

# VD\_FINDINFO HC / 2018 / 1073 vom 26. November 2018

VD Tribunal cantonal, 2018-11-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2018\\_\\_\\_1073](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2018___1073)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2018 / 1073 du 26 novembre 2018

IT: VD\_FINDINFO HC / 2018 / 1073 del 26 novembre 2018

## Regeste

CONTRAT DE TRAVAIL, DROIT DU TRAVAIL, BONUS, SALAIRE, GRATIFICATION, INDEMNITÉ DE CHÔMAGE | 322 CO, 322d CO

## Erwägungen

### E. 1

CPC).

#### E. 1.1

L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), dans les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions, est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). L'appel, écrit et motivé, doit être introduit auprès de l'instance d'appel dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al.

#### E. 1.2

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

### E. 2

L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les réf. citées ; Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, nn. 2 ss et 6 ad art. 310 CPC).

#### E. 3.1

L'appelant fait valoir qu'il aurait droit à une part pro rata temporis de son bonus à titre de part variable de sa rémunération totale pour l'année 2015.

#### E. 3.2

Les principes en la matière ont été rappelés dans un arrêt récent du Tribunal fédéral (TF 4A\_463/2017 du 4 mai 2018 consid. 3), qui retient les éléments suivants :

##### E. 3.2.1

Le droit suisse ne contient aucune disposition qui traite spécifiquement du bonus, lequel peut consister dans le versement d'une somme d'argent ou encore dans la remise d'actions

ou d'options (ATF 141 III 407 consid. 4.1). Il faut donc déterminer dans chaque cas, par interprétation des manifestations de volonté des parties lors de la conclusion du contrat ou de leur comportement ultérieur au cours des rapports de travail (accord par actes concluants, c'est-à-dire tacite), s'il s'agit d'un élément du salaire (art. 322 s. CO) ou d'une gratification (art. 322d CO) (ATF 142 III 381 consid. 2.1 et 2.2). 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.

### **E. 3.2.2**

Le salaire est la rémunération que l'employeur est tenu de payer à l'employé pour le temps ou le travail que celui-ci a consacré à son service, et qui est fixé soit directement par contrat individuel, soit indirectement par un contrat-type de travail ou par une convention collective (art. 322 al. 1 CO). La gratification, aux termes de l'art. 322d al. 1 CO, est une rétribution spéciale que l'employeur accorde en sus du salaire à certaines occasions, par exemple une fois par année. Selon la volonté des parties, il peut y avoir un droit à la gratification (art. 322d al. 1 CO) ou, au contraire, aucun droit lorsqu'elle est stipulée facultative, expressément ou par actes concluants (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. 322d 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'accessorité (ATF 141 III 407 consid. 4.3). Si la gratification est ainsi convertie en élément du salaire, elle n'est pas soumise à l'art. 322d al. 2 CO et, en cas d'extinction des rapports de travail, elle doit être payée en fonction de la durée de ces rapports (ATF 109 II 447 consid. 5c).

### **E. 3.2.3**

Lorsqu'un montant (même désigné comme bonus ou gratification) est déterminé ou objectivement déterminable, c'est-à-dire qu'il a été promis par contrat dans son principe et que son montant est déterminé ou doit l'être sur la base de critères objectifs prédéterminés comme le bénéfice, le chiffre d'affaires ou une participation au résultat de l'exploitation, et qu'il ne dépend pas de l'appréciation de l'employeur, il doit être considéré comme un élément du salaire (variable), que l'employeur est tenu de verser à l'employé (art. 322 s. CO ; ATF 141 III 407 consid. 4.1 ; ATF 136 III 313 consid. 2 ; ATF 129 III 276 consid. 2 ; ATF 109 II 447 consid. 5c).

### **E. 3.2.4**

En revanche, lorsque le bonus est indéterminé ou objectivement indéterminable, c'est-à-dire que son versement dépend du bon vouloir de l'employeur et que sa quotité dépend pour l'essentiel de la marge de manœuvre de celui-ci en ce sens qu'elle n'est pas fixée à l'avance et qu'elle dépend de l'appréciation subjective de la prestation du travailleur par l'employeur, il doit être qualifié de gratification (ATF 141 III 407 consid. 4.1 et 4.2 ; ATF 139 III 155 consid. 3.1 ; TF 4A\_485/2016 du 28 avril 2017 consid. 4.1.2).

