

# GE\_GERICHTE C/21283/2017 vom 8. November 2019

GE Cour de justice, 2019-11-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_21283\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_21283_2017)

FR: GE\_GERICHTE C/21283/2017 du 8 novembre 2019

IT: GE\_GERICHTE C/21283/2017 del 8 novembre 2019

## Regeste

CO.322; CO.322d.al1; 2; CO.18; CO.327a; CO.324a; CO.329b.al2; CO.329d.al1

## Erwägungen

### E. 1

er janvier au 13 avril et 20% du salaire dès cette date jusqu'au 11 juin [soit, concernant cette dernière période, du début de la prise en charge de 80% du salaire par l'assurance perte de gain jusqu'à la fin de la prise en charge de 100% du salaire par l'employeuse]); - 668 fr. bruts de participation aux frais de véhicule (en janvier et février selon les décomptes mensuels [334 fr. x 2]); - 2'899 fr. 05 bruts de bonus (trois versements pour la période de janvier à avril selon les décomptes mensuels et les explications de B\_\_\_\_\_ [966 fr. 35 x 3]); - 77'385 fr. bruts de prestations de l'assurance perte de gain (6.7 mois d'indemnités journalières de 383 fr. 07, soit du 13 avril [31 ème jour après le début de l'incapacité] au 31 octobre); - 2'909 fr. 20 nets de frais de représentation (de janvier à avril selon les décomptes mensuels [727 fr. 30 x 4]); - 400 fr. nets de participation au loyer (en janvier selon les décomptes mensuels). Ainsi, A\_\_\_\_\_ a touché les montants totaux suivants : - 132'424 fr. 75 bruts (52'140 fr. 70 + 2'899 fr. 05 + 77'385 fr.); le montant de 668 fr. n'est pas pris en considération, puisque, selon les décomptes de salaire mensuels concernés et le témoin G\_\_\_\_\_ [cf. infra let. B.d], ce montant a été entièrement déduit à titre de retenue sur salaire) et - 3'309 fr. 20 nets (2'909 fr. 20 + 400 fr.). t. Par courrier du 30 novembre 2017, D\_\_\_\_\_ a adressé à A\_\_\_\_\_ son décompte d'indemnités journalières pour novembre 2017, d'un montant de 11'493 fr. (383 fr. 07 x 30 jours), à verser sur son compte bancaire. u. Selon les décomptes mensuels de salaire établis par B\_\_\_\_\_ en 2017, le solde de vacances de A\_\_\_\_\_ a été comptabilisé comme suit : - 1.54 jours à fin janvier, dont un report pour l'année 2016 de 0.46 jours, 1 jour de vacances ayant été pris par ailleurs; - 3.62 jours à fin février, dont un report de janvier de 1.54 jours; - 2.70 jours à fin mars, dont un report de février de 3.62 jours, 3 jours de vacances ayant été pris par ailleurs; - 4.78 jours au 30 avril, dont un report de mars de 2.70 jours, étant précisé que son droit mensuel s'élevait à 2.08 jours; - 6.86 jours au 31 mai, dont un report du mois précédent de 4.78 jours, étant précisé que son droit mensuel s'élevait à 2.08 jours; - 8.94 jours au 30 juin, dont un report du mois précédent de 6.86 jours, étant précisé que son droit mensuel s'élevait à 2.08 jours; - 11.02 jours à fin juillet, dont un report du mois précédent de 8.94 jours, son droit mensuel s'élevant à 2.08 jours; - 13.10 jours à fin août. Le décompte de septembre ne comportait pas de mention du droit aux vacances. B. a. Par demande formée le 11 septembre 2017, déclarée non conciliée le 5 décembre 2017 et introduite devant le Tribunal des prud'hommes le 15 février 2018, A\_\_\_\_\_ a assigné B\_\_\_\_\_ en paiement, en dernier lieu, de 37'452 fr. 75, avec intérêts à 5% l'an dès le 1 er mai 2017, comprenant 16'660 fr. 70 bruts, à titre de bonus, 12'302 fr. bruts, à titre d'indemnité pour les vacances, 7'512 fr. 90 nets, à titre de salaire, et

977 fr. 15 nets, à titre d'indemnité pour les vacances. A\_\_\_\_\_ a également conclu à ce que B\_\_\_\_\_ soit condamnée à rectifier auprès de D\_\_\_\_\_ le montant de son salaire annuel de référence à hauteur de 199'554 fr.60, au vu des frais à ajouter à son salaire brut de base. Elle a allégué que, pendant dix-huit ans, qu'elle soit en vacances ou en arrêt maladie, B\_\_\_\_\_ avait pris en charge les frais du(des) véhicule(s) mis à sa disposition, la différence entre ces frais et le montant de 25'000 fr. étant versée à titre de " bonus ". Les parties étaient donc convenues qu'elle avait droit à un salaire additionnel garanti de 25'000 fr. par an, payé en nature et en espèces, lequel n'était pas laissé à la discrétion de l'employeuse ni soumis à une condition de résultat. En outre, la convention des parties prévoyait que les frais forfaitaires " confidentiels " et de " participation au loyer " étaient des éléments du salaire et non des remboursements liés à une activité effective, respectivement à l'usage effectif d'une pièce de son domicile. Ces frais avaient également été versés pendant dix-huit ans, qu'elle soit en vacances ou en arrêt maladie. Elle disposait d'un solde de 17.26 jours de vacances au 31 octobre 2017 qu'elle n'avait pas été en mesure de prendre en nature. b. Dans sa réponse du 9 mai 2018, B\_\_\_\_\_ a conclu au déboutement de A\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions, sous suite de frais. Elle a allégué que, selon l'art. 6 du contrat de travail, seul le salaire était dû en cas de maladie et non les allocations pour frais forfaitaires. Par ailleurs, les frais confidentiels avaient trait aux dépenses engagées par A\_\_\_\_\_ lors de rencontres avec la clientèle. Le remboursement des frais relatifs à l'usage d'une pièce de son domicile permettait d'indemniser A\_\_\_\_\_ pour le travail effectué chez elle. Une fois libérée de son obligation de travailler, celle-ci n'avait plus aucun frais à supporter en lien avec l'exécution de son travail. Ainsi, pendant la période de 90 jours prévue par l'art. 6 du contrat de travail, B\_\_\_\_\_ avait payé le salaire sans tenir compte des allocations pour frais, ceux-ci n'étant plus justifiés. A l'issue de cette période, soit dès le 12 juin 2017, la seule obligation de B\_\_\_\_\_ consistait à verser à A\_\_\_\_\_ les montants reçus de l'assurance. Ni l'addendum ni le contrat de travail ne mentionnaient un mécanisme de versement d'un salaire supplémentaire. Au vu de leur montant, les bonus versés à A\_\_\_\_\_ n'étaient d'ailleurs pas calculés en lien avec la somme prévue dans l'addendum. Le bonus versé au cours des trois dernières années revêtait un caractère accessoire. B\_\_\_\_\_ avait concédé un bonus pour 2017, calculé sur les versements effectués de 2014 à 2016, quand bien même A\_\_\_\_\_ ne pouvait y prétendre en raison de la résiliation des rapports de travail. Dès que A\_\_\_\_\_ avait été libérée de son obligation de travailler et qu'elle avait acquis la voiture de fonction, les frais y relatifs ne devaient plus être pris en charge par B\_\_\_\_\_ . Compte tenu de la réduction du droit aux vacances prévue à l'art. 329b al. 2 CO, les vacances non prises par A\_\_\_\_\_ en 2017 s'élevaient à 4.79 jours. Celle-ci avait disposé de 46 jours pour solder ses vacances avant son incapacité du 14 mars 2017, ce que B\_\_\_\_\_ lui avait d'ailleurs demandé de faire. Elle avait annoncé la totalité du salaire annuel de A\_\_\_\_\_ à l'assurance. c.a Lors de l'audience du Tribunal du 27 août 2018, A\_\_\_\_\_ a déclaré qu'au moment de son engagement, en 1999, son salaire était composé d'une partie brute et d'une partie nette sous forme de frais forfaitaires, ce qui avait été proposé par l'employeuse pour des raisons d'optimisation fiscale. Celle-ci économisait la part " employeur " des charges sociales, tandis qu'elle-même ne payait pas sa part des cotisations sociales ni l'impôt sur le revenu sur ce montant. Au fil du temps, ces frais forfaitaires avaient " simplement été renommés ". B\_\_\_\_\_ avait payé ces montants tout au long des rapports de travail, y compris pendant ses vacances ou ses absences pour cause de maladie. Il était convenu qu'elle aménage un bureau à la maison pour y travailler en dehors des heures de travail ou parfois durant celles-ci quand elle était dans l'impossibilité de se déplacer. Elle avait ainsi perçu le forfait mensuel

