

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 23 mai 2018

Composition : M. ABRECHT, président
Mme Crittin Dayen et M. Kaltenrieder, juges
Greffière : Mme Schwab Eggs

Art. 8 CC ; 322 al. 1 et 322d CO ; 85a LP

Statuant sur l'appel interjeté par **A.**_____ **SA**, à [...],
défenderesse, contre le jugement rendu le 26 janvier 2017 par le Tribunal
civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante
d'avec **H.**_____, à [...], demandeur, la Cour d'appel civile du Tribunal
cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 26 janvier 2017, dont les motifs ont été notifiés aux parties le 12 juillet 2017, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a admis partiellement les conclusions prises par le demandeur H. _____ contre la défenderesse A. _____ SA, selon demande du 28 décembre 2015, complétée le 11 janvier 2016 (I), a dit qu'A. _____ SA devait immédiat paiement à H. _____ de la somme de 53'750 fr. bruts, sous déduction des charges sociales légales et conventionnelles, avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} mars 2015 (II), a arrêté les frais judiciaires à 3'700 fr. et les a mis à la charge d'H. _____ par 1'591 fr. et d'A. _____ SA par 2'109 fr. (III), a dit qu'A. _____ SA devait rembourser la somme de 1'909 fr. à H. _____ au titre de son avance de frais (IV), a dit qu'A. _____ SA devait rembourser à H. _____ les frais de la procédure de conciliation par 256 fr. 50 (V) et a dit qu'A. _____ SA devait verser à H. _____ la somme de 8'305 fr. à titre de dépens (VI).

En droit, appelés à se prononcer sur la rémunération encore due à l'employé après la résiliation d'un contrat de travail, les premiers juges ont considéré que le bonus prévu dans le contrat de travail devait être qualifié de gratification. Rappelant que la gratification devait rester accessoire par rapport au salaire, ils ont retenu qu'une partie du bonus versé à l'employé en 2013, lequel représentait 76,6 % du salaire de base, devait être considérée comme du salaire, dans une proportion de 43 %, le solde - 33 % - devant être qualifié de gratification. S'agissant du bonus litigieux dû pour l'année 2014, ils ont retenu la même proportion de 43 %, estimant qu'elle ne devait pas être inférieure à celle du bonus 2013. Le salaire 2014 de l'employé s'étant élevé à 125'000 fr., une part de celui-ci correspondant à 43 %, soit 53'750 fr. (43% de 125'000), constituait un élément du salaire auquel l'employé avait droit, ce montant ne pouvant être considéré comme une gratification.

B. Par acte du 31 août 2017 complété le 11 septembre 2017, A. _____ SA a fait appel de ce jugement, en concluant, sous suite de frais

et dépens, principalement à la réforme en ce sens, en substance, que la demande soit rejetée, avec certains effets sur la poursuite qui lui a été notifiée, subsidiairement à l'annulation et au renvoi de la cause aux premiers juges pour nouveau jugement dans le sens des considérants.

A. _____ SA a complété son appel le 11 septembre 2017.

Par réponse du 20 octobre 2017, H. _____ a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'appel.

A. _____ SA a déposé une réplique le 14 novembre 2017 et H. _____ une duplique le 10 décembre 2017.

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

1. [...] est une société anonyme sise à [...].

H. _____ est analyste financier de profession.

2. a) Par contrat de travail des 6 et 7 septembre 2006, H. _____ a été engagé par A. _____ SA en qualité de « Graduate Trainee », avec effet au 11 septembre 2006, pour une durée indéterminée. Le contrat prévoyait un salaire annuel fixé à 80'000 fr. brut, versé en douze mensualités, ainsi que la possibilité pour l'employeur de lui accorder un bonus. A cet égard, le contrat contenait la précision suivante [réd. : passage indiqué en gras dans la pièce produite] :

« A la clôture d'un exercice, A. _____ SA peut accorder un bonus à l'employé.

