

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 18 mai 2018

Composition : M. ABRECHT, président
M. Colombini et Mme Merkli, juges
Greffière : Mme Boryszewski

* * * * *

Art. 16 al. 1 et 121 al. 1 LDIP ; 322d al. 1 CO

Statuant sur l'appel interjeté par **C.**_____, à Montagny-près-Yverdon, défenderesse, contre le jugement rendu le 4 juillet 2017 par le Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois dans la cause divisant l'appelante d'avec **M.**_____, à Genève, demandeur, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 4 juillet 2017, notifié le 28 novembre 2017, le Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et Nord vaudois a déclaré recevable les novas et l'augmentation de conclusions formés le 9 juin 2017 par M._____ contre C._____ (I), a partiellement admis la demande formée par M._____ contre C._____ (II), a dit qu'C._____ était la débitrice de M._____ et lui devait immédiat paiement de la somme de 46'666 fr. 65 brut, sous déduction des charges sociales, avec intérêts à 5% l'an dès le 21 février 2015 (III), a ordonné à C._____ de remettre à M._____ un certificat de travail complet conforme à l'art. 330a CO (Code des obligations ; RS 220) (IV), a rejeté les conclusions reconventionnelles formées par C._____ le 14 décembre 2015 (V), a déclaré recevable les pièces produites à l'audience du 27 juin 2017 par M._____ (VI), a arrêté les frais de justice - frais de conciliation par 450 fr. compris - à 8'350 fr. à la charge d'C._____ (VII), a dit qu'C._____ était la débitrice de M._____ et lui devait immédiat paiement du montant de 3'950 fr. à titre de remboursement de ses avances de frais (VIII), a dit qu'C._____ était la débitrice de M._____ et lui devait immédiat paiement de la somme de 10'000 fr., TVA et débours compris, à titre de dépens (IX), et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (X).

En droit, les premiers juges ont en substance retenu que, dans le cadre du contrat de travail liant les parties, le droit applicable était le droit suisse. Ils ont retenu que les liens avec la Suisse étaient plus étroits que ceux avec le Maroc du fait que l'activité du demandeur dans ce dernier Etat avait été organisée depuis la Suisse, que son salaire était versé en francs suisses sur un compte suisse, que les charges sociales suisses étaient déduites selon les fiches de salaire du demandeur, que celui-ci était affilié à une caisse de pension suisse et qu'il avait effectué un MBA à l'Université de Genève payé par son employeur. S'agissant de la rémunération du demandeur, les premiers juges ont considéré que le principe du versement d'une prime, faisant partie intégrante du salaire, était établi, aucune réserve quant au caractère facultatif du montant

n'ayant été émise. Quant à son montant, ils ont constaté qu'il était variable, mais qu'il s'était néanmoins stabilisé à 28'000 fr. en 2010 et 2011. Les premiers juges ont donc considéré que la défenderesse était débitrice d'un montant de 46'666 fr. 65 brut, soit 28'000 fr. pour 2012, zéro pour 2013 compte tenu du financement par la défenderesse de la formation du demandeur et 18'666 fr. 65 pour 2014, étant précisé que le demandeur avait été en incapacité de travail jusqu'au mois d'août 2014 et que son salaire lui avait été versé jusqu'au 31 août 2014.

B. Par acte du 12 janvier 2018, C._____ a interjeté appel contre ce jugement, en concluant, sous suite de frais et dépens de première et deuxième instance, à l'annulation des chiffres II, III, et VII à X de son dispositif et au déboutement de M._____ de toutes ses conclusions.

L'intimé n'a pas été invité à se déterminer sur l'appel.

C. La Cour d'appel civile retient les faits pertinents suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

1. C._____ (ci-après : la défenderesse) est une société anonyme de droit suisse, sise à [...], dont le but est la conception, le développement, la fabrication et la commercialisation de dispositifs médicaux, inscrite au registre du commerce. [...] en est l'administrateur-président au bénéfice de la signature individuelle.

Le groupe [...], dont la défenderesse est une filiale, est également composé d'un établissement de fabrication sis à [...] (France) ainsi que d' [...] Maroc, société sise à [...] (Maroc).

M._____ (ci-après : le demandeur) a été engagé par la défenderesse en juin 2008 en qualité de responsable de projets. Les parties ont convenu par contrat oral de l'engagement du demandeur.