de 400 fr. y relatif tout au long des rapports de travail, y compris pendant les périodes durant lesquelles elle travaillait dans les locaux de l'entreprise. Les pièces 5 à 5.3 dem. avaient été établies par ses soins (cf. supra, let. A.g). Il s'agissait du fichier Excel dans lequel elle inscrivait les dépenses liées aux différents véhicules qu'elle utilisait. Chaque année, depuis 1999, elle soumettait ce décompte au service du contrôle interne de l'employeuse avec les pièces justificatives. En 2014 et 2015, ledit décompte avait été soumis à G\_\_\_\_\_ [ancienne collaboratrice de la société] et, en 2016, à E\_\_\_\_\_. Après acceptation de ce décompte par G\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_ [ancien directeur de l'employeuse], ceux-ci calculaient le montant final du bonus, le montant brut étant ensuite communiqué à la fiduciaire qui établissait les fiches de salaire. Les pièces 5 et 5.2 dem. comportaient les inscriptions manuscrites de G\_\_\_\_\_. Ainsi, en 2014 (pièce 5 dem.), la différence entre les frais de véhicule (16'527 fr.), et le montant de 25'000 fr. stipulé dans l'addendum au contrat de travail avait été arrondie 8'500 fr., somme dont B\_\_\_\_\_ déduisait les charges patronales. Dans le certificat de salaire, ce montant était inscrit sous le libellé " bonus ". En 2015 (pièce 5.2 dem.), l'indication " bonus " n'était pas mentionnée sur le document concerné, mais un montant de 9'650 fr. y figurait avec la mention " coût société ". Cette inscription signifiait que la fiduciaire devait déduire la part patronale du montant brut de 9'650 fr. pour calculer le montant final du bonus. Enfin, en 2016 (pièce 5.3 dem.), la différence entre les frais de véhicule (14'694 fr.) et le montant de 25'000 fr. s'élevait à 10'305 fr. Une fois les charges patronales déduites, le bonus se montait à 9'380 fr. (pièce 6.3 dem.). Elle avait discuté du décompte avec E\_\_\_\_\_ qui l'avait visé avant de communiquer le montant dû à la fiduciaire. Pour les mois de décembre 2014, 2015 et 2016, sous la rubrique " bonus ", figuraient les montants calculés selon les pièces 5 à 5.3 dem., sous déduction de la part patronale " coût société ". De 1999 à 2016, elle avait perçu un bonus calculé de cette manière. Entre le 27 janvier et le 14 mars 2017, elle avait été contactée par B\_\_\_\_\_ plusieurs fois, par téléphone, SMS et courriels. c.b Lors de la même audience, B\_\_\_\_\_, représentée par E\_\_\_\_\_, a déclaré que la mention " part. s/ véhicule 0.80% " figurant sur les décomptes de salaire correspondait " à la part privée sur l'utilisation du véhicule ". Elle était soumise aux charges sociales et aux impôts conformément au règlement sur les frais. A\_\_\_\_\_ avait droit au remboursement de ses frais effectifs, tels que des frais de restaurant, sur présentation des justificatifs correspondants. B\_\_\_\_\_ a contesté le calcul des montants versés au titre de bonus de 2014 à 2016. Lors de l'entretien de licenciement, les parties n'avaient pas discuté du montant de 25'000 fr. stipulé dans l'addendum. Le contrat de travail ne mentionnait aucun calcul en lien avec ce montant. Il n'y avait d'ailleurs pas de trace écrite relative au calcul des bonus versés. Ainsi, pour l'année 2016 et pour la fin des rapports de travail, le bonus avait été calculé dans la continuité de ce qui avait été fait jusque-là. B\_\_\_\_\_ n'avait contacté qu'une seule fois A\_\_\_\_\_, par courriel, durant la période où celle-ci était libérée de son obligation de travailler. d. Lors de l'audience du Tribunal du 27 septembre 2018, G\_\_\_\_\_, employée administrative de C\_\_\_\_\_/B\_\_\_\_\_ de 2003 à 2015, a été entendue comme témoin. Elle a confirmé que les rubriques " bonus " et " 13 ème salaire " sur les pièces 6 à 6.3 dem. représentaient des montants versés une fois par an. Les " frais forfaitaires " et la " participation au loyer " étaient versés y compris pendant les absences pour cause de maladie ou de vacances. Il s'agissait de frais forfaitaires. La participation sur le véhicule, les frais forfaitaires et la participation au loyer étaient versés chaque mois, dans le cadre d'une optimisation fiscale. La rémunération avait été discutée entre A\_\_\_\_\_ et le directeur de l'époque, H\_\_\_\_\_. L'optimisation fiscale avait été proposée et étudiée par la fiduciaire. A\_\_\_\_\_ se faisait

