

## **VD\_GERICHTE PT15.056391 vom 23. Mai 2018**

VD Tribunal cantonal, 2018-05-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_PT15.056391](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_PT15.056391)

FR: VD\_GERICHTE PT15.056391 du 23 mai 2018

IT: VD\_GERICHTE PT15.056391 del 23 maggio 2018

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

Dans un premier moyen, l'appelante soutient que les premiers juges auraient constaté les faits de manière inexacte.

##### **E. 3.1**

L'appelante fait valoir que les premiers juges n'auraient que partiellement reproduit le contrat du 1er mars 2013, alors qu'elle l'avait reproduit à son allégué 50. Elle soulève également le fait que le jugement entrepris reproduit les passages des contrats conclus en septembre 2006, février 2008 et mars 2013 en omettant d'indiquer les passages figurant « en gras », alors que cela résultait de ses allégués 38, 43 et 50. Dans la mesure où ces affirmations font l'objet d'allégués précis et prouvés de la réponse, l'état de fait a été complété en ce sens (cf. ch. 2.a, 2.b et 2.d ci-dessus).

##### **E. 3.2.1**

L'appelante sollicite également le complément de l'état de fait, en ce sens que l'intimé n'aurait pas protesté avant le 8 mai 2015 quant au caractère facultatif des bonus et aux réserves émises par l'appelante à cet égard. L'appelante se fonde sur la pièce 151 requise – à savoir tout document démontrant qu'H. \_\_\_\_\_ a émis avant le 8 mai 2015 une protestation quant au caractère facultatif des bonus et aux réserves émises par A. \_\_\_\_\_ SA à cet égard –, pièce qui n'existe pas selon indication de l'intimé à l'audience du 24 août 2016.

- 15 -

##### **E. 3.2.2**

Aux termes de l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Cette disposition répartit le fardeau de la preuve et détermine qui doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 132 III 689, JdT 2007 I 69 [rés.], SJ 2007 I 185 consid. 4.5). Elle accorde également à la partie ayant la charge de la preuve le droit de faire administrer des preuves pour des allégations pertinentes (ATF 129 III 18, SJ 2003 I 208 consid. 2.6). Si une partie conteste un fait négatif, elle doit apporter les éléments permettant de le mettre en doute (Piotet, Commentaire romand, CC I, n. 53 ad art. 8 CC et réf. cit. ; ATF 119 II 305 [fr.]). L'art. 8 CC est violé si la juridiction cantonale statuant au fond admet comme étant justes des allégations non prouvées d'une partie, sans se soucier du fait qu'elles ont été contestées par la partie adverse, ou, surtout, ne fait pas administrer de preuves sur des faits pertinents. L'art. 8 CC ne régit pas la libre appréciation des preuves et ne précise pas comment ni par quels moyens la preuve doit être administrée, ni de quelle manière le juge doit l'apprécier (ATF 137 III 226 [fr.], JdT 2011 II 431 [rés.]). Lorsque l'appréciation des preuves convainc

le juge que le fait litigieux est établi, la répartition du fardeau de la preuve (art. 8 CC) n'a plus d'objet (ATF 132 III 626 consid. 3.4 ; ATF 119 II 114 consid. 4c et les arrêts cités).

### **E. 3.2.3**

En l'espèce, l'appelante a allégué en première instance que l'intimé n'avait pas protesté quant au caractère facultatif des bonus et aux réserves émises par l'appelante à cet égard avant le 8 mai 2015 et a offert de le prouver par la production d'une pièce en mains de l'intimé. Celui-ci contestant cet allégué, il lui appartenait d'apporter des éléments susceptibles de le mettre en doute. L'intimé ayant admis qu'aucun document n'existait, le fait négatif allégué par l'appelante doit être considéré comme établi et a dès lors été intégré à l'état de fait du présent arrêt (cf. ch. 5 ci-dessus).