### **E. 3.2.5**

Lorsque le bonus est indéterminé ou objectivement indéterminable, il faut distinguer entre les deux situations suivantes. Si, par contrat, les parties sont tombées d'accord sur le principe du versement d'un bonus et n'en ont réservé que le montant, il s'agit d'une

gratification que l'employeur est tenu de verser (Anspruch auf die Gratifikation), mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer (ATF 136 III 313 consid. 2 ; ATF 131 III 615 consid. 5.2 ; TF 4A\_172/2012 du 22 août 2012 consid. 8.2). De même, lorsqu'au cours des rapports contractuels, un bonus a été versé régulièrement sans réserve de son caractère facultatif pendant au moins trois années consécutives, il est admis qu'en vertu du principe de la confiance, il est convenu par actes concluants (tacitement), que son montant soit toujours identique ou variable : il s'agit donc d'une gratification à laquelle l'employé a droit (Anspruch auf die Gratifikation ; ATF 129 III 276 consid. 2.1 ; ATF 131 III 615 consid. 5.2 ; TF 4A\_172/2012 précité consid. 8.2), l'employeur jouissant d'une certaine liberté dans la fixation de son montant au cas où les montants étaient variables. Il convient d'ajouter que, dans les deux situations, le travailleur, aux termes de l'art. 322d al. 2 CO, n'a droit à une part proportionnelle de la gratification en cas d'extinction des rapports de travail (avant l'occasion qui y donne lieu) que s'il en a été convenu ainsi, ce qu'il lui incombe de prouver en vertu de l'art. 8 CC. Si, par contrat, les parties ont réservé tant le principe que le montant du bonus, il s'agit d'une gratification facultative : le bonus n'est pas convenu et l'employé n'y a pas droit, sous réserve de l'exception découlant de la nature de la gratification (principe de l'accessorité). De même, lorsque le bonus a été versé d'année en année avec la réserve de son caractère facultatif, il n'y a en principe pas d'accord tacite : il s'agit d'une gratification qui n'est pas due. Toutefois, il a été admis par exception que, en dépit de la réserve (sur le principe et sur le montant), un engagement tacite peut se déduire du paiement répété de la gratification pendant des décennies (jahrzehntelang), lorsque l'employeur n'a jamais fait usage de la réserve émise, alors même qu'il aurait eu des motifs de l'invoquer, tels qu'une mauvaise marche des affaires ou de mauvaises prestations de certains collaborateurs, lorsqu'il l'a versée : il s'agit alors d'une gratification à laquelle l'employé a droit (ATF 129 III 276 consid. 2.3). Il en va de même lorsque la réserve du caractère facultatif n'est qu'une formule vide de sens (c'est-à-dire une clause de style sans portée) et qu'en vertu du principe de la confiance, il y a lieu d'admettre que l'employeur montre par son comportement qu'il se sent obligé de verser un bonus (TF 4A\_172/2012 déjà cité consid. 8.2).

### **E. 3.2.6**

Lorsque l'employeur a réservé le caractère facultatif du bonus, dans son principe et dans son montant, et que l'employé n'a donc pas un droit contractuel au versement du bonus (qui est une gratification), il faut encore examiner si le bonus a un caractère accessoire par rapport au salaire de base. En effet, il ne faut pas oublier que la gratification ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur : il n'est pas concevable que, dans le cadre d'un contrat de travail, la rétribution du travailleur consiste uniquement ou principalement en une gratification. La gratification, qui doit rester un élément accessoire du salaire de base, ne peut pas aller au-delà d'un certain pourcentage de ce salaire de base convenu (ATF 129 III 276 consid. 2.1 ; ATF 141 III 407 consid. 4.3.2 ; ATF 139 III 155 consid. 5.3). Le besoin de protection du travailleur doit l'emporter sur la liberté contractuelle des parties ; l'application du principe de l'accessorité peut enlever toute portée à la réserve et le bonus peut devoir être requalifié en salaire (ATF 141 III 407 consid. 4.3.2). Le critère de l'accessorité, en vertu duquel le bonus doit être requalifié en salaire, ne s'applique toutefois que pour les salaires modestes et les salaires moyens et supérieurs (pour plus de détails, cf. TF 4A\_714/2016 précité consid. 3.3.2 et 3.3.3).

