DE PREUX AVOCATS

NEWSLETTER AOÛT 2018

DROIT DU TRAVAIL : JURISPRUDENCES RECENTES EN MATIERE DE BONUS

I. INTRODUCTION

Le droit suisse ne connaît pas de définition du bonus. Ce terme, utilisé dans le langage courant, peut en réalité se rapporter juridiquement à deux situations.

Soit un bonus peut être qualifié de gratification au sens de l'art. 322d du Code des Obligations (ci-après « CO »), qui par nature est facultative, soit il sera qualifié d'élément (variable) du salaire qui est dû par l'employeur (art. 322 s. CO)[1].

La gratification peut être définie comme une rétribution spéciale qui dépend, au moins dans une certaine mesure, du bon vouloir de l'employeur, si ce n'est dans son principe, à tous le moins dans son montant[2]. Elle a un caractère précaire et discrétionnaire, ce qui est notamment le cas lorsque le bonus dépend de l'évaluation subjective de la performance du travailleur. La gratification doit nécessairement être accessoire par rapport au salaire de base (principe de *l'accessoriété*).

Par opposition, en présence d'une rétribution qui dépend de critères objectifs prédéterminés conventionnellement, tels que des résultats ou le chiffre d'affaires, et sans part d'appréciation de l'employeur, le bonus sera qualifié comme un élément du salaire[3].

Cette question de la qualification du bonus est régulièrement portée devant les tribunaux. Bien qu'une analyse tenant compte des circonstances de chaque cas d'espèce soit indispensable, certaines grandes lignes peuvent être dégagées de la jurisprudence.

Dans la présente contribution, la première partie sera consacrée à présenter les règles générales applicables en matière de bonus. La seconde partie sera dédiée à l'exposé de certains arrêts récents du Tribunal fédéral qui ont retenu notre attention.

II. PRESENTATION GENERALE

Dans une décision datant du 29 août 2017, le Tribunal fédéral a récapitulé les règles applicables en matière de bonus[4], arrêt auquel il semble se référer depuis

[1] ATF 139 III 155, c. 3.
[2] *Idem*, c. 3.1.
[3] Idem, c. 3.3.
[4] Arrêt du Tribunal fédéral (ci-après « TF ») du 29.08.2017, 4A_714/2016.

lors comme un résumé de sa jurisprudence[5].

Le schéma qui figure en pages 8 de la présente contribution donne un panorama général de la situation.

a. Bonus déterminé ou objectivement déterminable

Lorsqu'un bonus a été promis par contrat dans son principe et que son montant est déterminé ou peut être déterminé sur la base de critères objectifs, sans dépendre de l'appréciation de l'employeur, cette rétribution devient un élément du salaire qu'il incombe à l'employeur de payer[6]. Sont notamment des critères objectifs ceux qui sont fixés en fonction des résultats ou du chiffre d'affaires.

b. Bonus indéterminé ou objectivement indéterminable

En présence d'un bonus qui est indéterminé ou objectivement indéterminable, c'est-à-dire que le principe même de 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, il doit en principe être qualifié de gratification facultative[7]. La quotité ne doit pas être fixée à l'avance et doit dépendre de l'appréciation subjective de la prestation du travailleur par l'employeur.

Sur la base de cette définition, il convient encore de distinguer deux situations.

(i) Le bonus a été promis par contrat dans son principe mais le montant est réservé

Si les parties ont convenu dans le contrat d'un bonus sur le principe, tout en réservant son montant, ou que ce dernier dépend de critères subjectifs, le bonus est une gratification que l'employeur est tenu de verser, mais celui-ci garde une certaine liberté quant à la fixation de son montant.

La même solution vaut dans le cas où, dans les faits, un bonus a été versé sans réserve sur son caractère facultatif pendant au moins trois années consécutives[8]. Si les montants de ce bonus étaient variables, alors l'employeur conservera une certaine liberté quant à fixation du montant du bonus.