- 16 -

### **E. 3.3**

L'appelante sollicite encore que l'état de fait soit complété afin de retranscrire plus précisément les déclarations de [...] et de [...]. L'appelante relève en particulier que certaines déclarations auraient été retranscrites de manière incomplète et sorties de leur contexte, notamment celles portant sur les résultats exceptionnels de l'année 2013 expliquant le caractère élevé du bonus de ladite année (all. 72 et 73) et le fait que [...] s'était référé aux art. 32 et 32a du Règlement en lien avec le fait qu'aucun bonus n'était versé à l'employé qui quitte la banque (all. 26). Dans la mesure où les premiers juges se sont appuyés sur les déclarations de [...] et [...], entendus respectivement en qualité de partie et de témoin, ces réquisitions doivent être admises afin de remettre les déclarations dans leur contexte. Ces éléments ont ainsi été intégrés à l'état de fait du présent arrêt (cf. ch. 2.g et 3.b ci-dessus). Pour le reste, hormis les compléments requis, l'appelante ne remet pas en cause les faits tels que retenus par les magistrats de première instance puisqu'elle déclare se rapporter à ces faits.

### **E. 4.1**

Si l'appelante ne conteste pas la qualification par les premiers juges du bonus versé à l'intimé de gratification, elle soutient que ces magistrats n'auraient pas examiné la condition de la régularité du versement du bonus. L'appelante expose que les allégués de la procédure ne permettraient pas de déduire que le salaire de base de l'intimé, plutôt bas, aurait été compensé par un bonus. Au contraire, elle soutient que le bonus de 92'000 fr. payé en 2014 et afférent à l'année 2013 aurait été versé en raison d'un ensemble de circonstances exceptionnelles, parmi lesquelles une performance très bonne de l'intimé l'année en question, une très bonne année pour le secteur de l'appelante au sein duquel l'intimé travaillait, la promotion de celui-ci ayant pu provoquer une augmentation de bonus parmi les autres circonstances. L'appelante souligne qu'un tel bonus n'a été versé qu'à une seule occasion. La condition de la régularité du versement d'un bonus exceptionnellement

- 17 - élevé n'étant pas remplie, ce serait à tort que les premiers juges se sont fondés sur le bonus 2013 pour effectuer un rapport entre le bonus et le salaire de base. S'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'appelante souligne encore que les bonus n'auraient été versés que pendant cinq ans, que des réserves auraient toujours été émises et qu'aucune gratification n'aurait dépassé le salaire annuel, de sorte que la condition de la régularité ne serait pas remplie. L'appelante fait encore valoir que la moyenne des gratifications versées n'excéderait pas la moitié du revenu de l'intimé, qui pouvait être qualifié de revenu

supérieur. Même en prenant en compte le bonus versé en 2014 – alors qu’il n’y aurait pas lieu de le faire au vu de son caractère exceptionnellement élevé –, la moyenne des bonus versés serait de 48.85 %. Le principe d’accessoriété étant dès lors respecté, les réserves conserveraient toute leur portée et le caractère discrétionnaire du bonus serait établi. L’appelante précise enfin que l’évaluation du caractère accessoire devrait porter sur la rémunération totale effectivement perçue de l’employeur durant l’année. L’intimé soutient pour sa part que la gratification qui lui a été versée chaque année par son employeur représenterait plus de la moitié de son salaire annuel. Les gratifications perçues seraient importantes, régulières et progressives et feraient dès lors partie intégrante de sa rémunération. Il invoque que le bonus ne serait pas accessoire par rapport au salaire convenu et que la résiliation du contrat de travail n’empêcherait dès lors pas que le versement de la gratification soit qualifié de part variable du salaire et soit dès lors dû. L’intimé fait valoir que la gratification annuelle aurait été décisive dans son choix d’accepter ses promotions et de rester plus de sept ans chez son employeur et qu’il la considèrerait dès lors comme due annuellement, ce que démontreraient les versements réguliers et augmentant progressivement, les déductions sociales opérées sur la totalité de la rémunération, les positions hiérarchiques occupées et la proportion du salaire annuel convenu.