Le bonus constitue une rétribution facultative et variable au sens de l'article 322d CO ; il n'existe aucun droit légal à l'attribution d'un bonus. La fixation et le versement du bonus interviennent chaque année au printemps, lorsque les bases de calcul déterminantes sont disponibles.

Le bonus n'est versé que si les conditions mentionnées dans le Règlement du personnel (art. 38 ss) sont remplies et que l'employé, au moment du versement, est au bénéfice d'un contrat de travail non résilié avec A. _____ SA. Même si un bonus lui a été accordé pendant plusieurs années

consécutives, l'employé ne peut en déduire aucun droit à des versements futurs ou à un montant déterminé. »

b) Les 12 et 19 février 2008, les parties ont signé un second contrat de travail libellé « Contrat de travail (Changement de contrat) » et remplaçant celui de 2006. A teneur de ce contrat, H._____ s'est vu attribuer le rôle de « Transaction Manager » et le rang d' « Authorized Officer » pour une durée indéterminée à compter du 1^{er} juillet 2008. Le salaire annuel convenu s'élevait à 94'000 fr., versé en douze mensualités. A l'instar du contrat signé en septembre 2006, le contrat prévoyait la possibilité pour l'employeur d'accorder un bonus, sous réserve des précisions suivantes [réd. : passage indiqué en gras dans la pièce produite] :

« A l'occasion de la clôture d'un exercice, A._____ SA peut accorder un bonus.

Le bonus équivaut à une rétribution spéciale variable et facultative au sens de l'article 322d CO, sans pour autant que l'on puisse y prétendre. La fixation et le versement du bonus interviennent au printemps de chaque année, dès que les paramètres fondamentaux sont disponibles.

Le bonus n'est accordé que si les dispositions figurant dans le Règlement du personnel sont remplies (art. 38 ss) et que si le contrat de travail entre le salarié et A._____ SA n'est pas résilié au moment de son versement.

Même si un bonus lui a été accordé pendant plusieurs années consécutives, l'employé ne peut revendiquer aucun droit à des versements futurs ni à un montant déterminé du bonus. »

c) H._____ a été promu au rang d' « Associate Director » avec effet au 1^{er} mars 2009, comme en atteste le certificat de travail établi le 28 février 2015 par l'employeur.

Pour l'année 2009, le salaire brut d'H._____ au 31 décembre 2009 était de 97'000 francs. Le certificat de salaire annuel établi le 31 décembre 2009 par l'employeur pour l'année concernée fait état en son « champ » 1 d'un salaire brut de 103'615 fr. et de droits de participation par 10'578 fr., soit 114'193 fr. bruts au total.

Dès le 1^{er} mars 2010, le salaire annuel brut d'H._____ s'est élevé à 110'000 francs. Au printemps 2010, il a perçu un bonus pour

l'année 2009 de 42'000 francs. Le certificat de salaire annuel établi le 31 décembre 2010 par l'employeur pour l'année concernée fait état en son « champ » 1 d'un salaire de 150'073 fr., bonus compris.

En 2011, le salaire brut d'H. _____ au 31 décembre 2011 était de 120'000 francs. Au printemps 2011, il a perçu un bonus pour l'année 2010 de 50'000 francs. Le certificat de salaire annuel établi le 31 décembre 2011 fait état en son « champ » 1 d'un salaire brut de 169'773 fr., bonus compris.

