

Bonus en cas de très hauts revenus : Portée de l'ATF 141 III 407¹

Anne Roux-Fouillet avocate au barreau de Genève, spécialiste FSA droit du travail

A propos de l'auteur:



Anne Roux-Fouillet est avocate au barreau de Genève, en Suisse, associée de l'étude PYXIS LAW (www.pyxislaw.ch). Son activité professionnelle se concentre principalement sur le droit du travail. Elle conseille et représente tant des particuliers que des sociétés sur toutes questions liées au droit du travail. Elle est également active en matière d'assurances sociales et de contentieux civils.

¹ La présente contribution a été rédigée dans le cadre du cours de spécialisation en droit du travail de la Fédération suisse des avocats et publiée dans l'ouvrage édité par le Prof. Rémy WYLER, *Panorama III en droit du travail*, éditions Stämpfli, Bern 2017.

Table des matières

1. Introduction
2. Qualification juridique du bonus
3. Distinction entre un élément du salaire et une gratification
 - 3.1. Elément du salaire
 - 3.2. Gratification
 - 3.3. Cas dans lesquels une gratification peut être obligatoire ou requalifiée de salaire
4. Synthèses de l'ATF 139 III 155 et de l'ATF 141 III 507 apportant des précisions sur le critère d'accessoriété
 - 4.1. ATF 139 III 155 du 26 février 2013
 - 4.2. ATF 141 III 407 du 11 août 2015
 - 4.3. Récapitulation des nouveaux critères définis dans ces décisions
5. Incertitudes suite à ces décisions
 - 5.1. Incertitude quant à la portée de ces décisions
 - 5.2. Incertitude quant à la conséquence de l'atteinte du seuil
6. Réactions de la doctrine sur ces décisions
 - 6.1. En général
 - 6.2. Sur la portée de ces décisions
 - 6.3. Sur la conséquence de l'atteinte du seuil
7. Jurisprudences postérieures au 11 août 2015
8. Analyse
 - 8.1. Portées des nouveaux critères définis par les arrêts du 26 février 2013 et du 11 août 2015
 - 8.2. Conséquence de l'atteinte du seuil – refus de protection total ou partiel?
9. Conclusion
10. Bibliographie
11. Table des abréviations

1. Introduction

Les 26 février 2013 et 11 août 2015, le Tribunal fédéral a rendu deux décisions remarquées traitant principalement de la qualification juridique du bonus et des conditions auxquelles un employé bénéficiant d'une rémunération élevée peut se prévaloir d'un droit au bonus². Comme cela sera expliqué plus en détail ci-après, ces deux décisions ont réduit la protection accordée jusqu'alors aux employés bénéficiant de très hauts revenus. En conséquence, le pouvoir discrétionnaire de l'employeur quant aux bonus de cette catégorie d'employé est désormais plus important.

Se pose dès lors la question de savoir si les nouveaux critères définis par ces jurisprudences (récapitulés sous le point 4.3) ne peuvent s'appliquer que dans un cadre limité (soit dans le cadre de l'examen du critère d'accessorité) ou s'ils sont destinés à avoir une portée plus large. Certains auteurs ont en particulier soulevé la question de savoir si les nouveaux critères définis dans les décisions de février 2013 et août 2015 peuvent s'appliquer aux bonus fixés sur des critères objectifs et aux salaires variables.

Nous aborderons également la question de la conséquence de l'atteinte du seuil des très hauts revenus, à savoir si l'atteinte de ce seuil implique un refus de protection total ou partiel de la rémunération en cause.

Pour répondre à ces questions, nous rappellerons d'abord brièvement les différentes règles applicables aux bonus (chapitres 2 et 3). Nous exposerons ensuite les décisions du Tribunal fédéral des 26 février 2013 et 11 août 2015 et relèverons les nouveaux critères qui en résultent (chapitre 4). Nous nous pencherons ensuite sur les avis doctrinaux et les jurisprudences récentes apportant des précisions sur ces arrêts (chapitres 6 et 7). Finalement, nous analyserons ces arrêts pour trouver des éléments de réponse aux questions posées (chapitre 8).

2. Qualification juridique du bonus

Le droit suisse ne contient aucune disposition qui définisse et traite de façon spécifique du bonus. Selon ses caractéristiques, le bonus sera considéré soit comme une gratification au sens de l'art. 322d CO, soit comme un élément du salaire (art. 322 CO), pouvant revêtir, selon les cas, la forme d'une participation au résultat de l'exploitation (art. 322a CO). Cette qualification est déterminante, car le régime des gratifications est beaucoup plus flexible que les règles applicables aux éléments du salaire³.

Contrairement au salaire, la gratification dépend, totalement ou au moins partiellement, du bon vouloir de l'employeur⁴.

² ATF 141 III 407 du 11 août 2015 = SJ 2016 I p. 11; ATF 139 III 155 du 26 février 2013

³ ATF 4C.426/2005 du 28 février 2006, consid. 5.1; ATF 141 III 407 du 11 août 2015, consid. 4.1

⁴ ATF 4C.426/2005 du 28 février 2006, consid. 5.1; ATF 131 III 615 du 21 septembre 2005, consid. 5.2

L'employeur peut, dans les limites de l'art. 27 al. 2 CC, subordonner le droit à la gratification à des conditions, par exemple à la présence du salarié dans l'entreprise lors de son versement ou à l'absence de résiliation du contrat⁵. Le versement d'un bonus qualifié de salaire ne pourra en principe pas être soumis à de telles conditions. En tant que contrepartie du travail fourni, le salaire représente un élément essentiel du contrat de travail. *"Sa fonction même exclut la possibilité pour l'employeur de soumettre la rémunération d'une prestation de travail déjà accomplie à la condition que le salarié soit encore dans l'entreprise ou qu'il n'ait pas donné, ni reçu son congé"*⁶.

Puis, si les rapports de travail ont pris fin avant l'échéance d'un bonus qualifié de gratification, le salarié ne pourra prétendre à un montant *pro rata temporis* que s'il en a été convenu ainsi⁷. En revanche, si le bonus est qualifié d'élément du salaire, il devra en principe être versé *pro rata temporis* en cas d'extinction des rapports de travail avant l'échéance prévue.

3. Distinction entre un élément du salaire et une gratification

Pour qualifier un bonus dans un cas d'espèce, on ne s'arrêtera pas à la dénomination utilisée par les parties dans les documents contractuels. Pour savoir s'il s'agit d'un élément du salaire ou d'une gratification, il faut interpréter les manifestations de volonté des parties (art. 1 CO), en tenant compte des critères développés par la jurisprudence. Il s'agit tout d'abord d'établir si le bonus est déterminé (respectivement déterminable) ou indéterminé (respectivement indéterminable)⁸.

3.1. Élément du salaire

Si le bonus est déterminé ou objectivement déterminable (ce qui est le cas lorsque la rémunération ne dépend plus de l'appréciation de l'employeur), l'employé dispose d'une prétention à ce bonus. Dans cette hypothèse, l'employeur doit tenir son engagement consistant à verser à l'employé la rémunération convenue (élément essentiel du contrat de travail) et le bonus doit être considéré comme élément variable du salaire⁹.

Ainsi, si aucune liberté n'est laissée à l'employeur concernant le principe et le montant du bonus, ce dernier sera qualifié de salaire¹⁰. Tel est le cas des rétributions dont le montant et l'échéance sont fixés de manière inconditionnelle à l'avance (par exemple : treizième salaire).

⁵ ATF 4C.426/2005 du 28 février 2006, consid. 5.1; ATF 4C.263/2001 du 22 janvier 2002 consid. 4b in fine

⁶ DANTHE in DUNAND/MAHON, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 10 ad art. 322d, p. 165

⁷ ATF 4C.426/2005 du 28 février 2006, consid. 5.1

⁸ ATF 141 III 407 du 11 août 2015, consid. 4.1 et 4.2

⁹ ATF 141 III 407 du 11 août 2015, consid. 4.2.1

¹⁰ ATF 139 III 155 consid. 3.1

Lorsque le montant n'est pas fixé à l'avance mais dépend de critères objectifs prédéterminés conventionnellement¹¹, ne laissant plus aucune liberté d'appréciation à l'employeur, il s'agit également d'un élément du salaire, qui pourra être régi, suivant les cas, par l'art. 322a CO (participation aux résultats d'exploitation) ou par l'art. 322b CO (provision). Tel est le cas pour un bonus dépendant d'une règle arithmétique prédéterminée, soit par exemple, lorsque le contrat de travail prévoit que l'employé touchera un bonus correspondant à 10% des honoraires reçus par la société sur ses dossiers ou à 5% de la masse sous gestion dont s'occupe le collaborateur. Une prétendue "gratification" devra toujours être considérée comme salaire-performance ("Leistungslohn") lorsque son paiement est dû, en cas d'atteinte d'objectifs fixés et objectivement constatables, et que son montant dépend du degré d'atteinte de ces objectifs¹².

3.2. Gratification

Si le bonus n'est pas déterminé ou objectivement déterminable, l'employé ne dispose, en règle générale, d'aucune prétention. Tel est le cas lorsque la quotité du bonus n'est pas fixée à l'avance, mais dépend pour l'essentiel de la marge de manœuvre de l'employeur¹³.

Une gratification, aux termes de l'art. 322d CO, est une rétribution spéciale que l'employeur verse en sus du salaire, par exemple une fois par année. La gratification ne dépend en principe pas directement du résultat de l'exploitation de l'entreprise ou du résultat de l'activité du travailleur; en cela elle se distingue de la participation au résultat au sens de l'art. 322a CO et de la provision au sens de l'art. 322b CO¹⁴. Elle se distingue du salaire, et en particulier d'un éventuel treizième mois de salaire, en ceci qu'elle dépend au moins partiellement du bon vouloir de l'employeur.

Si le versement d'une gratification n'a pas été convenu, expressément ou par actes concluants, cette prestation est entièrement facultative (gratification *stricto sensu*, "echte Gratifikation"). Si un versement de ce genre est convenu, l'employeur est tenu d'y procéder mais il jouit en principe d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer (gratification convenue, "unechte Gratifikation", gratification contractuelle)¹⁵. Un montant fixé et définitivement convenu à l'avance n'est pas une gratification, mais un salaire¹⁶. La

¹¹ WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^{ème} éd., 2014, p. 157

¹² Décision de la Chambre d'appel des prud'hommes de Genève CAPH/24/2006 du 1^{er} février 2006; DANTHE in DUNAND/MAHON, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 18 ad art. 322d, p. 167-168; plus détaillé sur la question du Leistungslohn : WITZIG, Le renouveau des rémunérations variables, 2015, n. 266ss, p. 189ss

¹³ ATF 141 III 407 du 11 août 2015, consid. 4.2.2; ATF 139 III 155 consid. 3.1

¹⁴ WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^{ème} éd., 2014, p. 158

¹⁵ ATF 4C.426/2005 du 28 février 2006, consid. 5.1; ATF 131 III 615 du 21 septembre 2005, consid. 5.2, WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^{ème} éd., 2014, p. 158; DANTHE in DUNAND/MAHON, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 6 ad art. 322d, p. 163; WITZIG, Le renouveau des rémunérations variables, 2015, n. 88, p. 88

¹⁶ ATF 129 III 276 consid. 2 = JdT 2003 I p. 346

gratification est accessoire par rapport au salaire et elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur¹⁷.

3.3. Cas dans lesquels une gratification peut être obligatoire ou requalifiée de salaire

Premièrement, l'employeur peut, par accord ou par engagement unilatéral, s'engager à verser une gratification à l'employé. Tel est le cas lorsque l'employeur informe l'employé qu'il touchera le mois suivant une rétribution spéciale d'un montant déterminé ou encore lorsque l'employeur s'engage à verser une gratification d'un certain montant en fin d'année s'il est satisfait (gratification convenue, "unechte Gratifikation")¹⁸.

Deuxièmement, en l'absence d'un accord explicite, la gratification peut être considérée comme convenue lorsque l'employeur l'a versée durant plus de trois années consécutives sans en réserver, par une déclaration adressée au travailleur, le caractère facultatif¹⁹. On peut également considérer que le versement d'une gratification a été convenu lorsqu'elle a été accordée durant dix ans sous réserve de son caractère facultatif, cette réserve étant toutefois restée théorique (ce qui ne se justifie cependant que si, durant cette période, l'employeur avait eu une raison pour ne pas verser de gratification, mais l'a tout de même versée)²⁰.

Troisièmement, comme indiqué ci-dessus, la gratification doit rester accessoire par rapport au salaire et ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur (critère de l'accessoriété). Un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un salaire variable, même si l'employeur en réservait le caractère facultatif. Dans le cas de salaires modestes, un montant proportionnellement moins élevé que le salaire annuel peut déjà présenter le caractère d'un salaire variable²¹. Selon la jurisprudence, lorsque le bonus alloué atteint régulièrement un montant plus élevé que le salaire, il perd son caractère accessoire, de sorte qu'il ne s'agit pas d'une gratification, mais d'un élément du salaire²². Toutefois, comme cela sera expliqué ci-après, le Tribunal fédéral a exclu l'application du critère de l'accessoriété lorsque le revenu dépasse un certain seuil.

Finalement, il convient de relever que le principe d'égalité de traitement peut également limiter la liberté de l'employeur dans le cadre de versements de bonus²³.

¹⁷ ATF 131 III 615 du 21 septembre 2005 consid. 5.1 et 5.2; ATF 129 III 276 consid. 2.1 = JdT 2003 I p. 346

¹⁸ ATF 136 III 313, CONSID. 2, JdT 2012 II 414; DANTHE in DUNAND/MAHON, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 6 ad art. 322d, p. 163

¹⁹ ATF 131 III 615 du 21 septembre 2005 consid. 5.2 ; ATF 129 III 276 consid. 2 = JdT 2003 I p. 346

²⁰ ATF 129 III 276 consid. 2.3 = JdT 2003 I p. 346

²¹ ATF 131 III 615 du 21 septembre 2005 consid. 5.1 et 5.2 ; ATF 129 III 276 consid. 2.1 = JdT 2003 I p. 346; WITZIG, Newsletter d'octobre 2015 éditée par BOHNET/DIETSCHY-MARTENET/DUNAND/MAHON

²² ATF 131 III 615 du 21 septembre 2005 consid. 5.1 et 5.2 ; ATF 129 III 276 consid. 2.1 = JdT 2003 I p. 346

²³ ATF 129 III 276 consid. 3.1 = JdT 2003 I p. 346; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^{ème} éd., 2014, p. 158; DANTHE in DUNAND/MAHON, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 25 et 26 ad art. 322d, p. 172

4. Synthèses de l'ATF 139 III 155 et de l'ATF 141 III 407 apportant des précisions sur le critère d'accessoriété

4.1. ATF 139 III 155 du 26 février 2013

Le 26 février 2013, le Tribunal fédéral a rendu une décision importante sur l'application du critère d'accessoriété pour les employés bénéficiant de revenus élevés²⁴.

Le Tribunal fédéral devait examiner le cas d'un employé de banque qui avait perçu des bonus depuis le début des rapports de travail en 1996. Selon une communication qui lui avait été adressée début 2006, l'employé devait percevoir pour son activité en 2005 un salaire fixe de CHF 207'550.- et un "Performance Incentive Bonus" de CHF 3'100'000.-, qui se divisait en deux parties: une première partie en espèces (CHF 1'807'744.-) et une seconde partie différée et exigible après cinq ans (CHF 1'292'256.-). Après avoir reçu cette communication, l'employé a démissionné le 8 février 2006. L'employeur a payé à l'employé son salaire fixe et la partie en espèces du "Performance Incentive Bonus", soit un total de CHF 2'015'294.- (CHF 207'550.- + CHF 1'807'744.-). Puis, l'employeur a informé l'employé que la partie différée du bonus ne lui serait pas payée, ce bonus n'étant pas dû si les rapports de travail ont été résiliés avant l'expiration de la période prévue pour l'acquisition du montant (*vesting period*). L'employé a alors fait valoir ses prétentions quant au versement de la partie différée de son bonus devant les tribunaux. Entre autres arguments, l'employé indiquait que le bonus ne pouvait pas être considéré comme accessoire par rapport au salaire fixe et qu'il devait donc être qualifié de salaire.

Le Tribunal fédéral a précisé que le principe selon lequel la gratification devait rester accessoire par rapport au salaire pour conserver le caractère d'une rétribution spéciale se basait sur l'idée que l'employeur ne devait pas être autorisé à utiliser la forme de la gratification (volontaire) pour la rémunération proprement dite de l'employé. Le salaire représentant un élément nécessaire et essentiel des rapports de travail, il ne serait en effet pas admissible que la rémunération principale du travailleur prenne la forme d'une gratification dépendante du bon vouloir et de l'appréciation subjective de l'employeur. Toutefois, dès l'instant où le revenu atteint un chiffre dépassant substantiellement le montant nécessaire à la couverture des frais d'entretien de l'employé, l'accessoriété ne constitue pas un critère déterminant pour décider du caractère salarial d'une rétribution spéciale. En effet, lorsque le revenu convenu dépasse largement celui nécessaire à un train de vie approprié et qu'il représente en outre un multiple du salaire moyen, une restriction à la liberté contractuelle des parties ne saurait se justifier par un besoin de protection du travailleur.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a constaté que, l'employé ayant déjà perçu CHF 2'015'294.- pour l'année 2005, celui-ci bénéficiait d'un revenu bien supérieur à la moyenne, dépassant de loin ce dont il avait besoin pour assurer sa subsistance. Dans un tel cas, le rapport entre le montant du bonus et celui du salaire ne pouvait plus être déterminant et le critère de l'accessoriété était sans pertinence.

²⁴ ATF 139 III 155 du 26 février 2013, JdT 2014 II 305 n°1, SJ 2013 I 371

La jurisprudence a ainsi renoncé à l'application du critère de l'accessoriété en matière de très hauts revenus. Le Tribunal fédéral n'avait toutefois pas encore défini ce qu'il fallait entendre par "très hauts revenus", se limitant à constater qu'en présence d'une rémunération s'élevant à plus de CHF 2'000'000.-, la protection sociale accordée au travailleur n'était plus justifiée.

4.2. ATF 141 III 407 du 11 août 2015

Suite à sa décision du 26 février 2013, le Tribunal fédéral a rendu quelques décisions traitant du critère d'accessoriété sans pour autant définir la notion de "très hauts revenus"²⁵.

C'est dans sa décision du 11 août 2015 que le Tribunal fédéral a défini ce que l'on devait entendre par très hauts revenus, seuil à partir duquel la règle de l'accessoriété ne trouve plus application²⁶.

En l'occurrence, l'employé était au bénéfice d'un système de rémunération comprenant deux postes, soit un salaire de base fixe et un bonus qui était déterminé en fonction des performances de l'entreprise, du secteur concerné, de la catégorie d'employés et des performances du travailleur. Le bonus servait, d'une part, à rémunérer la performance passée et, d'autre part, à fidéliser l'employé. Chaque année, au moment du versement du bonus, il était rappelé que celui-ci avait un caractère discrétionnaire. Le nouveau plan d'intéressement mis en place en 2007 prévoyait que l'employé ne recevrait aucun bonus, même pas *pro rata temporis*, si, au cours de l'année considérée, son contrat de travail était résilié, par lui ou l'employeur. Le plan d'intéressement mis en place en 2008 prévoyait une clause de remboursement en cas de démission de l'employé (clause de "Clawback").

En 2007, l'employé a perçu son salaire fixe de CHF 300'000.- et reçu effectivement l'équivalent de CHF 485'938.- en Incentive Share Units, ainsi qu'un bonus en espèces de CHF 1'064'062.- brut. En 2008, sa rémunération s'est élevée au total à CHF 2'050'000.-, soit CHF 300'000.- de salaire fixe, l'équivalent de CHF 761'719.- en Incentive Share Units et CHF 988'281.- à titre de bonus en espèces brut. Le 25 février 2009, l'employé a perçu un bonus en actions de CHF 501'719.- et un bonus en espèces de CHF 848'282.-.

Par lettre recommandée du 4 mars 2009, l'employé a annoncé sa démission avec effet au 30 juin 2009. La banque l'a libéré de son obligation de travailler dès le 10 mars 2009 et l'a informé de son intention d'exercer la clause de remboursement ("Clawback") pour un montant de CHF 636'210.95.-.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral devait examiner la question de savoir si le bonus était dû à l'employé en application du principe d'accessoriété ou s'il s'agissait d'une gratification pouvant être soumise à conditions.

Notre Haute Cour a alors distingué les bonus déterminés (respectivement déterminables) des bonus indéterminés (respectivement indéterminables).

²⁵ Voir ATF 4A_721/2012 du 16 mai 2013 et TF 29 juillet 2013, 4A_216/2013

²⁶ ATF 141 III 407 du 11 août 2015

Le Tribunal fédéral a ensuite précisé que c'est dans cette dernière hypothèse, soit lorsque le bonus n'est pas déterminé ou objectivement déterminable, que la jurisprudence a opéré des distinctions en fonction de l'importance du revenu de l'employé. C'est dans ce cadre que s'appliquent les règles sur l'accessoriété du revenu, qui permettent de requalifier en salaire des gratifications trop importantes. C'est dans ce cadre également que la jurisprudence a examiné la notion de très hauts revenus, seuil à partir duquel il ne se justifie plus d'appliquer les règles de l'accessoriété.

Pour fixer le seuil du très haut revenu, il y a lieu de préciser tout d'abord qu'il faut tenir compte de la totalité de la rémunération perçue par l'employé au cours d'une année donnée, à savoir le salaire de base et le bonus versé et calculé sur la base des données de l'exercice précédent. Si cette rémunération totale dépasse le seuil du très haut revenu, il n'y a pas lieu de qualifier le bonus de salaire, le critère de l'accessoriété n'étant pas applicable. En revanche, si la rémunération n'atteint pas ce seuil, le critère de l'accessoriété s'applique et, sur cette base, une requalification (totale ou partielle) du bonus doit intervenir.

Le Tribunal fédéral a ensuite noté que dans l'ATF 139 III 155, ainsi que dans trois arrêts ultérieurs qui s'y réfèrent, il avait été indiqué que le seuil à partir duquel le principe de l'accessoriété n'est plus applicable doit représenter un multiple du "salaire moyen". Il n'y avait donc pas lieu de fixer un montant déterminé (fixe). Il fallait plutôt déterminer le facteur (ou multiple) par lequel le "salaire moyen" devait être multiplié. Le Tribunal fédéral a toutefois retenu qu'il convenait de préférer la notion de "salaire médian" à celle de "salaire moyen", la notion de "salaire médian" étant plus adaptée et moins susceptible d'être influencée par des valeurs extrêmes. Finalement, le Tribunal fédéral a jugé que, pour déterminer le seuil des "très hauts revenus", un facteur de cinq était adéquat pour multiplier le salaire médian. Ainsi, par "très haut revenu", on entend une rémunération totale de l'employé qui atteint ou dépasse cinq fois le salaire médian suisse du secteur privé (soit environ CHF 354'000.- au moment des faits et environ CHF 370'000.- en 2015)²⁷. Le Tribunal fédéral a précisé que le critère de "cinq fois le salaire médian" permettant de fixer le seuil de la rémunération très élevée était nécessairement une notion générale qui ne tenait pas forcément compte des particularités de la situation de l'employé.

En conclusion, lorsque la rémunération totale de l'employé équivaut ou dépasse cinq fois le salaire médian suisse (secteur privé), son salaire doit être qualifié de très haut, de sorte que son bonus est une gratification, laquelle demeure au bon vouloir de l'employeur. Par conséquent, le Tribunal fédéral a considéré que l'employeur était en droit de faire valoir la clause de remboursement prévue dans les documents contractuels.

²⁷ WITZIG, Newsletter d'octobre 2015 éditée par BOHNET/DIETSCHY-MARTENET/DUNAND/MAHON; voir Tableau TA1_b "Salaire mensuel brut [valeur centrale] selon les divisions économiques, la position professionnelle et le sexe, Secteur privé, Suisse", disponible sur le site [www.bfs.admin.ch](https://www.bfs.admin.ch/https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/salaires-revenus-cout-travail/niveau-salaires-suisse.assetdetail.327829.html): <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/salaires-revenus-cout-travail/niveau-salaires-suisse.assetdetail.327829.html>

4.3. Récapitulation des nouveaux critères définis dans les décisions du Tribunal fédéral des 26 février 2013 et 11 août 2015

Les décisions rendues par le Tribunal fédéral les 26 février 2013 et 11 août 2015 ont instauré les critères suivants:

- Dès l'instant où le revenu atteint un chiffre dépassant substantiellement le montant nécessaire à la couverture des frais d'entretien de l'employé, l'accessoriété ne constitue pas un critère déterminant pour décider du caractère salarial d'une rétribution spéciale (ATF 139 III 155, consid. 5.3; ATF 141 III 407, consid. 4.3.2).
- Pour fixer le seuil du très haut revenu, il faut tenir compte de la totalité de la rémunération perçue par l'employé au cours d'une année donnée, à savoir le salaire de base et le bonus calculé sur la base de données de l'exercice précédent (ATF 141 III 407, consid. 5.3.1).
- Le critère permettant de fixer le seuil de la "rémunération très élevée" est nécessairement une notion générale et un critère objectif, qui ne dépend pas des particularités de la situation concrète de l'employé (ATF 141 III 407, consid. 5.3.4).
- Lorsque la rémunération totale de l'employé équivaut ou dépasse cinq fois le salaire médian suisse (secteur privé), son salaire doit être qualifié de très haut, de sorte que son bonus est une gratification, laquelle demeure au bon vouloir de l'employeur (ATF 141 III 407, consid. 5.4).

5. Incertitudes suite à ces décisions

5.1. Incertitude quant à la portée de ces décisions

Les décisions rendues par le Tribunal fédéral les 26 février 2013 et 11 août 2015 n'ont pas tranché clairement la question de savoir si le critère du "très haut revenu" n'était pertinent que dans le cadre de l'examen du principe d'accessoriété ou si ce critère pouvait avoir une portée plus large.

A cet égard, une lecture attentive des jurisprudences visées laisse perplexe.

Dans sa décision du 26 février 2013, le Tribunal fédéral indique que, lorsque le revenu convenu dépasse largement celui nécessaire à un train de vie approprié et qu'il représente en outre un multiple du salaire moyen, une restriction à la liberté contractuelle des parties ne saurait se justifier par un besoin de protection du travailleur²⁸. Si ce développement a été effectué dans le cadre de l'examen du critère d'accessoriété, ce passage semble avoir une portée bien plus générale, tiré hors de son contexte.

S'agissant de l'ATF 141 III 407 rendu le 11 août 2015, dans une première étape, cet arrêt indique que "*si le bonus est déterminé ou objectivement déterminable, l'employé dispose d'une prétention à ce bonus*" et que "[d]ans cette hypothèse, l'employeur doit tenir son

²⁸ ATF 139 III 155, consid. 5.

engagement consistant à verser la rémunération convenue et le bonus doit être considéré comme un élément (variable) du salaire" (consid. 4.2.). Cette décision précise en outre clairement que c'est dans l'hypothèse dans laquelle le bonus n'est pas déterminé ou objectivement déterminable qu'il y a lieu d'opérer des distinctions en fonction de l'importance du revenu de l'employé (consid. 4.3.) et qu'il convient de renoncer à l'application du critère d'accessoriété en matière de très hauts revenus (consid. 4.3.2.). Cette première étape laisse donc entendre que la distinction opérée en cas de très hauts revenus n'est pertinente que dans l'hypothèse d'une gratification discrétionnaire.

Néanmoins, suite à cette première étape, le raisonnement du Tribunal fédéral est formulé de manière indifférenciée et l'analyse paraît avoir une portée bien plus générale. Notamment, notre Haute Cour indique que:

- *"lorsque le revenu convenu dépasse largement celui nécessaire à un train de vie approprié et qu'il représente en outre un multiple du salaire moyen, une restriction de la liberté contractuelle des parties ne saurait se justifier par un besoin de protection du travailleur"* (consid. 4.3.2);
- *"il s'agit de tempérer, en cas de rémunération très élevée, la nécessité sociale de protection du travailleur et le besoin de limiter dans ce cadre la liberté contractuelle des parties"* (consid. 5.3.4);
- *"lorsque la rémunération totale de l'employé équivaut ou dépasse cinq fois le salaire médian suisse (secteur privé), son salaire doit être qualifié de très haut, de sorte que son bonus est une gratification, laquelle demeure au bon vouloir de l'employeur"* (consid. 5.4); et
- *"pour les revenus très élevés, l'employé ne saurait se prévaloir d'un besoin de protection pour justifier une restriction à la liberté contractuelle"* (consid. 5.5.1).

Compte tenu de ces éléments, il existe une incertitude sur la question de savoir si le seuil défini par le Tribunal fédéral est destiné à s'appliquer uniquement dans le cadre de l'examen du critère d'accessoriété ou s'il devrait avoir une portée bien plus large.

5.2. Incertitude quant à la conséquence de l'atteinte du seuil

Dans les deux décisions examinées, le Tribunal fédéral s'est limité à constater que les employés avaient déjà bénéficié de rémunérations excédant le seuil des très hauts revenus et que, dès lors, la totalité des rémunérations soumises à son examen (qui était située au-dessus de ce seuil) pouvait être qualifiée de gratification.

Le Tribunal fédéral n'a en revanche pas encore examiné la situation dans laquelle le revenu déjà perçu par l'employé n'atteint pas encore le seuil du très haut revenu, mais c'est le bonus litigieux qui permet de dépasser ce seuil. Tel serait par exemple le cas d'un employé qui n'aurait bénéficié pour une année donnée que d'un salaire annuel fixe de CHF 200'000.- et qui réclamerait un bonus avoisinant les CHF 300'000.- en application du critère d'accessoriété. Dans une telle hypothèse, il se poserait la question de savoir si la totalité du bonus devrait être considérée comme une gratification (refus de protection total) ou si seule la partie excédant le seuil du très haut revenu devrait être considérée comme

facultative (refus de protection partiel). Dans le premier cas de figure (refus de protection total), l'employé ne pourrait faire valoir aucun droit au bonus, tandis que dans le second cas de figure (refus de protection partiel), l'employé pourrait faire valoir un droit à la partie du bonus qui est en dessous du seuil du très haut revenu.

6. Réactions de la doctrine sur ces décisions

6.1. En général

Ces jurisprudences ont été saluées par de nombreux auteurs²⁹. Notamment, Wyler/Heinzer ont indiqué approuver l'approche selon laquelle "[p]our un revenu très élevé, une gratification peut atteindre et même dépasser le revenu de base. Pour de tels revenus, il n'existe en effet plus de justification à protéger cette gratification, dès l'instant où le salaire de base représente en lui-même une compensation adéquate et suffisante aux prestations fondamentales attendues de l'employé. A un tel niveau de rémunération, la liberté contractuelle doit prévaloir et le travailleur ne bénéficie plus de l'intérêt à se prévaloir de la protection du salaire excédant la rémunération de base"³⁰.

Ces jurisprudences ont également suscité de vives critiques³¹. En particulier, Gabus/Rohmer estiment que la tendance jurisprudentielle est inquiétante et inefficace dans la lutte contre les salaires abusifs³². Ils considèrent que le Tribunal fédéral ignore la réalité en considérant que, pour les très hauts revenus, "le besoin de protection du travailleur serait moindre". Ils expliquent que "[c]e n'est pas parce que l'employé bénéficie d'une rémunération très élevée que le rapport de subordination avec l'employeur s'efface. Bien au contraire, la pratique démontre que plus le salaire de l'employé est élevé, plus sa position au sein de la société devient instable, de sorte qu'il n'y a pas de sens de promouvoir, dans ces hypothèses, une liberté contractuelle sans garde-fou"³³. Selon Gabus/Rohmer, "[o]ter toute protection aux employés touchant de hauts salaires revient en effet à privilégier l'employeur, qui se révèle, dans le cas des salaires élevés, être la partie la plus forte. Or, cette situation est contraire aux buts clairement énoncés du droit du travail"³⁴. Ils sont d'avis qu'il convient de revenir à la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral qui prévoyait de manière générale, donc également pour les très hauts

²⁹ Voir notamment WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^{ème} éd., 2014, p. 164; LIENHARD, AJP 2015 S. 1471; RICHA/RAEDLER in GesKR 2015, *La qualification du bonus pour les très hauts revenus – suite et fin?*, – GesKR - Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, p. 561ss; WYLER in JdT 2016 II p. 111, p. 114-115; GEISER, *Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgericht* in AJP 2016 p. 100

³⁰ WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^{ème} éd., 2014, p. 164-165

³¹ GABUS/ROHMER, Bonus et hauts salaires, liberté contractuelle ou protection du travailleur ? SJ 2014 II, p. 219; WITZIG, Le renouveau des rémunérations variables, 2015, n. 76-78, p. 77-80

³² GABUS/ROHMER, Bonus et hauts salaires, liberté contractuelle ou protection du travailleur ? SJ 2014 II, p. 245-246

³³ GABUS/ROHMER, Bonus et hauts salaires, liberté contractuelle ou protection du travailleur ?, SJ 2014 II, p. 219, p. 244-245

³⁴ GABUS/ROHMER, Bonus et hauts salaires, liberté contractuelle ou protection du travailleur ? SJ 2014 II, p. 245

revenus, que lorsqu'un bonus alloué régulièrement au salarié n'est pas accessoire par rapport au salaire, il doit être considéré comme un salaire³⁵.

La doctrine a, par ailleurs, émis un certain nombre d'interrogations et réserves sur ces décisions concernant notamment les formulations vagues utilisées, le critère du salaire médian suisse, l'examen du revenu sur une année donnée pour fixer le seuil du très haut revenu, la qualification juridique qui doit être réservée au bonus une fois l'un des critères appliqué et la question de savoir si l'examen de l'accessoriété est consommé dès le dépassement du seuil relevant ou seulement en rapport avec la partie du bonus qui excède ce seuil³⁶.

6.2. Sur la portée de ces décisions

Plusieurs auteurs se sont exprimés sur la question de la portée de ces décisions.

Witzig observe que certains pourraient connaître la tentation d'utiliser la logique développée par le Tribunal fédéral pour faire échec au caractère convenu de toute rémunération variable en cas de très hauts revenus. Il explique toutefois qu'il convient de *"se garder d'étendre ainsi le champ d'application de la notion de très hauts revenus au-delà du régime de l'accessoriété"*. Selon lui, *"cela reviendrait purement et simplement à réduire à néant le principe le plus essentiel sur lequel est fondé l'ensemble de notre droit des contrats, à savoir le respect de la parole donnée (CO, art. 1 et 97)"*³⁷.

Richa/Raedler sont d'avis que *"seul le critère de l'accessoriété devrait être affecté par le tempérament apporté par le Tribunal fédéral aux très hauts salaires"*, expliquant que *"seul ce critère prend appui de façon prépondérante sur le montant reçu par le travailleur"*. Ils relèvent néanmoins que cette question ne peut être résolue de façon absolument péremptoire et qu'une nouvelle précision jurisprudentielle serait bienvenue³⁸.

Wyler a émis un avis divergent³⁹. Il constate que, malgré la jurisprudence d'août 2015, *"au-delà de cinq fois le salaire médian, le bonus continuera à être considéré comme une prestation à laquelle le collaborateur a droit s'il est fixé selon des critères qui ne dépendent pas de l'appréciation de l'employeur"*. Cependant, Wyler précise que *"le débat n'est pas terminé"* et qu'*"on ne peut exclure une nouvelle évolution de la jurisprudence qui tendrait*

³⁵ GABUS/ROHMER, Bonus et hauts salaires, liberté contractuelle ou protection du travailleur ? SJ 2014 II, p. 246

³⁶ LIENHARD, AJP 2015 S. 1471; RICHA/RAEDLER in GesKR 2015, *La qualification du bonus pour les très hauts revenus – suite et fin?*, – GesKR - Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, p. 561ss; GEISER, *Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgericht* in AJP 2016 p. 100; PORTMANN, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgericht im Jahr 2013* in Revue de la Société des juristes bernois, RJB 152/2016 p. 114

³⁷ WITZIG, Newsletter d'octobre 2015 éditée par BOHNET/DIETSCHY-MARTENET/DUNAND/MAHON

³⁸ RICHA/RAEDLER in GesKR 2015, *La qualification du bonus pour les très hauts revenus – suite et fin?*, – GesKR - Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, p. 569

³⁹ WYLER, *Un cadre pour le bonus des hauts managers*, Article publié dans le journal Le Temps du 3 septembre 2015; WYLER in JdT 2016 II p. 111, p. 114-115

à *appliquer les mêmes critères*". Les arrêts précités ne portaient pas sur cette question. Selon lui, "*si la volonté est d'en faire un bonus discrétionnaire, les mêmes arguments qui ont amené le Tribunal fédéral à arrêter une limite à cinq fois le revenu médian devraient logiquement valoir dans tous les cas de figure, quand bien même le bonus serait fixé sur des critères objectifs*"⁴⁰. Il explique à cet égard ne pas voir pourquoi l'employeur serait privé de la possibilité de déterminer unilatéralement des critères d'octroi du bonus dans le cadre de sa marge discrétionnaire d'appréciation⁴¹.

6.3. Sur la conséquence de l'atteinte du seuil

Peu d'auteurs ont, à ce jour, abordé la question de la conséquence de l'atteinte du seuil défini par le Tribunal fédéral.

Lienhard s'est contenté de constater la lacune, sans émettre d'avis sur la question⁴².

Quant à Richla/Raedler, ils admettent implicitement que, dès l'atteinte du seuil, la totalité du bonus doit être considéré comme une gratification. En effet, dans les exemples permettant d'illustrer leur point de vue, ils affirment que "*en présence d'un salaire au sens strict de 200'000 fr. et un bonus de 300'000 fr. (500'000 fr. au total), le critère de l'accessoriété ne sera pas applicable et le bonus demeurera une gratification*"⁴³.

7. Jurisprudences postérieures au 11 août 2015

Suite au 11 août 2015, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de confirmer les principes développés dans sa décision à plusieurs reprises⁴⁴.

Le Tribunal fédéral s'est surtout penché sur la manière de déterminer la rémunération du travailleur et sur la période à prendre en compte pour évaluer si cette rémunération atteint ou non le seuil des très hauts revenus.

Le Tribunal fédéral a confirmé que l'on doit en principe prendre en considération les revenus effectivement perçus par l'employé durant l'année⁴⁵. Il convient donc de tenir compte de la rémunération totale perçue par le travailleur au cours d'une année donnée, à savoir le salaire de base et le bonus versé cette année-là sur la base des données de

⁴⁰ WYLER, *Un cadre pour le bonus des hauts managers*, Article publié dans le journal Le Temps du 3 septembre 2015

⁴¹ WYLER in JdT 2016 II p. 111, p. 114-115

⁴² LIENHARD, AJP 2015 S. 1471

⁴³ RICH/RAEDLER in GesKR 2015, *La qualification du bonus pour les très hauts revenus – suite et fin?*, – GesKR - Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, p. 565-566

⁴⁴ TF 6 janvier 2016, 4A_251/2015; ATF 142 III 381 consid. 2.2-2.4; ATF 142 III 456 consid. 3.2; TF 17 août 2016, 4A_69/2016

⁴⁵ TF 6 janvier 2016, 4A_251/2015; ATF 142 III 381 consid. 2.2-2.4; ATF 142 III 456 consid. 3.2

l'année précédente⁴⁶. Le Tribunal fédéral a précisé qu'il fallait tenir compte de tous les éléments de rémunération entrés dans le patrimoine du travailleur durant l'année (l'année pertinente et probante qui peut être l'année correspondant à l'exercice financier - "Geschäftsjahr" - , et non l'année civile), quels que soient leur désignation, leur fondement, leur régularité et peu importe à quelle période ou à quel exercice ils se rapportent⁴⁷. Ainsi, seul compte en principe le moment où les éléments de rémunération sont versés, quelle que soit la période de travail à laquelle ils se rapportent⁴⁸. Le Tribunal fédéral a par ailleurs confirmé qu'en cas de très hauts revenus, l'employé ne saurait prétendre à un bonus afférent à l'exercice de l'année de résiliation, mais qui aurait dû être versé l'année suivante, à une date à laquelle les parties ne sont plus liées contractuellement⁴⁹.

Dans une décision du 22 juin 2016, le Tribunal fédéral a estimé qu'exceptionnellement, la représentativité était mieux assurée si l'on tenait compte de la rémunération effectivement perçue durant la période litigieuse. La prise en considération de cette période sera en particulier plus adaptée lorsque l'employé a exercé son activité professionnelle seulement pendant quelques mois durant la seconde année litigieuse. En l'occurrence, l'employée, qui travaillait pour l'employeur depuis juin 2006, réclamait des éléments de rémunération pour les années 2011 et 2012. Cette employée avait exercé son activité professionnelle toute l'année en 2011 et seulement cinq mois en 2012. Le Tribunal fédéral a considéré que la rémunération perçue pendant cinq mois en 2012 n'était pas représentative des revenus précédemment réalisés par l'employée et qu'il convenait dès lors de se fonder sur l'ensemble de la rémunération qu'elle avait perçue durant la période litigieuse (de 2011 et 2012, soit 17 mois). L'employée avait reçu une rémunération totale de CHF 764'665.- pendant l'année 2011 et de CHF 125'000.- pour l'année 2012. La somme totale s'élevait donc à CHF 889'665.- pour 17 mois d'activité. Le Tribunal fédéral a ensuite calculé la valeur seuil au-delà duquel on était en présence d'un très haut revenu pour la période considérée et a estimé que la rémunération effectivement perçue par l'employée pendant cette période était au-dessus de cette valeur seuil⁵⁰.

Comme cela sera expliqué plus loin, ces derniers développements jurisprudentiels ont un impact sur la question de la conséquence de l'atteinte du seuil.

Cela étant, le Tribunal fédéral ne s'est toujours pas exprimé explicitement ni sur la question de la portée des décisions de février 2013 et août 2015, ni sur la conséquence de l'atteinte du seuil.

⁴⁶ TF 6 janvier 2016, 4A_251/2015, consid. 4.2 ; ATF 142 III 381 consid. 2.3 à 2.7; TF 17 août 2016, 4A_69/2016

⁴⁷ TF 14 avril 2016 4A_565/2015 consid. 2.2.2

⁴⁸ ATF 142 III 381 consid. 2.3 à 2.7; TF 17 août 2016, 4A_69/2016

⁴⁹ ATF 141 III 407, consid. 7; TF 6 janvier 2016, 4A_251/2015, consid. 4.3

⁵⁰ ATF 142 III 456 consid. 3.2

8. Analyse

8.1. Portée des nouveaux critères définis par les arrêts du 26 février 2013 et du 11 août 2015

Compte tenu des formulations utilisées par le Tribunal fédéral dans ses décisions de février 2013 et août 2015 (chapitre 5.1) et des divergences doctrinales évoquées ci-dessus (chapitre 6.2), on ne peut exclure que les nouveaux critères réduisant la protection pour les très hauts revenus puissent avoir, à l'avenir, une portée plus large et qu'ils soient destinés à s'appliquer également au-delà du critère d'accessorité.

Toutefois, l'application de ces critères à des rémunérations qui n'ont pas été envisagées par les parties comme des prestations entièrement facultatives de l'employeur paraît problématique.

Les nouveaux critères définis par la jurisprudence ont été élaborés sur la base de la théorie selon laquelle, à partir d'un certain seuil de rémunération, le besoin de protection sociale ne se justifierait plus et il conviendrait de faire primer la volonté des parties⁵¹.

Mais encore faut-il déterminer la volonté des parties.

Pour établir la volonté des parties, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si leur volonté intime diverge, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance. Il doit alors rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances. Le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement même s'il ne correspond pas à sa volonté intime⁵².

Lorsqu'il existe un différend entre les parties sur le sens qu'il convient de donner à une clause de leur contrat, la jurisprudence a développé un certain nombre de règles d'interprétation. Notamment, l'interprétation se fait selon les règles de la bonne foi (art. 2 CC), elle doit partir de l'idée que le contrat forme un tout et elle doit généralement se faire selon le sens correspondant aux règles légales. En cas de doute, l'interprétation doit en principe se faire dans le sens défavorable à la partie qui a rédigé ou proposé le texte du contrat (*in dubio contra stipulatorem* ou *proferentem*)⁵³.

Par ailleurs, la loi prévoit des restrictions à la liberté contractuelle applicables à tous les contrats. Notamment, l'accord des parties ne peut violer des règles impératives de la loi (art. 19 et 20 CO).

⁵¹ ATF 141 III 407 du 11 août 2015 ; ATF 139 III 155 du 26 février 2013, WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^{ème} éd., 2014, p. 164-165

⁵² ATF 4A_502/2010 du 1^{er} décembre 2010, consid. 2.1.1.; DANTHE in DUNAND/MAHON, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 6 ad art. 322d, p. 166

⁵³ TERCIER/PICHONNAZ, Le droit des obligations, 2012, 5^{ème} éd., p. 213, n. 951

Dans ce contexte, il semble approprié d'exclure l'application du critère des très hauts revenus pour les bonus dans les hypothèses suivantes :

- Les parties ont convenu du versement d'un bonus qui doit être qualifié de gratification convenue

Dans le cas d'une gratification convenue, il existe un accord ou un engagement unilatéral, dans lequel l'employeur s'est engagé à verser une gratification à l'employé⁵⁴. Dans cette hypothèse, la volonté des parties prévoit l'obligation pour l'employeur de verser une gratification. L'employeur doit donc tenir son engagement consistant à verser à l'employé la rémunération convenue et ce, même pour un employé bénéficiant de "très hauts revenus".

Néanmoins, comme il s'agit d'une gratification, les parties peuvent la subordonner à des conditions, par exemple à la présence du salarié dans l'entreprise lors de son versement ou à l'absence de résiliation du contrat⁵⁵. Le cas échéant, ce n'est pas le montant élevé de la rémunération qui pourrait faire échec au versement de la gratification, mais les conditions prévues par les parties.

- Les parties ont convenu du versement d'un bonus fixé sur des critères objectifs (qui doit être qualifié de salaire) sans l'assujettir à des conditions de déchéance ou au pouvoir discrétionnaire de l'employeur

En l'occurrence, si l'accord des parties porte sur un bonus déterminé ou objectivement déterminable (ce qui est en principe le cas d'un bonus fixé sur des critères objectifs - voir ci-dessus 3.1) et ne soumet pas cette prestation de l'employeur à son pouvoir discrétionnaire ou ne l'assujettit pas clairement à des conditions, il n'y a pas lieu de considérer que l'employé ne peut pas prétendre à sa rémunération au motif qu'il bénéficie de très hauts revenus. Il n'y a pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les cocontractants lorsqu'il n'y a aucune raison sérieuse de penser que celui-ci ne correspond pas à leur volonté⁵⁶.

- Les parties ont convenu du versement d'un bonus fixé sur des critères objectifs (qui doit donc être qualifié de salaire), mais le contrat soumet cette prestation à des conditions de déchéance et/ou au pouvoir discrétionnaire de l'employeur

⁵⁴ ATF 136 III 313, CONSID. 2, JdT 2012 II 414; DANTHE in DUNAND/MAHON, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 6 ad art. 322d, p. 163

⁵⁵ ATF 4C.426/2005 du 28 février 2006, consid. 5.1; ATF 4C.263/2001 du 22 janvier 2002 consid. 4b in fine; WITZIG, Le renouveau des rémunérations variables, 2015, n. 175, p. 138-139; WITZIG, Newsletter d'octobre 2015 éditée par BOHNET/DIETSCHY-MARTENET/DUNAND/MAHON

⁵⁶ ATF 131 III 606 consid. 4.2, ATF 130 III 417 consid. 3.2, ATF 129 III 118 consid. 2.5

Dans un tel cas, l'application des nouveaux critères définis par la jurisprudence peut se heurter à un certain nombre de difficultés, en particulier à la détermination de la réelle et commune intention des parties et aux restrictions à la liberté contractuelle.

Tout d'abord, la détermination de la réelle et commune intention des parties ne paraît pas évidente dans une telle hypothèse. Il peut en effet paraître contradictoire de définir de manière précise les conditions d'octroi d'une rémunération, tout en ajoutant une simple mention que cette rémunération serait discrétionnaire. Par exemple, si le contrat indique clairement que l'employé recevra un bonus annuel correspondant à 5% des revenus qu'il a apportés à la société, sans autres conditions, une mention indiquant qu'il s'agit d'un bonus annuel discrétionnaire ne créant aucun droit pour l'employé paraît contradictoire. Dans de telles conditions, il paraît difficile d'admettre que les parties se sont réellement mises d'accord sur une rémunération discrétionnaire, c'est-à-dire sur une rémunération à caractère précaire dépendant du bon vouloir de l'employeur. A cet égard, la Cour d'appel de la juridiction des Prud'hommes de Genève considère que, lorsque l'employeur verse un bonus dont l'essentiel de son montant est déterminé par des critères objectifs, la gratification s'avère être un salaire-performance ("Leistungslohn") et une réserve patronale rappelant le caractère "discrétionnaire" de la prestation est inopérante⁵⁷.

S'agissant de la situation dans laquelle l'accord des parties prévoit une rémunération définie sur des critères objectifs soumise à des conditions, par exemple à la présence du salarié dans l'entreprise lors de son versement ou à l'absence de résiliation du contrat, il convient de rappeler que ce type de conditions n'est en principe pas admissible pour des éléments du salaire⁵⁸. La Cour d'appel de la juridiction des Prud'hommes de Genève a récemment rappelé que, si un bonus est objectivement déterminable, de sorte qu'il s'agit d'un salaire variable (art. 322 CO), une clause prévoyant que le versement de ce bonus est subordonné à la condition que le contrat de travail n'ait pas été résilié avant la date de versement n'est pas applicable⁵⁹. Par définition, le salaire est la contrepartie du travail fourni et l'employé ne peut en principe pas renoncer à son salaire pour une activité accomplie⁶⁰. Finalement, de telles conditions pourraient également se heurter à des dispositions impératives de la loi protégeant les rémunérations variables. Elles pourraient, par exemple, être contraires aux al. 1 et 2 de l'art. 322b CO, relatifs à la naissance du droit à la provision, qui sont relativement impératifs (art. 362 al. 1 CO).

Compte tenu de ce qui précède, il paraît difficile d'admettre que les nouveaux critères définis par la jurisprudence soient destinés à s'appliquer à des bonus fixés sur des critères objectifs (qui doivent donc être qualifiés de salaire) et ce, même si le contrat soumet cette prestation à des conditions de déchéance et/ou au pouvoir discrétionnaire de l'employeur.

⁵⁷ Décision de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes de Genève CAPH/24/2006 du 1^{er} février 2006; ATF 4C. 97/2006; ATF 4C.6/2003 du 24. 4. 2003, cons. 2.2 = JAR 2004 p. 248; voir également Décision de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes de Genève CAPH/21/2016 du 28 janvier 2016

⁵⁸ En ce sens : WITZIG, *Le renouveau des rémunérations variables*, 2015, n. 167, p. 135-136

⁵⁹ Décision de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes de Genève CAPH/21/2016 du 28 janvier 2016

⁶⁰ DANTHE in DUNAND/MAHON, *Commentaire du contrat de travail*, 2013, n. 4 ad art. 322, p. 137 et n. 10 ad 322d, p. 165

Si les parties se sont mises d'accord sur un bonus répondant aux critères d'un salaire, les règles sur le salaire doivent s'appliquer, même en cas de "revenus très élevés". Lorsque l'accord des parties porte sur le versement d'un salaire, le fait de faire primer la volonté des parties sur le besoin de protection sociale en cas de très hauts revenus ne permet pas de dénier à l'employé le droit de recevoir les prestations prévues dans son contrat. L'employeur s'est engagé à certaines prestations et l'employé y a droit, même s'il bénéficie de très hauts revenus.

8.2. Conséquence de l'atteinte du seuil – refus de protection total ou partiel?

A notre avis, il paraît difficile d'admettre qu'un employé atteint le seuil des "très hauts revenus" si sa rémunération effective, après l'application des nouveaux critères définis par la jurisprudence, n'atteint plus ce seuil.

Le refus de protection total pour le bonus litigieux pourrait mener à des situations injustes et disproportionnées pour l'employé. Prenons l'exemple de deux employés: (i) l'employé A bénéficie d'un revenu annuel fixe de CHF 150'000.- et d'un bonus annuel versé régulièrement avoisinant les CHF 180'000.- ; (ii) l'employé B bénéficie d'un revenu annuel fixe de CHF 150'000.- et d'un bonus annuel versé régulièrement avoisinant les CHF 250'000.-. On peine à comprendre pour quel motif l'employé A (qui n'atteint pas le seuil des très hauts revenus en 2015) pourrait bénéficier des normes protectrices du droit du travail pour son bonus, alors que l'employé B (dont la rémunération totale, en prenant en compte le bonus, dépasse le seuil des très hauts revenus) devrait se contenter de sa rémunération fixe sans pouvoir faire valoir aucune prétention sur son bonus. Dans ces exemples, la suppression de toute protection pour le bonus de l'employé B paraît excessive.

Nous notons qu'en 2009, Aubert s'était brièvement exprimé sur la théorie selon laquelle il y avait lieu de refuser toute protection en matière de gratification aux employés bénéficiant d'un salaire élevé. Selon Aubert, le refus total de protection était "*probablement aussi disproportionné que la conversion totale de la gratification en salaire*"⁶¹.

Il y a lieu, selon nous, de suivre l'avis d'Aubert et de ne faire primer la volonté des parties sur la protection sociale de l'employé que pour la partie de la gratification excédant le seuil des "très hauts revenus".

Cela étant, nous relevons que l'allocation des bonus à l'année de leur versement et non à l'année à laquelle ils se rapportent permettra souvent d'éviter d'avoir à répondre à la question de la conséquence de l'atteinte du seuil. En effet, dans l'hypothèse où le bonus permet de dépasser le seuil des très hauts revenus, l'allocation des bonus à leur année de versement aura pour conséquence que les prétentions des employés interviendront souvent après qu'ils aient déjà bénéficié de rémunérations excédant le seuil des très hauts revenus. Les bonus étant en principe versés en début d'année, un bonus aura souvent déjà été versé durant la dernière année d'activité, soit avant la fin des rapports de travail.

⁶¹ AUBERT, Rapport entre la gratification et le salaire, Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral du 3 février 2009 4A_509/2008, in DTA 2009, pp. 120-124

A titre d'illustration, nous pouvons prendre comme exemple le cas décrit dans la décision du Tribunal fédéral 4A_69/2016 du 17 août 2016. Dans le cas d'espèce, l'employé bénéficiait d'un salaire annuel fixe de CHF 210'000.- et réclamait le versement d'un bonus d'un montant de CHF 450'000.- pour l'année de son licenciement, étant précisé que son contrat avait pris fin en août 2008. L'Obergericht du Canton de Zurich avait constaté que le seuil de cinq fois le salaire médian pour l'année 2008 s'élevait à CHF 346'860.-. Il avait estimé que l'employé était en droit d'obtenir un bonus au prorata pour la période du 1^{er} janvier au 31 août 2008 d'un montant de CHF 91'240.- (soit 2/3 de CHF 136'860.-, étant relevé que CHF 136'860.- correspond à la différence entre le salaire fixe de CHF 210'000.- et le seuil de CHF 346'860.-). L'Obergericht du Canton de Zurich avait ainsi retenu en décembre 2015 que si les montants des bonus excédaient chaque année le salaire fixe, seule la partie du bonus excédant le seuil défini par la jurisprudence devait être considérée comme une gratification discrétionnaire⁶². Le Tribunal fédéral a toutefois cassé cette décision. Il a constaté que l'Obergericht n'avait pris en compte que les périodes pour lesquelles les rémunérations devaient être versées et non le moment des versements. Considérant que l'employé avait reçu en février 2008 un bonus de CHF 765'281.- afférent à son activité pour l'année 2007, le seuil des très hauts revenus avait déjà été dépassé pour l'année 2008 et il ne pouvait plus faire valoir aucune prétention pour un bonus pour sa dernière année d'activité⁶³.

Si le bonus versé avant la résiliation permet de dépasser le seuil du très haut revenu, l'allocation des bonus à l'année de leur versement et non à l'année à laquelle ils se rapportent conduira la plupart du temps à l'impossibilité pour l'employé de se prévaloir de tout autre bonus pour son activité durant la dernière année d'emploi. A cet égard, le Tribunal fédéral précise que l'employé ne saurait prétendre à un bonus afférent à l'exercice de l'année de résiliation, mais qui aurait dû être versé l'année suivante, à une date à laquelle les parties ne sont plus liées contractuellement⁶⁴. En outre, si l'employé a exercé son activité professionnelle seulement pendant quelques mois durant sa dernière année d'activité, une période de référence englobant l'année précédente peut exceptionnellement être prise en compte pour évaluer si la rémunération perçue pendant cette période dépasse le seuil des très hauts revenus⁶⁵.

Dans ce contexte, la question de savoir si l'atteinte du seuil implique un refus de protection total ou partiel de la rémunération litigieuse pourra le plus souvent rester ouverte.

9. Conclusion

En conclusion, les critères définis par les décisions du Tribunal fédéral des 26 février 2013 et 11 août 2015 pourraient, selon nous, dans certaines limites, être destinés à s'appliquer au-delà du critère d'accessoriété.

⁶² Obergericht/ZH du 15 décembre 2015 dans l'affaire LA150004

⁶³ TF 17 août 2016, 4A_69/2016, consid. 4.3.

⁶⁴ ATF 141 III 407, consid. 7

⁶⁵ ATF 142 III 456 consid. 3.2

En effet, il ne nous semble pas exclu que ces critères puissent également s'appliquer à un accord prévoyant une gratification convenue à la base comme entièrement facultative et restant accessoire par rapport au salaire, mais rendue obligatoire en application du principe de la confiance ou par souci d'égalité de traitement entre les employés.

En revanche, ces critères ne devraient pas pouvoir s'appliquer aux bonus fixés sur des conditions objectives et aux salaires variables. Lorsque le montant d'un bonus dépend de critères objectifs prédéterminés conventionnellement, l'employé dispose d'une prétention à ce bonus, quel que soit le montant de sa rémunération.

Sur la question de la conséquence de l'atteinte du seuil, nous sommes d'avis que seule la partie de la gratification excédant le seuil défini par le Tribunal fédéral devrait être affecté.

Toutefois, à ce stade, il ne peut être répondu à ces questions de manière catégorique et de nouvelles précisions jurisprudentielles sur ces points seraient les bienvenues.

10. Bibliographie

AUBERT Gabriel, *Rapport entre la gratification et le salaire, Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral du 3 février 2009 4A_509/2008*, in DTA 2009, pp. 120-124

DANTHE Marie-Gisèle, Commentaire des articles 322 et. 322d in DUNAND/MAHON, *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013

GABUS Pierre / ROHMER Sandrine, *Bonus et hauts salaires, liberté contractuelle ou protection du travailleur ?* in SJ 2014 II, p. 219

GEISER Thomas, *Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgericht* in AJP 2016 p. 100

LIENHARD Andreas, *Schweizerisches Bundesgericht I. Zivilabteilung, Urteil vom 11. August 2015 (4A_653/2014) i.S. A.A, Groups SA und B.A. SA c. B* in AJP 2015 S. 1471

PORTMANN Wolfgang, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgericht im Jahr 2013* in Revue de la Société des juristes bernois, RJB 152/2016 p. 114

RICHA Alexandre / RAEDLER David, *La qualification du bonus pour les très hauts revenus – suite et fin?*, in GesKR 2015 - Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, p. 561ss

TERCIER Pierre / PICHONNAZ Pascal, *Le droit des obligations*, 5^{ème} éd., Zurich 2012

WITZIG Aurélien, *Le renouveau des rémunérations variables*, Genève 2015

WITZIG Aurélien, Newsletter d'octobre 2015 éditée par BOHNET/DIETSCHY-MARTENET/DUNAND/MAHON

WYLER Rémy / HEINZER Boris, *Droit du travail*, 3^{ème} éd., Berne 2014

WYLER Rémy, *Un cadre pour le bonus des hauts managers*, in journal Le Temps du 3 septembre 2015

WYLER Rémy, *Droit du travail* in JdT 2016 II p. 111ss

11. Table des abréviations

AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis (AJP)/Pratique Juridique Actuelle (PJA)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
CC	Code civil suisse (RS 210)
CO	Code fédéral des obligations (RS 220)
DTA (ARV)	Revue de droit du travail et d'assurance-chômage (Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung)
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrecht
JdT	Journal des Tribunaux
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
SJ	La Semaine judiciaire