

# BGer 4A 430/2018 vom 4. Februar 2019

Bundesgericht, 2019-02-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_430\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_430_2018)

FR: TF 4A 430/2018 du 4 février 2019

IT: TF 4A 430/2018 del 4 febbraio 2019

## Regeste

contrat de travail; bonus | Droit des contrats

## Erwägungen

### E. 1

Interjeté en temps utile (art. 46 al. 1 let. b, 48 al. 1, 100 al. 1 LTF) et sous la forme requise par la loi ( art. 42 LTF ) par la défenderesse qui a succombé partiellement dans ses conclusions en libération ( art. 76 al. 1 LTF ) et dirigé contre une décision finale ( art. 90 LTF ) prise sur recours par le tribunal supérieur du canton ( art. 75 LTF ) dans une contestation du contrat de travail dont la valeur litigieuse est supérieure à 15'000 fr. (art. 72 al. 1 et 74 al. 1 let. a LTF), le recours en matière civile est recevable.

### E. 2.1

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte - ce qui correspond à la notion d'arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 137 I 58 consid. 4.1.2; 137 II 353 consid. 5.1) - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ). La partie recourante qui soutient que les faits ont été constatés d'une manière arbitraire doit satisfaire au principe d'allégation ( art. 106 al. 2 LTF ), c'est-à-dire soulever expressément ce grief et exposer celui-ci de façon claire et détaillée ( ATF 135 III 232 consid. 1.2; 133 II 249 consid. 1.4.2).

### E. 2.2

Le Tribunal fédéral applique d'office le droit ( art. 106 al. 1 LTF ), sous réserve de la violation des droits constitutionnels ( art. 106 al. 2 LTF ). Il n'est pas limité par les arguments soulevés dans le recours, ni par la motivation retenue par l'autorité précédente; il peut donc admettre un recours pour d'autres motifs que ceux qui ont été articulés ou, à l'inverse, rejeter un recours en adoptant une argumentation différente de celle de l'autorité précédente ( ATF 135 III 397 consid. 1.4 et l'arrêt cité). Lorsque la décision attaquée comporte plusieurs motivations indépendantes dont chacune suffit à sceller le sort de la cause, il appartient au recourant, sous peine d'irrecevabilité, de s'attaquer conformément aux art. 42 al. 2 et 106 al. 2 LTF à chacune d'entre elles, et, pour obtenir gain de cause, de démontrer que ces deux motivations sont contraires au droit (parmi plusieurs: ATF 142 III 364 consid. 2.4; 138 I 97 consid. 4.1.4; 138 III 728 consid. 3.4).

### E. 3

Se plaignant de violation des art. 116 et 121 LDIP , la recourante conteste l'application du droit suisse à la cause.

### **E. 3.1**

La cause revêt un aspect international puisqu'il apparaît que l'employé, domicilié en Suisse et au service d'une société sise en Suisse, accomplissait son travail, à tout le moins en partie, au Maroc. Le Tribunal fédéral examine d'office la question du droit applicable au litige, sur la base du droit international privé suisse en tant que *lex fori* ( ATF 137 III 481 consid. 2.1 p. 483; 136 III 142 consid. 3.2 p. 144, 232 consid. 5 p. 234 s.). Aux termes de l' art. 121 al. 1 LDIP , le contrat de travail est régi par le droit de l'État dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail. Si le travailleur accomplit habituellement son travail dans plusieurs Etats, le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat de l'établissement ou, à défaut d'établissement, du domicile ou de la résidence habituelle de l'employeur ( art. 121 al. 2 LDIP ). Une élection de droit est toutefois possible, mais elle ne peut désigner que le droit de l'État dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou celui dans lequel l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle ( art. 121 al. 3 LDIP ).

### **E. 3.2**

Faisant sien le raisonnement des juges de première instance, la cour cantonale a retenu que l'employé avait principalement travaillé pendant une période au sein de X. \_\_\_\_\_ Maroc, puisque la création de cette société lui avait été confiée. Il était toutefois domicilié à Genève depuis qu'il était entré en fonction au sein de l'employeuse, son activité au Maroc était organisée depuis la Suisse et son salaire, duquel étaient déduites des charges sociales suisses, était versé en francs suisses sur un compte suisse. En outre, l'employé était affilié à une caisse de pension suisse et avait effectué un MBA à l'Université de Genève, payé par son employeur, raison pour laquelle il partageait son temps entre le Maroc et la Suisse. Enfin, une élection tacite en faveur du droit suisse résultait du versement du salaire en francs suisses et de la déduction de charges sociales suisses.

### **E. 3.3**

Plaidant pour l'application du droit marocain à la cause, la recourante se prévaut de ce que l'employé travaillait exclusivement au Maroc dès 2012 et qu'il séjournait plusieurs jours par semaine à W. \_\_\_\_\_. Celui-ci s'était en outre fondé sur le droit marocain dans le cadre des procédures qu'il avait introduites au Maroc et s'était prévalu à plusieurs reprises de ses connaissances de ce droit. Compte tenu de la familiarité de l'employé avec le droit marocain, la recourante soutient que l'on ne saurait considérer qu'il existe des liens beaucoup plus étroits avec la Suisse, justifiant de s'écarter de la règle de l' art. 121 al. 1 LDIP .

### **E. 3.4**

Cette argumentation de la recourante repose en partie sur des faits s'écartant de ceux retenus dans l'arrêt cantonal, respectivement sur des faits qui ne sont pas déterminants pour juger de la question du droit applicable. En tous les cas, l'on n'y retrouve aucune critique quant à la seconde motivation de la cour cantonale, selon laquelle les parties étaient tacitement convenues de l'application du droit suisse à leur rapport de travail. Cette motivation suffit pourtant à sceller le sort de la cause, de sorte que la recourante aurait également dû l'attaquer pour tenter d'obtenir gain de cause sur la question (cf. consid. 2.2 in fine ). Faute pour elle d'y avoir procédé, son grief fondé sur le droit applicable doit être déclaré irrecevable.

### **E. 4**

Restent litigieuses la prime qui devait être versée en 2013 pour l'année 2012 et celle qui devait être versée en 2015 pour l'année 2014. Les juridictions cantonales ont considéré qu'aucune prime ne devait être versée en 2014 pour l'année 2013, compte tenu du financement par l'employeuse de la formation MBA suivie par l'employé, ce que celui-ci n'a pas remis en cause (cf. consid. B.a supra ).

## **E. 5**

Dans plusieurs arrêts récents, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de résumer sa jurisprudence en matière de bonus (notamment: 4A\_78/2018 du 10 octobre 2018 consid. 4.2 et 4.3 et les références citées; 4A\_463/2017 du 4 mai 2018 consid. 3; 4A\_290/2017 du 12 mars 2018 consid. 4.1). Il en résulte qu'il faut distinguer les trois cas suivants: (1) le salaire - variable -, (2) la gratification à laquelle l'employé a droit et (3) la gratification à laquelle il n'a pas droit. Ce n'est que lorsque l'employé n'a pas de droit à la gratification - cas n° 3 - que la question de la requalification du bonus en salaire, en vertu du principe de l'accessorité lorsque les salaires sont modestes ou moyens et supérieurs, se pose, ce principe étant en revanche inapplicable pour les très hauts revenus.

### **E. 5.1**

On se trouve dans le cas n° 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 alors 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 p. 317; 129 III 276 consid. 2 p. 278; 109 II 447 consid. 5c p. 448).

### **E. 5.2**

En revanche, on se trouve en présence d'une gratification - dans les cas n°s 2 et 3 - lorsque le bonus est indéterminé ou objectivement indéterminable ( ATF 141 III 407 consid. 4.1 et 4.2 p. 407 s.; 139 III 155 consid. 3.1 p. 157; arrêt 4A\_485/2016 du 28 avril 2017 consid. 4.1.2).

#### **E. 5.2.1**

Il y a un droit à la gratification - cas n° 2 - lorsque, 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 ( Anspruch auf die Gratifikation ), mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer ( ATF 136 III 313 consid. 2 p. 317; 131 III 615 consid. 5.2 p. 620; arrêt 4A\_172/2012 du 22 août 2012 consid. 8.2). De même, lorsqu'au cours des rapports contractuels, un bonus a été versé régulièrement sans réserve de son caractère facultatif pendant au moins trois années consécutives, il est admis qu'en vertu du principe de la confiance, il est convenu par actes concluants (tacitement), que son montant soit toujours identique ou variable: il s'agit donc d'une gratification à laquelle l'employé a droit ( ATF 129 III 276 consid. 2.1; 131 III 615 consid. 5.2; arrêt 4A\_172/2012 précité consid. 8.2), l'employeur jouissant d'une certaine liberté dans la fixation de son montant au cas où les montants étaient variables. Il convient d'ajouter que, dans les deux situations, le travailleur n'a droit, aux termes de l' art. 322d al. 2 CO , à une part proportionnelle de la gratification en cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui y donne lieu que s'il en a été convenu ainsi, ce qu'il lui incombe de

prouver en vertu de l' art. 8 CC .

### **E. 5.2.2**

Il n'y a pas de droit à la gratification - cas n° 3 - lorsque, par contrat, les parties ont réservé tant le principe que le montant du bonus; il s'agit alors 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. supra consid. 5). 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 ( jahrzehntelang ), 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 p. 280 s.). 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 (arrêts 4A\_463/2017 déjà cité consid. 3.1.3.2; 4A\_172/2012 déjà cité consid. 8.2).

### **E. 6**

Il s'agit tout d'abord de déterminer s'il y a lieu de qualifier le bonus de salaire (cas n° 1, consid. 6.1 infra ) ou de gratification (cas n° 2 et n° 3, consid. 6.2 infra ), comme le soutient la recourante.

#### **E. 6.1**

En l'espèce, il n'est nullement établi que les parties seraient convenues du versement d'un montant déterminé ou objectivement déterminable. En particulier, aucun élément de fait n'indique que le montant versé à titre de " prime " aurait été déterminé à l'avance, en fonction de critères objectifs prédéterminés. Au contraire, dans ses courriels d'août 2013 à B.\_\_\_\_\_, l'employé demandait si le bonus pour l'année écoulée avait été fixé dans son montant, évoquant la possibilité que celui-ci soit minoré et se prévalant de ce que son bonus devait représenter la récompense pour le travail effectué et les réussites accomplies. L'employé précisait en outre que certains facteurs, soit le financement et le temps investi dans sa formation, ne pouvaient que venir réduire son éventuel bonus l'année suivante. Contrairement à ce qu'en a déduit la cour cantonale, le SMS de B.\_\_\_\_\_ du 27 septembre 2013, envoyé après interpellation de l'employé (" Oui merci de me le rappeler: 25'000EUR? "), atteste également du caractère discrétionnaire du bonus, puisque le montant qui y est énoncé figure sous la forme interrogative, ce qui infirme l'hypothèse du versement d'un montant fixe ou fixé en fonction de critères prédéfinis. L'ensemble de ces éléments confirme que le montant du bonus était laissé à la libre appréciation de l'employeur, ce qui exclut que le bonus puisse être considéré comme un élément du salaire, et ce sans égard au fait que les bonus ont été versés pendant plusieurs années consécutives. En réalité, en admettant que le bonus faisait partie intégrante du salaire parce qu'aucune réserve quant au caractère facultatif de son montant n'a été émise, la cour cantonale a confondu la notion de salaire (cas n° 1) avec celle de droit à la gratification (cas n° 2). Les éléments présentés par l'intimé en faveur de l'assimilation de son bonus au salaire dans son mémoire de réponse - soit la perception de charges sociales sur les montants versés et l'indication " salaire "

comme motif de versement sur les avis bancaires - ne sont pas propres à changer cette appréciation.

### **E. 6.2**

Comme il s'agit d'une gratification, il s'impose d'examiner si l'employé dispose d'un droit à en percevoir une (cas n° 2 ou exceptions au cas n° 3). En l'occurrence, il apparaît que l'employeuse a versé régulièrement et sans réserve un bonus à l'employé, pendant quatre années consécutives. Conformément à la jurisprudence exposée (cf. consid. 5.2.1 supra), l'on peut en déduire que les parties ont convenu, par actes concluants, du versement d'un bonus dans son principe. Il s'agit donc d'une gratification à laquelle l'employé a droit (cas n° 2). Dans ces circonstances, nul n'est besoin d'examiner si, pour conclure à la qualification du bonus comme élément du salaire, la cour cantonale a violé l'art. 18 CO.

### **E. 7**

Il s'impose de déterminer les conséquences de ce qui précède sur les montants accordés par la cour cantonale pour l'année 2012 (consid. 7.1 infra) et pour l'année 2014 (consid. 7.2 infra).

#### **E. 7.1**

Suivant le raisonnement des premiers juges, la cour cantonale a considéré que l'employeuse aurait dû verser un bonus de 28'000 fr. en 2013 pour l'année 2012. Pour ce faire, elle s'est fondée sur les montants versés les années précédentes, sans considérer les performances ou objectifs qui auraient été réalisés, de sorte que la qualification erronée du bonus comme élément du salaire n'affecte pas le montant retenu. La recourante ne s'en prend au demeurant pas directement au montant de 28'000 fr. retenu, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y revenir.

#### **E. 7.2**

Pour l'année 2014, la cour cantonale a retenu la somme de 18'666 fr. 65, qui correspond au résultat d'un calcul "pro rata temporis" pour la période écoulée entre le 1er janvier et le 31 août 2014, date de la fin des rapports de travail. C'est néanmoins à juste titre que la recourante plaide qu'aucun bonus ne doit être payé en 2015 pour cette année-là. Les rapports contractuels s'étant terminés le 31 août 2014, soit avant l'occasion qui aurait donné lieu à une rétribution en été 2015, une part proportionnelle de la gratification n'est due à l'employé que si celui-ci parvient à prouver qu'il en a été convenu ainsi (cf. consid. 5.2.1 in fine). Or, l'employé intimé n'a rapporté aucune preuve à ce propos et ne soutient pas qu'il aurait droit à un quelconque montant afférent à l'année 2014, pour le cas où le bonus serait qualifié de gratification. Partant, aucun montant n'est dû au titre de gratification pour l'année 2014. Au vu de ce qui précède, la somme de 18'666 fr. 65 doit être retranchée de la somme de 46'666 fr. 65 que la recourante a été condamnée à payer à l'intimé par arrêt cantonal. Faute d'avoir une influence sur le montant afférent à l'année 2012, seul dû en l'espèce, il est superflu de traiter du grief de la recourante relatif aux périodes pour lesquelles les bonus devaient être payés.

### **E. 8**

Il s'ensuit que le recours doit être partiellement admis et l'arrêt cantonal réformé, en ce sens que la recourante est condamnée à payer à l'intimé la somme de 28'000 fr. Compte tenu de l'issue de la cause, les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., seront mis à la charge de la recourante à hauteur de 1'200 fr. et à la charge de l'intimé à hauteur de 800 fr. La recourante versera à l'intimé des dépens à hauteur de 1'500 fr.

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