rembourser certains frais en relation avec son travail sur présentation de justificatifs, soit des " tickets ", ce qui, selon elle, intervenait trimestriellement, par exemple concernant les repas, et était validé par le directeur. A\_\_\_\_\_ se faisait rembourser tous les frais en relation avec son travail. Hormis les frais de restaurant, le témoin ne se rappelait pas d'autres frais. S'il y avait eu des frais de voyages, ceux-ci auraient été remboursés. Le témoin a confirmé être l'auteur de la mention manuscrite " bonus 8'500 fr. " sur la pièce 5 dem. Une fois par an, A\_\_\_\_\_ procédait à ce décompte. L'ensemble des frais relatifs à la voiture et au scooter étaient comptabilisés, en lien avec ce qui avait été convenu avec le directeur lors de l'engagement de celle-ci. Un montant de 25'000 fr. avait été convenu pour la voiture, l'essence, les frais, les taxes et les changements de pneus. La somme de 8'500 fr. correspondait au montant qui n'avait pas été " consommé " et avait été payé comme bonus. Il était correct de dire que la société mettait à disposition de A\_\_\_\_\_ un véhicule et un scooter, qu'elle payait tous les frais y afférents et qu'elle versait sous forme de bonus la différence entre le montant de 25'000 fr. et les frais effectifs. Le témoin a confirmé que la pièce 5.2 dem. avait également été annotée de sa main. A\_\_\_\_\_ lui présentait le décompte des frais effectifs de la voiture et du scooter avec les justificatifs. Elle vérifiait ces justificatifs et les calculs figurant sur le document. Ensuite, elle inscrivait sur ce document le calcul de la différence entre la somme de 25'000 fr. et les frais effectifs. Elle y notait également le montant qu'elle devait communiquer à F\_\_\_\_\_ - l'employée de la fiduciaire - pour que celle-ci l'intègre dans la fiche de salaire de A\_\_\_\_\_. Ce décompte, avec les justificatifs, était ensuite transmis au directeur pour qu'il valide le montant dû. La mention " coût de société " signifiait " brut ". Le témoin avait informé E\_\_\_\_\_ du bonus versé à A\_\_\_\_\_ et lui avait expliqué comment celui-ci était calculé. Ce mode de calcul du bonus s'appliquait uniquement à A\_\_\_\_\_. L'établissement des fiches de salaire était du ressort de la fiduciaire. La participation sur le véhicule figurait dans la rubrique " déductions ", de sorte que ce montant n'était jamais versé à l'employée. C. Par jugement JTPH/385/2018 du 10 décembre 2018, reçu par A\_\_\_\_\_ le lendemain, le Tribunal a déclaré la demande recevable (ch. 1 du dispositif), condamné B\_\_\_\_\_ à verser à A\_\_\_\_\_ la somme brute de 2'955 fr. 25, plus intérêts à 5% l'an dès le 1 er novembre 2017 (ch. 2), invité la partie qui en avait la charge à opérer les déductions sociales et usuelles (ch. 3), dit que la procédure était gratuite et qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 4) et débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 5). D. a. Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 28 janvier 2019, A\_\_\_\_\_ a appelé de ce jugement, dont elle a sollicité l'annulation. Cela fait, elle a repris ses conclusions de première instance et, préalablement, conclu à ce qu'il soit procédé de nouveau à son audition et/ou à celle du témoin G\_\_\_\_\_. b. Dans sa réponse du 4 mars 2019, B\_\_\_\_\_ a conclu au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris. Sur appel joint, elle a conclu à l'annulation des chiffres 2 et 3 du dispositif de cette décision et, cela fait, à ce qu'il soit dit qu'elle ne devait aucun montant à A\_\_\_\_\_, avec suite de frais. c. Par " mémoire de réplique et réponse à appel joint " du 5 avril 2019, A\_\_\_\_\_ a conclu au rejet de l'appel joint. Elle a persisté pour le surplus dans les conclusions de son appel. Elle a produit une pièce nouvelle, à savoir un échange de courriels du 22 décembre 2016 entre elle-même et B\_\_\_\_\_ (E\_\_\_\_\_ ) relatif au calcul du bonus sur la base du montant de 25'000 fr. (pièce 26). d. Par " mémoire de duplique et de réplique à la réponse à l'appel joint " du 30 avril 2019, B\_\_\_\_\_ a conclu à l'irrecevabilité de la réplique formée par A\_\_\_\_\_ et de la pièce 26. Pour le surplus, elle a persisté dans ses conclusions. e. Dans sa duplique du 21 mai 2019, A\_\_\_\_\_ a persisté dans ses conclusions. Elle a produit une pièce, à savoir un courriel de B\_\_\_\_\_ du 24 septembre 2017, par lequel celle-ci lui adressait ses décomptes

de salaire de février à septembre 2017 (produits en première instance). A\_\_\_\_\_ soutient que cette pièce a été produite lors de l'audience du 27 août 2018 devant le Tribunal, ce qui ne ressort cependant pas du dossier. f. Le 22 mai 2019, les parties ont été avisées de ce que la cause était gardée à juger. EN DROIT 1. 1.1 L'appel est recevable pour avoir été interjeté auprès de la Cour (art. 124 let. a LOJ), dans le délai utile de trente jours et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 142 al. 1 et 3, 145 al. 1 let. c, 308 al. 1 let. a et 311 al. 1 CPC), à l'encontre d'une décision finale de première instance qui statue sur des conclusions pécuniaires dont la valeur litigieuse, compte tenu des prétentions demeurées litigieuses en première instance, est supérieure à 10'000 fr. (art. 91 al. 1 et 308 al. 2 CPC). L'appel joint formé par l'intimée est également recevable (art. 313 al. 1 CPC). Par souci de simplification, A\_\_\_\_\_ sera désignée ci-après en qualité d'appelante et B\_\_\_\_\_ en qualité d'intimée.

### **E. 1.2**

La valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr., la procédure ordinaire est applicable (art. 243 al. 1 CPC a contrario ). La Cour revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC), dans les limites posées par les maximes des débats et de disposition applicables (art. 55 al. 1 et 58 al. 1 CPC).

### **E. 2**

L'intimée conclut à l'irrecevabilité de la réplique de l'appelante du 5 avril 2019, au motif qu'un second échange d'écritures n'avait pas été ordonné par la Cour et que le délai de 20 jours pour déposer une réplique spontanée était par ailleurs échu.

#### **E. 2.1**

L'instance d'appel peut ordonner un deuxième échange d'écritures (art. 316 al. 2 CPC). Cependant, il ne suffit pas qu'une partie demande un deuxième échange d'écritures pour qu'elle y ait droit. L'autorité dispose sur ce point d'un pouvoir d'appréciation. La doctrine estime qu'il se justifie de se montrer plutôt restrictif dans l'admission d'un second échange d'écritures. S'il éprouve encore le besoin de s'exprimer après avoir reçu la réponse, le recourant peut envoyer immédiatement et spontanément ses observations (ATF 138 III 252 consid. 2.1 et 2.2 et les références citées).

#### **E. 2.2**

En l'espèce, la question de la recevabilité de la réplique peut souffrir de demeurer indécisée dans la mesure où les éléments nouveaux que celle-ci contiendrait sont sans incidence sur l'issue du litige.

### **E. 3**

L'appelante a produit deux pièces nouvelles devant la Cour.

#### **E. 3.1**

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).

#### **E. 3.2**

En l'espèce, la question de la recevabilité de ces nouvelles pièces peut également souffrir de demeurer indécise, faute d'incidence sur l'issue du litige.

#### **E. 4**

L'appelante sollicite son audition et/ou celle du témoin G\_\_\_\_\_, au motif de la lecture - selon elle erronée - de leurs déclarations respectives par le Tribunal.

##### **E. 4.1**

Conformément à l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut librement décider d'administrer des preuves.