En cas de résiliation des rapports de travail, il appartiendra à l'employé de démontrer que le versement d'un bonus était convenu malgré la résiliation[9].

(ii) Le principe du bonus et son montant sont réservés par contrat

Dans le cas où les parties ont réservés par contrat le principe même du bonus ainsi que son montant, il s'agit d'une gratification facultative à laquelle l'employé n'a pas droit, sous réserve de l'exception découlant du principe de l'*accessoriété* sur lequel nous reviendrons par la suite (voir le point c. ci-dessous).

De même, si un bonus est versé d'année en année avec la réserve de son caractère facultatif, il s'agira en principe d'une gratification facultative[10].

Toutefois, en dépit d'une réserve, le Tribunal fédéral admet exceptionnellement

[5] Arrêts du TF du 27.11. 2017, 4A_378/2017; 12.03.2018, 4A_290/2017 c. 4.1
[6] ATF 141 III 407, c. 4.1.
[7] Idem.
[8] ATF 129 III 276 consid. 2.1; 131 III 615 consid. 5.2
[9] Arrêt du TF précité 4A_714/2016, c. 3.2.2.1
[10] Arrêt du TF précité 4A_714/2016, c. 3.2.2.2.

que l'employé a droit à la gratification lorsqu'un bonus a été payé de manière répétée pendant des décennies et que 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[11].

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[12].

Le schéma 1 figurant en page 8 du présent document résume ces différents scénarios.

c. Principe de l'accessoriété

Comme nous l'avons vu, lorsque le paiement d'un bonus a été réservé tant dans son principe que dans son montant, il s'agit en principe d'une gratification entièrement facultative.

Toutefois, celle-ci doit rester accessoire par rapport au salaire de base. Dans le cas contraire, la gratification peut être requalifiée en élément du salaire[13].

Il convient donc de définir ces différentes catégories de revenus et de déterminer s'il existe un certain seuil au-delà duquel la gratification est requalifiée en élément du salaire.

[11] Arrêt du TF précité 4A_714/2016, c. 3.2.2.3.
[12] Idem et arrêt du TF du 22.08.2012, 4A_172/2012, consid. 8.2.
[13] Arrêt du TF précité 4A_714/2016, c. 3.1.

(i) Très hauts revenus

Le principe de l'*accessoriété* n'est pas applicable pour les très hauts salaires.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le seuil du très haut revenu est fixé à un montant équivalent à cinq fois le salaire médian suisse (dans le secteur privé)[14], soit environ CHF 374'000.- bruts en 2016[15].

On notera que pour déterminer si le travailleur perçoit un très haut salaire, il conviendra de prendre en compte la rémunération totale perçue par le travailleur de la part de l'employeur pendant une année, soit son salaire de base auquel s'ajoutera notamment le bonus versé durant la même année (même si celui-ci est calculé sur les données d'une année précédente)[16].

Ainsi, pour les très hauts revenus, le bonus restera toujours une gratification facultative à laquelle l'employé n'a pas droit[17].

(ii) Revenus modestes, salaires moyens et supérieurs

Pour la première fois dans l'arrêt du 29 août 2017 précité, le Tribunal fédéral a défini le salaire modeste en comparaison des salaires moyens et supérieurs[18].

Le seuil du revenu modeste s'établit ainsi à un montant équivalent à une fois le salaire médian suisse dans le secteur

[14] ATF 141 III 407, c. 5.4.
[15] Tableau « *Salaire mensuel brut (valeur centrale, Q1, Q3) selon les sections économiques, 2016, secteur privé* » disponible sur le site www.bfs.admin.ch
[16] *Idem*, c. 3.3.1.
[17] Arrêt du TF précité 4A_714/2016, c. 3.3.1.
[18] Arrêt du TF précité 4A_714/2016, c. 3.3.1.

privé, soit environ CHF 74'800.- bruts en 2016 (CHF 6'235.- par mois)[19].

