition des actions n'était pas avantageux dès lors qu'il se fondait sur la valeur comptable, à l'instar du prix d'exercice;
- l'appelant avait créé une société holding pour détenir les participations découlant du plan.

Pour les premiers juges le SOP ne saurait être considéré comme une prestation salariale. Ils ont retenu que cette constatation demeurait quand bien même l'avenant au contrat de travail du 18 décembre 2001 indiquait que le contrat de partenariat serait signé avec effet rétroactif au 1^{er} mai 2001. Selon eux, ce plan ne saurait bénéficier des normes de protection du droit du travail, notamment celle de l'article 323b al. 3 CO relative à la garantie du salaire.

5.2 En l'occurrence, le plan proposé par l'intimée, et accepté par l'appelant, représente les caractéristiques d'un investissement de l'appelant en ce que ce dernier a choisi librement d'acquérir 110'000 actions de la société holding qui était propriétaire de l'intimée au moyen d'un prêt octroyé par celle-ci à des conditions standards dans l'attente d'une rémunération sous forme de dividende et d'un gain en capital. En outre, selon l'art. 7 dudit plan, l'appelant bénéficiait non seulement de l'éventuelle plus-value sur les titres acquis mais supportait également l'éventuelle moins value, ce qui en faisait un véritable investisseur dans le capital de la société holding propriétaire de l'intimée. Le prix d'acquisition des titres fixés par le plan (prix d'émission) se voulait une valeur plus stable que la valeur du marché sans pour autant constituer un prix de faveur. C'est cette même valeur comptable, fixée selon les mêmes critères que le prix d'émission, qui servait de référence pour le prix d'exercice de l'option fixé aux art. 6 et 7 du plan. En outre, le plan a fait l'objet d'une négociation approfondie entre les parties. L'appelant et ses collègues concernés étaient totalement libres d'acquiescer ou non les titres proposés par les propriétaires de l' Holding. Il lui a même été recommandé de prendre conseil avant de s'engager à acquiescer la participation en question. L'appelant a ainsi non seulement approuvé le plan mais a contracté un emprunt auprès de l'intimée d'un montant de plusieurs millions à des conditions standards pour l'acquisition des 110'000 titres qui lui étaient proposés par ledit plan. Sur un autre plan, comme l'atteste le curriculum vitae de l'appelant, celui-ci était un

spécialiste de l'activité bancaire qui avait assumé - et assumait au moment des faits - une fonction de cadre dirigeant et percevait un salaire qui peut être qualifié de très élevé. L'appelant rappelle avec raison que l'avenant au contrat de travail du 18 décembre 2001 indiquait qu'un contrat de partenariat serait signé avec effet rétroactif au 1^{er} mai 2001. Toutefois, il ressort également d'une note du 29 novembre 2001 rédigée sur instruction de l'appelant que le conseil d'administration de l'intimée avait décidé de fixer les salaires annuels de l'appelant et de ses deux collègues à fr. 1'500'000.- avec effet au 1^{er} mai 2001 et que de ce fait toute notion de bonus était dès lors supprimée pour ces collaborateurs. La volonté des parties en décembre 2001 n'était donc pas de mettre en place un plan de partenariat conçu comme un élément supplémentaire de salaire venant s'ajouter au salaire de fr. 1'500'000.- perçus désormais par les intéressés mais bien d'associer ceux-ci à l'entreprise qu'ils dirigeaient comme de véritables investisseurs qui supportent des profits et les risques de leurs investissements. Enfin, l'appelant a réalisé, à la fin des rapports de service, un gain important de fr. 2'218'325.43. Au vu de ces différents éléments, c'est à bon droit que les premiers juges ont refusé au plan la protection de l'art. 323b al. 3 CO. Il résulte de ce qui précède que l'art. 8 du SOP n'est pas assujéti à l'art. 323b al. 3 CO. Ainsi, le jugement sera également intégralement confirmé sur ce point. 6. Compte tenu des intérêts en jeu, l'appel portant sur plus de trois millions de francs, de la complexité de la cause, et de l'importance du travail qu'elle implique, la Chambre d'appel fixera un émolument complémentaire de fr. 12'000.- (arts. 25 al.1^{er}, 42 et 42A Règlement fixant le tarif des greffes). L'appelant, qui succombe, sera condamné à l'émolument d'appel (art. 78 LJP), qui comprend l'émolument complémentaire.

E. 5

Au cas où je signerais un contrat de 24 mois avec un repreneur, le goodwill serait acquis en totalité, autrement à 25%.

E. 6

Vous m'octroyez 110'000 actions.

E. 7

Vous m'avez indiqué qu'au terme de ce plan, il me sera proposé un nouveau plan dont les clauses seront à fixer. h) Par lettre du 30 juin 2003, E___ a proposé une nouvelle version du plan de propriété d'actions à T___. La banque précisait qu'elle était heureuse de lui permettre d'acquérir des actions dans B___ correspondant à 0.50% du capital actions existant, soit 110'000 actions. Cet achat devait être financé au moyen d'un prêt accordé par la banque à T___ pour le montant total de l'acquisition. Cette lettre précisait encore que ni E___, ni B___, n'émettaient la moindre déclaration ou garantie, implicite ou expresse, concernant sa participation à ce plan, ou sur les conséquences légales ou fiscales en découlant. Dans ce contexte, la banque lui recommandait de prendre un avis séparé avant de prendre toute décision d'investissement. Dans le cas où T___ se déciderait à acheter les actions B___ aux conditions prévues, il lui fallait contresigner la lettre et le plan afin de marquer son accord. Le document exposant le plan de propriété d'actions (Stock Ownership Plan , ci-après SOP) prévoyait notamment que E___ offre à T___ de lui vendre 110'000 actions de B___ au prix de fr. 54.18 par action, correspondant à la valeur comptable consolidée et ajustée au 31 mai 2001. L'achat de ces actions était financé par un prêt de E___ au taux d'intérêt LIBOR plus 0.75%, arrivant à échéance le 1^{er} juillet 2009 au plus tard. Entre l'émission des actions et le 30 juin 2009, les actions étaient bloquées et ne