##### **E. 4.2**

En l'occurrence, la Cour est suffisamment renseignée sur les faits pertinents de la cause, laquelle est en état d'être jugée. En conséquence, il ne sera pas donné suite aux conclusions de l'appelante tendant à la réouverture des enquêtes.

#### **E. 5**

L'appelante reproche au Tribunal de l'avoir déboutée de sa prétention en paiement de 16'660 fr. 70 bruts, à titre de bonus au pro rata temporis pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 31 octobre 2017, date à laquelle les rapports de travail ont pris fin.

##### **E. 5.1**

Le droit suisse ne contient aucune disposition qui traite spécifiquement du bonus. 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). 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\_463/2017 du 4 mai 2018 consid. 3.1).

###### **E. 5.1.1**

Le salaire est la rémunération que l'employeur est tenu de payer à l'employé pour le temps ou le travail que celui-ci a consacré à son service, et qui est fixé soit directement par contrat individuel, soit indirectement par un contrat-type de travail ou par une convention collective (art. 322 al. 1 CO). La gratification, aux termes de l'art. 322d al. 1 CO, est une rétribution spéciale que l'employeur accorde en sus du salaire à certaines occasions, par exemple une fois par année. Selon la volonté des parties, il peut y avoir un droit à la gratification (art. 322d al. 1 CO) ou, au contraire, aucun droit lorsqu'elle est stipulée facultative, expressément ou par actes concluants. Une gratification peut aussi être soumise à des conditions : en particulier, elle n'est due (au pro rata temporis), en cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à son paiement, que s'il en a été convenu ainsi (art. 322d al. 2 CO). La gratification se distingue en outre du salaire par son caractère accessoire par rapport au salaire de base. Dans certaines circonstances, un bonus qualifié de facultatif peut ainsi devoir être requalifié en salaire en vertu du principe de l'accessoriété. Si la gratification est ainsi convertie en élément du salaire, elle n'est pas soumise à l'art. 322d al. 2 CO et, en cas d'extinction des rapports de travail, elle doit être payée en fonction de la durée de ces rapports (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_463/2017 précité consid. 3.1.1).

###### **E. 5.1.2**

Lorsqu'un montant (même désigné comme bonus ou gratification) est déterminé ou objectivement déterminable, c'est-à-dire qu'il a été promis par contrat dans son principe et que son montant est déterminé ou doit l'être sur la base de critères objectifs prédéterminés comme le bénéfice, le chiffre d'affaires ou une participation au résultat de l'exploitation, et qu'il ne dépend pas de l'appréciation de l'employeur, il doit être considéré comme un élément du salaire (variable), que l'employeur est tenu de verser à l'employé (art. 322 s. CO) (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_463/2017 précité consid. 3.1.2.1). En revanche, lorsque le bonus est indéterminé ou objectivement indéterminable, c'est-à-dire que son versement dépend du bon vouloir de l'employeur et que sa quotité dépend pour l'essentiel de la marge de manoeuvre de celui-ci en ce sens qu'elle n'est pas fixée à l'avance et qu'elle dépend de l'appréciation subjective de la prestation du travailleur par l'employeur, il doit être qualifié de gratification (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_463/2017 précité consid. 3.1.2.2).

### **E. 5.1.3**

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

#### **E. 5.1.3.1**

Si, par contrat, les parties sont tombées d'accord sur le principe du versement d'un bonus et n'en ont réservé que le montant, il s'agit d'une gratification que l'employeur est tenu de verser, mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer. De même, lorsqu'au cours des rapports contractuels, un bonus a été versé régulièrement sans réserve de son caractère facultatif pendant au moins trois années consécutives, il est admis qu'en vertu du principe de la confiance, il est convenu par actes concluants (tacitement), que son montant soit toujours identique ou variable : il s'agit donc d'une gratification à laquelle l'employé a droit, l'employeur jouissant d'une certaine liberté dans la fixation de son montant au cas où les montants étaient variables. Il convient d'ajouter que, dans les deux situations, le travailleur, aux termes de l'art. 322d al. 2 CO, n'a droit à une part proportionnelle de la gratification en cas d'extinction des rapports de travail (avant l'occasion qui y donne lieu) que s'il en a été convenu ainsi (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_463/2017 précité consid. 3.1.3.1).

#### **E. 5.1.3.2**

Si, par contrat, les parties ont réservé tant le principe que le montant du bonus, il s'agit d'une gratification facultative : le bonus n'est pas convenu et l'employé n'y a pas droit, sous réserve de l'exception découlant de la nature de la gratification (principe de l'accessoriété; cf. infra consid. 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. Il en va de même lorsque la réserve du caractère facultatif n'est qu'une formule vide de sens (c'est-à-dire une clause de style sans portée) et qu'en vertu du principe de la confiance, il y a lieu d'admettre que l'employeur montre par son comportement qu'il se sent obligé de verser un bonus (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_463/2017 précité consid. 3.1.3.2).

#### **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 du bonus (qui est une gratification) (cf. supra consid. 5.1.3.2), il faut encore examiner si le bonus a un caractère accessoire par rapport au salaire de base. En effet, la gratification, qui doit rester un élément accessoire du salaire de base, ne peut aller au-delà d'un certain pourcentage de ce salaire de base convenu. En application du principe de l'accessoriété, le bonus peut devoir être requalifié en salaire (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_463/2017 précité consid. 3.1.4).

#### **E. 5.2**

Selon l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_463/2017 précité consid. 3.2, ces principes peuvent encore être explicités de la façon suivante : - Il ne faut pas confondre le salaire (variable), la gratification à laquelle l'employé a droit et la gratification à laquelle il n'a pas droit. Pour déterminer dans un cas concret si le montant du bonus est un salaire variable ou une gratification, il faut examiner si, selon la volonté des parties, le bonus est déterminé (ou objectivement déterminable) ou indéterminé (ou objectivement indéterminable). - Le fait que l'octroi du bonus est soumis à la condition que l'employé soit toujours dans les effectifs de la société et n'ait pas démissionné au moment où le paiement sera dû, est typique d'une gratification, et non d'un salaire. - Ce n'est que pour les gratifications (bonus) auxquelles l'employé n'a pas de droit contractuel que se pose la question d'une conversion du bonus en salaire par application du principe de l'accessoriété (cf. supra consid. 5.1.4).

#### **E. 5.3**

Savoir si les parties sont convenues d'un bonus déterminé ou objectivement déterminable et, partant, d'un salaire variable, ou, au contraire, d'un bonus indéterminé ou objectivement indéterminable et, partant, d'une gratification, est affaire d'interprétation des manifestations de volonté, selon les principes jurisprudentiels usuels (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_463/2017 précité consid. 4). Aux termes de l'art. 18 al. 1 CO, pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la véritable nature de la convention. Pour déterminer le contenu d'une clause contractuelle, le juge doit donc rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices. Constituent des indices en ce sens non seulement la teneur des déclarations de volonté - écrites ou orales -, mais encore le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté réelle des parties, qu'il s'agisse de déclarations antérieures à la conclusion du contrat ou de faits postérieurs à celle-ci, en particulier le comportement ultérieur des parties établissant quelles étaient à l'époque les conceptions des contractantseux-mêmes (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_463/2017 précité consid. 4.1). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si les volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations et les comportements selon la théorie de la confiance, en recherchant comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (interprétation dite objective; ATF 128 III 419 consid. 2.2; 127 III 444 consid. 1b; 126 III 59 consid. 5b; 126 III 375 consid. 2e/aa). L'interprétation subjective a la priorité sur l'interprétation objective (ATF 125 III 305 consid. 2b).