En 2012, le salaire annuel brut d'H. _____ est demeuré à 120'000 francs. Au printemps 2012, il a perçu un bonus pour l'année 2011 de 52'000 francs. Le certificat de salaire annuel établi le 31 décembre 2012 fait état en son « champ » 1 d'un salaire brut de 163'763 fr., bonus compris.

d) Le 1^{er} mars 2013, les parties ont signé un « Contrat de travail Direction », remplaçant celui conclu précédemment. A teneur de ce contrat, H. _____ s'est vu attribuer le rôle de « Transaction Manager » et le rang de « Director », à savoir sous-directeur au sens de la définition de « direction » donnée par l'art. 1 du Règlement relatif au contrat de travail Direction établi par l'employeur. Il était dès lors désigné comme un « membre de la direction ». L'engagement était prévu pour une durée indéterminée à compter du 1^{er} mars 2013. Le salaire convenu s'élevait à 120'000 fr. brut, versé en douze mensualités. L'employeur avait en outre la possibilité de verser à son employé un bonus, selon les termes suivants [réd. : passage indiqué en gras dans la pièce produite] :

« A la clôture d'un exercice, A. _____ SA peut accorder un bonus au membre de la direction.

Le bonus constitue une rétribution spéciale facultative et variable au sens de l'article 322d CO ; sans pour autant que l'on puisse y prétendre. Il est fixé et versé au printemps, lorsque les éléments déterminants sont disponibles.

Le bonus n'est versé que si les conditions mentionnées dans le Règlement relatif au contrat de travail Direction (art. 32 ss) sont remplies et que le membre de la direction, au moment du versement, est au bénéfice d'un contrat de travail non résilié avec A. _____ SA.

Même si un bonus lui a été accordé pendant plusieurs années consécutives, le membre de la direction ne peut en

déduire aucun droit à des versements futurs ou à un montant déterminé.

Le Règlement relatif au contrat de travail Direction d'A._____ SA fait partie intégrante du présent contrat de travail.

Par la signature du présent contrat, le membre de la direction confirme avoir reçu le Règlement relatif au contrat de travail Direction d'A._____ SA et avoir pris connaissance de ses dispositions. »

e) Pour l'année 2013, le salaire annuel brut d'H._____ s'est élevé à 120'000 francs. Au printemps 2013, il a perçu un bonus pour l'année 2012 de 57'000 francs. Son certificat de salaire annuel établi le 31 décembre 2013 fait état en son « champ » 1 d'un salaire brut de 180'940 fr., bonus compris.

f) En 2014, le salaire médian suisse s'élevait à 6'189 fr. bruts par mois, selon un communiqué de presse de l'Office fédéral de la statistique du 30 novembre 2015.

g) Dès le 1^{er} mars 2014, le salaire annuel brut d'H._____ s'est élevé à 125'000 francs. Au printemps 2014, il a perçu un bonus pour l'année 2013 de 92'000 francs. Son certificat de salaire annuel établi le 31 décembre 2014 fait état en son « champ » 1 d'un salaire brut de 221'067 fr. et de droits de participation par 8'568 fr., soit 229'635 fr. au total, bonus compris.

Interrogé en qualité de partie à l'audience de jugement, [...], responsable d'un secteur du service des ressources humaines auprès d' [...], a confirmé que la quotité exceptionnellement élevée du bonus alloué à H._____ pour l'année 2013 s'expliquait par des circonstances exceptionnelles, lesquelles résultaient d'une part d'une performance très bonne d'H._____ pour l'année en question et d'une très bonne année pour le secteur « Corporate Finance » d'A._____ SA au sein de laquelle il travaillait. [...] a précisé qu'H._____ avait été « promu » au rang de directeur en 2013 et que ce changement avait pu provoquer une augmentation du bonus. Il a ensuite expliqué que « les buts financiers avaient été atteints dans le département dans lequel [H._____] travaillait ». Il a en outre déclaré que « les résultats avaient été inférieurs en 2014 par rapport à 2013 » et qu' « après 2014, les buts financiers

étaient les mêmes mais n'[avaient] pas été atteints ». Il a ajouté que « pour la période de janvier à novembre 2014, les buts du département dans lequel travaillait H._____ n'[avaient] pas été atteints. Sur 1,5 mio de buts financiers, les résultats [avaient] avoisiné 1,4 mio en 2013, mais s'[étaient] élevés à un peu moins d'un million en 2014 », étant précisé que ces chiffres ressortaient du système.