pouvaient être librement transférées (vesting period). Le SOP contenait encore une clause de sortie à son article 7 (i) (c) prévoyant que A___ accordait une option put (option de vente) à T___ et recevait de celui-ci une option call (option d'achat), permettant notamment au moment de la fin des rapports de travail, pour quelque raison que ce soit, d'acheter ou de vendre les actions au prix d'option. Ledit prix d'option était défini par l'article 7 (iv) du SOP qui prévoyait quatre prix différents selon la date de notification de l'exercice de l'option. Ainsi, le prix de l'option était : · le prix de base ou le prix d'exercice, selon lequel est le plus bas, si la notification était envoyée le 30 juin 2005 ou avant ; · cinquante pour-cent des actions au prix d'exercice et cinquante pour-cents des actions au prix de base ou prix d'exercice, selon lequel est le plus bas, si la notification était envoyée entre le 1 er juillet 2005 et le 30 juin 2006 ; · septante-cinq pour-cent des actions au prix d'exercice et vingt-cinq pour-cent des actions au prix de base et le prix d'exercice pertinent, selon lequel est le plus bas, si la notification était envoyée entre le 1 er juillet 2006 et le 30 juin 2007 ; · le prix d'exercice, si une notification est envoyée le 1 er juillet 2007 ou après. L'article 8 du SOP définissait le prix de base comme le prix d'émission, après déduction de tous les dividendes bruts payés aux bénéficiaires après l'acquisition des actions, plus les intérêts payés sur la portion du prêt, dans tous les cas en proportion du nombre d'actions qui sont cédées. L'article 9 du SOP définissait le prix d'exercice qui correspondait à la valeur comptable consolidée et ajustée de B___, telle qu'elle se reflétait dans les dJ___ers comptes consolidés et révisés concernant la période précédant la date de la cession envisagée des actions. Le contrat contenait encore une clause arbitrale à son article 13 (ii). Etait également annexé à ce courrier, un contrat de prêt par lequel E___ avançait le montant nécessaire à l'acquisition des actions, soit fr. 5'964'269.85. i) Par amendement au contrat de travail du 30 juin 2003, l'E___ a confirmé les termes de son accord avec T___ concernant la modification de la base de sa rémunération. A compter du 1 er juillet 2003, deux tiers de sa rémunération actuelle brute, soit fr. 1'000'000.-, lui resteraient acquis, et un bonus maximal de fr. 500'000.- lui serait payé « en tout ou partie d'année en année en fonction du niveau d'atteinte des objectifs fixés pour son secteur de responsabilité dans le budget annuel de la banque pour la période considérée » . j) Par lettre du 25 mars 2004, l'E___ a informé T___ que le conseil d'administration et les membres du comité exécutif avaient décidé de lui accorder un bonus de fr. 225'000.- pour l'« associé aux résultats atteints en 2003 » grâce à son « engagement personnel et à la performance de votre PME/Unité ». Ce courrier précisait : « Ce montant a été calculé selon le modèle de fixation des bonus. Nous vous rappelons qu'il vous est octroyé à bien plaisir pour vous témoigner notre reconnaissance pour la qualité de votre travail pendant l'année 2003, il constitue également un encouragement pour l'avenir et ne fait partie, en aucun cas, de votre rémunération annuelle. Il n'a donc pas un caractère obligatoire et répétitif ». Un bonus supplémentaire intitulé " bonus complémentaire " de fr. 25'000.- lui a également été accordé par courrier séparé du même jour. k) Par lettre du 29 septembre 2004, E___ a confirmé la résiliation orale du

E. 10

septembre 2004 du contrat de travail de T___ avec effet au 30 septembre 2005. Cette lettre était signée par G___, membre de la Direction générale, et G. A___, président du Comité exécutif. Puis, par lettre du 30 septembre 2004, E___ a libéré T___ de son obligation de travailler dès le 1 er octobre 2004, en précisant qu'il demeurerait à la disposition de la banque jusqu'à l'expiration de son contrat de travail. l) Par lettre du 8 août 2005, T___ a demandé à E___ de lui communiquer par écrit les motifs de la résiliation de son contrat de travail. En réponse, E___ a expliqué que le rang hiérarchique de T___ était l'un des plus élevés et

l'importance de ses fonctions requérait un degré de confiance particulièrement élevé. Or, la relation de confiance s'était dégradée à tel point qu'il n'était plus concevable pour la banque de le maintenir aux commandes du secteur "Ressources humaines, Risques et Supports". Dans ces circonstances, la banque avait décidé de lui offrir de nouvelles tâches, dont elle pensait qu'il serait davantage en mesure d'assumer à satisfaction. C'est ainsi qu'elle lui proposa de prendre la responsabilité de l'état-major du private banking et des structures off-shore, tout en conservant son titre de directeur général et en restant membre du Comité exécutif. Suite au refus de cette offre par T___, E___ ne pu donc que résilier son contrat. La société a cité quatre raisons principales qui avaient conduit à la dégradation de la relation de confiance et à son licenciement : 1. le manque de fiabilité des rapports de ses activités, à la fois incomplets et imprécis, qu'il transmettait au Comité exécutif et la minimisation des difficultés rencontrées dans les services dont il avait la responsabilité ; 2. l'incapacité à corriger les erreurs répétées, nombreuses et graves, affectant le travail du Back Office ; 3. la mauvaise appréciation et la gestion désastreuse, parce que tardive et inefficace, des graves dysfonctionnements et difficultés que le Fund Desk avait éprouvé de façon persistante sur plus de dix-huit mois ; 4. son incapacité à faire face de façon appropriée aux problèmes liés à l'intégration des services de la H ___ (ci-après H___), suite à la fusion intervenue avec cet établissement. En outre, la banque a signalé qu'il avait eu des problèmes de comportement à l'égard d'employées, situation qui était particulièrement sérieuse en raison de sa qualité de responsable des ressources humaines. m) Par lettre recommandée du 17 octobre 2005, A___ a notifié à T___ l'exercice de son option d'achat sur ses actions selon les termes indiqués dans le SOP. La holding précisait que l'exercice serait effectif le 28 octobre 2005 et s'appliquerait à la totalité des actions qu'il détenait, soit 110'000 actions de B___. Elle rappelait que la fin de l'emploi, pour toute raison, d'un bénéficiaire du SOP, lui permettait d'acheter tout ou partie des actions que cet employé détenait à ce moment. Se référant à la section 7 (iv) du SOP, elle lui rappelait que cet achat devait être fait au prix d'option, soit, en fonction de la date de notification, pour cinquante pour-cent des actions au prix d'exercice et pour cinquante pour-cent des actions au prix le plus bas du prix de base ou du prix d'exercice. Le prix de base était de fr. 29.61 et le prix d'exercice de fr. 70.19. Dès lors, c'était un montant total de fr. 5'488'851.52 (110'000 actions x fr. 49,89865) qui lui était dû par A___ en conséquence de l'exercice de son option d'achat. n) Puis, par lettre recommandée du 19 octobre 2005, l'E___ a indiqué à T___ qu'elle avait été informée par A___ de l'exercice de son option d'achat. Elle notait qu'en conséquence, il vendrait les actions de B___ qu'il possédait. Or, elle rappelait que selon le contrat de prêt, le prêt devenait exigible et remboursable au moment d'une telle vente. Dès lors, E___ lui avait signifié qu'au moment de la remise des actions actuellement nanties en garantie du prêt, elle utiliserait une partie du produit de la vente pour le remboursement du montant lui étant dû, soit fr. 4'373'460.- plus intérêts jusqu'à la date du paiement. o) Par demande du 3 juillet 2006, T___ a assigné E___ en paiement de fr. 3'107'048.50. Ladite somme se décompose comme suit : · fr. 500'000.- à titre de bonus pour l'année 2004, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 31 décembre 2004 ; · fr. 375'000.- à titre de bonus pour l'année 2005, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 30 septembre 2005 ; · fr. 2'232'048.50 à titre de participation au plan d'intéressement (SOP), plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 28 octobre 2005. S'agissant de la recevabilité, T___ considérait que le Tribunal des prud'hommes était compétent pour l'ensemble du litige. Le paiement des bonus pour 2004 et 2005 était manifestement une contestation de droit du travail. Concernant la clause arbitrale contenue dans le SOP, il a