Durant son contrat avec la défenderesse, le demandeur était domicilié à [...].

2. Le demandeur a été inscrit en qualité d'administrateur de la défenderesse du 4 juin 2008 au 1^{er} avril 2014. Lors de son engagement, il était responsable de projets sur le site de [...]. De janvier 2009 à novembre 2010, il a exercé la fonction de directeur de projet concernant la création d'une filiale au [...] assortie de la mise en place d'une unité de production pour un dispositif médical, ainsi que de directeur des programmes R&D dans le domaine des traitements de surfaces et de la micro-structuration pour des dispositifs médicaux. La société [...] Maroc a été créée le 7 avril 2009 et il ressort de ses statuts que le demandeur en était le gérant au bénéfice de la signature individuelle. De novembre 2010 à février 2012, il a été directeur des programmes R&D, directeur des équipes embryonnaires du site d'assemblage de [...] et directeur à titre intérimaire du site de production de [...] à la suite de l'arrêt maladie du directeur en place. De mars 2012 à février 2014, le demandeur s'est exclusivement consacré à sa fonction de directeur du site d'assemblage de [...].

3. Il ressort de fiches de salaires du demandeur que ce dernier percevait un salaire mensuel net en qualité d'employé au sein d' [...] Maroc d'un montant de 2'300 MAD (dirham marocains), soit environ 248 francs suisses (taux de change au 1^{er} mars 2012, date de la première fiche de salaire au dossier). L'art. 18 des statuts de la société marocaine prévoit que le gérant reçoit un traitement annuel fixe ou proportionnel dont la quotité et le mode de paiement sont déterminés par une décision ordinaire des associés, ainsi que le remboursement des frais de fonction, voyage et déplacement sur présentation d'états ou forfaitairement, selon ce qui est décidé par les associés statuant en la forme ordinaire.

4. Le « Master of business administration », communément abrégé « MBA », est une formation de troisième cycle universitaire, destinée aux cadres et responsables en emploi souhaitant réorienter leur carrière, se perfectionner dans un domaine précis ou avoir une connaissance générale de la gestion, du secteur privé ou public.

Le demandeur a entamé une telle formation en septembre 2013 et a obtenu son diplôme le 24 novembre 2016. Afin de suivre cette formation universitaire, la défenderesse a demandé au demandeur d'être présent à [...] trois jours pleins par semaine, lui laissant le vendredi de libre afin de travailler sur son MBA.

Le coût total de cette formation s'est élevé à 28'800 fr., montant entièrement payé par la défenderesse qui a versé 15'900 fr. le 26 août 2013 et 12'900 fr. le 14 octobre 2014.

5. Selon plusieurs employés de la défenderesse, un système de « primes » existait au sein de l'entreprise lorsque le demandeur y travaillait, étant précisé que ce système n'a pas été mis en place dès la création de l'entreprise. Les montants versés, variables, n'étaient pas liés aux résultats de l'entreprise et récompensaient l'année écoulée.

Au sein de la défenderesse, le demandeur percevait un salaire mensuel brut de 12'000 francs. Il a obtenu, en sus de son salaire, les montants bruts suivants : 12'000 fr. versé en juillet 2009, 24'000 fr. versé en juillet 2010, 28'000 fr. versé en juillet 2011 et 28'000 fr. versé en août 2012. Il ressort des documents intitulés « suivi des salaires » que ces montants ont été versés à titre de prime. Il ressort en outre des fiches de salaire du demandeur que les montants précités étaient soumis aux charges sociales. Le demandeur a ainsi perçu un montant net de 22'094 fr. 40 en juillet 2009, de 33'413 fr. 75 en juillet 2010, de 37'060 fr. 10 en juillet 2011 et de 36'988 fr. 05 en août 2012. Le « suivi des salaires 2009 » mentionne en outre le versement d'une « gratification » au demandeur à hauteur de 2'000 francs.