Entendu en qualité de témoin, [...], banquier, a déclaré qu'H._____ travaillait dans son unité [...], composée de trois employés. Il a relevé que les années 2011 et 2012 n'avaient pas été particulièrement bonnes pour le team [...]. En revanche, il a confirmé les propos de [...], en ce sens que l'année 2013 avait été « satisfaisante » puisque les objectifs financiers avaient été atteints. Il a également relevé que, cette année-là, H._____ avait par ailleurs été « promu » de directeur associé à directeur.

h) Conformément à l'annexe aux certificats de salaire annuel d'H._____, libellée « Spécifications concernant le certificat de salaire », le salaire tel que figurant au « champ » 1 comprend « *l'ensemble des paiements tels que le salaire, les allocations familiales, l'indemnité de repas, les heures supplémentaire etc. qui ne sont pas couverts par les champs 2 à 7.* ».

i) Chaque document libellé « *Compensation Statement* », établi par A._____ SA pour les années 2009 et 2011 à 2013 et faisant état du versement d'un bonus à H._____, comporte un rappel exprès de la réserve de son caractère discrétionnaire, ce tant dans son principe que dans sa quotité. Ainsi, pour les années 2011 à 2013, la réserve était exprimée en ces termes :

« **Bonus** : La décision d'allouer un bonus à un employé et la fixation du montant de chaque bonus individuel sont laissés à la libre appréciation d'A._____ SA. (...) Même si un bonus a été accordé plusieurs années consécutives à un employé, ce dernier ne peut en déduire un droit à des versements futurs ou à un montant déterminé du bonus. (...) Les employés suivants ne reçoivent en principe aucun bonus, même au prorata : (i) les employés dont les rapports de travail ont cessé avant le versement d'un bonus ; (ii) les employés dont les rapports de travail sont résiliés au moment du versement du bonus ; (...) »

3. a) S'agissant du bonus, le contrat de travail du 1^{er} mars 2013, libellé « Contrat de travail Direction », renvoyait au « Règlement relatif au contrat de travail Direction » établi par A. _____ SA, dans sa version en vigueur dès le 1^{er} janvier 2013 (ci-après : le Règlement). Son contenu est notamment le suivant :

« Introduction

Le présent règlement s'applique aux membres de la direction d'A. _____ SA (marché du travail Suisse). Ces rapports ne sont pas soumis à la « Convention relative aux conditions de travail du personnel bancaire » (CPB).

La version en vigueur du Règlement relatif au contrat de travail Direction s'applique également aux membres de direction des sociétés du Groupe A. _____ SA de la catégorie 1.

A. _____ SA peut réglementer par des directives supplémentaires des faits qui ne seraient pas consignés du tout, ou pas de manière exhaustive, dans le présent règlement.

A. _____ SA applique le modèle GRCF (Global Role Classification Framework), qui comprend six rangs hiérarchiques. Certains droits (droit aux vacances, p. ex.) sont liés au rang.

Rang

Director DI

Executive Director ED

Managing Director MD

(Non officer (NO), Authorised Officer (AO), Associate Director (AD), voir règlement du personnel).

(...)

Art. 32 Bonus : Définition, conditions d'allocation, procédures

A la clôture de l'exercice, A. _____ SA peut accorder un bonus en sus du salaire annuel.

Le bonus représente une rétribution spéciale facultative d'un montant variable au sens de l'art. 322d du CO, versé à titre facultatif, sans pour autant que le membre de direction ne puisse y prétendre.

Le Conseil d'administration redéfinit chaque année à sa libre appréciation le montant total des bonus à attribuer.

La décision d'allouer un bonus à un membre de direction et la fixation du montant de chaque bonus individuel sont également laissés à la libre appréciation d'A. _____ SA.