rappelé que la compétence de la Juridiction des prud'hommes à Genève sur les contestations du droit du travail était impérative, de sorte que celles-ci n'étaient pas arbitrables. La jurisprudence soulignait également au demeurant que la compétence de ladite Juridiction ne se définissait pas restrictivement, il suffisait que le litige se rapporte à l'interprétation ou à l'exécution d'une disposition contractuelle ou légale régissant le contrat de travail. Or, le SOP était lié à la prestation de travail de T___. En outre, en vertu du principe de l'attraction de compétence, ladite Juridiction était également compétente car les questions liées au SOP sont si intimement liées aux rapports de travail qu'il serait difficile de les en dissocier. Sur le fond, il a exposé que les deux réclamations concernant les bonus se fondaient sur l'amendement au contrat de travail du 30 juin 2003. Il a souligné que le 25 mars 2004, il avait perçu le bonus contractuel maximum pour la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2003, soit fr. 250'000.-. Il avait en outre reçu un bonus supplémentaire de dix pour-cent, soit fr. 25'000.-, intitulé bonus complémentaire pour cette même période. Il a indiqué que le bonus était également intégralement dû pour la période allant du 1^{er} janvier au 30 septembre 2004, car les objectifs fixés pour son secteur de responsabilité dans le budget annuel de la banque pour la période considérée avaient été pleinement atteints et les projets prévus réalisés. Pour les périodes du 1^{er} octobre au 31 décembre 2004 et du 1^{er} janvier au 30 septembre 2005, il a estimé que c'était E___ qui l'avait empêché de travailler et qu'il avait dès lors droit à l'entier de son bonus. Concernant la prétention en réparation du dommage causé par l'application de l'article 7 (iv) du SOP, qui déterminait le prix d'option pour le rachat de ses actions par A___, T___ a exposé qu'elle résultait de l'article 323b al. 3 du CO. En substance, il a exposé qu'il ne se trouvait pas dans la situation d'un investisseur, mais dans celle d'un salarié intéressé au bénéfice de son employeur. A ce sujet, il a indiqué que lors de sa promotion à la fonction de membre du Comité exécutif, son salaire n'avait augmenté que de sept pour-cent, car l'avenant à son contrat de travail prévoyait qu'un contrat de partenariat serait signé avec effet rétroactif au 1^{er} mai 2001, ce qui constituait un complément de rémunération. Par ailleurs, sa rémunération annuelle avait été réduite de fr. 500'000.- lors de la mise en place du SOP. En outre, ni E___ ni B___ n'étaient cotées en bourse, et il ne pouvait espérer un profit que par les importants dividendes distribués chaque année par cette holding, qui devaient constituer un complément à son salaire. En conséquence, T___ en déduisait que le SOP faisait partie intégrante du contrat de travail et que l'article 323b al. 3 CO était pleinement applicable à ce cas. Les clauses du SOP qui revenaient à utiliser le salaire dans l'intérêt de l'employeur étaient nulles. Or, l'article 7 (iv) du SOP concernant le calcul du prix de l'option prévoyait, pour la moitié des actions qu'il avait acquises, à lui retirer rétroactivement la totalité des dividendes qu'il avait touchés sur ces actions, alors que ceux-ci faisaient partie de sa rémunération, ceci au profit de A___. A cet égard, E___ commettrait un abus de droit en se prévalant de la dualité juridique existant entre elle et A___. Dès lors, E___, en remettant à A___ la moitié des actions contre le paiement du prix de base au lieu du prix d'exercice lui avait causé un dommage de fr. 2'232'048.50. Subsidiairement, T___ a soulevé que l'article 7 (iv) du SOP devrait également être refusé en application des règles de la bonne foi. En effet, invoquer cette clause dans le cadre d'un licenciement exclusivement voulu par E___ sans que par son comportement, il n'ait d'une quelconque manière provoqué cette décision, reviendrait à consacrer un abus de droit qui ne saurait être protégé par la loi au sens de l'article 2 al. 2 du CC. Par ailleurs, selon l'article 156 CO, la condition est réputée accomplie quand l'une des parties a empêché l'avènement au mépris des règles de la bonne foi. Or, s'il était resté au service de E___ jusqu'au 1^{er} juillet 2007, il aurait eu droit à ce que ses actions lui soient

entièrement rachetées au prix d'exercice. . p) En réponse, E___ a contesté intégralement les conclusions de son ancien employé. Elle a rappelé que le SOP contenait en son article 13 (ii) une clause arbitrale. Elle a rappelé que selon une jurisprudence, il suffisait que le litige se rapporte à l'interprétation ou à l'exécution d'une disposition contractuelle ou légale régissant le contrat de travail pour que la compétence de la Juridiction des prud'hommes soit donnée. La jurisprudence avait par ailleurs retenu, en matière de plan d'intéressement des travailleurs que, lorsque l'octroi d'actions résultait d'un rapport de travail et était lié à la prestation de travail du bénéficiaire, le contrat de participation devait alors être rattaché au droit du travail. Toutefois, selon la banque, le SOP faisait l'objet d'un contrat entièrement distinct et séparé du contrat de travail de T___ et n'avait d'ailleurs pas été intégré dans ledit contrat. Il n'en demeurerait pas moins que ce contrat avait été conclu dans le cadre des relations de travail que T___ avait nouées avec la banque. E___ a précisé qu'elle entendait privilégier une solution rapide au présent litige. Par conséquent, bien qu'elle contestait tant la jurisprudence en matière de plan d'intéressement que le fait que le SOP était partie intégrante du contrat de travail, elle renonçait à se prévaloir de la clause arbitrale et à contester la compétence du Tribunal de céans. Concernant le bonus, E___ a allégué qu'il s'agissait d'une gratification purement facultative. Elle a notamment relevé comme points déterminants que le salaire annuel prévoyait déjà un treizième mois de salaire, que le contrat de travail ne prévoyait pas d'avance le montant ni l'échéance inconditionnelle du bonus, que le bonus avait un caractère accessoire par rapport au salaire de T___ puisqu'il représentait au plus cinquante pour-cent de celui-ci, que son versement n'avait jamais acquis un caractère régulier car il n'avait eu lieu qu'une seule fois en 2003 et qu'à cette occasion, il avait été accompagné d'une réserve explicite sur le fait qu'il ne faisait pas partie de sa rémunération annuelle et qu'il n'avait pas un caractère obligatoire et répétitif. En outre, les critères dont dépendait le versement du bonus ne pouvaient être qualifiés de critères objectifs et prédéfinis, aucun objectif précis et chiffré à atteindre n'était fixé à T___, de sorte que le versement du bonus dépendait largement du bon vouloir de la banque. Au vu de ces éléments, T___ n'avait aucun droit au paiement d'un bonus, que ce soit pour l'année 2004 ou l'année 2005. E___ soutenait également que s'il devait être retenu que le bonus constituait une gratification convenue, T___ ne pourrait toujours pas prétendre y prétendre en 2004 ou en 2005. En effet, si l'employeur était tenu de procéder au versement d'une gratification, il restait libre dans la fixation du montant à allouer. Or, la qualité des prestations de T___ n'était pas de nature à justifier l'octroi d'un bonus. E___ lui reprochait notamment son incapacité à corriger les erreurs graves et répétées du Back Office, son incapacité à résoudre les dysfonctionnements du Fund Desk pendant plus de dix-huit mois, le manque de fiabilité de ses rapports et son comportement irrespectueux envers plusieurs employées. Par ailleurs, aucun bonus n'était dû pour l'année 2005 car, selon l'article 322d al. 2 CO, 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 avait été convenu ainsi. Concernant les prétentions relatives à l'application de l'article 7 (iv) du SOP, E___ a rappelé que le Tribunal fédéral avait décidé que si les plans d'intéressement ne devaient pas éluder les dispositions impératives du droit du travail, la protection du travailleur tombait s'il agissait en qualité d'investisseur ou encore, s'il était un cadre ou un collaborateur jouissant d'un revenu élevé et que le financement de ses positions dans le plan, assuré par l'employeur, constituait un bonus dans la rétribution de son activité. Selon E___, la participation de T___ au SOP était un investissement distinct de son contrat de travail. Elle a notamment fondé cette allégation sur le fait que le but du SOP était

