

Le bonus en droit du travail : entre gratification et salaire variable

Casuistique tirée de la jurisprudence du Tribunal fédéral

I. INTRODUCTION

En droit suisse, le bonus est une notion indéterminée, qui peut prendre la forme d'un **salaire variable** ou d'une **gratification**. La distinction entre ces deux notions permet de déterminer si le bonus représente un droit acquis pour l'employé (tel est le cas s'il fait partie du salaire) ou si son versement est laissé à la discrétion de l'employeur (tel est le cas s'il est qualifié de simple gratification).

Selon le Code des obligations (CO), un bonus est exigible lorsque les parties l'ont expressément convenu comme une composante du salaire (art. 322 et suivants CO). En revanche, s'il est qualifié de gratification, son paiement est facultatif, sauf en cas de pratiques récurrentes qui créeraient un usage contraignant pour l'employeur (dès trois ans d'affilé sans mention du caractère facultatif).

Il est ainsi nécessaire de déterminer dans chaque cas si le bonus doit être qualifié de salaire au sens de l'art. 322 CO ou de gratification au sens de l'art. 322d CO.

II. LE BONUS : UNE GRATIFICATION OU UN ÉLÉMENT DU SALAIRE ?

Le salaire comprend notamment la rémunération en nature, la participation au résultat de l'exploitation et les provisions. Son versement est toujours obligatoire.

Une gratification, comme une rétribution spéciale accordée à certaines occasions, telles que Noël ou la fin de l'exercice annuel, peut être octroyée en sus du salaire. Son versement ne devient obligatoire pour l'employeur que si cela a été convenu entre les parties.

En droit suisse, le bonus peut être considéré comme :

- **une partie intégrante du salaire** s'il dépend de critères objectifs et est régulièrement versé. Son paiement est alors garanti, le bonus étant payé même si l'employé quitte l'entreprise ;
- **une gratification improprement dite (gratification convenue)** versée au prorata lorsque les parties en ont convenu ainsi, même lorsque l'employé quitte l'entreprise ;
- **une gratification proprement dite** (gratification facultative) laissée à la discrétion de l'employeur, le bonus n'étant pas payé si l'employé quitte l'entreprise.

III. LES CRITÈRES JURISPRUDENTIELS

Au cours de ces dernières années, la jurisprudence a établi des critères en cascade pour déterminer si un bonus correspond à une partie intégrante du salaire, une gratification improprement dite ou une simple gratification (proprement dite) non-obligatoire.

1. Le pouvoir d'appréciation de l'employeur

Le critère le plus important dans la qualification du bonus est le pouvoir d'appréciation de l'employeur sur le versement de celui-ci.

Lorsqu'un bonus est fixé contractuellement dans son *principe* et que son *montant* est déterminé ou objectivement déterminable – par exemple, sur la base de critères prédéfinis tels que les bénéfices, le chiffre d'affaires, le

résultat d'exploitation du département auquel est affilié l'employé ou encore les performances de l'employé – sans dépendre de l'appréciation subjective de l'employeur, il est qualifié de salaire variable. Dans ce cas, l'employé dispose d'un droit au versement du bonus puisqu'il s'agit d'une partie de son salaire (variable). En cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu au paiement du bonus, le travailleur n'a droit qu'à une part proportionnelle de cette rétribution.

À l'inverse, si le paiement du bonus repose sur la libre appréciation de l'employeur, en fonction de son évaluation subjective de la performance du salarié, alors il est considéré comme une gratification. Ce type de bonus, dont le versement et le montant dépendent du bon vouloir de l'employeur, n'est donc en principe pas garanti à l'employé.

2. Gratification convenue ou facultative

Dans le cas d'un bonus dont le montant est indéterminable ou dont le paiement est laissé à la seule appréciation de l'employeur, la jurisprudence distingue encore deux hypothèses :

- (i) Lorsque l'employeur dispose d'un pouvoir d'appréciation quant au montant du bonus, le bonus est qualifié de gratification improprement dite ou convenue. Ce bonus, bien que variable, doit être versé selon les termes convenus et l'employé peut en exiger le paiement.
- (ii) Lorsque l'employeur a un pouvoir discrétionnaire non seulement sur le montant, mais également sur le principe du versement du bonus, celui-ci est qualifié de gratification proprement dite et ne crée, en principe, aucun droit pour l'employé, son versement dépendant uniquement de la décision de l'employeur.

En d'autres termes, une gratification est convenue (et donc due par l'employeur) lorsque les parties ont établi un accord sur le principe du versement d'un bonus, ne laissant que le montant à discuter. En revanche, une gratification est facultative lorsque les parties ont réservé à la fois le principe et le montant du bonus.