Les salaires moyens et supérieurs sont donc logiquement situés entre le seuil des salaires modestes et celui des très hauts revenus, soit entre une fois et cinq fois le salaire médian suisse.

Pour les salaires moyens et supérieurs, 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 élevés peut déjà devoir être requalifié en salaire[20].

Sur cette base, on pourra partir du postulat que, pour les salaires moyens et supérieurs, et à plus forte raison pour les revenus modestes, lorsque le bonus est régulièrement supérieur ou égal au salaire annuel, il devrait être requalifié d'élément du salaire.

Le Tribunal fédéral a toutefois renoncé à chiffrer de manière générale la proportion entre le salaire de base et le bonus versé par l'employeur. Il retient que les circonstances du cas particuliers restent toujours déterminantes[21].

Il faut encore relever que lorsque le bonus est variable d'année en année, le Tribunal fédéral tient compte du rapport moyen pendant ces années entre le bonus et le salaire. Si le rapport moyen est supérieur à 50%, le bonus devient en principe obligatoire, sous réserve d'une analyse de chaque cas[22].

Dans l'arrêt du 29 août 2017 précité, il a été retenu que la proportion entre le salaire et le bonus avait oscillé entre 16.94% et 60.60%, et qu'elle avait dépassé 50% du salaire uniquement pendant deux années sur les neuf années de la période contractuelle[23]. Le travailleur n'avait donc pas droit à ce bonus qui restait facultatif.

Le schéma 2 figurant en page 9 du présent document résume le critère de l'accessoriété.

III. JURISPRUDENCES CHOISIES

Plusieurs arrêts récents du Tribunal fédéral qui se révèlent d'un intérêt particulier à nos yeux ont été sélectionnés, sans pouvoir prétendre à une présentation exhaustive des dernières décisions rendues en la matière.

Ceux-ci viennent illustrer les règles générales qui ont été exposées au chapitre I ci-dessus.

a. Evaluation subjective du travailleur ou critère objectif des résultats de l'entreprise?

Les faits de l'arrêt du 14 mai 2018, portant la référence 4A_574/2017, peuvent être résumés de la manière suivante.

Le contrat de travail mentionnait « *Ein allfälliger Bonus richtet sich nach der Leistung des Arbeitnehmers und ist kein Lohnbestandteil* » (ce qui peut être traduit par « *un éventuel bonus dépend de la performance de l'employé et n'est pas un élément du salaire* »).

[19] Tableau « *Salaire mensuel brut (valeur centrale, Q1, Q3) selon les sections économiques, 2016, secteur privé* » disponible sur le site www.bfs.admin.ch

[20] ATF 141 III 407 c. 4.3.1)

[21] Arrêt du TF précité 4A_714/2016, c. 3.3.2 et les références citées.

[22] Arrêt du TF du 15 mai 2012, 4A_26/2012.

[23] Arrêt du TF précité 4A_714/2016, c. 6.

Dans les courriers concernant l'octroi du bonus, une partie de la lettre mentionnait brièvement la situation actuelle et future de l'entreprise.

L'employé prétendait que les parties avaient tacitement convenu que le bonus dépende du résultat de l'entreprise (critère objectif) et non pas de l'évaluation (subjective) de son travail.

Toutefois, selon les constatations du tribunal cantonal, lesquelles n'ont pas été revues par le Tribunal fédéral, l'évaluation individuelle de la performance de l'employé avait une place plus importante et le montant du bonus devait être fixé en fonction de cette évaluation.

Le Tribunal fédéral en conclut que l'instance cantonale n'a pas versé dans l'arbitraire en retenant qu'il s'agissait d'une gratification facultative.

b. Mode de calcul du bonus pouvant être modifié

Dans l'arrêt du Tribunal fédéral du 12 mars 2018, portant la référence 4A_468/2017, l'employeur et le travailleur avaient contractuellement convenu d'un bonus, dont le mode de calcul pouvait être modifié.

Toutefois, dans les faits, le paiement du bonus avait été effectué toujours selon le même mode, soit 3% du chiffre d'affaire du marché autrichien et 10% du bénéfice en Suisse.

