

VD_FINDINFO ACH 165/19 - 53/2020 vom 9. April 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-04-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_ACH_165_19_-_53_2020

FR: VD_FINDINFO ACH 165/19 - 53/2020 du 9 avril 2020

IT: VD_FINDINFO ACH 165/19 - 53/2020 del 9 aprile 2020

Regeste

REJET DE LA DEMANDE, PRESTATION DE L'EMPLOYEUR, SALAIRE, BONUS, GRATIFICATION, DÉLAI-CADRE, ACCESSORIÉTÉ | 322d CO, 11 LACI, 11a LACI, 10a OACI

Erwägungen

E. 9

avril 2020 _____ Composition : Mme Durussel , présidente Mmes Dessaux et Berberat, juges Greffière : Mme Guardia ***** Cause pendante entre : H. _____ , à [...], recourant, et Caisse cantonale de chômage, Division juridique , à Lausanne, intimée. _____ Art.

E. 11

a LACI, ce qui est décisif n'est pas la qualification de la prestation au regard des règles de la LAVS sur le salaire déterminant, mais le caractère volontaire de la prestation versée par l'employeur à la fin du rapport de travail (Rubin, Commentaire, n° 5 ad art. 11 a LACI). Aux termes de l'art. 10 a OACI, par prestations volontaires de l'employeur au sens de l'art. 11 a LACI, il faut entendre les prestations allouées en cas de résiliation de rapports de travail régis par le droit privé ou par le droit public qui ne constituent pas des prétentions de salaire ou d'indemnités selon l'art. 11 al. 3 LACI, à savoir des indemnités pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail (ATF 139 V 384 consid. 5.3.1). Le délai-cadre d'indemnisation de l'assuré qui a perçu des prestations volontaires de l'employeur commence à courir le premier jour où la perte de travail est prise en considération et où toutes les conditions à remplir pour avoir droit à l'indemnité de chômage sont réunies (art. 10 e OACI). 4. Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 139 V 176 consid. 5.3 ; 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3 ; 126 V 360 consid. 5b). En droit des assurances sociales, il n'existe par conséquent pas de principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 135 V 39 consid. 6.1 ; 126 V 319 consid. 5a). 5. a) En l'espèce, il est constant que le recourant a perçu une somme de 420'000 fr. de son ancienne employeuse. Il convient d'en déterminer la cause afin d'en établir la nature, discrétionnaire ou pas. Le montant litigieux est issu d'une convention qui ne précise pas la cause de l'obligation. Elle indique toutefois qu'il est octroyé ex-gratia , ce qui tend à signifier qu'il s'agit d'une prestation volontaire de l'employeuse. Afin de s'en assurer, il y a lieu d'identifier la nature de cette prestation. Dans