#### E. 5.4

En l'espèce, c'est à juste titre que l'appelante reproche au Tribunal d'avoir retenu que le bonus qui lui était versé n'était pas objectivement déterminable. En effet, il ressort des bonus versés à l'appelante de 2014 à 2017, des décomptes de frais de véhicule de 2014 à 2016, en particulier des notes manuscrites y figurant, et du comportement adopté par les parties après la conclusion du contrat, tel que décrit par le témoin G \_\_\_\_\_ - soit le mécanisme de calcul, validation et paiement du bonus -, que celles-ci avaient la réelle et commune intention de convenir d'un bonus dû sans condition, dont la quotité était calculée en soustrayant du montant de 25'000 fr. (prévu dans l'addendum pour l'utilisation du ou des véhicules de fonction) celui des frais effectifs de ce même véhicule pris en charge par l'intimée. Il en découle que, selon la convention (orale ou tacite) des parties, en vigueur à tout le moins depuis 2003 jusqu'au licenciement de l'appelante, le versement du bonus et sa quotité ne dépendaient pas du bon vouloir de l'intimée, mais uniquement de l'utilisation effective que faisait l'appelante du ou des véhicules mis à sa disposition. Dans ces circonstances, dès lors qu'il était objectivement déterminable, le bonus doit être considéré comme un élément (variable) du salaire de l'appelante. Il n'est pas soumis à l'art. 322d al. 2 CO et, en cas d'extinction des rapports de travail, il doit être payé en fonction de la durée de ces rapports. C'est d'ailleurs ce que considérait l'intimée, puisqu'elle a annoncé à la compagnie d'assurance l'existence d'un bonus comme faisant partie intégrante du salaire. L'argument de l'intimée, consistant à dire que les déclarations du témoin G \_\_\_\_\_ ne permettent pas d'interpréter l'addendum du 18 février 2009 (similaire à celui conclu en 1999), au motif que celle-ci avait été engagée en 2003 et n'avait donc pas une connaissance directe des conditions d'engagement de l'appelante en 1999, n'est pas fondé. D'une part, l'intéressée a témoigné au sujet du comportement des parties au cours des relations contractuelles (mécanisme de calcul, validation et paiement du bonus), dont elle a eu une perception directe. D'autre part, il importe peu de savoir si l'accord des parties déduit de ce comportement est survenu lors de l'engagement de l'appelante ou par la suite. C'est également en vain que l'intimée se prévaut du fait que ni le contrat de travail ni l'addendum du 18 février 2009 ne mentionnent le versement d'un salaire additionnel garanti. La réelle et commune intention des parties a en effet pu être établie, sur la base d'une interprétation subjective, notamment au vu de leur attitude postérieure à la signature du contrat de travail écrit. Leur accord est ainsi intervenu par actes concluants et ne résulte pas des termes utilisés dans ledit contrat. Point n'est besoin d'examiner les arguments soulevés par l'intimée s'agissant de la persistance des rapports de travail au moment du paiement du bonus et du caractère accessoire de celui-ci. En effet, ces éléments sont uniquement pertinents pour distinguer la gratification à laquelle l'employé a droit de celle à laquelle il n'a pas droit, respectivement pour résoudre la question d'une conversion du bonus en salaire (selon le principe de l'accessorité), laquelle ne se pose que pour les gratifications auxquelles l'employé n'a pas droit. Or, il a été retenu que le bonus litigieux était un élément (variable) du salaire et non une gratification. En définitive, une enveloppe forfaitaire annuelle de 25'000 fr. était garantie à l'appelante comme faisant partie intégrante de son salaire; cette enveloppe était acquittée par l'intimée sous la forme d'une prise en charge de certains frais effectifs (pour l'usage du ou des véhicules de fonction), le solde étant versé à l'appelante sous la désignation de " bonus ". L'intimée n'a pas apporté la preuve des montants pris en charge par ses soins en 2017, directement ou indirectement (par un remboursement à l'appelante), au titre des frais liés à l'utilisation des véhicules. Elle soutient à tort s'être acquittée d'une partie de ces frais en janvier et février 2017, en payant 668 fr. (2 x 334 fr.) à

l'appelante. Il ressort en effet des décomptes de salaire que le montant de 334 fr. n'était pas effectivement versé à l'employée, ce qu'a confirmé le témoin G\_\_\_\_\_ (cf. supra, let. A. e in fine et l; let. B.d in fine). Il convient donc de retenir le montant admis par l'appelante à ce titre, soit 440 fr. (frais d'essence et d'assurance au pro rata temporis pour janvier et février 2017; cf supra, let. A. l). Ainsi, un montant mensuel brut de 2'046 fr. 70 ([25'000 fr. - 440 fr.] / 12 mois) faisait partie intégrante du salaire de l'appelante en 2017. Quant au montant restant dû à l'appelante à ce titre pour la période litigieuse des mois de janvier à octobre 2017, il sera arrêté au consid. 7 ci-dessous.

## **E. 6**

L'appelante fait grief au Tribunal de l'avoir déboutée de sa prétention en paiement de 7'512 fr. 90 nets à titre des frais forfaitaires " confidentiels " (ou de représentation) et ceux de " participation au loyer " pour la période allant de janvier à octobre 2017.

### **E. 6.1**

L'employeur rembourse au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail et, lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires pour son entretien (art. 327a al. 1 CO). Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut prévoir que les frais engagés par le travailleur lui seront remboursés sous forme d'une indemnité fixe, telle qu'une indemnité journalière ou une indemnité hebdomadaire ou mensuelle forfaitaire, à la condition qu'elle couvre tous les frais nécessaires (art. 327a al. 2 CO). Ne fait ainsi en principe pas partie du salaire du travailleur le remboursement des frais effectifs imposés par l'exécution du travail. Toutefois, lorsque le remboursement des frais se fait sous forme d'indemnité forfaitaire, il peut constituer un salaire déguisé. A cet égard, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont elles ont pu se servir. Le fait que, dans la réalité, les débours effectifs du travailleur lui soient remboursés en sus de l'indemnité plaide en faveur d'un élément déguisé du salaire (ATF 124 III 249, JdT 1999 I 275; Brunner/Buhler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, 3<sup>ème</sup> éd., 2011, n. 6 ad art. 322 CO; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 301). Constitue un salaire déguisé - soumis aux assurances sociales - l'indemnité forfaitaire que verse l'employeur au travailleur en application de l'art. 327a CO (remboursement de dépenses générées par l'exécution de l'activité), lorsque cette indemnité ne tend pas à défrayer l'intéressé de frais effectivement encourus par ses soins (arrêt du Tribunal fédéral 4C.426/2005 du 28 février 2006 consid. 4; Danthe, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 24 ad art. 327a). L'indemnité forfaitaire qualifiée de salaire déguisé devra en outre être versée en cas d'empêchement de travailler, de vacances ou de libération de l'obligation de travailler pendant le délai de congé (Dunand/Mahon, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 24 ad art. 327a CO).