L'employeur prétendait que l'octroi du bonus était soumis à la réalisation de résultats annuels satisfaisants de l'entreprise. Or, le contrat ne contenait aucune réserve ou autres conditions concernant l'octroi du bonus.

Un bonus représente un élément du salaire conformément à l'art. 322 CO s'il est fixé par avance ou s'il peut être déterminé sur la base d'un calcul, comme par exemple un pourcentage du chiffre d'affaires ou d'une autre manière sur le résultat de l'exploitation (art. 322 a CO).

Ainsi, même s'il avait été prévu contractuellement que le mode de calcul pouvait être modifié, le paiement du bonus selon le même mode de calcul pendant plusieurs années (en l'occurrence cinq ans) qualifiait le bonus d'élément du salaire.

c. Objectifs fixés à l'employé

L'arrêt du Tribunal fédéral du 27 novembre 2017, rendu sous la référence 4A_378/2017, portait essentiellement sur la question du pouvoir d'appréciation de l'employeur dans le cadre d'un bonus dépendant de la réalisation d'objectifs fixés à l'employé.

Le contrat de travail conclu entre les parties contenait la clause suivante : «*A ce salaire s'ajoute un bonus annuel de CHF 10'000.- (…) le versement de ce bonus est conditionné aux objectifs fixés chaque année*».

Le contrat de travail avait été résilié par l'employeur qui faisait notamment valoir que l'employé ne répondait pas aux attentes et ne donnait pas satisfaction.

Le Tribunal fédéral rappelle d'abord que lorsque le paiement du bonus est conditionné à l'appréciation positive de la performance personnelle du travailleur, l'évaluation est réservée à l'employeur, lequel doit néanmoins respecter les règles de la bonne foi (c. 3.4.1)

Le fait que l'employeur se soit abstenu de fixer chaque année des objectifs particuliers ne signifie pas pour autant qu'il

aurait renoncé par actes concluants à subordonner le paiement de cette rétribution à toute condition y compris celle, élémentaire, de la bonne et fidèle exécution des tâches du cahier de charge de l'employée (c. 3.4.4)

Enfin, l'employé n'avait pas établi que la condition grevant le paiement du bonus litigieux, soit la réalisation des objectifs fixés qui comprenaient à tout le moins les objectifs inhérents à sa fonction, se serait accomplie, ni que l'employeur en aurait empêché l'avènement au mépris des règles de la bonne foi.

Le Tribunal fédéral a confirmé la décision cantonale de rejeter les prétentions de l'employé, le bonus étant qualifié de gratification facultative.

On peut noter que la formulation du contrat et les circonstances du cas d'espèce laissaient entrevoir que le versement du bonus (dans son principe et dans son montant) était conditionné à la réalisation d'objectifs fixés par l'employeur, celui-ci disposant d'une latitude dans la fixation de ceux-ci et dans l'évaluation de leur réalisation.

Pour le surplus, l'employé n'a pas contesté le caractère accessoire de la gratification par rapport à son salaire.

d. Egalité de traitement

L'arrêt du Tribunal fédéral du 4 avril 2018, portant la référence 4A_651/2017, est intéressant quant à la portée du respect de l'égalité de traitement dû par l'employeur en lien avec le paiement d'un bonus.

Dans le cas qui s'est présenté aux juges, le contrat de travail prévoyait que le bonus pouvait être payé en fin d'année, mais que celui-ci était exceptionnel, incertain dans son principe et son montant et entièrement discrétionnaire. Le bonus n'était pas garanti d'une année à l'autre, même s'il était payé plusieurs années de suite.

En l'occurrence, l'employé avait reçu des bonus pendant trois années consécutives. A chaque fois, l'employeur avait rappelé le caractère discrétionnaire du bonus.

Pour l'année 2014, l'employé en question n'a plus touché de bonus et apprend que tous ses collègues du même département en ont touché un.