- 18 -

#### **E. 4.2**

Le droit suisse ne contient aucune disposition qui traite spécifiquement du bonus. Il faut donc déterminer de cas en cas, sur la base des manifestations de volonté des parties, s’il s’agit d’un élément du salaire (art. 322 s. CO) ou d’une gratification (art. 322d CO), distinction qui revêt une grande importance dès lors que le régime de la gratification est beaucoup plus flexible pour l’employeur que celui applicable aux éléments du salaire (ATF 142 III 381 consid. 2 ; ATF 141 III 407 consid. 4.1 et la référence citée).

##### **E. 4.2.1**

Le salaire est la rémunération que l’employeur est tenue de payer à l’employé pour le temps ou le travail que celui-ci a consacré à son service, et qui est fixée soit directement par contrat individuel, soit indirectement par un contrat-type de travail ou par une convention collective (art. 322 al. 1 CO ; TF 4A\_714/2016 du 29 août 2017 consid. 3.1). Aux termes de l’art. 322d al. 1 CO, la gratification est une rétribution spéciale que l’employeur accorde en sus du salaire à certaines occasions telles que Noël ou la fin de l’exercice annuel. 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 4A\_714/2016 du 29 août 2017 consid. 3.1 ; 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). 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

- 19 - rapports de travail, elle doit être payée en fonction de la durée de ces rapports (ATF 109 II 447 consid. 5c). Le fait que le bonus figure sous la rubrique « salaire » du certificat de salaire communiqué à l'administration fiscale n'est d'aucune aide dans cette interprétation ; en effet, la distinction entre le salaire et la gratification n'est pas décisive pour l'autorité fiscale, les deux formes de rémunération entrant dans la notion de revenu du contribuable (TF 4A\_714/2016 du 29 août 2017 consid. 5.2 et la réf. citée).

#### **E. 4.2.2**

Lorsqu'un montant (même désigné comme bonus ou gratification) est déterminé ou objectivement déterminable, c'est-à-dire qu'il a été promis par contrat dans son principe et que sa quotité est déterminée 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). 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 142 III 381 consid. 2.1 ; ATF 141 III 407 consid. 4.1 et 4.2 p. 407 s. ; ATF 139 III 155 consid. 3.1 ; TF 4A\_485/2016 du 28 avril 2017 consid. 4.1.2). Si tel est le cas, deux cas de figure peuvent se présenter : les parties ont réservé seulement le montant du bonus ou, au contraire, le principe et le montant du bonus (cf. infra consid. 4.2.3).

#### **E. 4.2.3**

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

- 20 - 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. Dans ces deux situations, encore faut-il que l'employé établisse que les parties sont convenues du versement d'un bonus en dépit de la résiliation des rapports de travail (art. 322d al. 2 CO). Si les parties ont au contraire réservé contractuellement 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 ; cf. infra consid. 4.2.4). De même, lorsque le bonus a été versé d'année en année avec la réserve de son caractère facultatif, il n'y a en principe pas d'accord tacite : il s'agit d'une gratification qui n'est pas due (TF 4A\_378/2017 du 27 novembre 2017 consid. 3.2.2.2). Le Tribunal

fédéral a admis dans un cas exceptionnel, en dépit de la réserve (sur le principe et sur le montant), un engagement tacite résultant 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

- 21 - 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. 4.2.4**

Lorsque l'employeur a réservé le caractère facultatif du bonus, dans son principe et dans son montant, et que l'employé n'a donc pas un droit contractuel au versement du bonus (qui est une gratification), 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 p. 279 s. ; 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'accessoriété peut enlever toute portée à la réserve et le bonus peut devoir être requalifié en salaire (ATF 141 III 407 consid. 4.3.2). Ce critère de l'accessoriété ne s'applique toutefois que pour les salaires modestes et les salaires moyens et supérieurs. Pour les très hauts revenus, le Tribunal fédéral en effet a considéré que le principe de la liberté contractuelle doit primer, car il n'y a pas dans ce cas de besoin de protection du travailleur qui justifierait une requalification du bonus ou d'une part du bonus en salaire en vertu du principe de l'accessoriété (ATF 141 III 407 consid. 4.3.2 et 5.3.1). Pour déterminer si l'employé réalise un très haut revenu dans le cas concret, le Tribunal fédéral a tenu compte de la rémunération totale perçue par celui-ci de la part de son employeur durant l'année litigieuse. Ainsi, dans une affaire concernant un employé de banque, le revenu déterminant pour l'année litigieuse correspondait à la totalité de la rémunération perçue par celui-ci, à savoir le salaire de base de l'année en question plus le bonus effectivement versé durant cette même année et calculé sur la base des données de l'exercice précédent.