Bien que cette distinction puisse sembler simple à identifier, elle devient plus complexe lorsqu'elle repose sur un accord implicite. La jurisprudence reconnaît l'existence d'un accord implicite lorsque l'employeur a versé une gratification facultative pendant au moins trois années consécutives sans préciser le caractère facultatif du versement, et ce que le montant soit similaire chaque année ou variable.

3. Le principe de l'accessoriété

Lorsqu'une personne touche une gratification facultative sur laquelle les parties ont réservé tant le principe que le montant, il faut encore examiner si le bonus présente un caractère accessoire par rapport au salaire de base.

Pour des revenus modestes (une fois le salaire médian), la gratification représentant une partie importante des revenus de l'employé n'est pas accessoire et peut ainsi être requalifiée en salaire.

De même, pour des revenus moyens et supérieurs (entre le salaire médian et cinq fois le salaire médian), un bonus régulièrement très élevé en comparaison au salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, perd son caractère accessoire et doit être requalifié en salaire.

Si la gratification est ainsi convertie en élément du salaire, elle doit être payée *pro rata temporis* en cas d'extinction des rapports de travail.

À titre d'exemples, le Tribunal fédéral a reconnu le caractère accessoire d'un bonus (i) correspondant au quart du salaire annuel de CHF 100'000.-, (ii) représentant 16% de l'ensemble des prestations pécuniaires de l'employeur, lesquelles s'élevaient à plus de CHF 415'000.- par année, ou encore (iii) s'élevant à un montant de CHF 13'232.- par rapport à un salaire annuel de CHF 36'000.- ; ce faisant, il a estimé que ces bonus ne pouvaient être qualifiés de salaires. À l'inverse, le Tribunal fédéral a nié le caractère accessoire d'un bonus correspondant à plus du double du salaire annuel requalifiant ainsi une gratification facultative en élément du salaire.

4. L'exception pour les revenus très élevés

Le Tribunal fédéral a inséré dans sa casuistique concernant le bonus une exception pour les très hauts revenus.

En règle générale, lorsqu'une gratification facultative est nettement supérieure au salaire annuel de l'employé et qu'elle est versée régulièrement, elle devient une partie intégrante du salaire et l'employé dispose d'un droit à son versement.

Toutefois, cette règle de l'accessoriété ne s'applique pas aux salaires très élevés, cas dans lesquels la liberté contractuelle prévaut. Le Tribunal fédéral a fixé le seuil des très hauts salaires à cinq fois le salaire médian suisse (secteur privé), soit environ CHF 35'000.- par mois. Pour calculer ce montant, le salaire et le bonus sont additionnés.

IV. LES PLANS D'INTÉRESSEMENT

Le Tribunal fédéral définit le plan d'intéressement comme les « mesures qu'une entreprise prend afin que ses cadres ou

collaborateurs puissent se procurer, à intervalles réguliers et sous des modalités spécifiques, des actions de cette entreprise ou des options sur ses actions ».

Lorsque l'employeur fournit des prestations variables dans le cadre d'un plan d'intéressement, il y a lieu de distinguer, sur la base de la convention entre les parties et de leurs intérêts respectifs, s'il s'agit d'un salaire variable ou d'une gratification.

Dans ce contexte, le Tribunal fédéral rappelle que les critères applicables concernant les bonus sont également pertinents pour déterminer si la participation dans un plan d'intéressement relève d'un élément du salaire ou d'une gratification discrétionnaire.

Cela étant dit, le Tribunal fédéral souligne que la participation d'un employé dans un plan d'intéressement peut également relever de sa qualité d'investisseur et non d'employé. Dans pareille hypothèse, les dispositions impératives du droit du travail ne lui sont pas applicables.

Le cas échéant, un litige relevant du plan d'intéressement ne sera pas soumis à la juridiction des prud'hommes, mais à la juridiction ordinaire, dans la mesure où le travailleur a agi comme investisseur privé et non comme employé de l'entreprise.

En revanche, si la participation de l'employé au plan d'intéressement se fait à des conditions plus favorables que le marché – l'employé ne supportant aucun risque d'investisseur ou le prêt étant octroyé à des conditions avantageuses – le plan de participation est considéré comme faisant partie intégrante de son contrat de travail et tout litige devra être soumis à la juridiction prud'homale.

V. LE FARDEAU DE LA PREUVE

Une récente décision du Tribunal cantonal neuchâtelois a mis en lumière le rôle de la preuve dans les litiges relatifs au bonus. Il ressort de cette jurisprudence que l'employé doit prouver que le droit au bonus était établi explicitement ou implicitement par contrat ou par des pratiques régulières (actes concluants), ainsi que les modalités de son calcul et versement. La jurisprudence insiste sur la charge de la preuve pour clarifier si le bonus relève du droit acquis ou reste discrétionnaire.