[...], entendu comme témoin, était directeur qualité chez [...] depuis 2003. Il a confirmé qu'en tant que cadre, il touchait une gratification, comme la majorité des autres cadres, et que celles-ci n'étaient pas liées à l'accomplissement d'objectifs personnels ou au résultat de l'entreprise. Il a précisé ignorer d'une année à l'autre s'il allait en recevoir une et ignorer le montant à percevoir qui était variable. Il a encore déclaré que sur les quatorze années passées au sein de l'entreprise, il n'avait perçu un montant que les sept dernières années, le système ayant été mis en place après son arrivée, ce qui expliquait que le versement d'une telle prime n'était pas mentionné dans son contrat. La prime versée en juillet récompensait l'année écoulée, soit les douze derniers mois écoulés. [...], directeur marketing au sein de la défenderesse, a quant à lui perçu une prime à environ cinq reprises, à son souvenir, depuis son entrée dans la société en 1998.

6. Le 20 août 2013, le demandeur a, par courriel adressé à [...], demandé à ce dernier s'il avait fixé le montant de son bonus pour l'année écoulée.

Par courriel du 24 août 2013, [...] lui a répondu qu'il y aurait une prime, mais qu'il devait réaliser que tout n'était pas possible et que son « package » pour la durée de ses études était le financement de sa formation, un salaire à la « mode suisse » et des vacances à la mode française, sans compter les petits ajustements.

Le 27 août 2013, le demandeur a adressé à [...] un courriel qui mentionnait en substance qu'il ne comprenait pas si sa prime était finalement « minorée » (sic) et qu'elle devait être le « reflet de la récompense d'une année passée de travail très dur et avec un certain nombre de réussites ».

Il ressort d'un échange de SMS daté du 27 septembre 2013 que le demandeur a relancé [...] au sujet de la prime. Ce dernier a répondu : « Oui merci de me ke (sic) rappeler : 25000€ ? ».

7. Au sein d' [...] Maroc, des problèmes par rapport à la production ont eu lieu en 2013, notamment à cause des garanties demandées par la douane pour l'import-export de matières premières et d'ébauches ballons.

8. Le demandeur a été licencié par la défenderesse par courrier du 20 décembre 2013 avec effet au 31 décembre 2013. Celle-ci y a précisé que « compte tenu de [son] préavis de 2 mois, [il] ser[ait] libre de tout engagement à compter du 28/2/2014 ».

Par courriel du 31 décembre 2013, le demandeur a informé [...] du fait qu'il se tenait à sa disposition et attendait ses instructions concernant son activité au sein de la défenderesse dès le 2 janvier 2014.

Par courriel du 3 janvier 2014, [...] a relevé que les statuts d' [...] Maroc ne contenaient aucune information relative à la rémunération du demandeur. [...] a par conséquent requis du demandeur qu'il lui communique le montant de sa rémunération et la copie de la décision ayant conduit à son octroi. Il a encore requis du demandeur qu'il reste à son domicile suisse jusqu'à nouvel ordre. Le 7 janvier 2014, le demandeur lui a répondu qu'ils étaient co-gérants d' [...] Maroc, qu'il n'y avait dès lors aucun lien de subordination entre eux et que l'instruction de rester jusqu'à nouvel ordre à son domicile suisse était irresponsable envers [...] Maroc.

Le demandeur a continué à gérer des questions administratives à tout le moins jusqu'au 21 janvier 2014.

Par courrier du 23 janvier 2014, le demandeur a informé de sa démission au 31 janvier 2014 de ses fonctions de gérant d' [...] Maroc. La

décision de révocation des pouvoirs du demandeur a été notifiée à ce dernier le 11 février 2014 à 17 heures. A la suite du départ du demandeur, [...] est devenu seul gérant d' [...] Maroc.

Par courriel du 8 février 2014, le demandeur a proposé à [...] la convention suivante :

« - Départ conforme à mon préavis au 28/02/2014.
- Certificat de travail neutre avec les mentions usuelles suisse, détaillant mes
2 principaux postes Responsable de Projets et Directeur de Site.
- Versement de la prime 2013 au montant identique au montant versé en
2012 : 28'000 CHF
- le montant de cette prime 2013 sera intégré dans mes revenus
2013.
- Versement d'un BONUS de départ : 1 année de salaire (montant annuel
2013). »

Par courrier du 27 février 2014 adressé à la défenderesse, le demandeur, se prévalant du droit marocain, a formellement contesté son licenciement, le considérant comme injustifié.