d'intéresser et de fidéliser les membres du Comité exécutif, que T___ occupait une position hiérarchique élevée, que son revenu était extrêmement élevé, qu'il était un spécialiste en matière d'investissements, qu'il avait créé pour détenir les actions de B___ sa propre société holding avec siège en Valais pour des motifs d'optimisation fiscale, que le prix d'acquisition des actions n'était pas avantageux, qu'il avait financé lui-même l'acquisition de ses actions et qu'il s'agissait d'un achat unique d'actions. Pour E___, même s'il devait être considéré que la participation au SOP relevait du salaire, elle ne contrevenait pas à l'article 323b al. 3 CO. En effet, l'acquisition des actions de B___ n'avait pas été financée par une retenue de salaire. Par ailleurs, les modalités de sortie du SOP ne prévoyaient pas la perte complète des positions en cours en cas de résiliation des rapports de travail avant l'échéance. T___ avait ainsi réalisé un bénéfice net substantiel de fr. 2'218'325.43 à sa sortie du SOP. Concernant la violation des règles de la bonne foi, E___ a rappelé que les reproches qui avaient conduit au licenciement de T___ étaient fondés, de sorte qu'elle n'avait pas violé les règles de la bonne foi. q) Par la suite, par lettres des 26 septembre et 15 novembre 2006, T___ a présenté une liste de documents dont il réclamait la production à E___. Par ailleurs, il a aussi sollicité qu'une ordonnance préparatoire soit rendue à l'issue de la première audience, afin que les enquêtes s'effectuent en deux étapes. Concernant sa requête portant sur le partage des enquêtes, il a exposé que sa demande ne portait pas sur les motifs de son licenciement, ceux-ci n'étaient évoqués que très brièvement dans le cadre de son argumentation subsidiaire. Toutefois, E___ avait consacré plus de la moitié de son mémoire de réponse aux faits à l'origine de la résiliation de son contrat de travail. Or, ce complexe de faits n'avait de pertinence pour la présente cause que dans deux hypothèses. D'une part, si le bonus prévu par l'avenant du 30 juin 2003 était qualifié de gratification dépendant de la volonté de l'employeur et non de rémunération faisant partie de son salaire. D'autre part, si son argumentation principale concernant la nullité partielle du SOP était rejetée sur la base des arguments de l'E___, qui a affirmé que sa participation était un investissement distinct de son contrat de travail ou que le SOP constituait une gratification. C'est pourquoi, par économie de procédure, sachant que les enquêtes portant sur les faits à l'origine de la résiliation du contrat de travail seraient longues et complexes, T___ a proposé que dans un premier temps, les enquêtes ne portent que sur les faits nécessaires à la qualification juridique du bonus et du plan de participation. T___ a précisé à ce sujet qu'il n'avait pas de témoin à faire entendre lors de cette première étape et sollicitait uniquement la production des pièces indiquées ci-dessous. Il entendait néanmoins que A___ et G. A___ soient entendus en qualité de représentant de E___. A l'issue de cette première étape, le Tribunal pourrait rendre une ordonnance préparatoire sur ces questions juridiques préalables, qui permettrait d'orienter la seconde étape des enquêtes sur les faits réellement pertinents à la cause. T___ a exposé que les certificats de salaire des autres membres du Comité exécutif pour les années 2000 et 2001 étaient nécessaires pour pouvoir quantifier l'augmentation de la rémunération des autres membres pour démontrer que le SOP était destiné à adapter sa rémunération à ses nouvelles fonctions. Il a aussi indiqué qu'il était important qu'il dispose des déclarations de dividendes 1995 à 1999. Au fond, T___ exposait que les deux éléments variables de sa rémunération convenus lors de son engagement avaient été remplacés par le plan de partenariat offert par E___, quand bien même son salaire avait été augmenté à fr. 1'500'000.-. Par ailleurs, il contestait tous les motifs de son licenciement. Il a précisé que les faits qui lui étaient aujourd'hui reprochés, n'avaient pas empêché la banque de lui verser son bonus maximum pour la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2003, soit fr. 250'000.-. Selon lui, E___ ne l'avait jamais averti, avant ou au moment de son licenciement, des

reproches formulés. Il avait seulement appris les motifs de son licenciement lorsqu'il les avait demandés par écrit en août 2005. Concernant le SOP, T___ a affirmé n'avoir jamais discuté de la durée de la vesting period . Par ailleurs, il a indiqué que C___ avait refusé le plan de partenariat car il ne correspondait pas à la promesse faite en 2001. S'agissant des allégués de E___ concernant les motifs de la résiliation de son contrat de travail, T___ a contesté avoir commis la moindre faute professionnelle et a souligné qu'aucun reproche ne lui avait été fait durant son emploi. Il a exposé que l'existence de problèmes dans le département du Fund Desk ne lui était pas imputables. Il a également exposé que les années 2002 et 2003 correspondaient à la fusion avec la H___, qui avait notamment impliqué pour ses départements l'intégration d'environ six cent cinquante personnes. Enfin, il a contesté les allégations d'harcèlement à l'égard de I___, qui n'avaient jamais été portées à sa connaissance avant la lettre de E___ du 21 août 2006. r) En réponse, E___ a produit le document Proposal - High-level Review Banking Operations & Processes établi par J___ le 30 septembre 2003, ainsi qu'une traduction libre de ce document. En substance, ce document était une offre de J___ pour une étude du Back Office de E___ pour un montant fr. 210'000.-. E___ a par ailleurs précisé que lors de la séance du Comité exécutif du 12 août 2003, ses membres avaient décidé, au vu des erreurs répétitives du Back Office provenant certainement d'un problème de direction et d'organisation des ressources du service, de requérir de T___ qu'il se mette en contact avec J___ pour qu'il se livre à une analyse du fonctionnement de ce service et lui rende ses conclusions. Après réception de l'offre de service de J___, elle avait finalement décidé de ne pas accepter cette étude, et de confier cette mission à des personnes travaillant au sein même de son établissement. E___ a aussi expliqué que les autres pièces demandées par T___ n'étaient donc pas pertinentes, puisqu'elles ne permettaient pas de prouver qu'il avait atteint ses objectifs. Elle a précisé qu'elle admettait que l'entrée dans le Comité exécutif avait entraîné une forte augmentation de la rémunération de ses membres. Concernant le budget et programme d'action pour décembre 2004 et décembre 2005, E___ a produit la lettre de cadrage budgétaire 2003, un plan stratégique budget 2004 et un plan stratégique budget 2005. Il ressortait de ces pièces que, contrairement aux autres secteurs de la banque et à ce que prétendait T___, les objectifs fixés pour le secteur de responsabilité de ce dernier n'étaient pas chiffrés. En effet, la nature des départements dont il avait la charge, soit les "Ressources humaines, Risques et Supports", ne permettait pas de lui imposer un résultat chiffré. Ces objectifs étaient pour 2004 selon le plan stratégique budget du 9 janvier 2004 : l'élimination des erreurs, des travaux informatiques concentrés sur les outils nécessaires pour appuyer les développements stratégiques du front ainsi que l'identification des ressources clés et des mesures d'accompagnement. Enfin, E___ a contesté l'absence de discussion concernant la vesting period , en indiquant qu'il y avait eu diverses propositions, dont celle du 4 mai 2001 émise par T___ . La raison du refus de C___ était également contestée, et c'était d'ailleurs la raison pour laquelle cette affaire était allée jusqu'au Tribunal fédéral. s) Le Tribunal des prud'hommes a renoncé à ordonner à E___ la production des certificats de salaire des autres membres du Comité exécutif pour les années 2000 et 2001, des déclarations de dividendes de B___ pour les exercices 1995 à 1999 ainsi que du budget et du programme d'action pour décembre 2004 et décembre 2005. t) Les premiers juges ont entendu cinq témoins qui ont expliqué ce qui suit : · D___, responsable de la gestion institutionnelle auprès de E___ depuis 1995 et directeur général depuis le mois de mai 2001, a été entendu à titre de renseignement. Il a précisé qu'il était un des bénéficiaires du SOP et était entré au Comité exécutif en mai 2001. Le but du SOP était la fidélisation des cadres dirigeants de la banque.