Il est ensuite licencié en début d'année 2015, et à cette occasion, son employeur lui propose une indemnité de départ soumise à certaines conditions.

La question qui se posait était donc de savoir si l'employeur avait violé l'égalité de traitement et si la gratification avait un caractère obligatoire.

On relèvera que le contrat de travail n'avait pas encore été résilié au moment où est survenue l'occasion donnant lieu au paiement du bonus. Le licenciement ne pouvait donc pas être un critère de distinction pertinent par rapport aux autres employés du même département.

Le caractère facultatif d'une gratification trouve ses limites dans le respect de l'égalité de traitement, principe général déduit de l'art. 328 CO.

Une décision subjective de l'employeur ne contrevient à cette interdiction de discriminer que dans la mesure où elle exprime une dépréciation de la personnalité du travailleur et lui porte ainsi atteinte.

Cependant, le Tribunal fédéral rappelle que, contrairement à ce que prétendait l'employeur, une dépréciation de la

personnalité ne présuppose par que le travailleur ait été subjectivement blessé par le non-versement de la gratification (c. 3. 6. 2).

Finalement, notre Haute Cour retient qu'il n'est pas nécessaire de comparer la situation de l'employé avec celle de tous les employés de la société. Une discrimination par rapport à tous les employés d'un département, même si celui-ci ne compte que cinq personnes, apparaît comme tout à fait pertinente en l'espèce (c. 3.6.2).

L'argument de l'employeur selon lequel l'indemnité de départ remplaçait le bonus a également été écarté.

Le bonus avait pour but de récompenser du travail fourni, tandis que l'indemnité de départ discrétionnaire était assortie de conditions visant à s'assurer d'un certain comportement du collaborateur licencié. De surcroît, elle ne constituait pas un avantage par rapport aux autres employés, qui eux, n'avaient pas été licenciés.

III. CONCLUSION

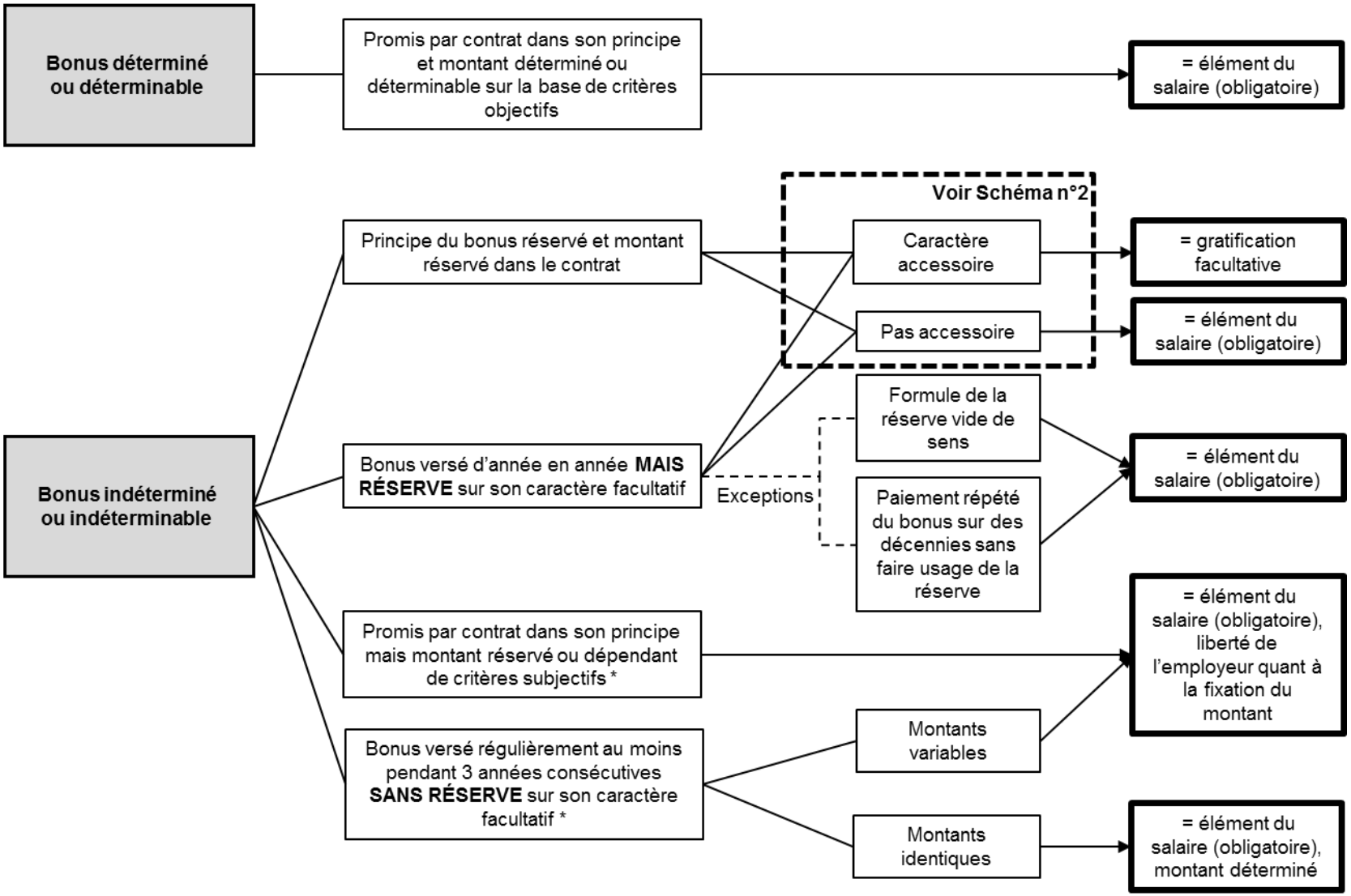
Il ressort des décisions qui ont été exposées que de nombreuses situations peuvent conduire à une requalification du bonus.

Bien que la jurisprudence soit abondante en la matière, il reste encore un certain nombre de domaines où le pouvoir d'appréciation laissé au juge peut rendre imprévisible la qualification d'un bonus.

La rédaction de clauses contractuelles réservant le principe et le montant du bonus à certaines conditions, ou une réserve émise à chaque versement, ne sont pas toujours suffisantes pour garantir le caractère facultatif d'une gratification.

Afin d'éviter des conséquences inattendues, le versement d'un bonus devrait à chaque fois faire l'objet d'un examen plus global par l'employeur, tenant compte du revenu de base de l'employé, du traitement des autres travailleurs au sein du même département ou encore de la régularité de l'octroi d'un bonus.

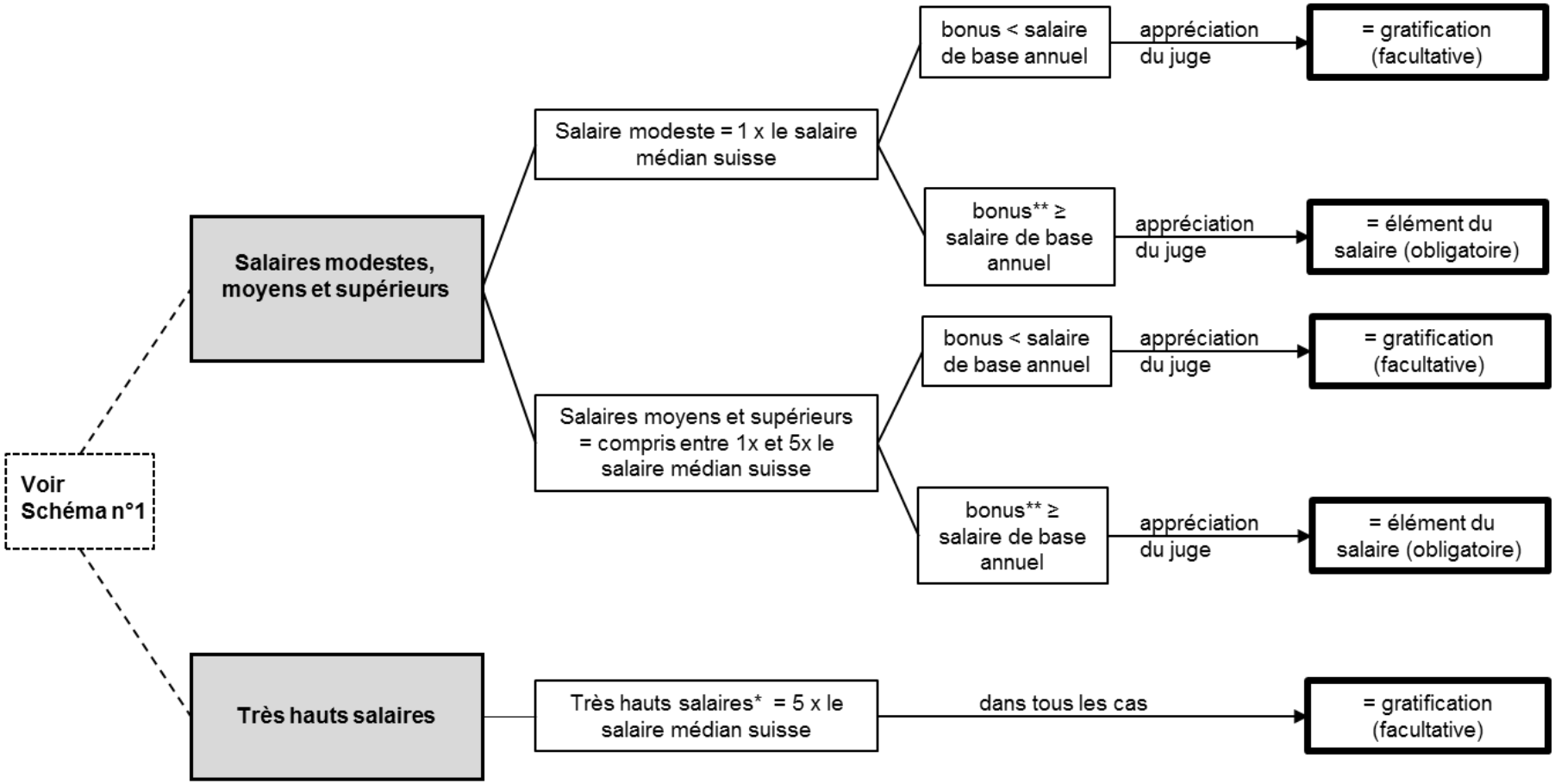
Schéma 1 - Bonus = élément du salaire ou gratification?



* L'employé doit établir que les parties ont convenu du versement du bonus en dépit de la résiliation des rapports de travail

N. B.: Ce schéma a pour objectif de présenter la jurisprudence de manière synthétique mais ne dispense pas d'une analyse en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce

Schéma 2 – Accessoriété



* rémunération totale perçue par le travailleur de la part de l'employeur pendant une année (salaire de base + bonus versé pendant la même année)

** si le bonus est variable, il s'agira de déterminer un rapport moyen de base entre le bonus et le salaire de base ou de comparer le nombre d'années où le rapport dépasse 50% du salaire

N. B.: Ce schéma a pour objectif de présenter la jurisprudence de manière synthétique mais ne dispense pas d'une analyse en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce

Le contenu de cette Newsletter ne représente pas un avis ou un conseil juridique. Un des avocats suivants se fera un plaisir de vous conseiller sur votre situation particulière:

Christian de Preux

Associé

christian.depreux@depreuxavocats.ch

Corinne Lepage

Collaboratrice

corinne.lepage@depreuxavocats.ch

de Preux Avocats

2, rue Pedro-Meylan

1208 Genève

T + 41 22 700 51 52

F + 41 22 700 51 53

www.depreuxavocats.ch