son courriel du 22 mars 2019, l'employeuse a indiqué que le montant versé résultait d'un accord visant à clore tout litige ou demande que le recourant pourrait avoir au titre de son contrat de travail avec L. _____, que ses demandes soient relatives à du salaire, des primes, des dommages et intérêts ou tout autre élément de rémunération. En effet, cette convention a été rédigée ensuite de la contestation, par l'assuré, de la résiliation de son contrat de travail. Il y a dès lors lieu de se référer aux prétentions émises par le recourant dans son courrier du 30 novembre 2018 – paiement de montants découlant des « Time Based Long-Term Incentive Award » de 2017 et 2018, « Performance Based Long-Term Incentive Plan » de 2017 et 2018, versement d'une indemnité correspondant à six mois de salaires, de commissions de vente et d'une indemnité de non-concurrence – pour établir la nature de la prestation litigieuse. Il s'agit donc d'examiner pour chaque prétention si, au degré de la vraisemblance prépondérante, elle est comprise dans la somme convenue par les parties, puis, si tel est le cas, si elle est volontaire ou pas au sens de l'art. 11 a LACI. b) L'indemnité de carence en matière de prohibition de concurrence n'est pas comprise dans la somme de 420'000 fr. litigieuse, dès lors que des clauses séparées dans la convention (ch. 7 et 8) prévoient expressément les conditions de son allocation et son montant. c) Le recourant avait sollicité en outre une indemnité pour résiliation abusive (336 a CO). Les indemnités fondées sur les art. 336 a (résiliation abusive) et 337 c al. 3 CO (résiliation injustifiée) ne font pas partie du salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS (cf. consid. 3a supra). En l'espèce, il convient de retenir, au degré de la vraisemblance prépondérante, qu'une telle indemnité ne fait pas partie du montant alloué par la convention dès lors que celle-ci précise que le montant octroyé est brut et réserve les cotisations sociales. Or, l'indemnité fondée sur l'art. 336 a CO ne constitue pas un salaire mais une sorte de sanction à l'employeur et n'est pas soumise à cotisation sociale (ATF 123 V 5 consid. 5). En outre, la convention distingue le salaire de base (ch. 3) et l'indemnité en matière de prohibition de faire concurrence (ch. 8) de la somme litigieuse qui fait l'objet du chiffre 4. On peut ainsi considérer que le chiffre 4 concerne uniquement des gratifications et que, si une indemnité pour licenciement abusif avait été convenue, elle aurait été précisée dans un chiffre séparé de la convention avec la mention qu'aucune cotisation sociale n'était due sur ce montant. d) Le montant alloué sous chiffre 4 concerne, au degré de la vraisemblance prépondérante, des bonus et commissions de vente prévus par le contrat de travail et les documents édités chaque année par l'employeuse. La mention au chiffre 3 de la convention du 28 février 2019 que le salaire et les avantages ont été payés semble concerner le paiement de la rémunération salariale régulière de base et les avantages en terme de sécurité sociale jusqu'à la fin du contrat. Il restait ainsi en suspens la question des bonus. Le recourant déclare d'ailleurs dans son acte de recours que les 420'000 fr. constituent une part de son salaire variable prévue dans le contrat et dont les documents édités annuellement par son employeuse fixaient la quotité. Il ne se prévaut d'aucune autre source pour justifier cette prestation. Le recourant reproche à l'intimée d'avoir considéré le montant perçu comme un bonus discrétionnaire, alors qu'il fait valoir que le bonus du plan d'intéressement est une part variable de son salaire de sorte qu'il n'était pas discrétionnaire, du moment qu'il dépendait d'objectifs fixés à l'avance par l'employeur. da) Le droit suisse ne contient aucune disposition qui traite spécifiquement du bonus, lequel peut consister dans le versement d'une somme d'argent ou encore dans la remise d'actions ou d'options (ATF 141 III 407 consid. 4.1). Il faut donc déterminer dans chaque cas, par interprétation des manifestations de volonté des parties lors de la conclusion du contrat ou de leur comportement ultérieur au cours des rapports de travail (accord par actes concluants,

c'est-à-dire tacite), s'il s'agit d'un élément du salaire (art. 322 s. CO) ou d'une gratification (art. 322 d CO) (ATF 142 III 381 consid. 2.1 et 2.2). 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. 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. 322 d 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. 322 d al. 1 CO) ou, au contraire, aucun droit lorsqu'elle est stipulée facultative, expressément ou par actes concluants (ATF 131 III 615 consid. 5.2). 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. 322 d al. 2 CO; TF 4C.426/2005 du 28 février 2006 consid. 5.1). 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 (ATF 141 III 407 consid. 4.3). Récemment, dans l'arrêt 4A_485/2016 du 28 avril 2017 consid. 4 (voir aussi l'arrêt 4A_78/2018 du 10 octobre 2018 consid. 4), le Tribunal fédéral a résumé comme suit sa jurisprudence relative aux bonus : « 4.1. Pour qualifier un bonus dans un cas d'espèce, il faut interpréter les manifestations de volonté des parties (cf. art. 1 CO). Il s'agit tout d'abord d'établir si le bonus est déterminé (respectivement déterminable) ou indéterminé (respectivement indéterminable). 4.1.1. Si le bonus est déterminé ou objectivement déterminable, l'employé dispose d'une prétention à ce bonus. Une rémunération est objectivement déterminable lorsqu'elle ne dépend plus de l'appréciation de l'employeur. Cela est le cas lorsque l'employé a droit à une part du bénéfice ou du chiffre d'affaires ou participe d'une autre manière au résultat de l'exploitation (art. 322a CO; ATF 141 III 407 consid. 4.2 p. 408). L'employeur doit alors tenir son engagement consistant à verser à l'employé la rémunération convenue (élément essentiel du contrat de travail) et le bonus doit être considéré comme un élément (variable) du salaire. L'engagement (contractuel) de l'employeur à verser à son employé une rémunération déterminée (ou objectivement déterminable) à titre de salaire peut résulter de l'accord conclu initialement (au début de la relation contractuelle) entre les parties ou celles-ci peuvent en convenir postérieurement, au cours de la relation contractuelle (ATF 129 III 276 consid. 2 p. 278). 4.1.2. Si le bonus n'est pas déterminé ou objectivement déterminable, l'employé ne dispose en règle générale d'aucune prétention: la rémunération dépend du bon vouloir de l'employeur et le bonus est qualifié de gratification. Tel est le cas lorsque la quotité du bonus n'est pas fixée à l'avance, mais dépend pour l'essentiel de la marge de manœuvre de l'employeur (ATF 141 III 407 consid. 4.1 et 4.2 p. 407 s. et les références citées), en ce sens que la part de l'employé au résultat de l'entreprise n'est pas fixée contractuellement ou encore dépend de l'appréciation (subjective), par l'employeur, de la prestation de travail fournie par l'employé (ATF 139 III 155 consid. 3.1 p. 157) (cf. encore infra consid. 4.2). 4.2. Lorsque le bonus n'est pas déterminé ou objectivement déterminable, il doit être qualifié de gratification. Ce n'est que dans ce cas que le critère (indépendant de celui visant à qualifier, dans un premier temps, le bonus) de l'accessoriété peut trouver application et, le cas échéant, qu'il s'imposera de requalifier le bonus en salaire (sous l'angle du très haut revenu, cf. ATF 141 III 407 consid. 5.3.1 p. 412 s.). Le critère de l'accessoriété