- 22 - Si cette rémunération totale atteint ou dépasse le seuil du très haut revenu (354'000 fr. pour l'année 2009 en l'occurrence, soit cinq fois le salaire médian suisse dans le secteur privé), le bonus demeure une gratification facultative à laquelle l'employé n'a pas droit et une requalification en salaire est exclue (ATF 141 III 407 consid. 4.3.2, 5.3.1 et 5.4). Les salaires moyens et supérieurs sont donc les salaires (Löhne) situés entre le seuil du « salaire modeste » (plus d'une fois le salaire médian) et le seuil du « très haut revenu » (moins de cinq fois le salaire médian), soit, pour l'année 2009, un salaire situé entre 70'800 fr. et 354'000 fr. (TF 4A\_714/2016 du 29 août 2017 consid. 3.3.3). Pour les salaires modestes et les salaires moyens et supérieurs, le bonus versé avec la réserve de son caractère facultatif quant à son principe et quant à son montant peut devoir être requalifié en salaire dans certaines circonstances (TF 4A\_714/2016 du 29 août 2017 consid. 3.3.2). Le Tribunal

fédéral a ainsi retenu qu'un bonus très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, perd son caractère accessoire et doit être requalifié en salaire, alors que, pour des salaires modestes, un bonus proportionnellement moins élevé peut déjà devoir être requalifié en salaire (ATF 141 III 407 consid. 4.3.1 ; ATF 131 III 615 consid. 5.2 ; TF 4A\_485/2016 déjà cité consid. 4.2.1). Le Tribunal fédéral a toutefois renoncé à chiffrer de manière générale la proportion entre le salaire de base et le bonus facultatif versé par l'employeur, les circonstances du cas particulier étant toujours déterminantes (ATF 142 III 381 consid. 2.2.1 ; ATF 129 III 276 consid. 2.1 ; TF 4A\_159/2016 du 1er décembre 2016 consid. 5.2.1).

#### **E. 4.2.5**

L'interprétation des manifestations de volonté relatives à l'octroi d'un bonus obéit aux principes habituels (cf. TF 4C.340/2005 du 24 janvier 2006 consid. 2.3 - 2.5). Le juge doit tout d'abord s'attacher à mettre à jour la réelle et commune intention des parties, opération qualifiée d'interprétation subjective, qui repose sur l'appréciation des preuves. Si cette opération n'aboutit pas, il doit établir le sens que chaque

- 23 - partie pouvait et devait de bonne foi donner aux manifestations de volonté de l'autre cocontractant ; cette interprétation dite objective relève du droit (ATF 142 III 239 consid. 5.2.1 ; ATF 138 III 659 consid. 4.2.1 ; ATF 131 III 606 consid. 4.1 ; TF 4A\_378/2017 du 27 novembre 2017 consid. 3.2.4).

#### **E. 4.3.1**

C'est à juste titre que les premiers juges ont qualifié les bonus versés par l'appelante à l'intimé de gratifications, ce que l'appelante ne conteste d'ailleurs pas. Il résulte en effet des pièces produites que ces bonus étaient versés conformément à l'art. 32 du « Règlement relatif au contrat de travail Direction », qui prévoyait que le versement était laissé à la libre appréciation de l'appelante, tant sur le principe du versement que sur le montant du bonus. La clause prévoyant que l'intimé ne pouvait déduire aucun droit à des versements futurs ou à un montant déterminé même si le bonus lui avait été accordé pendant plusieurs années consécutives apparaît en outre en gras dans les contrats de travail signés successivement par l'intimé. Son attention a ainsi été particulièrement attirée sur ce point. Or l'intimé n'a pas établi qu'il se serait opposé à cette clause ou aurait émis des réserves à son sujet (cf. consid. 3.2 ci-dessus). S'agissant du moyen selon lequel les parties seraient convenues de garantir à l'intimé un bonus pour compenser sa relative faible rémunération de base, il n'est nullement étayé et ne constitue en réalité qu'une déclaration de partie non prouvée. Il faut dès lors admettre, à l'instar des premiers juges, le caractère facultatif du versement du bonus ainsi que le fait que celui-ci n'était ni déterminé à l'avance, ni objectivement déterminable. On se trouve par conséquent bien en présence d'une gratification au sens de l'art. 322d CO.

- 24 -

#### **E. 4.3.2**

Au regard des principes jurisprudentiels applicables en la matière se pose la question de la régularité du versement des bonus (cf. consid. 4.2.3 ci-dessus). En l'espèce, l'intimé a été engagé au sein de l'appelante du 11 septembre 2006 au 28 février 2015. Entre 2010 et 2014, il a perçu consécutivement cinq bonus, afférents aux années 2009 à 2013. A partir du moment où elle a commencé à verser un bonus à l'intimé, l'appelante n'a ainsi jamais fait usage de la réserve émise quant au versement du bonus. L'intimé n'établit toutefois pas que

l'appelante aurait eu des motifs de faire usage de la réserve, notamment parce que les prestations de l'intimé auraient été insuffisantes. S'agissant du caractère « répété » de ces versements, on se trouve loin du critère jurisprudentiel, qui parle de décennies, à partir duquel on peut admettre un engagement tacite de l'employeur de verser des bonus à son employé, donnant à ce dernier un droit inconditionnel au versement d'une gratification. C'est par ailleurs en vain que l'intimé soutient, sous l'angle du principe de la confiance, qu'il aurait droit au versement d'un bonus annuel et que, en fin de compte, la réserve figurant dans son contrat de travail ne serait que pure clause de style. L'intimé mélange les principes applicables en l'espèce – relatifs à la durée des versements, aux montants des bonus, etc. – sans pour autant établir en quoi le comportement de l'appelante démontrerait qu'elle se serait sentie obligée de lui verser un bonus annuel. Le moyen selon lequel l'intimé n'aurait pas signé son contrat s'il n'avait pas eu la garantie de percevoir un bonus n'est pas du tout établi (cf. consid. 4.3.1 ci-dessus). Le contraire paraît plutôt vrai puisque, comme déjà indiqué, l'intimé n'a à aucun moment remis en cause la réserve – mise en évidence en caractères gras – figurant dans ses contrats de travail successifs. Le fait que le montant des bonus ait augmenté au fil des cinq années durant lesquelles ils ont été versés n'est pas décisif sur ce point. Il en va de même des déductions sociales opérées, puisqu'un bonus est soumis à celles-ci. La référence à l'usage interne – par quoi il faut entendre que les collègues de l'intimé auraient selon lui perçu un bonus 2014 – n'est pas pertinente, dès lors qu'au moment de son versement,

- 25 - l'intimé n'était plus au bénéfice d'un contrat de travail non résilié avec l'appelante, condition – admise par la jurisprudence pour dénier le droit au versement d'une gratification – que l'intimé ne conteste du reste pas. En définitive, les parties ont réservé tant le principe que le montant du bonus, de sorte que, contractuellement, l'intimé ne peut tirer aucun droit au titre de la régularité des gratifications versées. De surcroît, même si par hypothèse, il y avait eu droit sur le principe, l'intimé n'a pas démontré qu'il aurait eu droit au bonus même en cas de résiliation des rapports de travail (art. 322d al. 2 CO).

### **E. 4.3.3**

Se pose encore la question du droit de l'intimé au versement d'un bonus 2014 au regard du critère de l'accessoriété (cf. consid. 4.2.4 ci-dessus), compte tenu du fait que l'intimé a résilié son contrat de travail le 18 août 2014 avec effet au 28 février 2015. Ce critère, en vertu duquel le bonus doit être requalifié en salaire, ne s'applique que pour les salaires modestes et moyens et supérieurs, à l'exception donc des salaires au-dessus du seuil du très haut revenu (354'000 fr.). Dans la présente cause, il n'est pas contesté que le salaire de l'intimé entrerait dans la catégorie des salaires moyens à supérieurs. Pour savoir si le bonus n'aurait pas un caractère accessoire et devrait être requalifié en salaire, il y a lieu de se référer à la méthode appliquée récemment par le Tribunal fédéral (TF 4A\_714/2016 du 29 août 2017 consid. 3.3 et 6), dont on tire que, contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges, ce n'est pas en tenant compte uniquement d'un seul bonus que l'on peut procéder à la comparaison, mais que celle-ci doit se faire entre le salaire d'une année donnée et le bonus versé cette année-là, mais calculé sur les chiffres de l'année précédente. Sur cette base, on obtient ce qui suit : - 2010 : salaire de base de 110'000.- et bonus de 42'000.-, soit 38,2 % ; - 2011 : salaire de base de 120'000.- et bonus de 50'000.-, soit 41,6 % ;

- 26 - - 2012 : salaire de base de 120'000.- et bonus de 52'000.-, soit 43,3 % ; - 2013 : salaire de base de 120'000.- et bonus de 57'000.-, soit 47,5 % ; - 2014 : salaire de base de 125'000.- et bonus de 92'000.-, soit 73,6 %. Ainsi, les cinq bonus perçus par l'intimé ont oscillé entre

38,2 % et 73,6 % de son salaire annuel de base et le seuil des 50% n'a été franchi qu'à une seule occasion, à savoir en 2014 où un bonus de 92'000 fr. a été versé, calculé sur les chiffres de l'année 2013. Ainsi, ces bonus ont été inférieurs au salaire de l'intimé de plus de la moitié dans quatre cas sur cinq. Dans le cadre de l'arrêt précité (TF 4A\_714/2016 du 29 août 2017), la comparaison des bonus versés à l'employé avait porté sur neuf années contractuelles et seuls deux bonus sur les huit versés avaient dépassé le seuil de 50% du salaire annuel. En l'espèce, la période contractuelle atteint aussi presque neuf années. Durant cette période cinq bonus ont été versés et un seul dépassait 50% du revenu de l'intimé. Il y a dans ces conditions lieu d'arriver à la même conclusion que le Tribunal fédéral dans la cause précitée, à savoir que la situation ne permet pas de qualifier le bonus versé à l'intimé durant la période considérée de non accessoire. C'est dès lors à tort que les premiers juges ont procédé à une « requalification partielle » du bonus en salaire, soit dans la mesure où ce bonus dépassait 33 % du salaire annuel de base. En effet, une gratification unique peut atteindre le montant d'un salaire annuel sans acquérir un caractère obligatoire, car c'est son caractère régulier qui engendre le débat relatif à l'acquisition de son caractère obligatoire (Wylser/Heinzer, Droit du travail, 3e éd. 2014, p. 165 et les arrêts cités). Ce n'est que lorsque des bonus réguliers qui par leur importance ne sont pas accessoires par rapport au salaire de base sont payés, de sorte qu'il y a lieu de les requalifier en salaire, que se pose la question de savoir si cet élément de rémunération doit être requalifié dans son intégralité ou seulement pour la part

- 27 - dépassant la quotité admissible au regard du critère de l'accessoriété, comme le proposent Wylser/Heinzer (loc. cit.). L'appel doit par conséquent être admis sur ce point et la décision réformée en ce sens que la conclusion de l'intimé en paiement d'un bonus est rejetée.

### **E. 5.1**

L'appelante soutient encore que les conclusions reconventionnelles prises en première instance en lien avec la poursuite intentée à son encontre par l'intimé devraient être admises. L'appelante conclut ainsi à la constatation qu'elle n'est pas débitrice de l'intimé de la somme de 115'000 fr., à la déclaration de la nullité de la poursuite qui lui a été notifiée et à la communication de l'arrêt à l'office des poursuites concerné avec instruction de ne pas porter la poursuite à la connaissance de tiers.

### **E. 5.2**

L'art. 85a LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1) prévoit que le débiteur poursuivi peut agir en tout temps au for de la poursuite pour faire constater que la dette n'existe pas ou plus, ou qu'un sursis a été accordé (al. 1). S'il admet la demande, le tribunal ordonne l'annulation ou la suspension de la poursuite (al. 3). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF 4A\_399/2011 consid. 1.2.2 du 19 octobre 2011 ; ATF 128 III 334, JdT 2002 II 76), un débiteur qui a formé opposition à une poursuite en temps utile et dont l'opposition n'a pas été écartée définitivement ne peut pas ouvrir l'action de l'art. 85a LP, qui régit l'annulation de la poursuite. Il en résulte pour lui un inconvénient, particulièrement s'il a fait l'objet de poursuites injustifiées, vu la publicité du registre des poursuites (ATF 132 III 277, SJ 2006 I 293). Dans l'arrêt de principe publié aux ATF 128 III 334, confirmé par la suite (cf. p. ex. ATF 132 III 277 consid. 4.2), le Tribunal fédéral a

- 28 - jugé que, lorsque la poursuite demeure au stade de l'opposition sans que le créancier ouvre action en reconnaissance de dette ou requière la mainlevée de l'opposition, le débiteur indûment poursuivi ne peut pas solliciter l'office des poursuites d'impartir au créancier un délai de forclusion pour agir ; le débiteur dispose, à défaut de l'action de l'art. 85a LP, de l'action générale en constatation de l'inexistence de la créance déduite en poursuite, dont le jugement, s'il constate la nullité de la poursuite, permet d'empêcher la communication de celle-ci aux tiers sur la base de l'art. 8a al. 3 let. a LP. S'agissant de la recevabilité de l'action négatoire de droit, il résulte de la jurisprudence qu'une telle action est ouverte si la partie demanderesse a un intérêt important et digne de protection à la constatation immédiate de la situation de droit. Il n'est pas nécessaire que cet intérêt soit de nature juridique, car il peut s'agir d'un pur intérêt de fait ; la condition est remplie notamment lorsque les relations juridiques entre les parties sont incertaines et que cette incertitude peut être levée par la constatation judiciaire. Pour cela, n'importe quelle incertitude ne suffit pas ; il faut au contraire que l'on ne puisse pas exiger de la partie demanderesse qu'elle tolère plus longtemps le maintien de cette incertitude, parce que celle-ci l'entrave dans sa liberté de décision (ATF 136 III 102 consid. 3.1 ; ATF 135 III 378 consid. 2.2).

### **E. 5.3**

En l'occurrence, il ne fait aucun doute que les conditions de l'action en annulation fondée sur l'article 85a LP ne sont pas remplies, les oppositions n'ayant pas été écartées. Par contre, force est de constater que les conditions de l'action en constatation de droit sont remplies, l'appelante ayant un intérêt de fait à ce que le litige qui l'oppose à l'intimé soit réglé dans son intégralité. Ainsi, il doit être constaté que l'appelante n'est pas débitrice de l'intimé de la somme de 115'000 fr., avec intérêts à 5 % dès le 1er mai 2015. En outre, la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites de [...] dirigée contre l'appelante sera déclarée nulle, faute de fondement ; le présent arrêt sera également communiqué audit office, avec instruction de ne pas porter à la connaissance de tiers la poursuite n° [...].

- 29 -

### **E. 6**

Il découle des considérants qui précèdent que l'appel doit être admis et le jugement entrepris réformé en ce sens que les conclusions de l'intimé sont rejetées, tandis que les conclusions reconventionnelles de l'appelante sont admises. Vu l'admission de l'appel, il y a lieu de revoir la question de la répartition des frais de première instance. Les frais judiciaires de la procédure au fond et de la procédure de conciliation, arrêtés respectivement à 3'700 fr. et 450 fr., doivent être mis entièrement à la charge de l'intimé, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). L'intimé devra également verser à l'appelante 15'200 fr. à titre de dépens de première instance et de restitution de l'avance de frais de première instance. Quant aux frais de deuxième instance, ils doivent également être mis à la charge de l'intimé, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC), à hauteur de 2'150 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils ; RSV 270.11.5]). L'intimé versera dès lors à l'appelante un montant de 8'150 fr., à titre de dépens et de restitution de l'avance de frais de deuxième instance (art. 111 al. 2 CPC).