Il a précisé que les premières discussions relatives au SOP avaient débuté à fin 2001 et le plan avait finalement été concrétisé en été 2003. Ce délai était dû à l'évolution des marchés financiers, au rachat de la H___ et aux réflexions suscitées par cette innovation. Plus précisément, ce plan avait été discuté entre E___ et les trois membres du Comité exécutif, hors famille A___. Les discussions avaient notamment porté sur le sort du goodwill en cas de vente de la banque par ses propriétaires, la durée du prêt, les droits des héritiers et la vesting period . Par ailleurs, il a précisé que le SOP était un plan à long terme qui permettait de toucher des dividendes annuels. Il avait reçu ces dividendes pour les années 2003, 2004 et 2005 et ils représentaient une somme importante par rapport à sa rémunération. Il considérait que ces dividendes ne constituaient pas une partie de sa rémunération. Il avait dû conclure un contrat de prêt qu'il remboursait grâce à ces dividendes. Il a précisé que les montants de la rémunération étaient identiques pour les trois membres du Comité exécutif, hors famille A___. Enfin, il a exposé que les dossiers et les rapports de T___ avaient manqué de précision dans le courant de l'année 2003. · J___, membre du Conseil d'administration de E___, a été entendu à titre de renseignement. Il a indiqué que le SOP avait été créé pour fidéliser les trois membres, hors famille A___, du Comité exécutif. Il ne s'agissait pas de compléter la rémunération des bénéficiaires du SOP, car celle-ci était déjà élevée, mais de récompenser certaines personnes de la confiance de A___. Les discussions avaient débuté en 2001, puis la bourse avait évolué et le plan n'était plus intéressant pour une période et enfin, il avait été concrétisé en 2003. Il a également précisé qu'avant la fusion avec la H___ en 2003, aucun grief n'avait été porté à l'encontre de T___. Puis les rapports de confiance entre T___ et A___, ainsi que G. A___, s'étaient progressivement dégradés à partir de 2003. La réduction des erreurs dans le Fund Desk était due à une prise de conscience que ce secteur d'activité nécessitait du personnel qualifié, conclusion à laquelle était arrivé le successeur de T___. La réduction était néanmoins également due en partie au temps écoulé après la fusion avec la H___. Enfin, il a précisé qu'il avait été informé d'un problème de harcèlement sexuel de la part de T___ à l'égard d'une collaboratrice. Il avait alors pris des renseignements auprès d'une collaboratrice des ressources humaines, K___, qui avait entendu la victime. Ensuite, il en avait parlé à G. A___ en l'invitant à prendre des mesures vu la gravité des faits. Celui-ci avait alors convoqué T___. · L___, membre du comité du Conseil d'administration et du comité de contrôle de E___ de 1996 à mars 2006, a été entendu en qualité de témoin. Il a indiqué que la rupture des rapports de confiance avec T___ avait débuté avec le Fund Desk , qui administrait les souscriptions et les remboursements des hedge funds dont E___ était un des chefs de file mondiaux, raison pour laquelle il ne pouvait y avoir des retards ou des erreurs de sa part. A___ avait rappelé à T___ qu'il était de sa responsabilité qu'il n'y ait ni retard ni erreur dans ce domaine d'activité. Compte tenu de la situation, E___ avait alors demandé un rapport d'audit en 2003. T___ affirmait que la situation s'améliorait, mais en réalité les retards et les erreurs s'aggravaient. Suite à la fusion avec la H___, l'augmentation de l'activité dans les hedge funds avait entraîné un manque de personnel. Quand bien même E___ avait décidé de geler les engagements au moment de la fusion, si elle avait su qu'il y avait un tel besoin pour le Fund Desk , elle aurait procédé à un ou plusieurs engagements. · F___, secrétaire général de E___, a été entendu à titre de renseignement. Assistant aux réunions de tous les organes principaux de la banque, il avait constaté une érosion de la confiance envers T___ dès la fin de l'année 2002. Par exemple, il était mal préparé sur certains dossiers lors de différentes séances. Il y avait également des erreurs dans le Fund Desk , ainsi que des problèmes d'effectifs du personnel. Actuellement, il n'y avait plus d'erreurs. Vu le