9. Il ressort de nombreux certificats médicaux que le demandeur a été en incapacité de travail à 100 % du 13 février 2014 jusqu'au 31 juillet 2014. Par courrier recommandé du 2 août 2014, le demandeur a informé la défenderesse de la fin de son incapacité de travail dès le 1^{er} août 2014.

Il ressort du récapitulatif des salaires 2014 que la défenderesse a versé le salaire complet du demandeur pour les mois de janvier, février et août 2014 et lui a versé des indemnités journalières pour les mois d'avril à juillet 2014. En mars 2014, le demandeur a perçu une part de son salaire et une part d'indemnités journalières. La fiche de salaire du demandeur du mois d'août 2014, intitulé « Fiche de salaire du mois d'août 2014 POUR SOLDE DE TOUT COMPTE », inclut le paiement intégral de ses vacances en plus de son salaire, soit un montant total de 15'047 fr. 20 net.

10. Le 7 novembre 2014, la défenderesse a transmis au demandeur un certificat de travail dont il ressort notamment que le demandeur occupait une fonction de cadre dès le départ, puisqu'il y était qualifié de responsable de projets en 2008 déjà, et que la fonction de directeur était valable pour les années suivantes.

Par courrier du 2 février 2015, le demandeur a mis en demeure la défenderesse de lui verser, d'ici au 20 février 2015, le montant de 60'590 fr. 35 (4'590 fr. 35 + 56'000 fr.), sous déduction des charges légales et conventionnelles, à titre de solde de vacances et de primes 2012 et 2013.

11. Le demandeur a introduit contre [...] Maroc deux actions judiciaires, l'une devant le Tribunal de commerce de Casablanca tendant à obtenir « l'annulation de la décision de révocation de son mandat de gestion » et l'autre devant le Tribunal social de Casablanca tendant à obtenir une indemnisation au titre de rupture du contrat de travail. Il a été débouté de ces deux procédures, respectivement le 17 juillet 2014 et le 28 juillet 2015.

12. Par demande du 18 août 2015, M._____, au bénéfice d'une autorisation de procéder délivrée le 19 mai 2015, a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce qu'C._____ soit reconnue sa débitrice et lui doive immédiat paiement d'un montant de 81'866 fr. 70, sous déduction des charges sociales applicables, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} août 2013, intérêt moyen, et à ce qu'ordre soit donné à C._____, sous la commination de la sanction d'amende prévue par l'art. 292 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.00), de remettre à M._____ un certificat de travail complet au sens de l'art. 330a CO, modifié selon précisions qui seraient fournies en cours d'instance, dans un délai à dire de justice.

Par réponse du 14 décembre 2015, C. _____ a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de la demande. Elle a en outre conclu reconventionnellement à ce que le demandeur soit condamné à lui verser les sommes de 24'900 fr., 55'187.46 MAD et 50'000.00 EUR, avec intérêts à 5% dès le 15 janvier 2015.

Le 6 juin 2016, le demandeur s'est déterminé sur la réponse du 14 décembre 2015 et a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions reconventionnelles de la défenderesse. Dans sa réponse, le demandeur a notamment invoqué la prescription s'agissant des conclusions reconventionnelles de la défenderesse. A l'appui de ses déterminations, il a notamment produit un extrait du DOC (Code des obligations et des contrats marocain).

Lors de l'audience du 13 décembre, le président du tribunal a notamment avisé les parties du fait qu'il leur appartenait d'établir le droit étranger dont elles se prévalaient.

Le 9 juin 2017, le demandeur a déposé des novas et a augmenté sa conclusion I en ce sens qu'il a conclu à ce qu'C. _____ soit reconnue sa débitrice et lui doive immédiat paiement d'un montant de 82'648 fr. 50, sous déduction des charges sociales applicables sur 81'866 fr. 70, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} août 2013, intérêt moyen.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), dans les causes patrimoniales pour autant que la valeur litigieuse dépasse 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

L'appel doit être introduit auprès de l'instance d'appel, soit de la Cour d'appel civile (art. 84 al. 1 LOJV [loi vaudoise d'organisation

judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]), dans les 30 jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC).

1.2 En l'espèce, l'appel a été formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et porte sur des conclusions patrimoniales supérieures à 10'000 francs. L'appel est ainsi recevable.

2.

