

## **VD\_FINDINFO 124/2010/DCA vom 3. September 2010**

VD Tribunal cantonal, 2010-09-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_124\\_2010\\_DCA](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_124_2010_DCA)

FR: VD\_FINDINFO 124/2010/DCA du 3 septembre 2010

IT: VD\_FINDINFO 124/2010/DCA del 3 settembre 2010

### **Regeste**

PROTECTION DE LA PERSONNALITÉ, PROTECTION DES TRAVAILLEURS, BONUS, DROIT AU SALAIRE, RENONCIATION À DES PRÉTENTIONS DE SALAIRE | 322 al. 2 CO, 322d CO, 328 al. 1 CO, 339 CO, 49 CO

### **Erwägungen**

#### **E. 10**

Le demandeur a assumé la responsabilité de la Centrale des risques jusqu'au 31 décembre 2002. Il s'est vu retirer cette compétence le 1<sup>er</sup> janvier 2003, soit avant son inculpation par le Juge d'instruction le 5 septembre 2003. Durant l'année 2003, et avant d'être muté dans une autre division, le demandeur a conservé la responsabilité des Analyses économiques et comptables, du Développement-gestion et de la Logistique, à l'exclusion de la Centrale des risques. Après avoir pris connaissance de l'inculpation du demandeur, la défenderesse s'est interrogée sur la poursuite des relations de travail avec celui-ci et a décidé que celles-ci pouvaient être maintenues, dans l'intérêt de son employé. Au début du mois de novembre 2003, en raison de ses compétences en matière de gestion d'informations, le demandeur a été muté à la Division réseau, entité occupant 600 à 700 personnes et ne touchant pas au domaine des crédits; il a alors travaillé notamment dans le cadre de la liquidation de la [...], chargé du développement des extractions de données informatiques pour sa division, et dans le département marketing pour la recherche d'informations. Dans ses nouvelles fonctions, il n'avait pas la responsabilité et la gestion d'une équipe, si bien qu'il n'a plus eu de collaborateurs sous ses ordres du mois de novembre 2003 à celui de janvier 2006; le demandeur a donné son accord à ce changement d'occupation, à un poste qui n'avait pas été mis au concours, mais où il a remplacé une personne qui avait les compétences de faire un certain nombre de recherches. Un certificat de travail du 31 août 2007 rédigé par la défenderesse et non signé mentionne en outre le fait que le demandeur s'est occupé "des mouvements de trafic des paiements effectués par des collaborateurs et de l'extraction d'adresses pour les safes ou d'autres publipostages".

#### **E. 11**

Au cours de l'année 2005, la défenderesse a mis au concours le poste de chef de secteur, responsable du Secteur des formalités en qualité de gestionnaire de données. Intéressé, le demandeur a posé sa candidature, que la défenderesse a retenue parmi d'autres, s'enquérant de connaître l'adéquation entre chaque candidat et la fonction proposée. Au mois de décembre 2005, la société Direction plus SA a rédigé un rapport sur l'adéquation entre le demandeur et la fonction de Responsable gestion des nouveaux tiers de la défenderesse. Dans sa prise de position du 20 décembre 2005 sur le contenu de ce rapport, figurant en annexe à celui-ci, le demandeur a écrit notamment ce qui suit (en italique) : " Au sujet des dimensions managériales : Correspond entièrement à ce que je supposais, particulièrement

par rapport à mes aptitudes à diriger du personnel et des projets. Je tire de cet assessment les conclusions suivantes : Mon profil est manifestement conforme aux attentes et je pense que le poste en question est tout à fait dans mes cordes. " Du 6 février 2006 au 31 août 2007, le demandeur s'est vu confier, comme chef de secteur, la responsabilité du Secteur des formalités, en qualité de gestionnaire des données. Dans ce cadre, il était chargé de coordonner trois services composés de 27 personnes, de mettre en place des règles de traitement opérationnel, de traiter des cas complexes avec les clients internes, de maîtriser les différents aspects de contrôle de formalité pour toute la typologie des tiers, de la personne physique au trust, de gérer et analyser les indicateurs du secteur (statistiques) et de prendre les mesures d'ajustement nécessaires. Enfin, le demandeur devait améliorer les processus de traitement informatiques et organisationnels. Le demandeur n'a pas atteint les objectifs assignés et, au moins au début, en 2006, travaillait un nombre d'heures insuffisant, point qui a fait l'objet d'un avertissement. Il était tenu de travailler au moins 42 heures par semaine. Les Ressources humaines de la défenderesse ont adressé le 26 juin 2006 au demandeur un courrier dont la teneur était notamment la suivante : "Nous nous référons à votre période probatoire en qualité de chef du Secteur contrôle des formalités convenue en février dernier. Au cours de ce temps d'essai, M. B. \_\_\_\_\_, directeur du Département back-office paiements, s'est entretenu à plusieurs reprises avec vous au sujet de la qualité de votre travail, de votre comportement, ainsi que de nos attentes. Malgré ces interventions, nous sommes forcés de constater aujourd'hui que vous n'avez pas atteint les objectifs qui vous ont été fixés. En substance, les constats suivants ont été relevés : · manque de rigueur et d'intérêt pour votre activité; · manque d'implication dans l'opérationnel journalier; · (...) · horaires de travail non respectés, malgré l'avertissement intervenu début mai 2006; · nombreuses absences en fin d'après-midi à titre privé et présence le week-end sans besoin avéré. Compte tenu de ce qui précède, il vous est demandé de : · vous impliquer totalement dans vos activités, travailler avec beaucoup plus de conscience professionnelle, de rigueur, revoir vos processus de travail et montrer l'exemple; · (...) · respecter strictement les horaires de travail (42 heures hebdomadaires de travail ainsi que les périodes bloquées) · (...) Il est convenu de faire un point de situation fin août 2006 avec les soussignés pour évaluer l'amélioration de vos prestations. En cas de non atteinte des objectifs fixés, nous devons considérer une réorientation en interne ou en externe. (...)" Par lettre de la Direction des Ressources humaines du 18 juillet 2006, la défenderesse a fait savoir au demandeur qu'elle avait constaté que son ordinateur "contenait de nombreux fichiers et documents n'ayant pas leur place dans le cadre professionnel" et lui a demandé d'appliquer scrupuleusement l'ensemble des règles internes applicables en la matière.

## **E. 12**

Le demandeur a présenté une incapacité de travail totale à compter du 24 juillet 2006. Son psychiatre, le DrG. \_\_\_\_\_, a considéré qu'il ne disposait pas de toutes ses facultés physiques et psychiques pour assumer ses nouvelles fonctions et qu'il était totalement incapable de travailler; il l'a "mis immédiatement en arrêt maladie" dès que le demandeur l'a consulté, au mois de juillet 2006; son patient disait alors qu'il allait mal depuis quelques mois et que son état allait s'aggravant. Par courrier du 28 février 2007, la défenderesse a mis un terme aux rapports contractuels avec effet au 31 août 2007, libérant au surplus le demandeur de son obligation de travailler. Selon extrait du Registre du commerce du 22 janvier 2008, il existe une entreprise individuelle, sous la raison de commerce "D. \_\_\_\_\_ Services", inscrite le 21 août 2007 au nom de D. \_\_\_\_\_, dont le but est le conseil aux entreprises et la prestation de services en matière comptable.

### **E. 13**

Le demandeur a vu sa santé périlcliter et a pris plus de 50 kilos en trois ans et demi, dont il est résulté des problèmes cardiaques et lombaires. Ainsi, lorsqu'il a été nommé responsable du Trafic des paiements, il était déjà atteint dans sa santé et ne disposait pas de toutes ses facultés physiques et psychologiques pour assumer ses nouvelles fonctions. A dire de médecin, les problèmes anxio-dépressifs et pondéraux du demandeur étaient majoritairement en relation de causalité avec les modifications de sa vie professionnelle et ses soucis financiers, état qui peut favoriser, de même que les troubles du sommeil dont il était affecté, la prise de poids.