Dans son appréciation, A. _____ SA peut tenir compte de manière adéquate du résultat d'exploitation d'A. _____ SA, de celui de la

division et de ses unités structurelles ainsi que des performances durables et du comportement du membre de direction pendant l'exercice considéré.

La performance du membre de direction n'est pas mesurée exclusivement à l'aune des résultats économiques, mais également considérée en fonction d'autres éléments à satisfaire par le membre de direction, (...).

La violation d'obligations issues du contrat de travail, de directives internes ou externes peut entraîner une réduction du bonus, voire sa suppression totale.

(...)

Même si un bonus lui a été accordé pendant plusieurs années consécutives, le membre de direction ne peut en déduire aucun droit à des versements futurs ou à un montant déterminé du bonus.

Art. 32a Bonus : exceptions, entrées et départs

Les membres de direction suivants ne reçoivent en principe aucun bonus, même pas au prorata :

- les membres de direction dont les rapports de travail ont cessé avant le versement du bonus ;
- les membres de direction dont les rapports de travail sont résiliés au moment du versement du bonus ;
- (...).

(...)

Art. 32b Bonus : type et date d'attribution

(...)

Concernant le traitement du bonus dans les institutions de prévoyance et assurances, il est renvoyé à l'art. 48ss du présent règlement.

(...)

Art. 49 Assurance accidents obligatoire

(...)

Au total, le salaire annuel (y compris les allocations assurables) et un bonus éventuel conformément à l'art. 32ss ne seront assurés que dans le cadre du régime obligatoire (limite supérieure LAA).

(...) »

L'art. 50 (Assurance d'indemnité journalière maladie) du Règlement, prévoit notamment qu'un bonus éventuel selon l'art. 32ss n'est pas assuré, tandis que l'art. 51 (Assurances facultatives en faveur du personnel) du Règlement indique notamment qu'un bonus éventuel selon

l'art. 32ss n'est pas couvert par l'assurance accidents facultative en complément de la LAA.

b) S'agissant du règlement précité, H._____ a précisé à l'audience de jugement que, selon lui, il ne lui était pas applicable quand bien même un règlement lui avait été remis à la signature de son dernier contrat de travail. Il a expliqué que les discussions qu'il avait eues avec ses supérieurs tendaient à confirmer que son salaire de base « modeste » devait être compensé par un bonus, lequel, en accord avec sa hiérarchie, avait toujours été augmenté d'année en année.

[...] a pour sa part expliqué que le versement de bonus ne résultait pas d'un calcul mathématique. Selon ses termes, le « niveau d'A._____ SA » était examiné pour savoir si des bonus pouvaient être versés. Ensuite, il s'agissait de déterminer si cela était possible pour chaque fonction, avant d'examiner si « les buts financiers, personnels et de risques » étaient atteints. Le comportement des employés était très important pour déterminer le versement de bonus. Si un employé quittait la banque, aucun bonus ne lui était versé. La partie se référait aux art. 32 et 32a du Règlement.

4. a) Par lettre de résiliation du 18 août 2014, remise en main propre à son supérieur [...] et contresignée par celui-ci, H._____ a présenté sa démission avec effet au 28 février 2015. Il souhaitait changer de parcours professionnel.

b) Par courrier du 15 octobre 2014, A._____ SA a accepté la résiliation du contrat de travail par H._____ pour le 28 février 2015 et l'a informé notamment de ce qui suit :

« A compter du 3 novembre 2014, vous serez mis en disponibilité avec effet immédiat. Pendant la période de mise en disponibilité, il vous est interdit de travailler pour un autre employeur ou mandataire. Les exceptions doivent être autorisés par votre supérieur, [...]. ».

c) Le 28 février 2015, A._____ SA a établi un certificat de travail en faveur d'H._____, dont il ressort qu'il a été promu (« promoted ») au rang d'« Authorized Officer » au 1^{er} juillet 2008, puis au rang d'« Associate Director » au 1^{er} mars 2009, et au rang de « Director » au 1^{er} mars 2013. H._____ y était en outre décrit comme un membre extrêmement engagé, motivé et responsable au sein du senior management (« extremely committed, motivated and responsible member of senior management »). Il était également précisé qu'il avait toujours effectué un très bon travail, tant qualitativement que quantitativement, à l'entière satisfaction de son employeur (« Mr H._____ always performed very well, both qualitatively and quantitatively, and met our complete satisfaction »).