2.1 L'appelant ne saurait, sous peine d'irrecevabilité, se limiter à conclure à l'annulation de la décision attaquée, l'appel ordinaire ayant un effet réformatoire, et doit au contraire prendre des conclusions au fond permettant à l'instance d'appel de statuer à nouveau (ATF 134 III consid. 1.3, JdT 2012 III 23). Les conclusions des parties doivent toutefois être interprétées par le juge conformément au principe de la bonne foi (Bohnet, CPC commenté, Bâle 2011, n° 18 ad art. 52 et les réf. cit.).

2.2 En l'espèce, on comprend à la lumière de la motivation de l'appel que l'appelante – qui requiert que l'intimé soit débouté de toutes ses conclusions – conclut à la réforme du jugement en ce sens qu'elle ne soit pas reconnue débitrice de M. _____ de la somme de 46'666 fr. 65 brut (ch. III du dispositif entrepris). Il sera dès lors entré en matière dans cette mesure.

3. L'appel peut être formé pour violation du droit ou 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 (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JdT 2010 III 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., p. 135).

4.

4.1 L'appelante soutient que les premiers juges auraient à tort appliqué le droit suisse au présent litige. Elle allègue que le lieu de travail exclusif de l'intimé dès 2012 était le Maroc, ce que les premiers juges auraient d'ailleurs reconnu. De plus, l'intimé se serait prévalu du droit marocain dans son courrier adressé à [...], administrateur-président de l'appelante (P. 5) et serait également familier avec ce droit comme en attesteraient les procédures intentées par celui-ci, sans succès, au Maroc. Aux yeux de l'appelante, le droit suisse ne présenterait pas des liens plus étroits avec le contrat de travail, la jurisprudence citée n'étant pas topique. Enfin, l'intimé n'aurait pas démontré, dans le délai imparti par les premiers juges pour établir le contenu du droit étranger, qu'il avait un droit à un bonus.

4.2 Aux termes de l'art. 121 al. 1 LDIP, le contrat de travail est régi par le droit de l'État dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail. Une élection de droit est toutefois possible, mais elle ne peut désigner que le droit de l'État dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou celui dans lequel l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle (art. 121 al. 3 LDIP). L'élection de droit n'a pas besoin d'être expresse (Kren Kostkiewicz, *Schweizerisches Privatrecht*, 2^e éd., n° 2442, p. 610).

Il est admis que les rattachements prévus à l'art. 121 al. 1 et 2 LDIP peuvent exceptionnellement le céder à une autre concrétisation du critère des « liens les plus étroits ». On admet par ailleurs un rattachement divergent, notamment dans le cas d'un employeur suisse qui conclut un contrat de travail en Suisse avec un employé suisse envoyé ensuite à l'étranger à titre de délégué pour une certaine durée ou d'un cadre dirigeant travaillant pour une holding et déplacé à intervalle plus ou moins réguliers (Dutoit, *Droit international privé suisse*, 5^e éd., n. 4 ad art. 121 LDIP), certains auteurs préconisant même une approche plus large selon la loi la plus favorable, qui pourrait conduire au choix du travailleur à

l'application du droit de l'établissement de l'employeur (Better law approach, Brunner, Basler Kommentar, 3^e éd., n. 26ss LDIP).

4.3 Selon les premiers juges, le demandeur, engagé par la défenderesse dont le siège est à [...], a principalement travaillé pendant une période au sein d' [...] Maroc, la création de cette dernière lui ayant été confiée. Il était toutefois domicilié à Genève depuis le début de son activité au sein de la défenderesse. Les premiers juges ont ainsi considéré que les liens avec la Suisse étaient plus étroits, l'activité du demandeur au Maroc ayant été organisée depuis la Suisse, son salaire étant versé en francs suisses sur un compte suisse et les charges sociales suisses étant déduites selon les fiches de salaire du demandeur. Par ailleurs, le demandeur était affilié à une caisse de pension suisse et avait effectué un MBA à l'Université de Genève payé par son employeur, raison pour laquelle il partageait son temps entre le Maroc et la Suisse. Pour ces motifs, les premiers juges ont appliqué le droit suisse au cas d'espèce.

4.4 Il convient de déterminer si, quand bien même l'intimé accomplissait habituellement son travail au Maroc (art. 121 al. 1 LDIP), il existe des liens plus étroits avec la Suisse au sens de l'art. 121 al. 1 et 2 LDIP, voire si l'on se trouve en présence d'une élection de droit en faveur du droit suisse selon l'art. 121 al. 3 LDIP.