déroulement des séances auxquelles assistait T___, il avait certainement dû réaliser que des reproches lui étaient faits. · I___, employée auprès de E___ depuis le mois de novembre 2000 et actuellement assistante de direction, a été entendue en qualité de témoin. Elle a précisé qu'elle avait été transférée, depuis un autre département, à l'état major de T___ en juillet 2002. Elle avait été victime de remarques déplacées de sa part dès l'été 2002. Ces remarques étaient à caractère sexuel et le vocabulaire employé cru. Elle avait alors fait un rapport à destination d'une collaboratrice des ressources humaines, K___, mais lui avait néanmoins demandé de classer ce dossier par peur de se faire licencier. En juin 2003, elle avait rédigé un deuxième rapport à destination de K___, en lui demandant à nouveau de le classer, mais celle-ci lui avait demandé de pouvoir en parler. Par la suite, I___ avait été convoquée par G. A___ en été 2003 et elle lui avait confirmé la teneur de ses deux rapports. Depuis lors, elle n'avait plus été inquiétée par T___. Concernant les déclarations du dernier témoin, T___ a réfuté toutes ses allégations et a contesté qu'il y ait eu un entretien à ce propos en été 2003. Par ailleurs, T___ a précisé que sa société était une holding créée en Valais et dont la participation découlant du SOP était la première. Toutefois, elle était encore active et détenait d'autres participations dans d'autres sociétés. Son salaire ne lui avait jamais été payé sur le compte de ladite société. T___ a persisté à ce qu'A___ et G. A___ soient entendus en tant que représentant de E___. Selon lui, ces deux personnes étaient les mieux à même de représenter E___ au sens de l'art. 207 al. 2 de la loi de procédure civile applicable à titre supplétif. u) A l'issue de l'audience, le Tribunal des prud'hommes a informé les parties qu'il renonçait à l'audition d'A___ et G. A___, puis il a gardé la cause à juger. C. L'appelant conclut préalablement à la réouverture des enquêtes afin de procéder à l'audition de Messieurs A___ et G. A___, respectivement président du conseil d'administration et président du conseil exécutif de l'intimée, et de C___. Il demande également à ce que la Cour ordonne à l'intimée la production de différents documents et sa possession. Au fond, l'appelant conclut à l'annulation du jugement et à la condamnation de l'intimée à lui verser : · fr. 500'000.- à titre de bonus pour l'année 2004, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 31 décembre 2004 ; · fr. 375'000.- à titre de bonus pour l'année 2005, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 30 septembre 2005 ; · fr. 2'232'048.50 à titre de participation au plan d'intéressement (SOP), plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 28 octobre 2005. L'appelant reproche aux premiers juges de ne pas avoir correctement interprété l'addendum au contrat de travail du 30 juin 2003. Selon lui, avant de signer ce document, il avait clairement manifesté par écrit son souhait que son bonus soit lié au respect du budget de la banque. Pour lui, le bonus prévu par l'addendum du 30 juin est une gratification expressément convenue entre les parties au sens de l'art. 322 al. 1 CO. Il en déduit que le bonus lui était dû dès lors que le budget de la banque avait été respecté. S'agissant du plan de participation SOP, l'appelant soutient que l'art. 8 de ce plan contrevient à la garantie du salaire prévue à l'art. 323b al. 3 CO. Selon lui, l'interprétation correcte du plan devait conduire les premiers juges à considérer que celui-ci faisait partie intégrante du contrat de travail et que les dividendes qui en découlaient étaient destinés à compenser les responsabilités accrues liées à ses nouvelles fonctions dans l'entreprise. Il en déduit que la garantie de l'art. 323b al. 3 CO s'applique ce qui, selon lui, entraîne la nullité partielle de l'art. 8 du plan définissant le prix de base permettant de calculer le prix de l'option. D. Au fond, l'intimée conclut au déboutement de l'appelant de toutes ses conclusions et à la confirmation du jugement. Préalablement, l'intimée s'oppose aux auditions sollicitées et à la production des pièces sollicitées par l'appelant. S'agissant du bonus prévu par le contrat de travail du 30 juin 2003,

l'intimée explique : · qu'il s'ajoutait au salaire annuel fixe de fr. 1'000'000.- qui comprenait déjà un treizième salaire et une indemnité pour frais de représentation ; · qu'il n'était pas fixé à l'avance ; · qu'il avait un caractère accessoire par rapport au salaire dans la mesure où il était plafonné à fr. 500'000.- ; · qu'il n'a jamais revêtu un caractère régulier, l'appelant n'ayant reçu, sur toute sa période de travail à son service qu'un bonus de fr. 250'000.- en 2003 ; · que ce seul versement était accompagné d'une réserve explicite indiquant que cette gratification lui était accordée à bien plaisir ; · que les critères dont dépendait le versement du bonus n'avaient pas de caractère objectif ; · que l'appelant a été libéré de son obligation de travailler dès le 1^{er} octobre 2004 et que, dès cette date, il n'a pas contribué à la réalisation des objectifs associés au département dont il avait la charge et aux résultats de l'entreprise. Selon l'intimée, l'appelant ne saurait de toute façon prétendre au paiement d'un montant maximum de son bonus pour 2004 et 2005 alors que le contrat de travail était déjà résilié pour une date ultérieure et qu'il n'y avait dès lors plus de raison d'encourager l'appelant pour l'avenir. En ce qui concerne le SOP, l'intimée relève, en s'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral que la protection de l'art. 323b al. 3 tombe lorsque l'employé participant à un plan d'intéressement agit : · principalement en tant qu'investisseur, soit une personne qui accepte librement le risque lié à l'investissement dans l'espoir d'un gain important ; · ou, lorsque les circonstances ne permettaient pas de considérer le bénéficiaire comme un investisseur, celui-ci jouit d'un revenu élevé et que le financement de ses positions dans le plan, assuré par l'employeur constitue un bonus dans la rétribution dans son activité. Toujours selon l'intimée, plusieurs critères permettent de distinguer le cas où la participation au plan représente une partie du salaire ou constitue un investissement distinct : le prix d'achat des actions ou des droits d'option, le financement de l'acquisition, la position hiérarchique de l'employé dans la société, le salaire de l'employé, la connaissance de l'employé en matière d'investissement, l'expectative de gain important. Sur la base de ces critères, l'intimée explique que l'appelant : · était un des cinq directeurs généraux de l'entreprise et membre du comité exécutif ; · jouissait d'un revenu extrêmement élevé ; · était un spécialiste en matière d'investissements ; · prenait un risque d'investisseur en acquérant des titres dans le cadre du plan d'investissement ; · a retiré un profit de fr. 2'218'325.43 de sa participation au plan d'investissement ; L'intimée explique encore que le prix d'acquisition des actions par l'appelant n'était pas avantageux. En outre, l'intimée indique aussi que la participation au plan n'a pas été imposée à l'appelant. Elle résulte d'une proposition conjointe à plusieurs directeurs généraux de l'entreprise, dont l'appelant, et a fait l'objet de longues discussions entre les intéressés et A___. Par ce plan de participation, l'intimée poursuivait non seulement le but de fidéliser les membres du comité exécutif mais aussi d'empêcher un de ses partenaires de quitter l'entreprise tout en bénéficiant du plan. Pour l'intimée, il n'existe pas de liens directs entre les nouvelles fonctions de l'appelant au sein du comité exécutif et sa participation au plan. L'intimée explique que l'accroissement des responsabilités de l'appelant a été largement compensé par une augmentation de sa rémunération totale annuelle de fr. 100'000.-, passant de fr. 1'400'000.- à 1'500'000.-. L'intimé relève finalement d'une part que l'acquisition des titres de participation au plan n'a pas été financée par une retenue de salaire mais au moyen d'un prêt qu'elle lui a consenti. En outre, les modalités de sortie du plan ne prévoyait pas la perte complète des positions en cours en cas de résiliation du contrat de travail. En l'occurrence, l'appelant a réalisé un bénéfice net avant impôts de fr. 2'218'825.43 pour les années 2003 et 2004. E. Lors de la comparution personnelle des parties du 4 décembre 2007, l'intimée a expliqué que le prix

d'exercice de l'option découlant du plan d'investissement poursuivait l'objectif suivant :

- entre la date de la signature effective du prêt nécessaire à l'acquisition des titres et le 30 juin 2005, l'acquéreur du titre ne bénéficiait pas de l'éventuel plus-value sur le titre ; le dividende distribué moins la rémunération du prêt venait en déduction du prix d'acquisition, l'éventuelle moins-value était supportée par l'acquéreur du titre ;
- entre le 1^{er} juillet 2005 et le 30 juin 2006, l'acquéreur ne bénéficie de la plus-value sur le titre que sur les 50% repris sur le prix d'exercice ; l'éventuelle moins-value n'a d'incidence que sur le prix d'exercice ;
- entre le 1^{er} juillet 2006 et le 30 juin 2007, l'acquéreur profite de la plus-value ou supporte la moins value pour les 75% de son investissement ;
- dès le 1^{er} juillet 2007, l'acquéreur profite de la plus-value ou supporte la moins value sur la totalité de son investissement. Il a aussi précisé qu'aucun des facteurs intervenant dans la fixation du prix d'émission ou d'exercice n'est lié à la qualité des prestations de l'acquéreur.