### **E. 14**

décembre 1995, le demandeur avait contresigné pour accord une "lettre d'engagement" du 7 décembre précédent, qui prévoyait notamment ce qui suit : "(...) Prime "DPO" : Une éventuelle prime basée sur le cash flow de l'exercice 1995 pourrait être créditée selon les règles habituelles en mars 1996, et ceci pour la dernière fois . A partir de 1997, la "DPO" sera remplacée par une prime variable, versée au cours du deuxième trimestre de chaque année. Son attribution dépendra directement de votre engagement personnel, votre performance et votre contribution au succès de la [...] durant l'exercice précédent. (...) Les conditions de ce contrat, en particulier la rémunération et le rang, seront réexaminées, comme celles de l'ensemble du personnel de la [...], selon les règles du Modèle hiérarchique applicable dès le 1er janvier 1997. (...) Le règlement du personnel de la défenderesse portant à chaque page la date de "septembre 2003" disposait notamment ce qui suit, sous le titre "3.1 Salaire annuel et rémunération variable" : "Le salaire annuel est déterminé par le niveau des exigences et des responsabilités de la fonction exercée, ainsi que par le degré de compétence du collaborateur. (...) Un montant variable peut être attribué selon les résultats financiers de la [...], les efforts fournis, les objectifs atteints et les contributions individuelles ou collectives. Le cas échéant, il est crédité en compte avec le salaire de mars, pour autant que le collaborateur ne soit pas en rupture de contrat." Le règlement portant la mention "juillet 2005" contenait la disposition suivante, sous le titre "3.1 Salaire annuel et bonus" : "Le salaire annuel fixe est déterminé pour chaque collaborateur selon la fonction occupée et en tenant compte des pratiques du marché. (...) Un bonus peut être attribué à tout collaborateur selon le niveau personnel d'atteinte de ses objectifs de performance, tant qualitatifs que quantitatifs. Son montant et le principe de son attribution sont également influencés notamment par les résultats de la [...] ainsi que des Divisions et Départements dans lesquels les collaborateurs travaillent. Le bonus est une prestation volontaire de l'employeur ne pouvant donner naissance à aucune prétention future, même si elle a été versée régulièrement pendant plusieurs années consécutives. Le bonus est crédité en compte avec le salaire de mars, pour autant que le collaborateur ne soit pas en rupture de contrat." Sous le titre "3.1 Salaire et bonus", le règlement de "mars 2006" stipule ceci : a) Salaire Le salaire annuel est déterminé par la [...] pour chaque collaborateur en tenant compte notamment de la fonction occupée, des tâches exercées et des pratiques du marché. (...) Les adaptations de salaire éventuelles ne donnent naissance à aucune prétention future, même si des adaptations ont été opérées régulièrement pendant plusieurs années consécutives. b) Bonus La [...] peut attribuer un bonus à certains collaborateurs, lequel constitue une gratification. La [...] décide librement de la forme du bonus, de son montant et du principe de son attribution sur la base notamment - du niveau personnel d'atteinte des objectifs de performance, tant qualitatifs que quantitatifs, du collaborateur et - des

résultats de la [...], ainsi que des Divisions et Département pour lesquels les collaborateurs travaillent. (...) Le bonus est une prestation volontaire de l'employeur ne pouvant donner naissance à aucune prétention future, même si elle a été versée régulièrement pendant plusieurs années consécutives. L'attribution définitive d'un bonus et son versement sont conditionnés au fait que le collaborateur ne soit pas en rupture de contrat. Le bonus éventuel est crédité aux dates que la [...] communique au collaborateur. Le demandeur pouvait avoir droit à un salaire variable et à un bonus annuel, accordés à bien plaisir par la défenderesse, fonction non seulement des résultats financiers de la défenderesse, mais aussi de l'investissement personnel du demandeur et de son identification aux stratégies de la [...]. b) Entre 1998 et 2003, le salaire annuel fixe du demandeur a augmenté chaque année, passant de 91'754 fr. en 1998 à 120'614 fr. en 2003. Le demandeur a été avisé par courrier de la défenderesse du 16 décembre 2002 que son salaire annuel pour l'année 2003 s'élèverait à 120'614 francs. Cette lettre précisait en outre que la fourchette de référence de sa rémunération avait un plafond de 162'400 francs. Il a été informé par lettre du 10 mars 2003 qu'il recevrait un bonus, dont une partie, en espèces, serait versée avec son salaire de mars. Depuis 2003, le salaire annuel fixe du demandeur n'a plus évolué. Par lettres des 15 décembre 2003, 11 mars 2005 et 10 mars 2006, la défenderesse a communiqué au demandeur le montant de sa rémunération annuelle pour les années 2004, 2005 et 2006 dès le 1<sup>er</sup> avril. Elle allègue que celui-ci n'a pas contesté ces conditions, sans que le contraire soit établi. c) En 1998, le demandeur a reçu un "salaire variable" de 15'000 francs; en 1999, il a perçu une "prime exceptionnelle" de 20'000 fr., moitié en actions, moitié en espèces; en 2000, la défenderesse lui a attribué 35'000 fr. "à titre de salaire variable", puis un "bonus" de 10'000 fr., ces montants ayant été de 50'000 fr. et de 10'000 francs en 2001; en 2002, elle a versé au demandeur un "salaire variable" et une "prime exceptionnelle", de 15'000 fr. chacun; en 2003, le "salaire variable" a été de 15'000 fr., de même que le "bonus", disponible en espèces et en actions, à raison d'un tiers. Selon lettres des 12 mars 2004, 11 mars 2005 et 10 mars 2006, la défenderesse a versé au demandeur un "salaire variable" de 12'000 fr. en 2004, puis un "bonus" de même montant en 2005 et en 2006, en précisant dans chacune de ses communications que le bonus, respectivement le salaire variable, était une prestation volontaire de l'employeur ne pouvant donner naissance à aucune prétention future, même en cas de versement régulier pendant plusieurs années consécutives. Dans le courrier du 10 mars 2006, elle a en sus précisé que l'attribution définitive du bonus était conditionnée au fait que le demandeur ne soit pas "en rupture de contrat". Pour les exercices 2006 et 2007, le demandeur n'a pas touché de prime.

## **E. 15**

En cours d'instance, l'expert-comptable André Donzé a été désigné en qualité d'expert judiciaire. Il a rendu un premier rapport le 25 mai 2009 et un complément d'expertise le 28 janvier 2010. Il ressort en substance de ces deux documents ce qui suit. a) L'expert a commencé par décrire le mode de rémunération appliqué aux employés de la défenderesse en ces termes : "(...) Jusqu'à fin 2003, le système de rémunération du personnel de L.\_\_\_\_\_ (ci-après L.\_\_\_\_\_) était composé du cumul d'un salaire fixe, d'un salaire variable et d'un bonus. La part du salaire variable du personnel était décidé dans le cadre de l'établissement du budget de la [...] pour l'exercice concerné. Cette rubrique budgétaire était répartie, à raison de 90% environ (rémunération variable) en fonction de la structure hiérarchique de la [...] (7 niveaux de hiérarchie) et à raison de 10% environ sous forme de bonus attribué aux bénéficiaires en fonction de la performance réalisée durant l'exercice. Le bonus était attribué selon trois critères principaux: - contribution prépondérante au résultat

de la [...] - collaboration aux projets stratégiques - accomplissement d'une performance majeure. Seuls environ 10% des employés bénéficiaient du bonus. Ce système a été appliqué pour la dernière fois au début de 2004 pour l'exercice 2003. Dès 2004 (exercice comptable avec premier versement mars 2005), le système de rémunération a été modifié (...). Depuis cet exercice, la rémunération est composée du salaire fixe et du bonus. La rémunération variable, telle que pratiquée jusqu'alors, est abandonnée. Seuls le salaire fixe et le bonus demeurent en vigueur. (...) Le bonus est attribué aux collaborateurs selon le niveau personnel d'atteinte d'objectifs de performance, tant qualitatifs que quantitatifs. Il est également influencé par les résultats de la [...] ainsi que des divisions et départements dans lesquels les collaborateurs travaillent. (...) Il ne semble pas, à dire d'expert, qu'il y ait eu d'automatisme dans la décision d'octroi des bonus dans le département où oeuvrait le demandeur. b) L'expert a ensuite relevé qu'il est difficile de déterminer quelle aurait été la rémunération variable, bonus compris, du demandeur, en raison des variations ayant touché l'ensemble des cadres à ce sujet au fil des années et du fait que tous ne touchaient pas une telle rémunération chaque année; en outre, il a déclaré ignorer absolument quelles auraient pu être les considérations des supérieurs du demandeur quant à son travail. Il a dès lors choisi ce qu'il qualifie "d'hypothèse la plus favorable", soit une rémunération variable et/ou un bonus du demandeur comparables à la moyenne des rémunérations de ce type accordées chaque année aux cadres supérieurs entre 2000 et 2007, étant précisé que certaines années la moyenne s'opère sur seulement trois personnes bénéficiaires d'un bonus et qu'entre 2003 et 2007 les bonus ont varié entre 22'500 fr. et 63'000 fr. (annexes 2a et 4 de l'expertise, qui se fondent sur les chiffres de la défenderesse, que l'expert est allé vérifier dans les locaux de cette dernière à l'occasion du complément d'expertise, et tableau annexé à ce complément). Pour déterminer ce qu'aurait reçu le demandeur, l'expert s'est fondé sur la rémunération variable perçue, ou qui aurait dû être perçue à dire d'expert, par celui-ci l'année précédant l'année de calcul, comparée à la moyenne des primes octroyées la même année. Cette moyenne a été obtenue en examinant la situation de vingt cadres ne comprenant pas le demandeur, soit dix-sept chefs de secteurs, un chef de service et deux experts. La proportion résultant de la comparaison de l'année précédente a ensuite été appliquée à la moyenne des bonus octroyés l'année du calcul (sans y intégrer le bonus effectivement reçu par le demandeur) pour déterminer la rémunération potentielle du demandeur, et ainsi de suite d'année en année (bonus du demandeur année précédente / moyenne des bonus année précédente x moyenne des bonus année actuelle). Pour l'année 2003, c'est la gratification réellement touchée par le demandeur qui a servi de base de calcul, tandis que pour les années 2005 à 2007, c'est le montant déterminé par l'expertise qui a constitué la base de calcul. c) En annexe 4 du rapport d'expertise, le résultat du calcul qui précède se présente comme suit, en chiffres arrondis : Année 2002 2003 2004 2005 2006 2007 Moyenne 34'167 26'667 31'000 41'667 46'286 51'000 Demandeur 30'000 23'500 27'500 37'000 41'000 45'000

#### **E. 16**

D'autres faits allégués, admis ou prouvés, mais sans incidence sur la solution du présent procès, ne sont pas reproduits ci-dessus.

#### **E. 17**

Par demande du 24 octobre 2007, le demandeur D.\_\_\_\_\_ a pris la conclusion suivante à l'encontre de la défenderesse, avec suite de frais et dépens : "La L. \_\_\_\_\_ est la débitrice de D.\_\_\_\_\_ et lui doit prompt et immédiat paiement de la somme brute de fr. 298'000.- (deux cent nonante-huit mille francs) sous déduction des charges sociales et de la somme de

fr. 100'000.- (cent mille francs), toutes deux avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> septembre 2007." La défenderesse L. \_\_\_\_\_ a conclu, avec dépens, au rejet de la conclusion qui précède dans sa réponse du 7 février 2008, écriture dans laquelle elle a invoqué l'exception de prescription. En droit: I. a) Le demandeur fonde ses prétentions sur une violation de sa personnalité sanctionnée par l'art. 328 CO; il revendique la réparation par la défenderesse du préjudice matériel qui en résulte, soit 62'000 fr. en compensation de l'absence de progression de son salaire et 236'000 fr. en compensation de l'insuffisance, respectivement l'absence, des bonus versés de 2003 à 2007, et réclame 100'000 fr. en réparation du tort moral subi du fait de ces violations. Les deux premières réclamations peuvent découler de deux moyens différents: un droit direct à la rémunération issu du contrat, ou un manque à gagner issu d'une responsabilité contractuelle, fondée sur une atteinte à la personnalité, ainsi qu'il est plaidé. La réparation du tort moral suppose une telle atteinte. Le demandeur exécutait des prestations personnelles au profit de la défenderesse, en échange de quoi il recevait une rémunération. Il était en outre soumis aux indications que celle-ci lui donnait, puisqu'il a notamment, sur ordre, modifié son premier projet d'état des risques. Ces éléments répondent à la définition du contrat de travail (Favre/Munoz/Tobler, *Le contrat de travail* code annoté, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne 2010, n. 1.1 ad art. 319 CO), qui organisait la relation entre les parties, point qui n'est pas contesté en l'occurrence. aa) En principe, le contrat de travail reste en droit suisse un acte individuel dominé par la liberté contractuelle, notamment en matière de rémunération au sens large, de telle sorte que des différences non objectivement justifiées entre salariés d'une même entreprise, tenant le cas échéant à la simple habileté de certains dans la négociation, ne sont pas forcément inadmissibles (ATF 129 III 276, c. 3.1, JT 2003 I 346; Wyler, *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2008, pp. 175 et 733). Ainsi, c'est le salaire convenu librement entre les parties qui fait foi, pour autant que son montant s'accorde avec les droits de la personnalité et avec les prescriptions générales fixées par les art. 19 à 21 CO. Le fait de ne pas fixer expressément le salaire dans le contrat n'a pas pour effet d'invalider celui-ci. Dans cette hypothèse, et en l'absence d'une convention collective ou d'un contrat-type de travail applicable aux parties, on se référera au salaire usuel (art. 322 al. 1 CO), soit celui payé dans la même entreprise, dans un secteur d'activité identique ou semblable, au même endroit ou un endroit comparable, pour une activité correspondante en tenant compte de la formation et de l'expérience du travailleur dans la branche considérée (Carruzzo, *Le contrat individuel de travail*, Zurich 2009, n. 4 ad art. 322 CO). Comme l'art. 322 CO est de droit dispositif, les parties peuvent, par un accord qui n'est pas soumis à une quelconque forme, décider de diminuer le salaire en cours de contrat, avant l'échéance du délai légal de congé. Pareille convention ne vaut que pour le futur et ne peut se rapporter à des prestations de travail déjà accomplies. Un accord tacite, par exemple lorsque le travailleur a accepté à plusieurs reprises un salaire inférieur à celui convenu à l'origine, ne peut être reconnu qu'exceptionnellement. Aussi le juge doit-il faire preuve de retenue avant d'inférer du silence d'un travailleur l'acceptation de propositions de modifications du contrat dans un sens qui lui est défavorable; celle-ci ne peut être admise que dans des situations où, selon les règles de la bonne foi, du droit ou de l'équité, une réaction du travailleur s'imposait en cas de désaccord de sa part. Il n'en va pas autrement en cas de modification des conditions de versement d'un bonus constituant un élément du salaire. S'agissant du fardeau de la preuve, il appartient à l'employeur d'établir les circonstances particulières permettant d'admettre que le travailleur a consenti tacitement à une réduction de salaire (TF 4A\_509/2008 du 3 février 2009, c. 5.1). Mais si le travailleur a encaissé au moins trois fois un salaire réduit par rapport à celui convenu initialement, cela

sans formuler de réserve, il y a une présomption de fait qu'il a accepté la baisse de salaire en cause. Il appartient alors au travailleur de prouver les circonstances particulières sur la base desquelles l'employeur, malgré le silence durable de son employé, n'aurait pas dû conclure à l'accord de celui-ci à la baisse (TF 4C.242/2005 du 9 novembre 2005, c. 4.3 et 4.4). Les mêmes principes sont applicables en matière de treizième salaire : si celui-ci n'est plus versé trois années de suite, sans que le travailleur se manifeste et en particulier lorsque ce dernier est conscient du fait qu'une protestation pourrait lui valoir un licenciement, il y a, en toute conscience, une renonciation tacite de l'ayant droit (arrêt cantonal bernois, 8 mars 1995, c. 3b et 3c, in *Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts [JAR]* 1996, p. 150) Pour la doctrine, il ne faudrait admettre une acceptation tacite que dans des circonstances où le travailleur n'est que peu exposé à une menace de licenciement à bref délai, ou lorsque, de par sa fonction hiérarchique, sa formation, son aptitude à faire valoir son point de vue ou sa capacité à retrouver rapidement un emploi, on doit penser qu'il ne craindrait pas de faire valoir son opinion (Wylér, op. cit., pp. 89 et 177, avec les références). Le créancier – en l'occurrence le travailleur – est tenu d'établir les circonstances propres à fonder sa prétention, alors que c'est le débiteur – en l'occurrence l'employeur – qui doit établir les circonstances propres à rendre cette prétention caduque. En d'autres termes, le créancier doit prouver l'existence du rapport juridique sur lequel il fonde sa créance, alors que c'est au débiteur qu'il incombe d'en établir l'extinction. Appliquée au droit au salaire, cette répartition signifie que le travailleur doit apporter la preuve du montant du salaire convenu ou usuel. Pour sa part, l'employeur qui s'oppose au paiement du salaire ultérieur doit démontrer l'extinction du rapport de travail, ou toute autre circonstance d'où il découlerait que le contrat a pris fin ou s'est modifié. Il ne saurait en revanche être exigé du travailleur qu'il fasse lui-même la démonstration de la durée du contrat de travail (SJ 1999 I 385, c. 3b, et les réf. citées). bb) En l'espèce, le demandeur ne peut se prévaloir d'un droit à une modification constante vers le haut de son salaire, même si celui-ci a régulièrement augmenté entre 1998 et 2003. Il n'existe pas de droit acquis en la matière. Il lui appartenait de démontrer l'existence d'un accord avec la défenderesse prévoyant pareille augmentation, ou une indexation, ce qui n'a pas été fait. En outre, sur la période litigieuse où sa rémunération fixe est restée la même, soit de 2004 à 2006, le demandeur a été régulièrement avisé de son salaire annuel, sans qu'il soit établi qu'il ait protesté ou même demandé des explications. Or, lorsque les conditions de l'engagement restent globalement les mêmes à la suite d'une modification du contrat, l'acceptation tacite du travailleur doit être présumée (Wylér, op. cit., p. 88). De plus, quand bien même on se montrerait restrictif sur une telle acceptation, bien qu'aucune diminution du salaire ne soit alléguée, force est de constater que la défenderesse ne pouvait inférer d'aucune circonstance particulière que son employé n'avait pas donné son agrément aux conditions financières auxquelles il était soumis. Le demandeur n'indique rien de particulier à ce sujet et ne peut que se tenir au salaire qui lui a été versé pendant trois ans. b) aa) Une gratification, aux termes de l'art. 322d CO, est une rétribution spéciale que l'employeur verse en sus du salaire, par exemple une fois par année. Elle se distingue du salaire, et en particulier d'un éventuel treizième mois de salaire, en ceci qu'elle dépend au moins partiellement du bon vouloir de l'employeur. Si le versement d'une gratification n'a pas été convenu, expressément ou par actes concluants, cette prestation est entièrement facultative. Si un versement de ce genre est convenu, l'employeur est tenu d'y procéder, mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer. Dans les deux cas, la gratification peut consister dans une somme d'argent ou dans des prestations en nature. En l'absence d'un accord explicite, la gratification est considérée comme convenue

lorsque l'employeur l'a versée durant plus de trois années consécutives sans en réserver, par une déclaration adressée au travailleur, le caractère facultatif. Enfin, elle est accessoire par rapport au salaire et ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. Par conséquent, un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un salaire variable même si l'employeur en réservait le caractère facultatif, notamment pour les revenus les plus considérables. Dans le cas de salaires modestes, un montant proportionnellement moins élevé peut déjà présenter le caractère d'un salaire variable. A cet égard, 16 % ou 25 % de la rémunération totale constituent en principe toujours une gratification (TF 4A\_511/2008 du 3 février 2009, c. 4.1 et 4.3.1; TF 4A\_509/2008 du 3 février 2009, c. 4.1; ATF 131 III 615, c. 5.2 et 6.2, SJ 2006 I 45; TF 4C.426/2005 du 28 février 2006, c. 5.1; ATF 129 III 276, c. 2.1, JT 2003 I 346). Selon ses caractéristiques, le bonus sera considéré soit comme une gratification au sens de l'art. 322d CO, soit comme un élément du salaire, pouvant revêtir, selon les cas, la forme d'une participation au résultat de l'exploitation (art. 322a CO); seules les circonstances pertinentes de chaque espèce permettent une juste qualification. Dans les limites de l'art. 27 al. 2 CC, l'employeur peut subordonner le droit à la gratification à des conditions, comme la présence du salarié dans l'entreprise lors de son versement, ou l'absence de résiliation du contrat; si les rapport de travail ont pris fin avant l'échéance de la gratification, le salarié ne peut prétendre à un montant pro rata temporis que s'il en a été convenu ainsi (TF 4A\_511/2008 du 3 février 2009, c. 4.1). En présence d'un bonus, l'employeur ne conserve sa marge de manœuvre que lorsque celui-ci ne dépend pas de l'atteinte d'un certain chiffre d'affaires mais de sa propre évaluation subjective. Lorsque le bonus est attribué en fonction du bénéfice ou du chiffre d'affaires, il doit être considéré comme une partie du salaire variable et non comme une gratification (TF 4A\_115/2007 du 13 juillet 2007, c. 4.3.3 et 4.3.4). Selon les circonstances, la gratification peut être due alors même que, d'année en année, l'employeur a exprimé et répété une réserve à ce sujet. Une telle réserve n'a en effet aucune portée si l'employeur montre par son comportement qu'il se sent obligé de verser une gratification. Cela ne se justifie cependant que si durant la période considérée l'employeur avait eu une raison de ne pas en octroyer une, par exemple en cas d'affaires défavorables ou de mauvaise prestation du travailleur, éléments que le travailleur doit prouver à l'appui de sa prétention (ATF 129 III 276, c. 2.3, JT 2003 I 346). En matière de prestations sociales, de bonus et de primes, la doctrine et, en partie, la jurisprudence ont émis quelques réserves et posé certaines limites à la liberté des parties en matière de rémunération, lorsqu'on est en présence d'une possible discrimination entre les employés d'un même employeur (ATF 129 III 276 précité, c. 3.1, JT 2003 I 346, JAR 2003, p. 221 ; Wyler, op. cit., p. 735 ss). En effet, le principe de la bonne foi permet à l'employé de considérer, en l'absence d'accord contraire, qu'il sera placé dans la même position que les autres travailleurs et qu'il obtiendra une gratification, lorsque l'employeur décide de manière générale de son allocation. Dans ce cas naît un droit pour le travailleur, fondé sur le principe de l'égalité de traitement, qui trouve à la fois sa source et son complément dans l'interdiction des discriminations portant atteinte à la personnalité du travailleur selon l'art. 328 CO (Stahelin, Commentaire zurichois, Zurich 2006, n. 13 ad art. 322d CO). A ce sujet, le Tribunal fédéral a observé que la doctrine déduit de l'obligation qui incombe à l'employeur de protéger la personnalité de son employé (art. 328 CO), ainsi que des règles générales sur la protection de la personnalité (art. 28 CC ss), que le devoir de respecter l'égalité de traitement entre travailleurs d'une même entreprise est un principe général. Il faut toutefois prendre en considération le fait que 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 évaluation de la personnalité du travailleur qui soit blessante pour ce dernier. Une telle manière de rabaisser un salarié n'existe que si l'employé est placé dans une situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres employés; elle n'est pas donnée lorsque l'employeur favorise simplement quelques employés. Dans tous les cas, le fait que l'employeur favorise certains de ses employés peut avoir pour conséquence que des employés qui ne bénéficient pas du même traitement puissent, selon les principes de la bonne foi, conclure à une modification tacite, en leur faveur, de leur contrat de travail. Dans une telle situation, l'employeur doit leur accorder aussi le traitement censé favoriser certains employés uniquement parce qu'en vertu du principe de la bonne foi, ce sont ces conditions qui paraissent avoir été convenues (TF 4A\_63/2007 du 6 juillet 2007, c. 4.2 ; ATF 129 III 276, c. 3.1, JT 2003 I 346). bb) Les parties ont admis en l'occurrence que le demandeur devait toucher un salaire variable et un bonus annuel, accordés à bien plaisir et dépendant à la fois des résultats de l'entreprise et de l'investissement de l'employé dans son travail. Les montants en cause par rapport au salaire fixe du demandeur indiquent clairement qu'il s'agissait d'une rémunération accessoire, non pas d'un salaire déguisé. Ce régime devait changer à partir de 1997, où seule une gratification entièrement dépendante des performances du demandeur a été convenue, selon ce qui résulte du contrat du 14 décembre 1995. La rédaction du contrat précité précise que c'est "l'attribution" de la prime elle-même qui dépend de l'engagement personnel du collaborateur. Il faut dès lors retenir que tant le principe de l'attribution du bonus que son montant dépendait de l'investissement personnel du demandeur. Le demandeur n'allègue pas, à ce sujet, que les parties auraient entendu en réalité convenir d'autre chose. La pratique de la défenderesse a ensuite été floue. Elle a distribué au demandeur des primes sous des noms divers dès 1998, notamment deux par année en 2000, 2001, 2002 et 2003, soit un "salaire variable" et un "bonus" ou une "prime exceptionnelle", semblant revenir à son habitude antérieure à 1997. Elle n'a assorti l'octroi de ces primes d'aucune réserve, une telle mise en garde n'ayant apparu dans ses courriers qu'à partir de 2004. Le demandeur aurait donc acquis un droit au versement du salaire variable doublé d'une autre prime, accordés sans réserve au mois trois années consécutives. Les parties n'ont pas allégué le mode de calcul exact de ces gratifications, de sorte qu'on doit les considérer, suivant le contrat de 1995, comme des bonus selon l'art. 322d CO et exclure l'hypothèse d'une participation au bénéfice contraignante au sens de l'art. 322a CO. Il n'en demeure pas moins que jusqu'en 2004, selon l'expert, le "salaire variable" dépendait à la fois du budget et de la position hiérarchique, et le "bonus" de la performance; après cette date, le bonus, désormais seule prime versée, était fonction à la fois des performances et du résultat de L. \_\_\_\_\_, sans que l'expert ni les parties en décrivent la proportion. Ces considérations rejoignent les extraits de diverses éditions du règlement du personnel produits par la défenderesse, qui tous indiquent que la gratification dépend à la fois des résultats financiers de L. \_\_\_\_\_ et des efforts fournis par le collaborateur. Même s'il n'est pas établi que ces règlements liaient le demandeur, ils donnent des informations sur ce que l'employeur se proposait de faire. Il reste à déterminer le montant des gratifications auxquelles le demandeur avait droit dès 2003. Lorsque les parties sont convenues d'un bonus mais pas de son montant, comme en l'espèce, la somme due doit se calculer selon ce qui est usuel au sein de l'entreprise ou dans la branche, en respectant l'égalité de traitement entre employés (Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3 e éd., Lausanne 2004, n. 5 ad art. 322d CO; Staehelin, op. cit., n. 14 ad art. 322d; Duc/Subilia,

Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998, n. 22 ad art. 322d CO; plus nuancé : Wyler, op. cit., pp. 171 et 172, avec les références). En outre, quand un montant plus ou moins identique a été versé pendant plusieurs années, l'employeur ne peut ensuite valablement le réduire, pour un exercice donné, que s'il est en mesure d'établir un changement significatif de circonstances (Carruzzo, op. cit., n. 5 ad art. 322d CO, p. 145). On peut même se demander si le principe de l'égalité de traitement ne serait pas applicable en l'espèce. Toutefois, si l'expertise recense la situation de dix-sept employés de même rang que le demandeur ayant touché des bonus, on ignore l'effectif total des collaborateurs placés dans la même situation, pour déterminer si une majorité suffisante a touché des primes plus élevées que lui. Au cas où le demandeur se serait trouvé seul ou presque à avoir touché un bonus aussi faible, il aurait pu se prévaloir d'une éventuelle discrimination, étant précisé qu'il supporte en l'occurrence le fardeau de la preuve de celle-ci. De tels éléments n'ont néanmoins pas été rapportés en l'occurrence. Cette question n'a donc pas à être examinée plus avant. Vu l'extrême variété des primes distribuées depuis 1998 au demandeur, on ne peut pas se fonder sur la pratique antérieure entre les parties. En revanche, l'expert a fait porter sa comparaison des bonus octroyés au sein de la défenderesse sur dix-sept employés de même rang que le demandeur, à savoir celui de chef de secteur, et un chef de service et deux experts. Ses résultats sont donc pertinents pour déterminer un éventuel usage au sein de l'entreprise. Ils font ressortir, sur le tableau annexé au complément d'expertise, des bonus variant entre 22'500 fr. et 63'000 fr. de 2003 à 2007, donc plus élevés que les 12'000 ou 15'000 fr. accordés à ce titre au demandeur. Ce dernier aurait donc dû, compte tenu de ce qui a été exposé ci-dessus, percevoir des bonus plus importants de 2003 à 2006. Pour fixer ces montants, on s'en tiendra au calcul figurant dans l'expertise, qui doit être suivie. En effet, l'expert a été chargé d'évaluer le droit au bonus du demandeur en tenant compte de toutes les circonstances, c'est-à-dire à la fois de la performance habituelle du demandeur, des montants qui lui étaient habituellement octroyés par rapport aux autres employés gratifiés et du résultat ou du budget de L. \_\_\_\_\_. Il n'y a pas de raison de s'écarter de ses constatations. D'ailleurs, la défenderesse n'a pas demandé de contre-expertise ou de complément d'expertise. Ainsi, le demandeur aurait dû toucher 23'500 fr. en 2004 pour l'exercice 2003, 27'500 fr. en 2005 pour l'exercice 2004 et 37'000 fr. en 2006 pour l'exercice 2005, soit un total de 88'000 francs. Sur la même période et pour les mêmes exercices, il a perçu chaque année 12'000 fr., soit en tout 36'000 fr. (3 x 12'000), à déduire du montant dû. La défenderesse doit donc payer au demandeur un complément de bonus pour les exercices 2003, 2004 et 2005, qui auraient dû être payés en 2004, 2005 et 2006, de 52'000 fr. (88'000 - 36'000). Comme il s'agit d'éléments de la rémunération du demandeur en sa qualité de travailleur, ces primes sont soumises aux cotisations sociales comme un salaire brut. Il reviendra à la défenderesse d'opérer les déductions nécessaires et de payer la part de l'employeur aux assureurs sociaux (Wyler, op. cit., p. 246; Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 1.15 ad art. 322 CO). Le demandeur n'a certes pas protesté, tant qu'il était employé de la défenderesse, à propos du montant des bonus qu'il a perçus. On ne saurait toutefois en déduire qu'il avait ainsi donné son assentiment à une modification du contrat. En effet, il était à ce moment-là fragilisé, comme ses médecins l'ont attesté, et n'était pas en état de faire valoir ses droits. On ne saurait retenir qu'il ne craignait nullement un licenciement, alors qu'il faisait en plus l'objet d'une poursuite pénale qui aurait probablement rendu très difficile sa réinsertion professionnelle dans le milieu bancaire. La doctrine souligne d'ailleurs bien à ce propos que le juge doit se montrer restrictif dans l'admission d'un accord tacite. Il en va de même pour la gratification versée en 2006. La défenderesse ne saurait rien

tirer du fait que le demandeur a été en arrêt de travail cette année-là ou a mal exécuté ses prestations de travail durant la première partie de l'année. L'une et l'autre situations sont dues à l'état de santé psychique et physique du demandeur, induit par le comportement de la défenderesse à son égard, qui correspond à des violations des obligations de l'employeur (voir ch. II ci-dessous). Le demandeur a donc droit à des bonus entre 2004 et 2006. cc) L'art. 322d CO dispose que le travailleur n'a droit à une part proportionnelle de la gratification, en cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à cette rétribution, que si les parties en sont ainsi convenues. Il en découle que si les rapports de travail prennent fin avant l'occasion donnant lieu à gratification, celle-ci n'est due par l'employeur que dans la mesure où les parties l'ont prévue ou si cela résulte de l'usage dans l'entreprise; le travailleur a droit à la gratification si l'occasion survient pendant le délai de congé, puisqu'il suffit que les rapports de travail soient en cours à ce moment (Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3ème éd., n. 7 ad art. 322d CO). En principe, lorsque la bonification constitue une rémunération distincte du salaire, un versement pro rata temporis n'est dû, en cas d'extinction prématurée des rapports de travail, que si l'accord des parties le prévoit (Carruzzo, op. cit., n. 7 ad art. 322d CO). Pour la jurisprudence, l'employeur peut en outre subordonner le droit à la gratification à des conditions, comme la présence du salarié dans l'entreprise lors de son versement, ou l'absence de résiliation du contrat (TF 4A\_511/2008 du 3 février 2009, c. 4.1). En l'occurrence, les parties n'ont rien convenu s'agissant du versement de la prime en cas d'extinction des rapports de travail. En effet, la défenderesse soutient que les règlements du personnel de juillet 2005 et de mars 2006 stipulent que le bonus n'est pas versé si le collaborateur est "en rupture de contrat", par quoi il faudrait entendre le délai de résiliation. Toutefois, il n'est pas établi que les règlements en cause s'appliquent au demandeur, notamment faute d'allégation des dispositions contractuelles ou réglementaires, pour autant qu'elles aient existé, faisant le lien entre ces documents. Il faut donc s'en tenir au contrat du 14 décembre 1995, qui ne prévoit rien à ce sujet. Dans ces conditions, un usage dans l'entreprise n'étant ni allégué ni prouvé, c'est la loi qui s'applique et le demandeur doit percevoir un bonus pour l'exercice 2006, puisqu'il aurait dû le toucher au mois de mars 2007, époque où le congé avait certes été donné, mais où il était toujours employé, puisque la résiliation n'a pris effet que le 31 août 2007. A nouveau, il faut s'en tenir au montant figurant dans l'expertise, de 41'000 fr., cette fois exempt de déduction, mais soumis aux cotisations sociales. En revanche, le montant réclamé par le demandeur pour l'exercice 2007, payable selon l'usage de l'entreprise en 2008, n'est pas dû. Au mois de mars 2008, il n'était en effet plus en relation contractuelle avec la défenderesse et aucun accord dérogeant au régime légal n'est établi. C'est donc en définitive à un complément de bonus de 93'000 fr. auquel a droit le demandeur (52'000 fr. + 41'000 francs). c) Les créances découlant du contrat de travail deviennent exigibles dès le jour suivant la fin des rapports de travail au sens de l'art. 339 al. 1 er CO, faisant donc en principe débiter le cours des intérêts moratoires sans qu'il soit nécessaire d'interpeller le débiteur; cela concerne notamment les créances en paiement d'heures supplémentaires, l'indemnité pour licenciement immédiat injustifié de l'art. 337c al. 3 CO, ou l'indemnité pour licenciement abusif de l'art. 336a CO (TF 4C.414/2005 du 29 mars 2006, c. 6). Il en va de même d'une gratification dont les parties sont convenues du montant et de la date de versement à l'instar d'un treizième salaire. A ce propos toutefois, le Tribunal fédéral précise qu'il faut bien distinguer une telle prime de la gratification de l'art. 322d CO soumise au bon vouloir de l'employeur (ATF 109 II 447, c. 5c, rés. in JT 1984 I 222) . En l'occurrence, on se trouve en présence d'un contrat

où le principe du bonus était convenu, mais pas son montant. Néanmoins, l'employeur était tenu de verser une telle prime si elle est prévue, ce qui l'assimile de ce point de vue à du salaire et aux autres prestations découlant du contrat de travail selon l'art. 339 CO. Par conséquent, cette prestation était exigible dès le 1<sup>er</sup> septembre 2007, soit le lendemain de l'échéance du délai de congé. Les intérêts moratoires doivent ainsi courir dès cette date. d) La prescription, invoquée par la défenderesse, a commencé à courir dès l'exigibilité de la créance, à la date qui précède (art. 130 CO). De nature contractuelle et quinquennale, elle n'était donc pas acquise lors de son interruption à l'ouverture de la présente action le 24 octobre 2007 (art. 135 CO). II. a) Aux termes de l'art. 328 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. Il prend, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui. aa) De l'art. 328 CO découle notamment l'obligation pour l'employeur de fournir au travailleur une activité effective et adaptée à celle pour laquelle il a été engagé et est qualifié. L'employé a donc un droit à être occupé, et à ne pas être affecté à un poste différent ou moins intéressant que celui pour lequel on l'a embauché (Carruzzo, op. cit., n. 2 ad art. 328 CO, p. 276; Wyler, op. cit., p. 320). Une atteinte grave aux droits de la personnalité peut aussi consister dans le retrait d'une procuration sans que cela soit justifié par l'attitude du travailleur, dans une modification unilatérale ou inattendue de son statut qui n'est pas liée à des besoins de l'entreprise ou à l'organisation du travail, voire à des manquements du travailleur, ou dans le retrait d'un portefeuille de clients (TF 4A\_132/2009 du 18 mai 2009, c. 3.1.1, avec les références). Ainsi est-il attentatoire à la personnalité d'un directeur de laboratoire depuis environ sept ans le fait de le remplacer par un autre employé dans ses fonctions, à son retour d'un séjour hospitalier et sans en discuter avec lui au préalable, même en lui conservant son traitement et sa qualité de fondé de procuration (ATF 110 II 172, c. 2a, rés. in JT 1984 I 602). Il en va de même du fait de transférer abruptement et sans exposer de motifs le gérant d'un centre commercial au poste de responsable du secteur des boissons d'un autre centre après 27 ans de fidélité de celui-ci à son employeur, au surplus en diminuant son salaire (Cour civile du canton de Neuchâtel, Revue de jurisprudence neuchâteloise [RJN] 2003 p. 176, c. 3). En revanche, l'employé qui, après une promotion, est rétrogradé à son ancien poste après avoir été dûment informé du fait qu'il n'avait en fin de compte pas les compétences requises ne peut pas se plaindre d'une violation de l'art. 328 CO (TF 4C.189/2006 du 4 août 2006, c. 2). Le travailleur supporte le fardeau de la preuve de la violation par l'employeur de l'obligation de protéger sa personnalité (Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 1.48 ad art. 328 CO). La violation des obligations prévues à l'art. 328 CO entraîne la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO) de l'employeur pour le préjudice matériel et, aux conditions fixées par l'art. 49 al. 1 CO, pour le tort moral causé au travailleur (TF 4A\_128/2007 du 9 juillet 2007, c. 2.3, paru in JAR 2008 p. 223; ATF 130 III 699, c. 5.1, rés. in JT 2006 I 193; TF 2C.2/2000 du 4 avril 2003, c. 2.3 ). Ce sont donc ces règles qui détermineront les conditions de la responsabilité de l'employeur, le délai de prescription et la détermination du montant du dommage que le travailleur pourra réclamer (Brunner/ Bühler/Waeber/Bruchez, op. cit., n. 16 ad art. 328 CO; Duc/Subilia, op. cit., n. 34 ad art. 328 CO). Le cas échéant, l'indemnisation inclura le gain manqué ( *lucrum cessans* ), par exemple quand un employeur répand des informations erronées sur son ex-employé, empêchant celui-ci de retrouver du travail (ATF 135 III 405,

c. 3.2). Les conditions imposées par les art. 97 et 99 al. 3 CO doivent ainsi être remplies, à savoir un acte contraire au contrat (par exemple une violation de l'art. 328 CO), un dommage et un lien de causalité entre l'acte dommageable et le préjudice. La faute du débiteur est présumée, mais celui-ci peut apporter la preuve de son exculpation. bb) L'employé doit établir que le préjudice subi est dans un rapport de causalité avec l'acte fondant la responsabilité de la personne recherchée. Ce rapport est subdivisé entre une causalité naturelle, envisagée sous l'angle logique, et une causalité adéquate, envisagée d'un point de vue normatif (TF 4C.173/2004 du 7 septembre 2004, c. 6.1; Carruzzo, op. cit., n. 31 ad art. 328 CO, p. 310; Werro, La responsabilité civile, Berne 2005, n. 174). Un fait est la cause naturelle d'un résultat s'il en constitue une *condictio sine qua non* (ATF 128 III 174, c. 2.b in fine, rés. in JT 2003 I 28), sans qu'il soit nécessaire que l'événement considéré soit la cause unique ou immédiate du résultat (ATF 125 IV 195, c. 2.b, JT 2000 I 491). L'existence d'un lien de causalité naturelle entre le fait générateur de responsabilité et le dommage doit être tranchée selon la règle du degré de vraisemblance prépondérante, à savoir un allègement de la preuve qui se justifie lorsque, en raison de la nature même de l'affaire, une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée de celui qui en supporte le fardeau (ATF 133 III 462, c. 4.4.2 et les réf. citées, rés. in JT 2007 I 47). La chaîne des événements en rapport de causalité naturelle avec la survenance d'un préjudice est infinie. La théorie de la causalité adéquate permet de fixer une limite juridique à l'obligation de réparer un préjudice, quant au principe et quant à l'étendue de celle-ci. Selon cette théorie, une cause naturelle à l'origine d'un préjudice n'est opérante en droit que si, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, elle est propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, de sorte que la survenance de ce résultat paraît de façon générale favorisée par le fait en question. Il s'agit d'une question de droit (Werro, op. cit., nn. 213 et 214; TF 4A.402/2006 du 27 février 2007, c. 4. 1, JT 2007 I 543; ATF 129 II 312, c. 3.3 et les réf. citées, non résumé in SJ 2003 I 437 et JT 2006 IV 35; ATF 123 III 110, c. 3a, JT 1997 I 794). Pour se prononcer, le juge doit se demander, en face d'un enchaînement concret de circonstances, s'il était probable que le fait considéré produisît le résultat intervenu; à cet égard, c'est la prévisibilité objective du résultat qui compte (ATF 112 II 439, c. 1.d). La preuve de la causalité adéquate incombe au lésé (Werro, op. cit., n. 215). cc) Le dommage se définit comme la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit (ATF 132 III 359, c. 4, JT 2006 I 295; ATF 129 III 331, c. 2.1, JT 2003 I 629). Il peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (ATF 132 III 359, c. 4, JT 2006 I 295; ATF 128 III 22, c. 2e/aa, rés. in JT 2002 I 222); ainsi, le gain manqué (non-augmentation de la fortune nette) est indemnisable, de même que le dommage indirect, qui intervient à la suite d'une première atteinte en raison d'une cause nouvelle, laquelle ne se serait cependant pas produite sans la première, pourvu que la causalité adéquate soit respectée (Werro, op. cit., nn. 104, 109 et 111). De manière générale, le responsable est tenu de réparer le dommage actuel tel qu'il a effectivement été subi (ATF 132 III 321, c. 2.2.1, JT 2006 I 447). A teneur de l'art. 42 al. 2 CO, lorsque le montant exact du dommage ne peut pas être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. Cette disposition édicte une règle de preuve de droit fédéral dont le but est de faciliter au lésé l'établissement du dommage. Elle s'applique aussi bien à la preuve de l'existence du dommage qu'à celle de son étendue (ATF 133 III 462, c. 4.4.2, rés.

in JT 2007 I 47; ATF 122 III 219, c. 3.a, JT 1997 I 246 et les réf. citées). L'art. 42 al. 2 CO allège le fardeau de la preuve, mais ne dispense pas le lésé de fournir au juge, dans la mesure du possible, tous les éléments de fait constituant des indices de l'existence du préjudice et permettant l'évaluation ex aequo et bono du montant du dommage. Les circonstances alléguées par le lésé doivent faire apparaître un dommage comme pratiquement certain; une simple possibilité ne suffit pas pour allouer des dommages-intérêts. L'exception de l'art. 42 al. 2 CO à la règle du fardeau de la preuve doit être appliquée de manière restrictive (ATF 122 III 219, c. 3.a, JT 1997 I 246 et les réf. citées; Brehm, Commentaire bernois, 2 e éd., Berne 1998, n. 52 ad art. 42 CO). b) aa) En l'espèce, il est établi que le demandeur a été transféré à la Division réseau en novembre 2003, principal grief qu'il allègue, ce alors que la direction de la Centrale des risques lui avait déjà été retirée dès le 1<sup>er</sup> janvier 2003. L'emploi du terme muté, confirmé par un témoin, ou du terme transféré, qui figure dans les déterminations et la réponse de la défenderesse (ad allégués 61 et 195), révèle que le demandeur n'a pas eu le choix, même s'il a finalement donné son accord à ce changement. Il occupait en effet un poste suffisamment élevé pour se rendre compte qu'un refus entraînerait probablement un licenciement ou un congé-modification, sans que l'employeur eût à exposer explicitement la situation. D'ailleurs, la défenderesse s'était interrogée, à ce moment-là, sur l'opportunité de maintenir une relation de travail avec le demandeur, en raison de son inculpation. Il est également constant que, dans ses nouvelles fonctions, le demandeur n'a plus eu de collaborateurs sous ses ordres, alors qu'auparavant il dirigeait trois services et le groupe logistique, représentant en tout 15 personnes. En outre, il s'est ensuite occupé, selon son certificat de travail du 31 août 2007, de trafic des paiements et d'extraction d'adresses, travail peu en rapport avec ses précédentes responsabilités. De surcroît, le transfert litigieux a eu lieu durant la période où le demandeur était inculpé par le juge en charge de l'"affaire L.\_\_\_\_\_". Celui-ci ne pouvait manquer de faire un rapport entre les deux événements, même si en définitive il n'est pas établi au sens strict que le premier soit le motif du second. Or, le demandeur a été inculpé du chef d'actes qu'il a accomplis sur ordre de la défenderesse elle-même, représentée par son organe exécutif, alors qu'il n'avait aucun pouvoir décisionnel, comme l'a relevé le juge d'instruction. Un employeur ne saurait dès lors laisser supposer de la sorte à un employé qu'il le place à un poste moins valorisant en raison d'une enquête pénale portant sur des actes qu'il lui avait lui-même imposés. Cette circonstance achève de rendre la mutation attentatoire à la personnalité du demandeur. Il ressort de ce qui précède que la défenderesse s'est rendue coupable d'une violation de l'art. 328 CO. Celle-ci soutient certes qu'elle aurait dû procéder à ce transfert en raison du fait que les exigences de la [...] interdisaient de laisser le demandeur dans ses responsabilités précédentes, alors qu'il avait été inculpé. Il s'agirait là d'un motif justificatif. En effet, une atteinte à la personnalité du travailleur est acceptable à la condition d'être subsidiaire, proportionnelle et adéquate quant au but poursuivi. Elle doit représenter le seul moyen d'obtenir l'exécution des obligations découlant du contrat de travail et ne doit entraîner que des inconvénients correspondant à l'importance de la mesure. Enfin, elle doit pouvoir s'imposer au motif d'un intérêt supérieur de l'employeur, tel celui de l'entreprise en général ou de l'ensemble des autres travailleurs (Carruzzo, op. cit., n. 31 ad art. 328 CO, p. 311). Or, la défenderesse n'indique pas en quoi consistaient les "exigences" précitées, et n'a pas prouvé qu'elles auraient empêché de maintenir le défendeur à son poste. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner la validité du motif invoqué. La situation décrite par le demandeur ne correspond pas à la définition du harcèlement psychologique, posée par la jurisprudence comme un enchaînement de propos

et d'agissements hostiles répétés fréquemment sur un temps assez long, par lesquels on cherche à isoler, marginaliser ou exclure une personne sur son lieu de travail, l'ensemble conduisant à une déstabilisation de la personnalité (TF 4A\_245/2009 du 6 avril 2010, c. 4.2). Le demandeur ne se prévaut d'ailleurs pas de ce moyen. bb) Le demandeur allègue un dommage constitué d'une perte de salaire et de bonus non versés, soit un manque à gagner. Il s'agit de l'augmentation dont son patrimoine aurait été privé du fait de l'événement dommageable (Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1997, pp. 717 s.). On doit donc examiner quelle aurait été la situation financière du demandeur sans la mutation litigieuse. S'agissant du salaire, le demandeur n'a établi aucun élément permettant d'affirmer quel aurait été son montant s'il avait conservé son poste antérieur. Une telle question n'a notamment pas été soumise à l'expert. Il n'y a donc rien à allouer à ce titre. En revanche, l'expertise a porté sur la hauteur des bonus, dont il n'y a pas lieu de remettre en cause les résultats. Ceux-ci n'ont pas fait l'objet d'une demande de complément d'expertise ou de contre-expertise de la part de la défenderesse. Le demandeur a ainsi établi un dommage, à savoir la différence entre ce qu'il aurait dû percevoir et ce qu'il a réellement touché. Selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le déplacement d'un employé à un poste comportant moins de responsabilités s'accompagne, au mieux, d'une stagnation de la rémunération. Le fait que les bonus du demandeur aient même diminué est donc en lien de causalité naturelle et adéquate avec la mutation dont il a fait l'objet. Un complément de prime est donc dû sous l'angle de la violation de la protection du travailleur, selon les mêmes modalités que celui alloué plus haut (ch. I) et de même montant. L'examen de la prétention du demandeur sous l'angle de la responsabilité contractuelle, fondée sur l'atteinte à la personnalité, conduit donc également à la condamnation de la défenderesse à verser au demandeur le montant de 93'000 fr. avec intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> septembre 2007. c) aa) L'art. 49 CO prévoit que celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. Pour justifier l'allocation d'une telle indemnité, il ne suffit donc pas que le tribunal constate une violation de l'art. 328 CO; il faut encore que l'atteinte ait une certaine gravité objective et qu'elle ait été ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime qu'une personne dans ces circonstances s'adresse au juge pour obtenir réparation. Si le dommage ou le tort moral a été causé par un autre employé, l'employeur en répond contractuellement selon les règles sur la responsabilité pour les auxiliaires (art. 101 CO) (TF 4A\_128/2007 du 9 juillet 2007, c. 2.3 et 2.4; ATF 130 III 699, c. 5.1, rés. in JT 2006 I 193). Un simple état de stress lié à un conflit avec l'employeur ne justifie pas l'allocation d'une indemnité pour tort moral (TF 1A\_123/2007 du 31 août 2007, c. 7.2). Le principe d'une indemnisation du tort moral et l'ampleur de la réparation dépendent d'une manière décisive de la gravité de l'atteinte, de l'intensité et de la durée des effets sur la personnalité de la personne concernée, du degré de la faute du responsable, d'une éventuelle responsabilité concomitante du lésé ainsi que de la possibilité d'adoucir de façon sensible, par le versement d'une somme d'argent, la douleur physique ou morale (TF 4C.263/2006 du 17 janvier 2007, c. 7.3; ATF 132 II 117, c. 2.2.2 ; ATF 123 III 306, c. 9b). Alors que le calcul du dommage se fonde autant que possible sur des données objectives, l'évaluation du tort moral échappe par sa nature à une appréciation rigoureuse, puisqu'elle concerne des valeurs par définition non mesurables. En effet, nul ne peut réellement évaluer la souffrance d'autrui (Werro, op. cit., n. 1271). Selon la jurisprudence, le juge ne peut dès lors se fonder sur un tarif préétabli mais doit bien davantage prendre en considération

l'ensemble des circonstances. De façon générale, la fixation de la réparation morale devrait s'effectuer en deux phases, la phase objective principale permettant de rechercher le montant de base au moyen de critères objectifs, et la phase d'évaluation faisant intervenir les facteurs d'augmentation ou de réduction du tort moral ainsi que les circonstances du cas particuliers tels que la cause de la responsabilité, la gravité de la faute, une éventuelle faute concomitante et les conséquences dans la vie particulière du lésé (TF 4C.263/2006 du 17 janvier 2007, c. 7.3 ; ATF 132 II 117, c. 2.2.3 ; TF 1A.235/ 2000 du 21 février 2001, c. 5b/aa). Pour les juges neuchâtelois, le déplacement sans préavis d'un employé proche de la retraite, après plus de 27 ans au service de l'employeur, à un poste subalterne, dès lors que cette mutation est la cause de troubles psychiatriques comprenant une dépression chronique, engendre des souffrances appelant une indemnité pour tort moral de 15'000 francs (RJN 2003 p. 176, c. 4). Le Tribunal fédéral a en outre considéré que n'était pas arbitraire une indemnité d'un peu plus de 3'000 fr. (qui aurait pu être plus importante, mais limitée intra petita ) pour une rétrogradation de responsable du service de télémarketing à téléphoniste, un refus de payer tout salaire pendant la maladie, une obligation mesquine de restituer une clé et des agressions verbales répétées, contraignant l'employée à mettre fin au rapport de travail durant sa grossesse (TF 4C.119/2002 du 20 juin 2002, c. 2.4). Le Tribunal fédéral admet qu'il suffit au demandeur d'établir la réalité et la gravité de l'atteinte objective qui lui a été portée et que, pour ce qui est de l'aspect subjectif, le juge doit tenir compte du cours ordinaire des choses, le tort moral étant censé correspondre à celui qu'aurait ressenti une personne normale placée dans la même situation (SJ 1993 I 351, c. 1b). bb) En l'occurrence, il est objectivement grave de retirer des tâches de direction à un employé ayant patiemment gravi les échelons de l'entreprise depuis son apprentissage dix-sept ans plus tôt, alors qu'aucun manque de performance ou aucune faute ne lui sont formellement et directement reprochés. Cela ne peut être compris que comme une rétrogradation, tant par les tiers que par le principal intéressé. Il ne fait pas de doute non plus que le demandeur a ressenti de manière très forte comme une souffrance ces événements. L'atteinte est ainsi objectivement grave. Subjectivement, s'il n'est pas établi que cette mutation soit à l'origine de l'état anxio-dépressif du demandeur, sa maladie, qui a provoqué en fin de compte un arrêt de travail, était toutefois, selon les témoins, "majoritairement" en relation avec les modifications de sa vie professionnelle. Il est par là établi à satisfaction de droit que la mutation de 2003 a eu un fort impact psychologique sur le demandeur, entraînant des conséquences somatiques, qui ont eu pour effet une incapacité à exercer de nouveau les missions de cadre que le demandeur a retrouvées en 2006, mettant fin à sa carrière au sein de la défenderesse. Compte tenu des circonstances qui précèdent, il se justifie d'allouer au demandeur une indemnité pour tort moral de 15'000 francs. cc) La défenderesse ayant soulevé l'exception de prescription, il convient de déterminer la longueur de celle-ci et si elle a été valablement interrompue. La prétention, même en tort moral, est déduite de l'art. 328 CO. Selon la jurisprudence, la violation des obligations prévues à cette disposition engage la responsabilité contractuelle de l'employeur (art. 97 ss CO) pour le tort moral causé au travailleur, certes aux conditions fixées à l'art. 49 al. 1 CO par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO (TF 4A\_431/2008 du 12 janvier 2009, c. 6.2.1). C'est donc là également la prescription contractuelle qui s'applique et, compte tenu de la définition restrictive de l'art. 128 ch. 3 CO, il s'agit de la prescription ordinaire de dix ans de l'art. 127 CO (Pichonnaz, Commentaire romand, nn. 30 et 31 ad art. 128 CO; Däppen, Commentaire bâlois, n. 13 ad art. 128 CO). En l'occurrence, la prescription décennale a commencé à courir dès l'exigibilité de la créance (art. 130 CO). Pour déterminer cette date, il importe peu que l'on

se fonde sur le jour de l'événement dommageable, par analogie avec le point de départ des intérêts compensatoires, le jour de la connaissance par le lésé du dommage et de son auteur, par analogie avec le début de la prescription délictuelle (art. 60 CO), ou le jour de la fin des rapports de travail (art. 339 CO). En effet, si l'on retient la date la plus ancienne possible, soit le début du mois de novembre 2003, ou même le 1<sup>er</sup> janvier 2003 si l'on admet que le retrait de la responsabilité de la centrale des risques participe de l'atteinte à la personnalité litigieuse, la prescription interviendrait au plus tôt le 1<sup>er</sup> janvier 2013. Or, le demandeur a ouvert action le 24 octobre 2007, interrompant valablement le cours de cette dernière (art. 135 CO). d) Selon la jurisprudence, les intérêts font partie intégrante du dommage dès le moment où l'événement dommageable a des incidences financières. Appelés intérêts compensatoires, ils courent jusqu'au jour du paiement des dommages et intérêts et ont pour but de placer l'ayant droit dans la situation qui aurait été la sienne si sa créance avait été honorée au jour de l'acte illicite ou de la survenance de ses conséquences économiques. Au contraire des intérêts moratoires, ils ne supposent ni interpellation du créancier, ni demeure du débiteur, même s'ils poursuivent le même but, puisqu'ils doivent compenser le préjudice résultant de l'immobilisation du capital de l'ayant droit (ATF 131 III 12, c. 9.1 non reproduit in JT 2005 I 488). Le taux d'intérêt forfaitaire retenu par la jurisprudence par application analogique de l'art. 73 CO est de 5 % (ATF 131 III 12, c. 9.4 et 9.5 non reproduits in JT 2005 I 488; ATF 122 III 53, c. 4b, JT 1996 I 590). En l'espèce, la défenderesse répond sur une base contractuelle et elle devrait en principe des intérêts moratoires dès la première interpellation du demandeur, interpellation qui n'est pas alléguée avant l'ouverture d'action. Toutefois cela ne change rien, puisque les intérêts compensatoires, dus à titre de dommage, sont de même taux - 5 % - que les intérêts moratoires faute de preuve d'un autre taux (art. 73 et 104 CO) et qu'on ne saurait allouer des intérêts sur des intérêts (Werro, op. cit., nn. 938 s.; ATF 131 III 12, c. 9.3 non reproduit in JT 2005 I 488; ATF 122 III 53, c. 4a, JT 1996 I 590; ATF 58 II 411, c. 6). Il y a dès lors continuité du même taux d'intérêt sur un même montant, qu'il soit dû à titre compensatoire ou moratoire. La jurisprudence est complexe et fluctuante s'agissant de la date à partir de laquelle faire partir les intérêts en matière de tort moral. Elle tend toutefois à privilégier la date de l'événement dommageable (ATF 129 IV 149, c. 4.1 et 4.2, JT 2005 IV 193; ATF 118 II 404, c. 3b/bb; SJ 1994, p. 589, c. 10d). En l'occurrence, il convient de compter le cours des intérêts dès l'événement dommageable. Le demandeur a été muté au début du mois de novembre 2003, de sorte qu'il faut retenir le premier jour ouvrable de ce mois, le 3 novembre 2003. Il importe peu que le demandeur ait réclamé ces intérêts depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2007 seulement, dans la mesure où il s'agit d'une question de droit et où le total alloué à ce titre n'excède de toute façon pas ses conclusions (TF 4P.322/2005 du 27 mars 2006, c. 3.2.2; CREC 383/I du 22 juillet 2009, c. 3; CCIV 119/2008/PMR du

## **E. 19**

septembre 2008, c. IV b/cc). III. En vertu de l'art. 92 CPC, les dépens sont alloués à la partie qui a obtenu l'adjudication de ses conclusions (al. 1). Quand aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, le juge peut réduire les dépens ou les compenser (al. 2). Ces dépens comprennent principalement les frais de justice payés par la partie, les honoraires et les débours de son avocat (art. 91 let. a et c CPC). Les frais de justice englobent l'émolument de justice, ainsi que les frais de mesures probatoires. Les honoraires d'avocat sont fixés selon le tarif des honoraires d'avocat dus à titre de dépens du 17 juin 1986 (RSV 177.11.3). Les débours consistent dans le paiement d'une somme d'argent précise pour une opération déterminée (timbres, taxes, estampilles). A l'issue d'un litige, le juge doit

rechercher lequel des plaideurs gagne le procès sur le principe et lui allouer une certaine somme en remboursement de ses frais, à la charge du plaideur perdant, et non répartir les dépens proportionnellement aux montants alloués (Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3 e éd., Lausanne 2002, n. 3 ad art. 92 CPC). En l'espèce, le demandeur obtient gain de cause sur le principe. Toutefois, ses prétentions sont réduites s'agissant de la quotité demandée. Il a donc droit à des dépens réduits d'un quart, à la charge de la défenderesse, qu'il convient d'arrêter à 28'031 fr. 10, savoir : a) 18'000 fr. à titre de participation aux trois quarts des honoraires de son conseil; b) 900 fr. pour les débours de celui-ci; c) 9'131 fr. 10 en remboursement des trois quarts de son coupon de justice.

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