### **E. 3.2.7**

Ces principes ont encore été explicités dans un autre arrêt du Tribunal fédéral (TF 4A\_290/2017 déjà cité consid. 4.2.2) sur quatre points : 1° Il ne faut pas confondre le salaire (variable), la gratification à laquelle l'employé a droit et la gratification à laquelle il n'a pas droit. Pour déterminer dans un cas concret si le montant du bonus est un salaire variable ou une gratification, il faut examiner si, selon la volonté des parties, le bonus est déterminé (ou objectivement déterminable) ou indéterminé (ou objectivement indéterminable). 2° Un contrat de travail et le salaire convenu peuvent certes être modifiés par les parties au cours de la relation contractuelle, mais il ne faut pas confondre une modification du salaire convenu par un accord ultérieur des parties avec la fixation du montant de la gratification dans un cas concret. La gratification prévue en principe ne peut pas changer de nature du seul fait que le montant en est discuté et fixé ultérieurement. 3° Le fait que l'octroi du bonus est soumis à la condition que l'employé soit toujours dans les effectifs de la société et n'ait pas démissionné au moment où le paiement sera dû est typique d'une gratification, et non d'un salaire. 4° Ce n'est que pour les gratifications (bonus) auxquelles l'employé n'a pas de droit contractuel que se pose la question d'une conversion du bonus en salaire par application du principe de l'accessoriété, principe qui ne s'applique toutefois pas lorsque l'employé perçoit un très haut revenu.

### **E. 3.3**

En l'espèce, le contrat ne prévoit rien en ce qui concerne un éventuel bonus. En revanche, il est constant que l'appelant a reçu en 2011 une « gratification » équivalant à un mois de salaire, un « bonus » de 10'000 fr. versé en janvier 2012, un « bonus » de 15'000 fr. versé en février 2014 et un « bonus » de 30'000 fr. versé en mars 2015. Les premiers juges ont retenu que, ces montants ayant été versés sans réserve durant quatre ans, il s'agissait d'une gratification devenue obligatoire dans son principe, ce qui est conforme à la jurisprudence précitée. En revanche, le seul fait que cette gratification soit devenue obligatoire dans son principe n'en fait pas pour autant une part variable du salaire, contrairement à ce que soutient l'appelant. La quotité du bonus n'étant pas objectivement déterminée ni déterminable, mais dépendant au contraire pour l'essentiel de la marge de manœuvre de l'employeur en ce sens qu'elle n'était pas fixée à l'avance et qu'elle dépendait de l'appréciation subjective de la prestation du travailleur par l'employeur, un tel bonus reste une gratification soumise à l'art. 322d CO (outre la jurisprudence citée ci-dessus, voir Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3 e éd, pp. 161-162). Par ailleurs, une requalification en part variable du salaire en vertu du principe de l'accessoriété n'est envisageable que pour les bonus facultatifs, auxquels l'employé n'a aucun droit contractuel, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Quoi qu'il en soit, le caractère accessoire de ces bonus devrait être de toute manière admis. A l'égard de la jurisprudence du Tribunal fédéral, on peut retenir comme ligne directrice que, s'agissant de revenus moyens, de l'ordre de 100'000 fr., une gratification conserve un caractère accessoire si elle n'excède pas un tiers du revenu (Wyler/Heinzer, op. cit., pp. 162 ss et réf.). Le revenu annuel de l'appelant a varié entre 110'500 fr. en 2012, 113'750 fr. en 2013, 116'350 fr. en 2014 et 136'500 fr. en 2015, de sorte que les bonus versés représentent moins de 30 % de ces montants. Dès lors que les bonus versés constituent une gratification, même obligatoire, la règle de l'art. 322d al. 2 CO leur est applicable. Cette disposition prévoit qu'en cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à la rétribution spéciale, le travailleur n'a droit à une part proportionnelle de cette rétribution que s'il en a été convenu ainsi. L'appelant n'ayant pas apporté la preuve d'un tel accord spécial, ce qui n'est pas contesté, il n'a pas droit au bonus 2015 pro rata temporis .

#### **E. 4.1**

Se fondant sur le courrier de la Caisse de chômage du 21 novembre 2017, l'appelant réclame à l'intimée le paiement de trois mois supplémentaires de salaire, soit 21'198 fr. 45, qu'il « aurait pu recevoir si une décision avait été rendue durant le délai cadre d'indemnisation de la Caisse de chômage ».