L'appelant a expliqué pour sa part que l'adoption du plan est intervenue au même moment que la conclusion de l'avenant au contrat de travail. Selon lui, il a accepté de participer à ce plan SOP parce qu'il savait que la famille A___ vivait du versement des dividendes. L'appelant a toutefois admis qu'entre 2001 et 2003 le dividende avait varié de plus de 60%. Il a aussi admis que le contrat de prêt conclu le 30 juin 2003 pour acquérir les titres était un contrat de prêt standard. Cependant, il n'a pu se porter acquéreur des titres que parce qu'il travaillait pour l'intimée. L'appelant a encore indiqué que seule la moitié des dividendes auxquels il avait droit pour la détention des titres avaient servi au remboursement du prêt, l'autre moitié lui ayant été versée conformément à l'art. IV du contrat du 30 juin 2003, soit fr. 825'000.- en 2003 et fr. 1'760'000.- en 2004. S'agissant de l'amendement de son contrat de travail du 30 juin 2003, il l'a signé sans faire part à son employeur du problème d'interprétation qui pourrait résulter de son texte. Pour lui le texte de l'amendement du 30 juin 2003 est le même que celui qui résulte de sa lettre du 19 mai 2003. F. Lors de l'audience du 7 janvier 2008, la Cour a entendu A___ qui a expliqué :

- que l'actionnariat comportait quelques actionnaires qui n'appartenaient pas à la famille A___, dont certains administrateurs de E___ et d'anciens directeurs;
- qu'il n'avait pas directement participé à la décision d'engager l'appelant, en tant que membre du comité du conseil; il a participé à la ratification du choix proposé par le comité exécutif ; de même, il a participé à la ratification des décisions de promotion de l'appelant ;
- qu'il a rencontré l'appelant avant son engagement pour faire sa connaissance et avoir un échange de vue sur le cahier des charges envisagé ; il n'a pas discuté avec l'appelant des conditions matérielles de son engagement ;
- qu'il a eu connaissance des conditions d'engagement et de promotion de l'appelant ;
- que tous les directeurs généraux de l'intimée sont automatiquement membres du comité exécutif de l'intimée ;
- que l'organisation de la banque avait subi d'importante mutation au début 2000 à la suite du départ de plusieurs membres de ses organes dirigeants et d'une importante fusion ;
- qu'en raison des tumultes passés il a été décidé d'associer des « entrepreneurs » à l'actionnariat de la holding qui détient totalement l'intimée ;

A___ a encore indiqué que l' Holding a demandé à M___ d'évaluer E___ au 1^{er} mai 2001 - date de son engagement aux directeurs généraux de leur proposer un investissement dans la banque - dès lors que cette banque n'est pas cotée en bourse. L' Holding a aussi recherché de quelle manière les autres établissements bancaires étaient évalués par le marché. Le résultat de l'évaluation de M___ a été soumis à l'ensemble des directeurs généraux. A la suite de la crise des marchés financiers qui a suivi le 11 septembre 2001, l'évaluation de la banque était de 50% supérieure à sa valeur après le 11 septembre 2001. Si l'évaluation de M___ avait été retenue, il en aurait résulté que

l'investissement proposé aux directeurs généraux l'aurait été à une valeur sensiblement plus importante que la valeur de la banque au moment de la mise en oeuvre du plan d'investissement. C'est la raison pour laquelle, il a été décidé de fixer la valeur de la banque en se fondant sur la valeur comptable qui prévalait dans les comptes de la banque depuis 1969. Cette valeur comptable de référence a été acceptée par les directeurs généraux qui envisageaient d'investir dans la holding. C'est un des services dirigés par l'appelant qui a procédé au calcul de ladite valeur comptable. A___ a aussi expliqué que c'est exclusivement pour des raisons fiscales que les actions de l' Holding ont été vendues à l'appelant par E___. S'agissant de la teneur de la lettre du 30 juin 2003, A___ a d'abord indiqué qu'il prenait connaissance pour la première fois de ce courrier. Il comprenait le texte de ce courrier comme signifiant que l'octroi d'un bonus à l'appelant dépend des objectifs fixés pour le secteur de responsabilité de celui-ci dans le budget annuel de la banque pour la période considérée. Il précise que ce texte résulte de décision opérationnelle de la compétence du comité exécutif présidé par son fils. Il n'a jamais abordé les questions de bonus avec l'appelant. En ce qui concerne la lettre du 19 mai 2003, il n'y a pas répondu d'une part parce que certains points soulevés par ce courrier ne le concernaient pas et, d'autre part, parce que sa proposition du 30 juin 2003 contenait ses réponses sur les points soulevés par le courrier qui concernait le SOP. Il confirme avoir pris part en qualité de président de l' Holding à une réunion le 15 mai 2003 en présence de son fils qui y participait en qualité de président du comité exécutif de E___ et de l'appelant. Cette réunion a duré de l'ordre de 15 minutes. Il n'a pas pris part aux discussions qui concernaient E___. Il n'est pas en mesure de confirmer que le résumé contenu sous chiffre 1 du courrier du 19 mai 2003 correspond aux discussions que l'appelant a eues avec son fils. Selon A___ les lettres de cadrage budgétaire - ou plan stratégique - ne sont pas ce qu'on appelle le budget de E___ qui lui comporte une compilation des revenus et dépenses envisagés pour un exercice à venir. Le budget était établi après discussion au comité du conseil et au comité exécutif du plan stratégique. Toujours selon A___, l'appelant n'était pas responsable d'un des secteurs d'activités de la banque qui génèrent des revenus. Son secteur génère des dépenses qui peuvent influencer sur les bénéfices de la banque. Appartenait aussi au secteur de responsabilité de l'appelant une activité de contrôle qui, suivant comment elle était exécutée, pouvait occasionner ou éviter des pertes. Pour juger de l'efficacité des secteurs de l'appelant, il fallait non seulement prendre en considération la qualité du contrôle des dépenses mais également l'évolution des pertes sur des opérations bancaires occasionnées par une mauvaise exécution de la banque. De son côté, T___ a expliqué qu'il avait été engagé en 2001 avec une rémunération de fr. 1'400'000.- par an garantie durant les premières années pour la responsabilité de deux départements. Quelques mois après son engagement il a été promu directeur général avec une rémunération garantie de fr. 1'500'000.- qui remplaçait le précédent engagement. Il a compris alors du chiffre 2 de la lettre du 18 décembre 2001 que sa situation salariale serait améliorée par un contrat de partenariat en relation avec les nouvelles responsabilités qu'il assumait. C'est dans ce contexte qu'il a signé le plan d'investissement du 30 juin 2003. Il a aussi expliqué qu'il avait rédigé la lettre de cadrage du 8 octobre 2002 sous la dictée du comité exécutif et que cette lettre ne comportait aucun objectif chiffré pour les services dont il avait la responsabilité. F. Par ordonnances préparatoires des 10 décembre 2007 et 7 janvier 2008, la Cour a invité E___ à produire : · l'amendement au contrat de travail de D___ du 30 juin 2003, étant précisé que les indications relatives au montant du salaire peuvent être caviardées à l'exception de la clause fixant le bonus ; · l'amendement au contrat de travail de C___ du 30 juin 2003, étant précisé que les