Les circonstances retenues par les premiers juges sont pertinentes pour justifier de l'application du droit suisse. Une élection tacite en faveur de ce droit, résultant de ce que le salaire était payé en francs suisses et que les charges sociales suisses en étaient déduites, peut également être retenue. Le fait que l'intimé ait intenté deux procédures au Maroc est sans pertinence. Il s'agissait en effet de procédures dirigées contre [...] Maroc en vertu de relations contractuelles avec cette société et non de procédures dirigées contre l'appelante. Enfin, le courrier isolé du 27 février 2014 de l'intimé, dont se prévaut l'appelante, n'est pas de nature à modifier l'appréciation qui précède quant au droit applicable et

peut d'ailleurs s'expliquer par des motifs tactiques, afin de se prévaloir d'un licenciement injustifié selon le droit du travail marocain.

5.

5.1 Selon l'appelante, le bonus litigieux était versé uniquement au bon vouloir de l'employeur et en fonction de la quantité et de la qualité du travail de l'employé, ce que les premiers juges auraient eux-mêmes retenu. Malgré cela, ces derniers ont considéré que ces gratifications devaient être qualifiées de salaires variables. Pour l'appelante, les montants versés étaient des gratifications, dès lors qu'il était établi et retenu qu'elles dépendaient uniquement de l'appréciation subjective de la prestation du travailleur par l'employeur et qu'elles variaient en fonction des différentes responsabilités endossées par l'intimé. Or celui-ci n'aurait plus fourni un travail de qualité suffisante depuis 2013, ce qui aurait entraîné de lourdes pertes pour [...] Maroc, et il se serait également rendu coupable de malversations financières constatées par deux rapports d'audit.

L'appelante reproche encore aux premiers juges d'avoir constaté de manière inexacte les faits pertinents pour calculer les périodes de travail et les gratifications correspondantes. Ainsi, les gratifications n'auraient pas été versées pour la période de janvier à décembre, mais pour la période de juillet à juillet selon l'appréciation du mérite de l'employé et de sa charge de travail, l'instruction ayant établi que les gratifications étaient versées en juillet pour l'année précédente écoulée. L'appelante en déduit que l'intimé aurait déjà reçu une gratification jusqu'en juillet 2013 sous la forme du paiement de son MBA. L'appelante conteste devoir une gratification pour 2014, invoquant que le montant de 46'666 fr. 65 serait erroné. Elle fait encore valoir que l'intimé n'aurait pas établi que le versement de la gratification était convenu en dépit de la résiliation des rapports de travail.

5.2 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'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 rapports de travail, elle doit être payée en fonction de la durée de ces rapports (ATF 109 II 447 consid. 5c).

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 et s. CO ; ATF 141 III 407 consid. 4.1 ; 136 III 313 consid. 2 ; 129 III 276 consid. 2 ; 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 141 III

407 consid. 4.1 et 4.2 ; 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.

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 ; 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 ; 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 les 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, par contrat, les parties ont réservé tant le principe que le montant du bonus, il s'agit d'une gratification facultative : le bonus n'est pas convenu et l'employé n'y a pas droit, sous réserve de l'exception découlant de la nature de la gratification (principe de l'accessoriété).

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, soit 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).

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 ; 141 III 407 consid. 4.3.2 ; 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). Le critère de l'accessoriété, 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 les très hauts revenus, le Tribunal fédéral 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). Le bonus

est donc toujours une gratification facultative à laquelle l'employé n'a pas droit. Le Tribunal fédéral a fixé le seuil du très haut revenu à un montant équivalent à cinq fois (5x) le salaire médian suisse (secteur privé), soit, pour l'année 2009 (à titre d'exemple), un montant de 354'000 fr. (TF 4A_714/2016 du 29 août 2017 consid. 3.3.1 ; ATF 141 III 407 consid. 5.4).