#### **E. 4.2**

Les premiers juges ont considéré que ledit courrier n'établissait aucunement que l'appelant aurait eu droit à trois mois de salaire supplémentaires s'il avait obtenu gain de cause sur ses prétentions salariales par jugement rendu durant le délai-cadre de deux ans, lequel a en l'occurrence couru du 1<sup>er</sup> juillet 2015 au 30 juin 2017. Ce courrier indiquait au contraire qu'en cas de jugement en sa faveur et de paiement des salaires des mois de juillet à septembre 2015, il n'y aurait aucune possibilité de recrediter les indemnités journalières ou de reporter le délai-cadre d'indemnisation d'autant, étant donné la rigidité desdits délais, mais que trois mois compteraient comme période de cotisation et seraient comptabilisés en tant que tels dans le cadre d'une éventuelle nouvelle demande de prestations à l'assurance-chômage. L'appelant n'établissait donc pas pour quelle raison un jugement en sa faveur obtenu durant le délai-cadre d'indemnisation lui aurait permis de toucher trois mois supplémentaires d'indemnités de chômage, étant précisé par ailleurs que l'on ignorait tout de ses périodes de cotisation.

#### **E. 4.3**

L'appelant ne remet pas en cause ces considérants. Il se contente de faire valoir que, s'il s'était inscrit au chômage dès le 1<sup>er</sup> octobre 2015, il aurait bénéficié de trois mois d'indemnités de chômage supplémentaires, ce que le courrier précité n'établit pas. Au demeurant, c'est l'appelant qui s'est inscrit au chômage dès le 1<sup>er</sup> juillet 2015, soit immédiatement après sa démission du 29 juin 2015 et avant même l'échéance fixée au 10 juillet 2015 pour le paiement des montants qu'il réclamait, faisant ainsi partir le délai-cadre d'indemnisation, quelle que soit la suite donnée ou non aux prétentions salariales émises.

#### **E. 5.1**

En définitive, l'appel doit être rejeté selon le mode procédural prévu par l'art. 312 al. 1 CPC et le jugement entrepris confirmé.

#### **E. 5.2**

L'appelant a sollicité le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure de deuxième instance. Les conditions cumulatives d'octroi de l'assistance judiciaire prévues à l'art. 117 CPC étant réalisées, Me Bogdan Prensilevich sera désigné en qualité de conseil d'office de L. \_\_\_\_\_ pour la procédure d'appel.

#### **E. 5.3**

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 718 fr. (art 62 al. 1 et 67 al. 3 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), pour l'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC), seront provisoirement laissés à la charge de l'Etat.

#### **E. 5.4**

En sa qualité de conseil d'office de l'appelant, l'avocat Bogdan Prensilevich a droit à une rémunération équitable pour ses opérations dans la procédure de deuxième instance. Dans sa liste des opérations du 18 septembre 2018, Me Bogdan Prensilevich a indiqué avoir

consacré

### **E. 5.5**

L'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer sur l'appel, il n'y a pas lieu de lui allouer des dépens de deuxième instance.

### **E. 10**

heures et 25 minutes à la procédure d'appel. Ce temps doit être réduit en ce sens que le temps consacré à hauteur de 15 minutes à la lecture du dispositif de première instance de deux pages transmis le 7 mai 2018 apparaît excessif et doit être ramené à 5 minutes. En outre, les 15 minutes consacrées à la préparation d'un bordereau de pièces doivent être retranchées du total dès lors qu'il s'agit d'un pur travail de secrétariat (Juge délégué CACI 8 juin 2015/283 consid. 4 ; CREC 11 août 2017/294 ; CREC 4 février 2016/40). En définitive, le temps consacré à la procédure d'appel est de 10 heures. Il s'ensuit qu'au tarif horaire de 180 fr., l'indemnité de Me Prensilevich doit être fixée à 1'800 fr., montant auquel s'ajoutent la TVA à 7,7 %, par 138 fr. 60, ainsi qu'un forfait pour les débours de 20 fr., soit 1'958 fr. 60 au total, montant arrondi à 1'959 francs. Dans la mesure de l'art. 123 CPC, le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office laissés à la charge de l'Etat.

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