5. Pour la période du 1^{er} janvier au 28 février 2015, date de la fin des rapports de travail entre les parties, H._____ a perçu un salaire de 21'293 francs. Aucun bonus ne lui a été versé pour l'année 2014. En revanche, d'importants bonus ont été versés à ses collègues, compte tenu des excellents résultats 2014, ce que [...] a confirmé lors de son interrogatoire, en précisant toutefois que les bonus n'étaient certainement pas du même niveau que ceux versés l'année précédente qui avait été excellente. Ils étaient selon lui plus bas.

Par lettre du 8 mai 2015, H._____, sous la plume de son conseil, a formellement mis en demeure A._____ SA de lui verser dans un délai au 11 juin 2015 le montant du bonus 2014 de 100'000 fr. au minimum dû en sa faveur, avec intérêts à 5 % l'an dès le 11 juin 2015. Avant ce courrier, H._____ n'avait pas protesté quant au caractère facultatif des bonus et aux réserves émises par son employeur.

Par courrier du 4 juin 2015, A._____ SA a informé H._____ qu'il ne pouvait pas être répondu favorablement à sa demande et a précisé ce qui suit :

« (...) selon le règlement relatif au contrat de travail Direction qui fait partie intégrante du contrat de travail, art. 32, le bonus représente une rétribution spéciale facultative d'un montant variable au sens de l'art. 322d du CO. Il est versé à titre facultatif sans pour

autant que le membre de direction ne puisse y prétendre ; cette information est d'ailleurs reconfirmée chaque année par écrit, lors de la communication du montant du bonus. En outre, un employé dont les rapports de travail sont résiliés au moment du versement du bonus ne reçoit pas de bonus (art. 32a du règlement susmentionné). Votre mandant a donc résilié son contrat de travail bien conscient du fait qu'il ne recevra pas de bonus 2014. (...) ».

6. Le 24 juin 2015, sur requête d'H._____, l'Office des poursuites du district de [...] a notifié à A._____ SA un commandement de payer dans la poursuite n° [...], portant sur un montant total de 115'000 fr., avec intérêts à 5 % l'an. Sous la rubrique « Forderungsurkunde mit Datum oder Angabe des Forderungsgrundes » du commandement de payer figurait l'indication suivante :

« 1 Contrat de travail du 11 septembre 2006
Droit au bonus 2014 : CHF 100'000.- et Frais de mandataire : CHF 15'000.- ».

Ce commandement de payer a été notifié à A._____ SA le 25 juin 2015 et frappé d'opposition totale.

7. Le 30 juillet 2015, H._____ a ouvert action auprès du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne par le dépôt d'une requête de conciliation. Cette dernière n'ayant pas abouti, une autorisation de procéder lui a été délivrée le 7 octobre 2015.

Par demande du 28 décembre 2015, complétée le 11 janvier 2016, H._____ a conclu, avec suite de frais judiciaires et dépens, à ce qu'il soit dit que le « bonus » 2014 est en réalité une part obligatoire du salaire d'H._____ et à ce qu'A._____ SA soit condamnée à lui verser un montant de 100'000 fr., avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} mars 2015.

Par réponse du 3 mai 2016, A._____ SA a conclu, avec suite de frais judiciaires et dépens, à ce que la demande du 28 décembre 2015 soit rejetée, qu'il soit constaté qu'A._____ SA n'est pas la débitrice d'H._____ de la somme de 115'000 fr. avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} mai 2015, que la poursuite n° 610004 du 24 juin 2015 notifiée par l'Office des poursuites de [...] soit déclarée nulle parce que privée de tout fondement

et que le jugement soit communiqué à l'Office des poursuites de [...] et que l'existence de la poursuite ne soit pas portée à la connaissance de tiers.