### **E. 6.2**

En l'espèce, c'est à raison que l'appelante fait grief au Tribunal d'avoir retenu que les frais " confidentiels " avaient été versés sur présentation de justificatifs et concernaient des frais encourus par elle. Le contraire découle clairement des déclarations du témoin G\_\_\_\_\_. Celle-ci a en effet exposé que les frais précités étaient des frais forfaitaires versés chaque mois, ce qui avait été convenu dans le cadre d'une optimisation fiscale à l'engagement de l'appelante, sur proposition de la fiduciaire de l'intimée. Selon les déclarations du témoin, en sus de ce forfait, l'appelante se faisait rembourser l'ensemble de ses frais effectivement

encourus sur présentation des justificatifs (frais de repas et de voyages), ce que le représentant de l'intimée a également déclaré. Les frais forfaitaires de 727 fr. 30 doivent par conséquent être qualifiés de salaire déguisé. D'ailleurs, ces frais forfaitaires de 727 fr. 30 par mois ont été versés à l'appelante jusqu'au mois d'avril 2017 inclus, soit jusqu'à la fin du délai de congé initial (non prolongé du fait de l'incapacité), alors que celle-ci était libérée de son obligation de travailler. L'intimée considérait donc bien qu'il s'agissait d'un élément faisant partie intégrante du salaire, dû indépendamment de l'exercice par l'appelante de son activité et de frais effectifs encourus à ce titre. Il en va de même s'agissant du montant forfaitaire de 400 fr. versé chaque mois au titre de participation au loyer. Cette indemnité a également été convenue entre les parties lors de l'engagement de l'appelante pour des raisons d'optimisation fiscale et sur proposition de la fiduciaire de l'intimée (témoin G \_\_\_\_\_). L'intimée a d'ailleurs annoncé un salaire mensuel brut de 12'786 fr. à l'assurance perte de gain, alors que l'appelante était libérée de son obligation de travailler, ce qui correspond au salaire mensuel de base de 12'386 fr., auquel elle a ajouté un montant de 400 fr. de " participation au loyer " (cf. supra, let. A. m). L'intimée considérait donc que ce dernier élément faisait partie intégrante du salaire, dû indépendamment de l'exercice par l'appelante de son activité et de l'utilisation effective de la pièce mise à disposition à son domicile. Ces deux postes de frais forfaitaires étaient en outre prévus dans les deux contrats successifs signés par les parties, sous la rubrique des montants dus au titre de salaire. En définitive, les forfaits de 727 fr. 30 et de 400 fr., versés douze fois l'an, faisaient partie intégrante du salaire mensuel brut de l'appelante.

## **E. 7**

Il convient de calculer le salaire dû à l'appelante pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 31 octobre 2017, en tenant compte des prestations qualifiées de salaire variable (bonus objectivement déterminable), respectivement de salaire déguisé (forfaits) aux consid. 5 et 6 supra. S'agissant de la période postérieure au 31 octobre 2017, l'appelante reproche au Tribunal de l'avoir déboutée de sa conclusion tendant à la rectification de son salaire annuel de référence auprès de l'assurance perte de gain à hauteur de 199'554 fr. 60.

### **E. 7.1**

L'art. 324a CO régit le droit au salaire lorsque le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part, notamment pour cause de maladie. Trois régimes sont envisageables, soit le régime légal de l'art. 324a al. 1 CO, le régime complémentaire prévu à l'art. 324a al. 2 in principio CO et le troisième régime régi par l'art. 324a al. 4 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_98/2014 du 10 octobre 2014 consid. 4.2.1). Selon ce troisième régime, un accord écrit, un contrat-type ou une convention collective peut déroger au système légal à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes. L'employeur ou l'assureur versera des prestations moindres que celles dues légalement pendant un " temps limité ", mais qui s'étendront sur une période plus longue (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_53/2007 du 26 septembre 2007 consid. 4.3). L'équivalence est généralement respectée lorsque l'employeur contracte une assurance qui alloue 80% du salaire pendant 720 jours, après un délai d'attente de 2-3 jours au maximum, moyennant un paiement de la moitié au moins des primes par l'employeur (ATF 135 III 640 consid. 2.3.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_98/2014 précité consid. 4.2.1). La forme écrite requise par l'art. 324a al. 4 CO doit couvrir les points essentiels du régime dérogatoire, à savoir les risques couverts, le pourcentage du salaire assuré, la durée des prestations, les modalités de financement des primes et un éventuel délai d'attente (ATF 131 III 623 consid. 2.5.1; arrêt du Tribunal

fédéral 4A\_98/2014 précité consid. 4.2.1). Les exigences de forme représentent une condition de validité de l'accord des parties. Toutefois, l'exigence de la forme écrite a pour but de protéger le travailleur. Aussi l'inapplicabilité d'un système conventionnel dérogatoire plus favorable au travailleur en raison du seul non-respect de la condition de la forme écrite aboutirait à un résultat inadapté. Dans une telle situation, le vice de forme doit être considéré comme guéri et conduire à l'application du régime dérogatoire (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_517/2010 du 11 novembre 2010 consid. 4.2). Lorsque l'employeur ne satisfait pas aux obligations qui lui sont imposées par la convention dérogatoire écrite, par exemple s'il ne conclut pas le contrat d'assurance prévu ou n'acquiesce pas les primes dues à l'assureur, ou, en cas de maladie d'un travailleur, ne fait pas à temps l'annonce exigée par les conditions d'assurance, il doit réparation du dommage subi par ce travailleur, et le dommage correspond aux prestations d'assurance perdues. Sa propre prestation a alors pour objet des dommages-intérêts pour cause de mauvaise exécution de la convention, et elle est due sur la base de l'art. 97 al. 1 CO (ATF 127 III 318 consid. 5; 124 III 126 consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_446/2008 du 3 décembre 2008 consid. 4).

## **E. 7.2**

En l'espèce, les parties sont convenues d'appliquer le régime dérogatoire de l'art. 324a al. 4 CO (art. 6 du contrat de travail du 18 février 2009) et l'intimée a conclu un contrat d'assurance dans ce sens. Ce régime est donc applicable, ce qui n'est pas contesté par les parties. Selon cet accord, en cas de maladie, soit in casu l'incapacité de travail ayant débuté le 14 mars 2017, l'appelante était en droit de percevoir l'intégralité de son salaire durant 90 jours, soit en l'espèce jusqu'au 11 juin 2017. Par la suite, elle avait droit aux prestations dues par l'assurance perte de gain, soit au versement d'indemnités journalières représentant 80% de son salaire, pour une durée allant du 31<sup>ème</sup> jour (soit dès le 13 avril 2017) au 730<sup>ème</sup> jour suivant le début de la maladie. Aussi, l'appelante est fondée à réclamer de l'intimée qu'elle exécute les obligations susmentionnées, que ce soit au titre de son obligation de payer le salaire convenu par le contrat de travail ou, sur la base de l'art. 97 al. 1 CO, au titre de son obligation de réparer le préjudice découlant de l'annonce erronée faite à l'assureur (quant à la quotité du salaire assuré). Il importe peu de savoir quelle part du montant restant éventuellement dû relève de l'un ou l'autre de ces fondements.

### **E. 7.2.1**

Compte tenu des montants qualifiés ci-dessus de salaire variable et déguisé, l'appelante avait droit, en 2017, à un salaire mensuel brut, treizième salaire inclus, de 16'592 fr. 92 (13'418 fr. 92 [12'386 fr. 70 de salaire brut de base x 13 mois / 12 mois] + 400 fr. de " participation au loyer " + 727 fr. 30 de " frais confidentiels " + 2'046 fr. 70 de " bonus "). Il en découle que pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 11 juin 2017 (5 mois et 11 jours), l'appelante était en droit de recevoir le montant brut de 89'048 fr. 67 (82'964 fr. 60 [16'592 fr. 92 de salaire mensuel brut x 5 mois] + 6'084 fr. 07 [16'592 fr. 92 / 30 jours x 11 jours]). Quant à la période du 12 juin au 31 octobre 2017 (4 mois et 19 jours), elle était en droit de recevoir le montant brut de 61'504 fr. 42, soit 80% de 76'880 fr. 52 (66'371 fr. 68 [16'592 fr. 92 de salaire mensuel brut x 4 mois] + 10'508 fr. 84 [16'592 fr. 92 / 30 jours x 19 jours]). Ainsi, le montant brut total dû à l'appelante pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 31 octobre 2017 s'élève à 150'553 fr. 09 (89'048 fr. 67 + 61'504 fr. 42). Selon son certificat de salaire annuel, l'appelante a touché durant cette période un montant brut de 132'424 fr. 75 et un montant net de 3'309 fr. 20. C'est donc une somme brute de 18'128 fr. 34 (150'553 fr. 09 - 132'424 fr. 75) qui reste due à l'appelante, sous déduction d'une somme nette de 3'309 fr. 20.

### **E. 7.2.2**

Par conséquent, le chiffre 5 du dispositif du jugement entrepris sera annulé. L'intimée sera condamnée à verser à l'appelante la somme brute de 18'128 fr. 30, plus intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> novembre 2017 - le dies a quo n'est pas contesté en appel -, sous déduction de la somme nette de 3'309 fr. 20. La partie qui en a la charge sera en outre invitée à opérer les déductions sociales et usuelles. Pour ce qui est de la période postérieure au 31 octobre 2017, il sera partiellement fait droit à la conclusion de l'appelante y relative. L'intimée sera ainsi condamnée à rectifier auprès de D\_\_\_\_\_ le montant du salaire annuel de référence de l'appelante, pour la période débutant le 1<sup>er</sup> novembre 2017, à hauteur de la somme brute de 199'104 fr. (16'592 fr. 92 x 12 mois).

### **E. 8**

Les parties critiquent toutes deux le jugement entrepris en tant que le Tribunal a condamné l'intimée à verser la somme de 2'955 fr. 25 à l'appelante à titre de vacances non prises en nature. 8.1.1 Selon l'art. 329b al. 2 CO, lorsque, au cours d'une année de service, le travailleur est empêché, sans faute de sa part, de travailler pendant plus d'un mois pour une cause inhérente à sa personne, telle que la maladie, l'employeur peut, à compter du deuxième mois complet d'absence, réduire la durée de ses vacances d'un douzième par mois complet d'absence. L'art. 329b al. 2 CO est une disposition relativement impérative (art. 362 CO). Elle n'instaure pas une réduction d'office de la durée des vacances du travailleur dès le deuxième mois complet d'absence, mais donne uniquement la possibilité à l'employeur de procéder à une telle réduction, ce qui implique qu'il manifeste sa volonté de faire usage de cette prérogative ( CAPH/112/2018 du 14 août 2018 consid. 7.3). 8.1.2 A teneur de l'art. 329d al. 2 CO, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. En règle générale, l'interdiction de remplacer les vacances par des prestations en argent s'applique aussi après la résiliation des rapports de travail. Il peut cependant être dérogé à ce principe selon les circonstances. Des prestations en argent peuvent remplacer les vacances lorsque celles-ci ne peuvent être prises avant la fin des rapports de travail ou lorsqu'on ne peut exiger qu'elles le soient (ATF 131 III 623 consid. 3.2; 128 III 271 consid. 4a/aa). Si le salarié a été libéré de l'obligation de travailler jusqu'au terme du contrat, le point de savoir si le solde de vacances non prises doit être indemnisé en espèces repose sur le rapport entre la durée de la libération de l'obligation de travailler et le nombre de jours de vacances restant. Il faut en particulier que, durant cette période, le salarié congédié, en plus de ses vacances, ait suffisamment de temps à consacrer à la recherche d'un nouvel emploi (ATF 131 III 623 consid. 3.2 in fine ). Cette recherche étant incompatible avec la prise effective de vacances, il faudra examiner dans chaque cas, au vu de l'ensemble des circonstances, telles que la durée du délai de congé, la difficulté à trouver un autre travail et le solde de jours de vacances à prendre, si l'employeur pouvait exiger que les vacances fussent prises pendant le délai de congé ou s'il devait les payer en espèces à la fin des rapports de travail (arrêt du Tribunal fédéral 4C.84/2002 du 22 octobre 2002 consid. 3.2.1; SJ 1993 p. 354, consid. 3b et les références). Pour des périodes de libération de travailler qui n'excèdent pas quatre mois, la jurisprudence permet de compenser des vacances dans une proportion de l'ordre du quart au tiers de la période de libération de travailler. Lorsque la période de libération de travailler est insuffisante à compenser le solde de vacances, une compensation partielle est admissible (arrêt du Tribunal fédéral 4C.193/2005 du 30 septembre 2005 consid. 3.2 non publié in ATF 131 III 623 ; Wyler/Heinzer, op. cit., p. 390 et les références citées; Streiff/Von

Kaenel/Rudolf, Arbeitsvertrag, 7 ème éd. 2012, n. 11 ad art. 329c CO). On ne peut parler de libération lorsque le travailleur doit se tenir à disposition de l'employeur. Le fait que l'employé n'a pas été beaucoup sollicité ne change rien à la circonstance qu'il devait rester à disposition de l'employeur, ce qui l'entrave dans sa liberté d'organiser et de prendre des vacances en nature. Si l'employeur entendait que le travailleur prenne ses vacances pendant le délai de congé, il devait faire en sorte de préciser et limiter l'étendue de l'obligation de celui-ci de rester à disposition; s'il ne le fait pas, il doit supporter les conséquences de son incurie (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_117/2007 du 13 septembre 2007 consid. 6.3).

8.1.3 Selon l'art. 329d al. 1 CO, l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature. Il est déduit de cette disposition que le travailleur ne doit pas être traité différemment, du point de vue salarial, lorsqu'il est en vacances que s'il travaillait (ATF 129 III 493 consid. 3.1, 129 III 664 consid. 7.3; 118 II 136 consid. 3b). En vertu de ce principe, le salaire afférent aux vacances doit être calculé sur la base du salaire annuel brut complet, y compris le treizième salaire, les commissions, les indemnités permanentes, comme les allocations, les indemnités en compensation du salaire en nature et tous éventuels paiements réguliers. Lorsque le salaire est variable, par exemple sous forme de participation au résultat de l'entreprise, le salaire de référence est constitué par la moyenne du salaire de l'année de service considérée (ATF 132 III 172, consid. 3.1 et les références; arrêt du Tribunal fédéral non publié du 29 janvier 2004, 4C.217/2003 consid. 4; CAPH/59/2012 du 28 mars 2012 consid. 8.1).

8.2.1 En l'espèce, le Tribunal a retenu à juste titre que l'appelante bénéficiait (hors réduction éventuelle de son droit aux vacances) de 17.26 jours de vacances à prendre à la fin de son contrat de travail, à savoir au 31 octobre 2017, ce qui n'est pas contesté. En revanche, c'est avec raison que l'appelante reproche aux premiers juges d'avoir retenu qu'ayant été en arrêt maladie pendant plus de sept mois, ce droit devait être réduit de 6/12 èmes, de sorte que son droit résiduel aux vacances se montait à 4.79 jours. En effet, avant la présente procédure, l'intimée n'a jamais fait part de sa volonté de réduire le droit aux vacances de l'appelante au motif de son incapacité de travail. Au contraire, alors qu'elle avait la possibilité de réduire le droit aux vacances de son employée à partir du mois de mai 2017 (après une absence de plus d'un mois complet), l'intimée - assistée d'une fiduciaire et d'un avocat - a continué à annoncer les soldes mensuels de vacances sur les décomptes de salaire de l'appelante jusqu'à fin août 2017, sans prendre en considération, ni même réserver une quelconque réduction. Faute d'avoir manifesté son intention de faire usage de cette prérogative en temps utile, il y a lieu de retenir que l'intimée a renoncé à se prévaloir de l'art. 329b al. 2 CO. L'appelante bénéficiait donc d'un solde de 17.26 jours de vacances à prendre au 31 octobre 2017. Pour sa part, l'intimée reproche au Tribunal d'avoir considéré qu'elle ne pouvait pas exiger de l'appelante qu'elle prenne son solde de vacances (4.79 jours selon le jugement entrepris) durant son délai de congé, alors qu'elle avait disposé - entre le 26 janvier 2017 et le 14 mars 2017, date du début de son incapacité de travail -, de 46 jours (32 jours ouvrables) pour ce faire. Ce grief de l'intimée est partiellement fondé, même en tenant compte d'un solde de vacances de 17.26 jours. En effet, la période de libération de travailler n'excédant pas quatre mois (32 jours ouvrables), il y a lieu de compenser ces jours de vacances dans une proportion correspondant au quart de cette période, à savoir à hauteur de 8 jours, l'appelante conservant ainsi 24 jours ouvrables pour rechercher un emploi, ce qui paraît suffisant. Il n'y a pas lieu d'examiner la question de savoir si une compensation des jours de vacances pouvait intervenir durant la période d'incapacité de travail, l'intimée ne le soutenant pas. Les jours de vacances non pris en nature s'élèvent en conséquence à 9.26

jours (17.26 - 8). L'appelante conteste avoir été libérée de l'obligation de travailler, au motif que l'intimée lui avait donné pour instruction de rester à sa disposition; elle en déduit qu'une compensation de son solde de vacances n'est pas justifiée. Ce moyen n'est pas fondé. Dans son courrier du 26 janvier 2017, l'intimée a simplement demandé à l'appelante de rester à sa disposition par téléphone au cas où elle aurait des questions à lui poser; elle lui a en outre demandé de prendre l'entier de son solde de vacances pendant le délai de congé (cf. supra let. A.h). Il en découle que l'intimée a circonscrit de manière précise l'étendue de l'obligation résiduelle de l'appelante de se tenir à disposition (par téléphone en dehors des jours de vacances); l'intéressée a ainsi bénéficié d'une libération de travailler compatible avec la compensation admise ci-avant. Enfin, l'appelante soutient avec raison que son droit aux vacances doit être calculé sur la base de son salaire complet, à savoir en prenant en considération non seulement le treizième salaire, comme l'a fait le Tribunal, mais également l'indemnité forfaitaire de 727 fr. 30 par mois, la participation au loyer de 400 fr. par mois et le bonus de 2'046 fr. 70 par mois (cf. supra, consid. 5.4 in fine). Ainsi, l'indemnité due à l'appelante pour 9.26 jours de vacances non pris en nature sera, conformément à la méthode de calcul appliquée par l'autorité précédente et non remise en cause par les parties, arrêtée à 7'064 fr. 40 bruts (16'592 fr. 92 [cf. supra, consid. 7.2.1] / 21.75 jours x 9.26 jours). 8.2.2 Partant, le chiffre 2 du jugement entrepris sera annulé, de même que le chiffre 3 par souci de clarté. L'intimée sera condamnée à verser à l'appelante la somme brute de 7'064 fr. 40, plus intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> novembre 2017, le dies a quo n'étant pas critiqué en appel. La partie qui en a la charge sera invitée à opérer les déductions sociales et légales usuelles.

## **E. 9**

Au vu de la valeur litigieuse du litige, il ne sera pas perçu de frais judiciaires (art. 114 let. c et 116 CPC; 19 al. 3 let. c LaCC) ni alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC). \* \* \* \* \* PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 4 : À la forme : Déclare recevable l'appel interjeté le 28 janvier 2019 par A\_\_\_\_\_ contre le jugement JTPH/385/2018 rendu le 10 décembre 2018 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/21283/2017-4. Déclare recevable l'appel joint interjeté le 4 mars 2019 par B\_\_\_\_\_ SA contre les chiffres 2 et 3 du dispositif du jugement susvisé. Au fond : Annule les chiffres 2, 3 et 5 du dispositif de ce jugement et, statuant à nouveau sur ces points : Condamne B\_\_\_\_\_ SA à verser à A\_\_\_\_\_ la somme brute de 18'128 fr. 30, plus intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> novembre 2017, sous déduction de la somme nette de 3'309 fr. 20. Condamne B\_\_\_\_\_ SA à verser à A\_\_\_\_\_ la somme brute de 7'064 fr. 40, plus intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> novembre 2017. Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles. Condamne B\_\_\_\_\_ SA à rectifier auprès de D\_\_\_\_\_ SA le montant du salaire annuel de référence de A\_\_\_\_\_, pour la période débutant le 1<sup>er</sup> novembre 2017, à hauteur de la somme brute de 199'104 fr. Confirme le jugement entrepris pour le surplus. Dit qu'il n'est pas perçu de frais judiciaires ni alloué de dépens d'appel. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Siégeant : Madame Nathalie RAPP, présidente; Madame Nadia FAVRE, juge employeur; Monsieur Thierry ZEHNDER, juge salarié; Madame Chloé RAMAT, greffière. Indication des voies de recours et valeur litigieuse : Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile. Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000 fr.

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