5.3

5.3.1 Les premiers juges ont retenu que l'intimé avait commencé son activité pour l'appelante dès le mois de juin 2008 sur la base d'un contrat oral, la rémunération de l'intimé n'étant pas fixée par écrit. Selon ses fiches de salaire, il percevait un montant mensuel brut de 12'000 fr., auquel se sont ajoutés 12'000 fr. brut en juillet 2009, 2'000 fr. également versés en 2009 à titre de « gratification », 24'000 fr. brut en juillet 2010, 28'000 fr. brut en juillet 2011 et 28'000 fr. brut en août 2012. Selon les premiers juges, les montants versés à titre de « primes » ne dépendaient pas des résultats de l'entreprise ni de l'accomplissement d'objectifs par le travailleur. Il ne s'agissait donc ni d'une participation au résultat ni d'une provision.

Pour les premiers juges, le versement d'une prime était convenu entre les parties. Il ressortait des échanges de courriels et de SMS entre [...] et l'intimé que la perception d'une prime par ce dernier était prévue, ce qui résultait notamment du courriel du 24 août 2013 adressé par [...] à l'intimé, selon lequel « Pour ta prime, il y en aura une mais tu dois réaliser que tout n'est pas possible (...) », cette dernière phrase faisant référence au financement de la formation MBA de l'intimé. Le fait qu'à tout le moins un autre employé de l'appelante, soit [...], cadre au sein de la défenderesse depuis 2003, n'avait perçu aucune prime les sept premières années de travail, puis avait perçu une prime chaque année depuis la mise en place du système de primes, tendait également à démontrer, selon les premiers juges, que les primes versées faisaient partie intégrante du salaire. En outre, aucune réserve quant au caractère facultatif du montant n'avait été émise. Constituait également un indice supplémentaire le fait que la prime perçue était soumise aux déductions sociales au même titre que le salaire fixe. Les premiers juges ont ainsi

retenu que le principe du bonus était acquis et que ce dernier représentait un élément du salaire (art. 322 CO) et non pas une gratification (art. 322d CO).

5.3.2 Les premiers juges ont considéré que le montant du bonus était variable et qu'il était dû pour l'année écoulée soit du 1^{er} janvier au 31 décembre de l'année précédant son versement, le montant de 12'000 fr. versé en 2009 ne correspondant pas à une année complète mais au travail effectué entre juin et décembre 2008. Par la suite, le demandeur avait reçu 24'000 fr. pour l'année 2009, avant que le montant se stabilise à 28'000 fr. pour les années 2010 et 2011. Aucun montant n'avait été versé au demandeur en 2013 pour l'année 2012 écoulée, alors qu'il était établi que le demandeur était en droit d'en percevoir un, de sorte que les premiers juges l'ont arrêté à 28'000 fr. brut au vu des montants déjà versés au demandeur les années précédentes et pour tenir compte du fait que le montant s'était stabilisé entre 2010 et 2011. Quant au montant dû pour 2013, les premiers juges l'ont compensé avec le paiement par la défenderesse de la somme de 28'800 fr. pour la formation MBA du demandeur, dès lors que les échanges de courriels des parties à ce sujet ne pouvait être compris que dans ce sens. Enfin, le bonus 2014 avait été calculé « pro rata temporis », à hauteur de 18'666 fr. 65, compte tenu de l'incapacité de travail du demandeur jusqu'en août 2014 et du fait que son salaire lui avait été versé jusqu'au 31 août 2014.

5.4

5.4.1 L'intimé, engagé dans le courant de 2008 sur la base d'un contrat oral, a régulièrement obtenu depuis son engagement un montant, qualifié en principe de prime dans les fiches de salaire, à l'exception du montant de 2'000 fr. correspondant à un deuxième versement perçu en 2009 et qualifié de « gratification ». Ces montants étaient versés en juillet ou août pour l'année écoulée et figuraient dans la rubrique salaire en faisant partie du total des salaires annuels, soumis aux déductions sociales.

