

## **GE\_GERICHTE C/282/2016 vom 9. Mai 2018**

GE Cour de justice, 2018-05-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_282\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_282_2016)

FR: GE\_GERICHTE C/282/2016 du 9 mai 2018

IT: GE\_GERICHTE C/282/2016 del 9 maggio 2018

### **Regeste**

RÉSILIATION ABUSIVE ; GRATIFICATION | CPC.311.a11; CO.322.letd;  
CO.336.a11.letd; CC.8

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

pour les années 2013 et 2014. Il requiert par ailleurs l'audition de témoins et, subsidiairement, l'annulation du chiffre 2 du dispositif du jugement attaqué et l'admission à titre de preuve de l'attestation produite par ses soins le 21 février 2017. d. Dans sa réponse à l'appel joint du 10 novembre 2017, A\_\_\_\_\_ conclut au déboutement de B\_\_\_\_\_ de ses conclusions sur appel joint, avec suite de frais et dépens. Elle produit une nouvelle pièce. e. Les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives dans des répliques et duplique des 10 novembre 2017, 7 décembre 2017 et 18 janvier 2018. f. Elles ont été informées le 22 janvier 2018 de ce que la cause était gardée à juger. B. Les faits pertinents suivants résultent du dossier soumis à la Cour : a. A\_\_\_\_\_ est une société de droit suisse dont le but est l'exploitation d'une banque ; son siège est à \_\_\_\_\_. b. B\_\_\_\_\_ a été engagé par A\_\_\_\_\_, en qualité de "Relationship Manager HNWI" au sein du "Desk" E\_\_\_\_\_ (ci-après : l'équipe E\_\_\_\_\_), à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2012, par contrat de travail à durée indéterminée signé le 10 août 2012. c. Le contrat prévoyait un salaire annuel de 140'000 fr. brut versé douze fois l'an, ainsi qu'une indemnité forfaitaire pour les frais de 8'400 fr. d. Le chiffre 4 du contrat de travail prévoyait le versement d'un bonus discrétionnaire conformément à la réglementation édictée par l'employeur. Il précisait que les collaborateurs n'avaient aucun droit à cet égard, même si des paiements avaient été effectués à ce titre durant les années précédentes. L'art. 56 du règlement du personnel de A\_\_\_\_\_ ainsi que les art. 2 et 4 de la directive "1\_\_\_\_\_" de la banque relative aux "rémunérations variables" disposaient que les employés n'avaient pas un droit contractuel ou légal à un bonus, le versement de ce dernier ainsi que son montant étant laissés à la libre appréciation de l'employeur. Il était par ailleurs prévu que le montant du bonus discrétionnaire était déterminé en fonction des résultats et performances de A\_\_\_\_\_ AG, et/ou de l'entité légale ou division ou département concernés, et en fonction de l'atteinte des objectifs de la zone géographique concernée. Les conditions du marché, ainsi que les performances individuelles de l'employé, sa contribution et son comportement étaient également pris en compte. En particulier, des violations des règles disciplinaires pouvaient affecter l'octroi ou le montant du bonus. Entendu comme témoin, D\_\_\_\_\_, lequel avait débuté son activité auprès de A\_\_\_\_\_ le même jour que B\_\_\_\_\_, a déclaré que l'octroi du bonus individuel dépendait premièrement du résultat de la banque et que si un montant était distribué aux départements, le supérieur hiérarchique en assurait la répartition en leur sein. Il avait personnellement toujours cru que les banques avaient un droit discrétionnaire dans l'octroi de bonus. Hormis l'objectif

concernant la masse sous gestion, il n'existait par ailleurs aucune application scientifique ou mathématique pour juger de l'atteinte des autres objectifs, la banque disposant à cet égard d'un droit discrétionnaire. e. Il résulte du rapport d'évaluation du 22 décembre 2013 que les objectifs financiers fixés à B\_\_\_\_\_ pour l'année 2013 consistaient à générer un bénéfice de 200'000 fr. et à augmenter sa masse d'avoires sous gestion de 20'000'000 fr. Etaient également fixés des objectifs de comportement. Durant l'année en question, B\_\_\_\_\_ a réalisé un bénéfice de 1'103'000 fr. Il n'est en revanche pas parvenu à acquérir de nouveaux avoires pour la banque, perdant au contraire 5'422'000 fr. de sa masse sous gestion. Aux termes de cette évaluation, B\_\_\_\_\_ a obtenu la notation générale "A" (fort), sur une notation allant de "C" (insatisfaisant), "B" (amélioration nécessaire), "A" (fort), "AA" (excellent) à "AAA" (exceptionnel). Le rapport d'évaluation fixait toutefois comme objectif à B\_\_\_\_\_ de mener les activités transfrontalières en respectant pleinement la réglementation prévue à cet effet ("execute cross-border business in a fully compliant way"). Il a perçu la somme de 30'000 fr. à titre de bonus pour cette année-là. f. Selon le tableau anonymisé produit par A\_\_\_\_\_, six des sept membres de l'équipe E\_\_\_\_\_ ont perçu un bonus à l'issue de l'exercice 2013. Bien qu'il ait obtenu la note B, l'employé n o 1 a reçu une gratification de 20'000 fr. Sur le plan financier, il avait cependant réalisé une meilleure performance que B\_\_\_\_\_. L'employé n o 6, qui a obtenu la note "B", réalisé le premier objectif à hauteur de 165% et perdu 16'000'000 fr. d'avoires sous gestion alors qu'il devait augmenter cette masse de 70'000'000 fr., n'a en revanche reçu aucune gratification. g. Les objectifs financiers fixés à B\_\_\_\_\_ pour l'année 2014 consistaient à générer un bénéfice de 1'550'000 fr. et à obtenir 30'000'000 fr. de nouveaux fonds sous gestion. h. Le 5 mars 2014, B\_\_\_\_\_ a eu un entretien avec notamment F\_\_\_\_\_, responsable du "business risk management", à l'issue duquel un compte-rendu lui a été remis. A teneur de ce document, un blâme lui était adressé en raison du fait qu'il n'avait, entre septembre 2012 et septembre 2013, pas respecté les directives internes de la banque en matière d'activités "cross-border" (ci-après : activités transfrontalières) dans le cadre de ses communications avec des clients \_\_\_\_\_. Il n'avait également pas complété ses rapports de voyages, selon les standards requis. Ce blâme a été inscrit au "e-file" de B\_\_\_\_\_ pour une durée de trois ans, au terme de laquelle il serait automatiquement effacé, sauf nouvel incident disciplinaire durant cette période. i. Tous les autres collaborateurs de l'équipe E\_\_\_\_\_, sauf un, ont également reçu un blâme au mois de mars 2014 pour violation des règles de la banque en matière d'activités transfrontalières. j. Par note interne du 7 mars 2014, B\_\_\_\_\_ a contesté le blâme infligé par la banque, indiquant notamment que le processus d'enquête était biaisé. Dans ses déterminations du 25 octobre 2016 au Tribunal, B\_\_\_\_\_ a finalement admis avoir commis certaines erreurs, tout comme la totalité de l'équipe E\_\_\_\_\_, dont l'entier des membres, hormis un collaborateur junior, avait été sanctionné. Il considérait le blâme comme sévère, mais pas totalement infondé. k. Le 15 juillet 2014, la banque a rédigé un certificat intermédiaire de travail à teneur duquel B\_\_\_\_\_ était un employé autonome, ciblé sur ses objectifs et remarqué pour son engagement, son esprit d'initiative et son travail axé sur le client. Il produisait de bons résultats tant qualitatifs que quantitatifs et correspondait aux hautes exigences de la banque dans tous les aspects. Il était apprécié comme un employé loyal et serviable. Son attitude envers les clients, ses supérieurs hiérarchiques et ses collègues était en tout temps amicale, agréable et professionnelle. l. Le 5 décembre 2014, B\_\_\_\_\_ a été entendu par F\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_, respectivement responsable et collaborateur du "business risk management" de la banque au sujet de possibles violations de règles internes de la banque en matière d'activités transfrontalières.

Etait également présente à cet entretien H\_\_\_\_\_, sa supérieure hiérarchique. Il était notamment reproché à B\_\_\_\_\_ d'avoir continué à communiquer avec le frère d'un détenteur de compte résidant en \_\_\_\_\_ après que la banque eut annulé sa procuration au mois de décembre 2013 en raison du fait que l'intéressé occupait une position dirigeante dans une société américaine. Or, dès l'instant où cette procuration était annulée, B\_\_\_\_\_ ne pouvait plus traiter avec cette personne en raison du secret bancaire. Le département "compliance" de la banque avait également enquêté sur des contacts téléphoniques que B\_\_\_\_\_ avait eus avec un client domicilié à Monaco lors des séjours de ce dernier aux Etats-Unis. Les règles transfrontalières de la banque prévoyaient en effet que les personnes temporairement en séjour aux Etats-Unis ne pouvaient être contactées que sur la base d'une "reverse sollicitation". Or, ces dernières n'étaient pas enregistrées dans le système de la banque de sorte que leur existence ne pouvait être établie. Interrogé sur le fait d'avoir poursuivi ou non les contacts avec le frère du client \_\_\_\_\_ après que sa procuration avait été annulée au mois de décembre 2013, B\_\_\_\_\_ a admis avoir continué à utiliser la même adresse électronique qu'auparavant, tout en relevant qu'il s'agissait de celle enregistrée auprès de la banque pour le client en question et que l'accès ("key fob") du système de cryptage "securemail" était maîtrisé par ce dernier. Or, selon B\_\_\_\_\_, l'ayant-droit du compte était responsable de l'usage de ce système et de l'éventuelle implication de son frère dans les communications échangées avec la banque. Lors d'une rencontre au mois de février 2014, B\_\_\_\_\_ avait en outre attiré l'attention de l'ayant-droit du compte sur le fait que son frère ne disposait plus de procuration sur celui-ci. Entendu à ce sujet, le témoin I\_\_\_\_\_, employé au A\_\_\_\_\_ depuis 2011 en qualité de "senior risk manager", a expliqué que la messagerie sécurisée permettait au gestionnaire de correspondre avec son client. Si ce dernier transmettait le mot de passe et qu'une autre personne pouvait y accéder, cela relevait de sa responsabilité. S'agissant des contacts qu'il avait entretenus avec le client domicilié à Monaco lorsque ce dernier séjournait aux USA, B\_\_\_\_\_ a indiqué n'avoir agi que sur la base des sollicitations de l'intéressé. Il admettait toutefois ne pas avoir enregistré les courriels en attestant dans le système de la banque. A l'issue de cette entrevue, B\_\_\_\_\_ a été informé que le compte-rendu de l'entretien serait transmis au département "compliance" pour instructions et qu'il pourrait être convoqué à un deuxième entretien avec le département "security" de la banque. m. Aux termes de l'évaluation de l'année 2014 établie le 6 janvier 2015, B\_\_\_\_\_ a obtenu la notation générale "B" (amélioration nécessaire). Concernant ses objectifs de compétence, il était notamment indiqué que B\_\_\_\_\_ s'était vu infliger un blâme au mois de mars 2014 et qu'un problème de "compliance" était en cours d'investigation. Selon le tableau produit par la banque, B\_\_\_\_\_ avait, à l'issue de l'exercice, réalisé son premier objectif à hauteur de 113%. Il n'avait en revanche pas atteint son second objectif qui consistait à augmenter sa masse sous gestion de 30'000'000 fr. Cette masse avait au contraire diminué de 6'735'000 fr. n. A teneur de ce même tableau, excepté B\_\_\_\_\_, tous les membres de l'équipe E\_\_\_\_\_ qui se sont vus infliger un blâme au mois de mars 2014 ont perçu un bonus. Le collaborateur n o

### **E. 2.1**

Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuve nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b). La première condition concerne indistinctement les vrais et les faux nova tandis que la seconde ne s'applique, par définition, qu'aux faux nova (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_456/2016 du 28 octobre 2016 consid. 4.1;

Jeandin, in CPC Commenté, n. 7 s. ad art. 317 CPC).

## **E. 2.2**

En l'espèce, les conditions de cette disposition ne sont pas réalisées, l'appelante ne le prétendant du reste pas. La question de savoir si cette circulaire constitue une norme qu'il incomberait au juge d'appliquer en vertu de l'art. 57 CPC – ce qui ne semble *prima facie* pas être le cas dès lors que ladite circulaire n'a pas le caractère d'une ordonnance administrative au sens de l'art. 7 al. 1 let. a LFINMA et est dépourvue d'effet contraignant (cf. Winzeler, Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz [éd: Watter/Vogt], 2<sup>ème</sup> éd. 2011, n. 19 ad art. 7 LFINMA), ou si ladite circulaire doit être assimilée à un fait notoire en application de l'art. 151 CPC (sur cette question, voir notamment l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_582/2016 du 6 juillet 2017 consid. 4.5 s.) peut par ailleurs souffrir de demeurer indécise. Le contenu de ce document n'est en effet pas déterminant pour la résolution du présent cas. 3. La Cour dispose d'un plein pouvoir d'examen de la cause en fait et en droit (art. 310 CPC). Elle contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance (art. 157 CPC en relation avec l'art. 310 let. b CPC) et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1). Elle peut dès lors apprécier à nouveau les preuves apportées, notamment les témoignages et les déclarations des parties tels qu'ils ont été dûment consignés au procès-verbal, et parvenir à des constatations de fait différentes de celles de l'autorité de première instance (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_238/2015 du 22 septembre 2015 consid. 2.2 s. et 4A\_748/2012 du 3 juin 2013 consid. 2.1). 4. Sur le plan procédural, l'intimé fait valoir que le Tribunal a violé les règles relatives au fardeau de l'allégation et à l'administration des preuves en interrogeant les parties et les témoins sur des faits non allégués, ce qu'il n'aurait eu de cesse de relever durant les débats. Les premiers juges auraient également méconnu les règles encadrant le droit à la réplique en admettant l'écriture de l'appelante du 16 décembre 2016. Cette dernière constituait en effet une écriture complète et non une simple détermination. Le Tribunal aurait dès lors dû déclarer irrecevables les allégués de fait et les offres de preuve nouveaux que ladite écriture comportait. 4.1 L'art. 311 al. 1 CPC impose au recourant de motiver son appel, c'est-à-dire de démontrer le caractère erroné de la décision attaquée. Hormis les cas de vices manifestes, l'autorité d'appel doit en principe se limiter à statuer sur les critiques formulées dans la motivation écrite contre la décision de première instance (ATF 142 III 413 consid. 2.2.4 et 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_111/2016 du 6 septembre 2016 consid. 5.3). Cette motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1). Cette obligation s'applique tant aux griefs de violation du droit que de constatation inexacte des faits (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_290/2014 du 1<sup>er</sup> septembre 2014 consid. 5; ACJC/1105/2017 du 5 septembre 2017 consid. 2.1; ACJC/1313/2011 du 17 octobre 2011 consid. 3). 4.2 En l'espèce, l'intimé se borne à formuler des considérations d'ordre général sur les problèmes procéduraux qu'il soulève. Il ne mentionne à aucun moment les éléments de fait que le Tribunal aurait retenus à tort sur la base des actes procéduraux incriminés et qui devraient être écartés par la Cour dans le cadre du présent arrêt. Il s'ensuit qu'indépendamment de son bien-fondé, ses critiques ne satisfont pas aux exigences de motivation applicables au stade de l'appel. Les griefs susmentionnés seront par conséquent déclarés irrecevables.

## **E. 5**

qui a obtenu une gratification de 29'700 fr. en 2014 en réalisant des résultats sensiblement inférieurs à ceux de l'intimé s'est vu attribuer la note A alors que l'intimé n'a obtenu que la note B. Les deux situations ne sauraient par conséquent être considérées comme équivalentes. Il sera encore relevé que l'employé n o 1, qui a obtenu la note B en 2013, a certes reçu une gratification de 20'000 fr. cette année-là. Sur le plan financier, il a cependant réalisé une meilleure performance que l'intimé durant l'exercice concerné. A cela s'ajoute que l'intimé était, à la fin de l'année 2014, le seul à faire l'objet d'une enquête disciplinaire pour violation des règles transfrontalières de la banque, et ce alors qu'il avait déjà été sanctionné pour des faits similaires en début d'année. En conséquence, la suppression du bonus de l'intimé pour l'année 2014 ne parait pas, de prime abord, résulter d'une décision subjective et arbitraire de la banque et devoir ainsi être assimilée à une inégalité de traitement entre l'intimé et les autres membres de l'équipe E\_\_\_\_\_. Indépendamment de ce qui précède, tant l'intimé que le Tribunal méconnaissent que pour contrevenir au principe d'égalité de traitement, il faut encore que la décision de l'employeur procède d'une sous-évaluation blessante de la personnalité du travailleur. Or, l'intimé n'a pas fait valoir en procédure que cette décision aurait été fondée sur d'autres critères que ceux que l'appelante mentionne dans son évaluation, et qu'elle aurait en réalité constitué une manœuvre discriminatoire visant à l'atteindre dans sa personnalité.

### **E. 5.1**

Le droit suisse ne contient aucune disposition qui traite spécifiquement du bonus, lequel peut consister dans le versement d'une somme d'argent ou encore dans la remise d'actions ou d'options (ATF 141 III 407 consid. 4.1). Il faut donc déterminer dans chaque cas, par interprétation des manifestations de volonté des parties lors de la conclusion du contrat ou de leur comportement ultérieur au cours des rapports de travail (accord par actes concluants, c'est-à-dire tacite), s'il s'agit d'un élément du salaire (art. 322 s. CO) ou d'une gratification (art. 322d CO) (ATF 142 III 381 consid. 2.1 et 2.2 p. 383 ss). En outre, il découle de la nature de la gratification qu'elle doit rester accessoire par rapport au salaire de base, à défaut de quoi il faudra procéder à une conversion en salaire (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_714/2016 du 29 août 2017 consid. 3).

#### **E. 5.1.1**

Lorsqu'un montant, même désigné comme bonus ou gratification est déterminé ou objectivement déterminable, c'est-à-dire qu'il a été promis par contrat dans son principe et que son montant est déterminé ou doit l'être sur la base de critères objectifs prédéterminés comme le bénéfice, le chiffre d'affaires ou une participation au résultat de l'exploitation, et qu'il ne dépend pas de l'appréciation de l'employeur, il doit être considéré comme un élément du salaire (variable), que l'employeur est tenu de verser à l'employé (art. 322 s. CO; ATF 141 III 407 consid. 4.1; 136 III 313 consid. 2; 129 III 276 consid. 2; 109 II 447 consid. 5c). En revanche, lorsque le bonus est indéterminé ou objectivement indéterminable, c'est-à-dire que son versement dépend du bon vouloir de l'employeur et que sa quotité dépend pour l'essentiel de la marge de manœuvre de celui-ci en ce sens qu'elle n'est pas fixée à l'avance et qu'elle dépend de l'appréciation subjective de la prestation du travailleur par l'employeur, il doit être qualifié de gratification (ATF 141 III 407 consid. 4.1 s.; 139 III 155 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_714/2016 du 29 août 2017 consid. 3.2.2). Si tel est le cas, deux cas de figure peuvent se présenter: les parties ont réservé seulement le montant du bonus (cf. infra 5.1.2) ou, au contraire, le principe et le montant du bonus (cf. infra 5.1.3).

### **E. 5.1.2**

Si, par contrat, les parties sont tombées d'accord sur le principe du versement d'un bonus et n'en ont réservé que le montant, il s'agit d'une gratification que l'employeur est tenu de verser, mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer (ATF 136 III 313 consid. 2; 131 III 615 consid. 5.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_714/2016 précité consid. 3.2.2.1). De même, lorsqu'au cours des rapports contractuels, un bonus a été versé régulièrement sans réserve de son caractère facultatif pendant au moins trois années consécutives, il est admis qu'en vertu du principe de la confiance, il est convenu par actes concluants, que son montant soit toujours identique ou variable: il s'agit donc d'une gratification à laquelle l'employé a droit (ATF 129 III 276 consid. 2.1; 131 III 615 consid. 5.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_714/2016 précité consid. 3.2.2.1), l'employeur jouissant d'une certaine liberté dans la fixation de son montant au cas où les montants étaient variables.

### **E. 5.1.3**

Si, par contrat, les parties ont réservé tant le principe que le montant du bonus, il s'agit d'une gratification facultative: le bonus n'est pas convenu et l'employé n'y a pas droit, sous réserve de l'exception découlant de la nature de la gratification (principe de l'accessoriété; cf. infra ch. 5.1.4). De même, lorsque le bonus a été versé d'année en année avec la réserve de son caractère facultatif, il n'y a en principe pas d'accord tacite: il s'agit d'une gratification qui n'est pas due. Toutefois, il a été admis par exception que, en dépit de la réserve (sur le principe et sur le montant), un engagement tacite peut se déduire du paiement répété de la gratification pendant des décennies, lorsque l'employeur n'a jamais fait usage de la réserve émise, alors même qu'il aurait eu des motifs de l'invoquer, tels qu'une mauvaise marche des affaires ou de mauvaises prestations de certains collaborateurs, lorsqu'il l'a versée: il s'agit alors d'une gratification à laquelle l'employé a droit (ATF 129 III 276 consid. 2.3; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_714/2016 précité consid. 3.2.2.3). Il en va de même lorsque la réserve du caractère facultatif n'est qu'une formule vide de sens (c'est-à-dire une clause de style sans portée) et qu'en vertu du principe de la confiance, il y a lieu d'admettre que l'employeur montre par son comportement qu'il se sent obligé de verser un bonus (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_714/2016 précité consid. 3.2.2.3).

### **E. 5.1.4**

Lorsque l'employeur a réservé le caractère facultatif du bonus, dans son principe et dans son montant, et que l'employé n'a donc pas un droit contractuel au versement de celui-ci (qui constitue dès lors une gratification; cf. ci-dessus 5.1.3), il faut encore examiner si le bonus a un caractère accessoire par rapport au salaire de base ou si à l'inverse il doit être requalifié en salaire compte tenu de son importance dans la rétribution de l'employé (ATF 141 III 407 consid. 4.3.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_714/2016 précité consid. 3.3). Il a ainsi été retenu que, pour des salaires moyens et supérieurs, soit ceux compris entre une fois et cinq fois le salaire médian suisse dans le secteur privé, un bonus très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, perd son caractère accessoire et doit être requalifié en salaire. Pour des salaires modestes, soit les salaires inférieurs ou égaux à une fois le salaire médian suisse, un bonus proportionnellement moins élevé peut déjà devoir être requalifié en salaire (ATF 141 III 407 consid. 4.3.1; 131 III 615 consid. 5.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_714/2016 précité consid. 3.3.2).

### **E. 5.1.5**

Le Tribunal fédéral a en outre admis que le caractère facultatif de la gratification trouvait ses limites dans le respect de l'égalité de traitement (cf. ATF 129 III 276 consid. 3.1 = JdT 2003 I p. 346 ss; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_172/2012 du 22 août 2012 consid. 8.2). Des restrictions à la discrimination entre les employés d'un même employeur ne sont cependant justifiées que dans des cas très ponctuels. En effet, le principe d'égalité de traitement s'applique en vertu de l'obligation qui incombe à l'employeur de protéger la personnalité de son employé (art. 328 CO) et des règles sur la protection de la personnalité (art. 28 ss CC). Or, même une décision subjective et arbitraire de l'employeur ne représente une atteinte à la personnalité, et donc une contravention à l'interdiction de discrimination, que si elle laisse transparaître une sous-évaluation de la personnalité du travailleur qui soit blessante pour ce dernier. Une telle sous-évaluation n'est réalisée que si l'employé est placé dans une situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres employés; elle ne peut être admise lorsque l'employeur favorise simplement quelques employés (ATF 129 III 276 consid. 3.1 = JdT 2003 I p. 346 ss).

#### **E. 5.1.6**

Conformément à l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut librement décider d'administrer des preuves: elle peut ainsi ordonner que des preuves administrées en première instance le soient à nouveau devant elle, faire administrer des preuves écartées par le tribunal de première instance ou encore décider l'administration de toutes autres preuves. Cette disposition ne confère toutefois pas à l'appelant un droit à la réouverture de la procédure probatoire et à l'administration de preuves. Le droit à la preuve, comme le droit à la contre-preuve, découlent de l'art. 8 CC ou, dans certains cas, de l'art. 29 al. 2 Cst., dispositions qui n'excluent pas l'appréciation anticipée des preuves (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 et les arrêts cités; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_86/2016 du 5 septembre 2016 consid. 3.1). Il s'ensuit que l'autorité d'appel peut rejeter la requête de réouverture de la procédure probatoire et d'administration d'un moyen de preuve déterminé présentée par l'appelant si elle ne porte pas sur un fait pertinent pour l'appréciation juridique de la cause (ATF 133 III 189 consid. 5.2.2; 129 III 18 consid. 2.6 et les références; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_86/2016 précité consid. 3.1).

#### **E. 5.2**

En l'espèce, le Tribunal ne saurait être suivi dans son raisonnement selon lequel les bonus étaient payés au sein de l'établissement essentiellement sur la base de critères objectivement déterminables et que le principe du versement ainsi que le montant du bonus n'étaient pas laissés à l'entière discrétion de l'employeur.

#### **E. 5.2.1**

En effet, tant le contrat de travail de l'intimé que le règlement du personnel et la directive interne 1\_\_\_\_\_, dont l'intimé ne conteste pas l'application, prévoient expressément que les employés ne disposaient d'aucun droit à l'obtention d'un bonus et que l'octroi de ce dernier ainsi que son montant étaient laissés à la libre appréciation de l'appelante. Certes, l'art. 4 de la directive 1\_\_\_\_\_ indique que le montant du bonus dépend en premier lieu du bénéfice de la banque et des conditions du marché, éléments qui constituent en eux-mêmes des critères objectifs. Cette disposition souligne cependant en préambule le caractère discrétionnaire du bonus et ne comporte aucun terme laissant entendre qu'un résultat positif de l'établissement donnerait automatiquement droit à une gratification. Il sera à cet égard relevé que ni l'intimé ni le témoin D\_\_\_\_\_ n'ont prétendu que tel serait le cas. A teneur de

cette disposition, les autres critères d'octroi du bonus résident dans les performances individuelles de l'employé, sa participation et son comportement, soit des éléments relevant de l'appréciation subjective de l'employeur. Contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, rien n'indique que ces éléments seraient moins déterminants que les critères objectifs ni qu'ils influeraient uniquement sur le montant du bonus et non sur le principe de son octroi. Au vu de ce qui précède, il appert que les parties ont réservé tant le principe que le montant du bonus. Dans la mesure où il n'est pas soutenu que l'une des exceptions prévue par la jurisprudence serait réalisée (versement du bonus sans réserve de son caractère facultatif durant trois années consécutives, paiement répété de la gratification pendant des décennies, la réserve du caractère facultatif devenant alors vide de sens, ou encore caractère accessoire par rapport à la rémunération de base imposant de requalifier le bonus en salaire), l'intimé n'avait en principe pas droit à l'octroi d'un bonus pour l'année 2014.

### **E. 5.2.2**

Reste à examiner si, comme l'a retenu le Tribunal, la suppression du bonus de l'intimé pour l'exercice en question violait le principe d'égalité de traitement. In casu, l'appelante a refusé d'allouer un bonus à l'intimé au motif que sa performance était insuffisante, que l'intéressé avait commis des infractions aux règles transfrontalières pour lesquelles il avait été sanctionné au mois de mars 2014 et qu'au moment de la décision sur l'octroi du bonus, il se trouvait sous enquête pour deux autres contraventions auxdites règles. Tant l'intimé que le Tribunal ont considéré que ces éléments étaient insuffisants pour justifier la suppression du bonus. Excepté l'intimé, tous les membres de l'équipe E\_\_\_\_\_ qui avaient reçu un blâme au mois de mars 2014 s'étaient en effet vu allouer un bonus en fin d'année. L'employé n o

### **E. 5.3**

Au vu de ce qui précède, la réalisation des conditions permettant de condamner l'appelante à verser un bonus à l'intimé pour l'année 2014 en application du principe d'égalité de traitement peut d'emblée être niée. La demande d'actes d'instruction formulée par l'intimé dans le cadre de son appel joint (cf. en fait, let. A.c) sera également rejetée. Ces actes visaient en effet à démontrer que l'appelante aurait mal évalué la réalisation par l'intimé de son objectif tendant à augmenter sa masse sous gestion durant l'exercice 2014 en ne le mettant pas au bénéfice du principe de neutralisation, qu'elle aurait considéré à tort que l'intimé avait contrevenu aux règles transfrontalières dans ses relations avec ses clients et qu'elle l'aurait traité de manière inégale avec sa collègue C\_\_\_\_\_, cette dernière ayant obtenu un bonus en 2014 malgré le blâme infligé au mois de mars de cette même année. Les mesures d'instruction sollicitées ne visaient en revanche pas à établir que le refus de l'appelante d'allouer un bonus à l'intimé pour l'exercice en question aurait constitué une manœuvre discriminatoire visant à l'atteindre dans sa personnalité. Partant, ils ne portaient pas sur des faits pertinents pour l'issue de la cause. Le jugement entrepris, en tant qu'il condamnait l'appelante à verser 20'000 fr. à ce titre à l'intimée, avec intérêts à 5% dès le 1 er janvier 2015, sera par conséquent annulé et l'intimé débouté de ses conclusions sur ce point.

### **E. 6**

L'intimé conclut, sur appel joint, à l'annulation du chiffre 5 du dispositif du jugement entrepris et à la condamnation de l'appelante à lui verser une indemnité de licenciement abusif de 35'000 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 1 er octobre 2015. Il fait valoir que le déroulement chronologique des faits démontre que l'appelante ne l'a pas congédié en raison de la violation des règles transfrontalières – qu'il conteste, offres de preuve à l'appui, – mais

parce qu'il a dénoncé sa supérieure au début du mois de mars 2015. Dès lors que cette dénonciation était conforme à ses obligations contractuelles et assortie d'une garantie de protection, il ne pouvait être congédié pour ce motif.

## **E. 6.1**

Le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties (art. 335 al. 1 CO). En droit suisse du travail, la liberté de résiliation prévaut de sorte que pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit fondamental de chaque co-contractant de mettre fin au contrat unilatéralement est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 CO; ATF 136 III 513 consid. 2.3; 132 III 115 consid. 2.1).

### **E. 6.1.1**

L'art. 336 al. 1 et 2 CO contient une liste non exhaustive de cas dans lesquels la résiliation est abusive (ATF 136 III 513 cité; 132 III 115 consid. 2.1). Ainsi, selon l'art. 336 al. 1 let. d CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail. Cette disposition vise le congé-représailles ou congé-vengeance. Elle tend en particulier à empêcher que le licenciement soit utilisé pour punir le travailleur d'avoir fait valoir des prétentions auprès de son employeur en supposant de bonne foi que les droits dont il soutenait être le titulaire lui étaient acquis. En principe, la bonne foi du travailleur est présumée (art. 3 al. 1 CC) et il importe peu que les prétentions invoquées de bonne foi soient réellement fondées pour pouvoir bénéficier de la protection de l'art. 336 al. 1 let. d CO (ATF 136 III 513 consid. 2.4). C'est à l'employeur qu'il incombe d'établir la mauvaise foi du travailleur en démontrant que ce dernier savait qu'il faisait valoir des prétentions totalement injustifiées, ou chicanières, ou présentant un caractère téméraire (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_401/2016 du 13 janvier 2017 consid. 5.1.2 et les arrêts cités).

### **E. 6.1.2**

En application de l'art. 8 CC, c'est en principe à la partie qui a reçu son congé de démontrer que celui-ci est abusif (ATF 130 III 699 consid. 4.1 = SJ 2005 I 152; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_92/2017 du 26 juin 2017 consid. 2.2.2). Le travailleur doit établir non seulement le motif abusif mais aussi l'existence d'un lien de causalité entre l'état de fait fondant le caractère abusif du congé et la résiliation du contrat de travail (Dunand, in Commentaire du contrat de travail [éd: Dunand/Mahon], 2013, n. 16 ad art. 336 CO). Ainsi, le fait que l'employé émette de bonne foi une prétention résultant de son contrat de travail n'a pas nécessairement pour conséquence de rendre abusif le congé donné ultérieurement par l'employeur. Encore faut-il que la formulation de la prétention en soit à l'origine et qu'elle soit à tout le moins le motif déterminant du licenciement (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_401/2016 précité consid. 5.1.3). L'interdiction du congé de représailles ne doit en effet pas permettre à un employé de bloquer un congé en soi admissible au moyen d'une réclamation (Dunand, op. cit., n. 45 ad art. 336 CO). En ce domaine, la jurisprudence a tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a donné le congé. Le juge peut ainsi présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de "preuve par indices". De son côté, l'employeur ne peut

rester inactif; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF 130 III 699 consid. 4.1 et arrêt du Tribunal fédéral 4A\_92/2017 consid. 2.2.2 précités). Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence a précisé qu'en cas de pluralité de motifs, dont l'un au moins s'avère abusif, il incombe à l'employeur de démontrer qu'il aurait licencié le travailleur même en l'absence du motif abusif (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_437/2015 du 4 décembre 2015 consid. 2.2.5 et les arrêts cités; Dunand, op. cit., n. 19 ad art. 336 CO).

### **E. 6.1.3**

Cela étant, si le juge peut présumer l'existence d'un congé abusif lorsque le travailleur apporte des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif de résiliation invoqué par l'employeur, il ne faut pas perdre de vue que la motivation inexacte du congé ne constitue pas en soi un motif de licenciement abusif. En d'autres termes, le congé ne peut pas être considéré comme abusif sur la seule base du caractère non avéré des griefs invoqués à l'appui de la résiliation ou du fait que l'auteur de la résiliation n'est pas en mesure d'établir un motif justifié de résiliation (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_346/2009 du 20 octobre 2009 consid. 3.2 et les références citées; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3<sup>ème</sup> éd. 2014, p. 646). Introduire une telle condition à l'exercice du droit de résilier serait contraire au système prévu par l'art. 335 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_485/2016 du 28 avril 2017 consid. 3.2.1). A titre d'exemple, si l'employeur résilie le contrat en invoquant des prestations insuffisantes, le congé n'est pas abusif du seul fait que les prestations devraient par hypothèse être objectivement qualifiées de suffisantes (Wyler/Heinzer, op. cit., p. 646). Le congé ne devient abusif que dans l'hypothèse où le motif avancé ne correspond pas au véritable motif subjectif de l'employeur qui serait quant à lui condamnable (Wyler/Heinzer, op. cit., p. 664).

### **E. 6.2**

En l'espèce, l'appelante a fondé la résiliation des rapports de travail sur le fait que l'intimé a violé plusieurs réglementations internes applicables en matière de communication avec des clients domiciliés à l'étranger et ce alors qu'il avait déjà été sanctionné pour des faits similaires au mois de mars 2014. Conformément aux principes rappelés ci-dessus, la question de savoir si l'intimé s'est ou non conformé auxdites règles est secondaire, une preuve de leur respect pouvant tout au plus constituer un indice selon lequel le motif invoqué par l'appelante à l'appui du congé cacherait un autre motif condamnable. Pour pouvoir prétendre à une indemnité de licenciement abusif, l'intimé doit démontrer non seulement que les circonstances invoquées par l'appelante à l'appui du congé n'ont pas déterminé cette dernière à résilier les rapports de travail mais aussi que le congé repose en réalité sur un autre motif, lequel est de surcroît condamnable. A défaut de prouver ces deux éléments (existence d'un autre motif de résiliation que celui invoqué par l'appelante et caractère condamnable de ce dernier), l'intimé doit être débouté de ses conclusions en paiement d'une indemnité au sens de l'art. 336a al. 1 CO. S'agissant du congé de représailles allégué par l'intimé, le Tribunal a retenu que l'attitude de l'appelante ayant consisté à suspendre l'intimé le 4 mars 2015 après qu'il ait dénoncé de potentielles irrégularités commises par un cadre de la banque aurait pu, dans un autre contexte, constituer une violation du droit de la personnalité de l'employé. Il a toutefois considéré comme établi que la banque avait envisagé de licencier l'intimé dès le mois de février 2015 en raison des infractions aux directives internes commises par ce dernier. Selon les premiers juges, il convenait par ailleurs de douter de la bonne foi de l'intimé. Alors qu'il était sous enquête et

en train de négocier son départ, l'intimé avait en effet dénoncé sa supérieure tout en sachant que l'appelante était en possession des informations litigieuses depuis un certain temps, pour ensuite se rétracter et retirer une partie de ses accusations quelques jours après les avoir formulées. La dénonciation apparaissait dès lors comme concomitante au licenciement et non à l'origine de celui-ci. En tant que tel, le raisonnement opéré par les premiers juges ne prête pas le flanc à la critique. L'interdiction du congé de représailles ne doit en effet pas permettre à un employé de bloquer un congé, en soi admissible, en dénonçant des faits dont il sait que l'employeur a déjà connaissance ou en proférant des accusations avec l'intention de se rétracter ultérieurement. Le congé ne peut en outre être annulé que si la formulation de la prétention apparaît comme étant à l'origine du licenciement, ce qui n'était en l'espèce pas le cas selon le Tribunal. Cela étant, point n'est besoin d'examiner ces questions de manière plus approfondie. Dans le cadre de son appel joint, l'intimé se borne en effet à faire valoir que la connexité temporelle entre la dénonciation de sa supérieure et sa suspension établirait l'existence d'un congé de représailles. Ce faisant, il n'expose pas en quoi les premiers juges auraient erré en retenant qu'il avait agi de mauvaise foi en dénonçant sa supérieure de manière injustifiée, dans le but de se prémunir du congé qui allait prochainement lui être signifié. Son grief s'avère ainsi insuffisamment motivé et doit être rejeté dans la mesure où il est recevable. Il s'ensuit que l'intimé échoue à apporter la preuve que la résiliation des rapports de travail équivaldrait à un congé de représailles au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO. Le caractère condamnable de ce motif de résiliation n'étant pas démontré, la question de savoir s'il a déterminé ou non l'appelante à résilier les rapports de travail, de manière à rendre le congé abusif, s'avère dénuée de pertinence.

### **E. 6.3**

Les conclusions de l'intimé tendant à l'audition des témoins O \_\_\_\_\_ et N \_\_\_\_\_ respectivement, à l'admission à titre de preuve de l'attestation établie par ce dernier témoin, seront également rejetées. L'intimé entendait en effet démontrer, à l'aide de ces témoignages, qu'il n'aurait pas contrevenu aux règles transfrontalières dans le cadre de ses relations avec les clients précités, comme le lui reprochait la banque. Ces mesures d'instruction s'avèrent toutefois dénuées de pertinence pour la résolution du litige puisque l'intimé ne parvient de toute manière pas à établir que les rapports de travail auraient par la suite été résiliés de manière abusive au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO. Le jugement entrepris, en tant qu'il déboutait l'intimé de ses conclusions tendant à l'octroi d'une indemnité pour licenciement abusif, sera dès lors confirmé.

### **E. 7**

7.1 Lorsque la Cour statue à nouveau, elle se prononce sur les frais fixés par le Tribunal de première instance (art. 318 al. 3 CPC). En l'espèce, les parties ne contestent pas le montant des frais de la procédure de première instance de sorte qu'il convient de maintenir ceux-ci à 1'000 fr. Dès lors qu'il succombe, l'intimé sera condamné à supporter les frais en question (art. 106 al. 1 CPC). Ces derniers seront partiellement compensés par l'avance de 500 fr. effectuée par le précité, qui reste acquise à l'Etat de Genève. L'intimé sera en outre condamné à verser à l'Etat de Genève un montant complémentaire de 500 fr. afin de couvrir le montant restant (art. 111 al. 1 CPC).

### **E. 7.2**

Les frais judiciaires d'appel, arrêtés à 1'000 fr., seront également mis à la charge de l'intimé (art. 95 et 106 al. 1 CPC; art. 71 RTFMC). Ils seront partiellement compensés par l'avance de 500 fr. effectuée par l'appelante, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). L'intimé sera par conséquent condamné à verser à l'appelante la somme de 500 fr. à titre de remboursement de l'avance de frais (art. 111 al. 2 CPC) et un montant identique à l'Etat de Genève afin de couvrir le solde (art. 111 al. 1 CPC). Il ne sera pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

## **E. 8**

Le présent arrêt est susceptible d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 72 al. 1 LTF), la valeur litigieuse étant supérieure à 15'000 fr. (art. 74 al. 1 let. a LTF). \* \* \* \* \*

PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 4 : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté le 22 août 2017 par A\_\_\_\_\_AG contre le jugement JTPH/259/2017 rendu le 20 juin 2017 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/282/2016-4. Déclare recevable l'appel joint interjeté le 9 octobre 2017 par B\_\_\_\_\_ contre le jugement susvisé. Au fond : Annule le jugement entrepris. Cela fait, statuant à nouveau : Déboute B\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions. Arrête les frais judiciaires de première instance à 1'000 fr., les met à la charge de B\_\_\_\_\_ et les compense partiellement avec l'avance de 500 fr. fournie par celui-ci, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève. Condamne B\_\_\_\_\_ à verser la somme de 500 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, à titre de solde des frais judiciaires de première instance. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens de première instance. Sur les frais d'appel : Arrête les frais judiciaires d'appel à 1'000 fr., les met à la charge de B\_\_\_\_\_ et les compense partiellement avec l'avance de 500 fr. fournie par A\_\_\_\_\_AG, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève. Condamne B\_\_\_\_\_ à verser la somme de 500 fr. à A\_\_\_\_\_AG à titre de remboursement de l'avance de frais. Condamne B\_\_\_\_\_ à verser la somme de 500 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, à titre de solde des frais judiciaires d'appel. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens d'appel. Siégeant : Madame Eleanor McGREGOR, présidente; Monsieur Olivier GROMETTO, juge employeur; Madame Ana ROUX, juge salariée; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière. La présidente : Eleanor McGREGOR La greffière : Véronique BULUNDWE-LEVY Indication des voies de recours : Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110 ), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile. Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000 fr.

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