est appliqué de manière différenciée selon l'importance du revenu de l'employé, par quoi il faut entendre la rémunération totale perçue de l'employeur durant l'année (ATD 141 III 407 consid. 4.3 p. 408). 4.2.1. En cas de revenus moyens et supérieurs, le Tribunal fédéral a estimé qu'un bonus très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être, par exception à la règle de la liberté contractuelle, considéré comme un salaire variable même si l'employeur en réservait le caractère facultatif. La gratification (art. 322d CO) doit en effet rester accessoire par rapport au salaire (art. 322 s. CO); elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. En cas de revenus modestes, un bonus proportionnellement moins élevé peut déjà avoir le caractère d'un salaire variable (ATF 141 III 407 consid. 4.3.1 p. 408 s.). 4.2.2. En revanche, lorsque l'employé perçoit un très haut revenu, il n'y a pas lieu d'admettre une exception à la règle de la liberté contractuelle: le bonus reste toujours une gratification (ATF 141 III 407 consid. 4.3.2 p. 409). Si la rémunération totale de l'employé dépasse le seuil du très haut revenu, il n'y a pas lieu de qualifier le bonus de salaire, le critère de l'accessoriété n'étant pas applicable. En revanche, si la rémunération totale de l'employé n'atteint pas ce seuil, le critère de l'accessoriété s'applique et, sur cette base, une requalification (partielle ou totale) du bonus doit intervenir (nullité partielle; ATF 141 III 407 consid. 5.3.1 p. 412 s.). Le revenu d'un employé doit être qualifié de " très haut ", lorsque sa rémunération totale équivaut ou dépasse cinq fois le salaire médian suisse (secteur privé) (ATF 141 III 407 consid. 5 p. 409 ss) ». db) Il faut donc, dans un premier temps, qualifier le bonus en recherchant la réelle et commune intention des parties et, à défaut, en appliquant le principe de la confiance. Ce n'est que dans un deuxième temps, si on arrive à la conclusion que le bonus est, selon la volonté des parties, une gratification (ce qui sera le cas lorsque la rémunération n'est ni déterminée ni objectivement déterminable), qu'il conviendra de raisonner sur la base du critère de l'accessoriété (arrêt 4A_485/2016 précité consid. 5.1). dc) Les prétentions du recourant sont fondées sur le contrat de travail du [...] 2007 ainsi que les « Time Based Long-Term Incentive Award » de 2017 et 2018, « Performance Based Long-Term Incentive Plan » de 2017 et 2018 et le « Sales Commission Plan for 2018 ». A cet égard, on retient ce qui suit. En premier lieu, il s'agit de déterminer si les parties sont convenues, par contrat ou par actes concluants, d'un bonus déterminé ou objectivement déterminable ou, au contraire, d'un bonus indéterminé ou objectivement indéterminable. Or, comme on l'a vu, un bonus n'est déterminé ou objectivement déterminable, et ne peut donc être considéré comme un élément du salaire, que s'il a été promis dans son principe et que son montant était d'emblée déterminé ou devait l'être sur la base de critères fixés à l'avance. A lire le contrat de travail, tel n'est pas le cas en l'espèce puisque le principe du versement d'un bonus a été réservé à la condition que les objectifs fixés par l'employeuse soient atteints et puisque les critères liés à sa fixation indiqués dans le contrat de travail ne correspondent qu'à une fourchette entre 30 et 80 % du salaire annuel de base. L'employeuse n'a pas non plus écarté tout critère subjectif au versement du bonus puisque son montant dépend d'objectifs individuels, soit d'une appréciation subjective de la prestation du travailleur par l'employeuse. On ne saurait dès lors considérer que ce bonus était objectivement déterminable, de sorte qu'il ne peut être considéré comme un élément du salaire. Or, lorsque le bonus n'est pas déterminé ou objectivement déterminable, l'employé ne dispose en règle générale d'aucune prétention et la rémunération dépend du bon vouloir de l'employeur. Les autres documents dont se prévaut le recourant amènent à la même conclusion. En effet, les « Long-Term Incentive Award » 2017 et 2018 félicitent le recourant d'avoir été choisi pour recevoir une prime

compte tenu de ses succès professionnels et l'incitent à continuer ses efforts. Ils fixent le montant de la gratification à 100'000 USD à verser en trois fois, en trois ans, sous réserve de la poursuite de l'activité de l'employé au sein de l'entreprise ou l'une de ses filiales, la prime pouvant encore être réduite en cas de départ avant la fin du versement intégral (ch. 2.b). Cette clause parle également en faveur d'une prestation discrétionnaire, l'employeuse ayant considéré que les résultats de l'employé méritaient une prime et en ayant fixé le montant tout en se réservant toutefois la possibilité de la modifier voire de la supprimer en cas de départ. De plus, les parties n'étaient pas convenues du versement d'un bonus en dépit de la résiliation des rapports de travail (art. 322 d al. 2 CO) si l'on se réfère à la clause 2.c.i des « Long-Term Incentive Award » qui prévoit qu'aucun versement ne sera effectué en cas de résiliation par l'employeur. A cet égard, l'invocation de l'art. 156 CO (empêchement frauduleux de réaliser la condition) par l'employé n'est pas de nature à remettre en cause l'accord de principe du non-versement en cas de résiliation. Cette disposition montre également le principe facultatif de la prime. Il en est de même des « PSUs », qui sont accordés au bon vouloir de l'employeuse (ch. 3, 4.b et 8 du « Long Term Incentive plan ») et qui ne sont en principe pas versés en cas de résiliation du contrat de travail (ch. 4 f). Quant au « Sales commission plan for 2018 » - document qui n'a pas été produit -, le recourant dit lui-même qu'il y est prévu un paiement non plafonné de 38,50 % du salaire de base et de 16,50 % du salaire de base en fonction de la réussite de divers objectifs et qu'il n'est pas en mesure de déterminer le montant qui lui serait dû à ce titre dès lors qu'il ne peut pas situer ses performances sans son dossier personnel. La proportion devait en effet être fixée pour le recourant par l'employeuse dans le cadre d'un « Plan 2018 », la somme dépendant de l'obtention des divers objectifs. En conclusion, les bonus et commissions prévus par le contrat de travail et les différents documents émis par l'employeuse ne revêtent pas un caractère déterminable ou déterminé, les parties ayant réservé tant le principe que le montant des différents bonus. Ainsi, l'employé n'avait pas un droit à une gratification. Quand bien même le principe de ces gratifications aurait été acquis, le recourant n'a pas démontré qu'il aurait eu droit au bonus même en cas de résiliation des rapports de travail, les pièces au dossier attestant du contraire. dd) Compte tenu de ce qui précède, il convient encore d'examiner si le critère de l'accessoriété peut trouver application et, le cas échéant, examiner s'il s'impose de requalifier le bonus en salaire. En examinant si le bonus a un caractère accessoire par rapport au salaire de base, on constate que la rémunération totale, soit le salaire de base additionné des 420'000 fr. octroyés par transaction, constitue un très haut revenu (le salaire médian suisse en 2016 s'élevait à 6'502 fr, par mois, douze fois l'an) qui ne justifie pas la protection du travailleur qui perçoit ainsi une gratification qu'il n'y a pas lieu de requalifier en salaire (TF 8C_427/2018 du 30 avril 2019 consid. 5.2.2.6). En définitive, l'octroi des différents bonus, dans leur principe et dans leur étendue, était laissé au pouvoir discrétionnaire de l'employeuse. Cette dernière les a d'ailleurs revus à l'occasion du départ de l'employé dès lors qu'elle les avait précédemment alloués sous la réserve de la poursuite des relations de travail. C'est donc à juste titre que l'intimée a conclu que tout montant perçu dans ce cadre représente une prestation volontaire de l'employeur au sens de l'art. 11 a LACI. e) En conséquence, le recourant n'avait droit ni à une gratification par clause de contrat ni à une requalification des bonus en salaire. C'est le lieu de rappeler la mention ex-gratia dans la transaction qui se réfère à l'absence d'obligation juridique, laquelle confirme encore qu'il s'agit d'une prestation volontaire. Ainsi, tous les éléments au dossier établissent, au degré de la vraisemblance prépondérante, que la somme de 420'000 fr. allouée par convention constitue une prestation volontaire de

l'employeuse, de sorte que l'intimée a à juste titre déduit le montant du gain assuré de ce montant et considéré que la somme ainsi obtenue couvrait la perte de revenu. 6. a) Le recours est rejeté et la décision attaquée confirmée. b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, dès lors que le recourant – au demeurant non représenté – n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

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