indications relatives au montant du salaire peuvent être caviardées à l'exception de la clause fixant le bonus. · les budgets annualisés des secteurs ressources humaines, risques et support pour 2004 et 2005 et la réalisation annualisée (comptes) des secteurs concernés pour la même période; · toute information utile chiffrée et documentée relative au contrôle des pertes dont la mise en place et la surveillance incombaient à T____. Il résulte de ces nouvelles pièces que : · que la formulation des amendements au contrat de travail de D____ et de C____ du 30 juin 2003 est identique à la formulation retenue dans l'amendement du même jour au contrat de l'appelant, étant précisé que D____ et C____ avaient la charge des secteurs générant des produits pour la banque; · l'appelant n'avait pas dépassé les montants prévus pour son secteur d'activité dans le budget 2004 de la banque; · la mauvaise exécution des prestations à la clientèle avait occasionné des pertes de fr. 558'000.- en 2003, de fr. 1'760'000.- en 2004. Les pertes occasionnées à la banque en raison de la mauvaise exécution des prestations à la clientèle ont chuté après le départ de l'appelant à fr. 80'000 en 2005. G. Lors de l'audience de comparution personnelle du 3 mars 2008, E____ a expliqué que si les objectifs chiffrés dans le budget pour les dépenses n'ont pas été dépassés, en revanche les objectifs qualitatifs qui comprenaient la mise en place de structures appropriées pour limiter, voire éviter, une mauvaise exécution des prestations fournies aux clients de la banque n'avaient pas été atteints. E____ ne reproche pas à l'appelant d'avoir augmenté les coûts des services dont il avait la charge mais de ne pas avoir répondu aux objectifs qui lui avaient été fixés quant à la mise en place de structures adaptées qui limitent ou suppriment les mauvaises exécutions des prestations aux clients ce qui avait engendré des pertes importantes. H. Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée dans la partie "en droit" ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige. EN DROIT 1. Déposé selon la forme et le délai prescrits par l'article 56 de la Loi sur la juridiction des Prud'hommes (LJP), l'appel est formellement recevable. 2. L'appelant réclame d'abord fr. 500'000.- à titre de bonus pour l'année 2004 et fr. 375'000.- pour l'année 2005. Il soutient que l'amendement du 30 juin 2003 qui prévoit qu'un bonus maximal de fr. 500'000.- sera payé " en tout ou partie d'année en année en fonction du niveau d'atteinte des objectifs fixés pour son secteur de responsabilité dans le budget annuel de la banque pour la période considérée" à la même signification que le chiffre 1 de son courrier à A____ du 19 mai 2003 qui indiquait que le bonus était " lié au budget de la Banque donc réduit si le budget n'est pas atteint (plus ou moins 10%) ". Selon lui, le bonus prévu dans l'amendement a dès lors un caractère obligatoire. L'intimée invoque pour sa part le caractère facultatif et à bien plaisir au motif que le paiement du bonus était assorti de réserves précisant son caractère « individuel et discrétionnaire ». Selon elle, la formulation de l'amendement du 30 juin 2003 ne correspond pas à celle contenue dans le courrier de l'appelant du 19 mai 2003 en ce sens que le paiement du bonus n'est pas directement lié au budget mais au niveau d'atteintes des objectifs fixés pour son secteur de responsabilité dans le budget de la banque. 2.1 Une gratification, aux termes de l'art. 322d CO, est une rétribution spéciale que l'employeur verse en sus du salaire, par exemple une fois par année. Elle se distingue du salaire, et en particulier d'un éventuel treizième mois de salaire, en ceci qu'elle dépend au moins partiellement du bon vouloir de l'employeur. Si le versement d'une gratification n'a pas été convenu, expressément ou par actes concluants, cette prestation est entièrement facultative. Si un versement de ce genre est convenu, l'employeur est tenu d'y procéder mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer. Dans les deux cas, la gratification peut consister dans une somme d'argent ou dans des prestations en nature. En l'absence d'un accord explicite, la gratification est considérée comme convenue lorsque

l'employeur l'a versée durant plus de trois années consécutives sans en réserver, par une déclaration adressée au travailleur, ce caractère facultatif (ATF 129 III 276 consid. 2).

2.2 La gratification est accessoire par rapport au salaire et elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. Par conséquent, un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un salaire variable même si l'employeur en réserve le caractère facultatif. Cela concerne les revenus les plus considérables; dans le cas de salaires modestes, un montant proportionnellement moins élevé peut déjà présenter le caractère d'un salaire variable (même arrêt, consid. 2.1).

2.3 La question de savoir si la gratification est une prestation purement facultative de l'employeur ou si le travailleur a une prétention à en obtenir le versement dépend des circonstances. Il faut tout d'abord se reporter au texte du contrat. Sa portée se détermine sur la base de la volonté réelle ou objectivement concordante des parties, et non pas sur des désignations ou expressions utilisées à tort par elles. La réserve du caractère facultatif de la gratification n'a aucune portée si elle n'est qu'une formule vide et si l'employeur montre par son comportement qu'il se sent obligé d'en verser une (ATF 129 III 410 ; ATF 128 III 165 = JdT 2003 p. 113 ; ATF 127 III 444 = JdT 2002 p. 213 ; ATF 126 III 119 = JdT 2000 p. 613). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations et les comportements selon la théorie de la confiance. Il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (interprétation dite objective; ATF 132 III 268 consid. 2.3.2; 131 III 606 consid. 4.1;). Il doit être rappelé que le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 130 III 417 consid. 3.2; 129 III 118 consid. 2.5; 128 III 419 consid. 2.2 et les références doctrinales). Pour trancher cette question, il faut se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances, lesquelles relèvent en revanche du fait (ATF 132 III 268 consid. 2.3.2; 131 III 586 consid. 4.2.3.1; 130 III 417 consid. 3.2). Les circonstances déterminantes sont celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté (ATF 131 III 377 consid. 4.2 p. 382 et l'arrêt cité), à l'exclusion des événements postérieurs (ATF 118 II 365 consid. 1 p. 366; 112 II 337 consid. 4a). Le sens d'un texte, apparemment clair, n'est pas forcément déterminant, de sorte que l'interprétation purement littérale est prohibée. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu (ATF 131 III 606 consid. 4.2; 130 III 417 consid. 3.2). Il n'y a cependant pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les intéressés lorsqu'il n'existe aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (ATF 130 III 417 consid. 3.2; 129 III 118 consid. 2.5; 128 III 265 consid. 3a). Une interprétation stricte selon la lettre s'impose également lorsque les parties sont expérimentées en affaires et familières des termes techniques utilisés (ATF 131 III 606 consid. 4.2; 129 III 702 consid. 2.4.1 p. 708). 3.