VI. LA MODIFICATION DU BONUS EN COURS D'EMPLOI

Dans la mesure où le paiement d'un bonus fait partie intégrante du salaire, une modification du contrat de travail (et des conditions auxquelles le salaire est versé) au détriment de l'employé requiert l'accord préalable de ce dernier. Une acceptation tacite des nouvelles conditions de

travail n'est envisageable que lorsque la modification est en faveur de l'employé.

Partant, si l'employé refuse la modification de son bonus, l'employeur n'a pas d'autre choix que de procéder à un congé-modification, pour autant que le changement soit motivé par des raisons économiques justifiées et non abusives.

Dans ce contexte, l'employeur peut soumettre la proposition de modification du contrat de travail à l'employé, accompagnée d'une résiliation des rapports de travail dans le cas où l'employé devait refuser la modification. Au contraire, si l'employé accepte, la modification ne pourra entrer en vigueur qu'à l'expiration d'un délai correspondant au délai de congé de l'employé.

En revanche, si le bonus ne fait pas partie intégrante du salaire et relève d'une gratification, qu'elle soit facultative ou convenue, la modification du contrat de travail ne requiert pas l'approbation du travailleur.

VII. LA PRIME D'ASSIDUITÉ

Depuis quelques années, en Allemagne et en France, des primes d'assiduité ont été instaurées, récompensant les employés qui s'absentent peu durant l'année.

Cette prime, conditionnée à l'absence de congés injustifiés, suscite l'indignation de certains employés et syndicats. Les employeurs qui y recourent indiquent pour leur part constater une baisse de l'absentéisme une fois ces primes d'assiduité introduites.

En droit suisse, une telle prime serait considérée comme un salaire variable, dans la mesure où il est objectivement déterminable, sur la base de critères prédéfinis et ne dépend pas de l'appréciation subjective de l'employeur. Si l'employé respecte les conditions d'absentéisme liées à la prime d'assiduité, il devient titulaire d'un droit au versement de cette prime, que l'employeur est tenu de respecter, conformément à la jurisprudence fédérale.

Toutefois, en droit suisse, l'instauration de cette prime pourrait poser certaines difficultés au regard de l'interdiction de l'employé de renoncer à des créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective (art. 341 al. 1 CO). Sont notamment des dispositions semi-impératives le droit au salaire en cas d'empêchement du travailleur (art. 324a CO) ainsi que la protection de la personne du travailleur (art. 328 CO). On ne saurait exclure qu'une prime d'assiduité puisse être considérée comme contraire au droit du travailleur de percevoir (une partie de) son salaire durant son incapacité de travail ou à son droit à la protection de sa personnalité s'il s'avère que la prime incite l'employé à travailler durant une incapacité.

VIII. QUELQUES OBSERVATIONS CONCLUSIVES

Savoir si un bonus doit obligatoirement être payé par l'employeur dépend avant tout du contenu du contrat de travail conclu avec l'employé. Cependant, avec des notions telles que la gratification facultative ou convenue ainsi que l'accessoriété du bonus, la jurisprudence n'exclut pas qu'en cours de contrat de travail, les parties requalifient juridiquement un bonus et ce de manière parfaitement implicite. En effet, le Tribunal fédéral s'accommode parfaitement du fait que, en raison d'un accord tacite (déduit du comportement des parties), une gratification facultative – dont le versement n'est pas obligatoire pour l'employeur – se transforme en élément du salaire, dont le versement est cette fois obligatoire.

Pour s'éviter de telles surprises, l'employeur doit être attentif à la façon dont le versement de bonus s'organise dans sa structure (p. ex. versement précédé d'un entretien ou encore formalisé par écrit). Des outils tels qu'un règlement du personnel, ou une politique de rémunération variable peuvent s'avérer utiles.

VOS CONTACTS



Arnaud Nussbaumer-Laghzaoui, associé
arnaud.nussbaumer@jslegal.ch
+41 22 716 96 96



Marine Emch, avocate
marine.emch@jslegal.ch
+41 22 716 96 96

NOTRE ÉTUDE

Jacquemoud Stanislas
29, rue de la Coulouvrenière
Case postale
1211 Genève 8, Suisse
Téléphone +41 22 716 96 96
Fax +41 22 346 89 64
jslegal.ch

MENTION LÉGALE

Le présent bulletin exprime les opinions générales des auteurs à la date du bulletin, sans tenir compte des faits et circonstances propres à une personne ou à une transaction particulière ou un cas particulier. Il ne constitue pas un avis juridique. Toute responsabilité quant à l'exactitude ou la justesse du contenu de ce bulletin est explicitement exclue.