Par acte du 11 juillet 2016, H._____ a conclu, avec suite de frais judiciaires et dépens, au rejet intégral des conclusions formulées par A._____ SA et à ce qu'une suite favorable soit donnée à toutes les conclusions prises au pied de sa demande du 28 décembre 2015.

Le 11 janvier 2017, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a tenu une audience de jugement en présence des parties et de leurs conseils respectifs. H._____ et [...] ont été interrogés en leur qualité de partie et il a été procédé à l'audition du témoin [...]. Leurs propos ont été repris ci-dessus dans la mesure utile à la résolution du présent litige.

En droit :

1.

1.1 Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable contre les décisions finales de première instance pour autant que la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]). L'appel doit être introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC). Le délai d'appel est suspendu durant les fêtes judiciaires, soit en particulier du 15 juillet au 15 août inclus (art. 145 al. 1 let. b CPC).

1.2 En l'espèce, formé en temps utile compte tenu des fêtes par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC), dirigé contre une décision finale de première instance et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., l'appel - y compris l'écriture complémentaire du 11 septembre 2017 - est recevable.

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. cit.) et vérifie si le premier juge pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 4A_238/2015 du 22 septembre 2015 consid. 2.2).

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

3.1 L'appelante fait valoir que les premiers juges n'auraient que partiellement reproduit le contrat du 1^{er} 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).

3.2

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.

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).

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).

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.

4.

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

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.

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).

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

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).

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).

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

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

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).

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.

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 1^{er} décembre 2016 consid. 5.2.1).

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

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).

4.3

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.

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,

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).

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 % ;

- 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 (Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3^e 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

dépassant la quotité admissible au regard du critère de l'accessoriété, comme le proposent Wyler/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.

5.

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.

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

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).

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 1^{er} 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° [...].

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).

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

I. L'appel est admis.

II. Il est statué à nouveau comme il suit :

I. Les conclusions prises par le demandeur H. _____ contre la défenderesse A. _____ SA, selon demande du 28 décembre 2015 complétée le 11 janvier 2016, sont rejetées.

- II. Les conclusions reconventionnelles de la défenderesse A. _____ SA sont admises.
 - III. Il est constaté qu'A. _____ SA n'est pas la débitrice d'H. _____ de la somme de 115'000 fr. (cent quinze mille francs) avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} mai 2015.
 - IV. La poursuite n° [...] de l'Office des poursuites de Zurich notifiée à A. _____ SA par H. _____ est déclarée nulle, faute de fondement.
 - V. Les frais judiciaires de première instance, arrêtés à 3'700 fr. (trois mille sept cents francs), sont mis à la charge du demandeur H. _____.
 - VI. Les frais judiciaires de la procédure de conciliation, arrêtés à 450 fr. (quatre cent cinquante francs), sont mis à la charge du demandeur H. _____.
 - VII. Le demandeur H. _____ versera à la défenderesse A. _____ SA le montant de 15'200 fr. (quinze mille deux cents francs) à titre de dépens et de remboursement d'avance de frais judiciaires de première instance.
-
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'150 fr. (deux mille cent cinquante francs), sont mis à la charge d'H. _____.
 - IV.** H. _____ versera à A. _____ SA le montant de 8'150 fr. (huit mille cent cinquante francs) à titre de dépens et de restitution d'avance de frais judiciaires de deuxième instance.
 - 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 Rémy Wyler (pour A. _____ SA),
- Me Philippe Zumsteg (pour H. _____),

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

- Office des poursuites de Zurich, avec instruction de ne pas porter à la connaissance de tiers la poursuite n° [...],
- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 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 :