Il n'est pas établi que ces montants étaient liés à des résultats de l'entreprise. Contrairement à ce que laisse entendre l'appelante, les premiers juges n'ont pas non plus retenu que ces montants étaient liés aux performances quantitatives et qualitatives de l'intimé, puisqu'ils ont précisé qu'ils étaient indépendants de tout objectif fixé à l'employé, ce qui ressort du reste également de l'appel. L'appelante soutient par ailleurs elle-même que la prime n'a jamais été liée ni à l'accomplissement d'objectifs personnels ni aux résultats de l'entreprise. Cela concorde au demeurant avec le témoignage de [...], directeur qualité chez [...] SAS depuis 2003 et au bénéficiaire d'un contrat écrit, qui a déclaré lors de son audition qu'il touchait en tant que cadre une gratification qui n'était pas liée à l'accomplissement d'objectifs personnels ou au résultat de l'entreprise. Nonobstant le fait que ce cadre a déclaré que le versement de la prime était variable, il a confirmé avoir perçu une telle prime les sept dernières années, le système ayant été mis en place après son arrivée dans l'entreprise, et a expliqué que le montant de la prime ne figurait pas dans son contrat écrit car en 2003 elle n'existait pas à cette époque.

Ainsi, il y a lieu de considérer avec les premiers juges que le principe du versement d'une prime, faisant partie intégrante du salaire, est établi, aucune réserve quant au caractère facultatif du montant n'ayant été émise. Cela est en particulier corroboré par l'échange de courriels entre l'employeur et l'employé au sujet du versement de la prime 2013 en lien avec la formation MBA de l'intimé. Après avoir rappelé à son employeur, le 24 septembre 2013, qu'il n'avait pas perçu son bonus, l'employeur ([...]) avait répondu à l'intimé, le 27 septembre 2013, « Oui merci de me le (sic) rappeler : 25000 euros ? ».

On ne peut pas non plus déduire des fiches de salaires des différentes années examinées que le bonus aurait varié en fonction des différentes responsabilités de l'employé au sein de l'entreprise, ce que l'appelante se limite du reste à alléguer en appel sans le démontrer. Il ressort en effet du certificat de travail établi par l'appelante le 7 novembre 2014 que l'intimé occupait une fonction de cadre dès le départ, puisqu'il y était qualifié de responsable de projets en 2008 déjà, et que la fonction de

directeur (à plus d'un titre) était valable pour les années suivantes. Au surplus, les fiches de salaire de l'intimé indiquent invariablement qu'il est un « commercial ».

Dans la mesure où la prime est indépendante de la qualité du travail de l'intimé, le raisonnement de l'appelante, qui laisse entendre que la prime 2013 ne se justifiait pas dès lors que l'intimé n'avait plus fourni un travail de qualité suffisante, ne saurait être suivi. Au demeurant, les auditions auxquelles l'appelante se réfère ne permettent pas de déterminer les causes exactes des difficultés de la société marocaine et les reproches de malversations financières, fondées sur des audits privés commandés par l'appelante, n'ont pas été confirmés dans le cadre d'une procédure portant sur cet élément. Enfin, l'appelante ne conteste pas en appel l'obligation qui lui est faite par les premiers juges de fournir à l'intimé un certificat de travail complet appréciant la qualité de son travail et son attitude.

Dans ces conditions, et dès lors que le bonus peut être considéré comme un élément du salaire, l'employé ne devait plus établir que les parties étaient convenues du versement d'un bonus en dépit de la résiliation des rapports de travail.

5.4.2 S'agissant des montants retenus par les premiers juges, ils n'apparaissent pas comme étant erronés. Peu importe à cet égard, en particulier pour le calcul « pro rata temporis » de l'année 2014, que ces éléments du salaire aient été versés en juillet ou août de l'année en cours (pour l'année qui précède).

6. Au vu de ce qui précède, l'appel, manifestement infondé, doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC et le jugement querellé doit être confirmé.

Les frais judiciaires de deuxième instance, réduits de moitié selon l'art. 62 al. 1 et 67 al. 3 TFJC (tarif des frais judiciaires civils du

28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5), seront ainsi arrêtés à 733 fr. 50, soit à 734 fr. (arrondi), et mis à la charge de l'appelante qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Pour le surplus, le solde de l'avance de frais effectuée par l'appelante lui sera restitué à hauteur de 733 francs.

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimé, qui n'a pas été invité à se déterminer.

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile
prononce :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 734 fr. (sept cent trente-quatre francs), sont mis à la charge de l'appelante C._____.
- IV.** L'avance de frais effectuée par l'appelante lui est restituée à hauteur de 733 fr. (sept cent trente-trois francs).
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Raphaël Reinhardt pour l'appelante C. _____,
- Me Claudio Venturelli pour l'intimé M. _____,

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois.

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 15'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :