



Article
scientifique

Commentaire

2016

Published
version

Open
Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La détermination de la rémunération pertinente pour l'atteinte du seuil des très hauts revenus ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_565/2015

Witzig, Aurélien

How to cite

WITZIG, Aurélien. La détermination de la rémunération pertinente pour l'atteinte du seuil des très hauts revenus ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_565/2015. In: Newsletter Droitdu travail.ch, 2016, vol. juin.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:110096>

Tribunal fédéral – 4A_565/2015

destiné à la publication

Ire Cour de droit civil

Arrêt du 14 avril 2016 (d)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Aurélien Witzig, La détermination de la rémunération pertinente pour l'atteinte du seuil des très hauts revenus ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_565/2015, Newsletter DroitDuTravail.ch juin 2016

Newsletter juin 2016

Rémunération variable ;
gratification ; bonus ;
accessoriété

Art. 322d CO



La détermination de la rémunération pertinente pour l'atteinte du seuil des très hauts revenus ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_565/2015

Aurélien Witzig, docteur en droit, avocat, chargé d'enseignement aux Universités de Neuchâtel et de Genève

I. Objet de l'arrêt

Dans l'ATF 141 III 407 du 11 août 2015, le Tribunal fédéral a décidé que la règle de l'accessoriété ne s'applique pas lorsque la rémunération totale d'un travailleur équivaut ou dépasse cinq fois le salaire médian suisse dans le secteur privé. L'arrêt 4A_565/2015 du 14 avril 2016 vient préciser la façon dont doit être déterminée la rémunération du travailleur pour évaluer si ce seuil est atteint.

II. Résumé de l'arrêt

A. Faits et procédure¹

Une banque spécialisée dans la gestion de fortune avait embauché un employé en qualité de banquier. Le contrat de travail prévoyait un salaire fixe annuel d'environ 220'000 francs et un bonus bénévole, calculé en fonction des efforts fournis par l'employé pour augmenter le chiffre d'affaires et acquérir de nouveaux clients. Le bonus était donc fondé sur les résultats financiers de la banque et la contribution personnelle de l'employé. L'exercice durant lequel étaient calculés les divers éléments de rémunération s'étendait du 1^{er} avril au 31 mars de chaque année. Il était prévu que le bonus fût octroyé en juin. Aucun bonus n'était octroyé si le contrat devait avoir été résilié avant le moment de l'exigibilité du bonus.

Pour le premier exercice (durant lequel il avait travaillé six mois), l'employé avait reçu 110'000 francs de salaire et 120'000 francs de bonus ; pour le deuxième exercice, 220'000 francs de salaire et 260'000 francs de bonus ; pour le troisième exercice, 240'000 francs de

¹ Les faits ici résumés tiennent compte également du jugement cantonal objet de la saisine du Tribunal fédéral, rendu le 16 septembre 2015 par la première chambre civile de l'Obergericht de Zurich n° LA150013 (disponible sur gerichte-zh.ch).

salaire et 245'000 francs de bonus. La réserve du caractère bénévolo du bonus fut rappelée lors du troisième versement.

Le contrat de travail fut rompu au bout de trois ans et demi. Le salarié réclamait, pour le quatrième exercice, le paiement d'un bonus à hauteur de 270'000 francs environ.

L'Arbeitsgericht de Zurich rejeta la demande au motif qu'aucun droit au versement d'un bonus – ni en vertu du contrat, ni en application du principe de confiance – ne devait être reconnu à l'employé. L'Obergericht de Zurich, devant qui l'employé avait interjeté appel, renversa le jugement de première instance en décidant que le bonus, certes non contractuel, ne satisfaisait pas au principe d'accessoriété. L'employé n'ayant perçu que 240'000 francs de salaire durant le dernier exercice, le principe d'accessoriété trouvait application, puisque la rémunération perçue se situait en deçà du seuil de cinq fois le salaire médian annuel (370'000 francs environ). Cette juridiction avait dès lors condamné l'employeur à verser à l'employé un montant correspondant à la différence entre le montant de cinq fois le salaire médian annuel et le salaire fixe perçu durant le dernier exercice, soit un total de 130'000 francs.

Saisi par l'employeur, le Tribunal fédéral casse le jugement cantonal et déboute l'employé de toutes ses prétentions.

B. Droit

Le Tribunal fédéral reprend les critères de qualification en gratification d'un élément de rémunération.

En premier lieu, l'élément de rémunération doit être – entièrement ou au moins partiellement – facultatif. Un élément de rémunération est facultatif lorsque l'employeur dispose d'un pouvoir d'appréciation au moins dans la détermination de son montant. Il y a pouvoir d'appréciation de l'employeur lorsque la détermination du montant ne dépend pas seulement de l'atteinte d'un résultat commercial (*Geschäftsergebnis*) déterminé, mais dépend en outre de l'appréciation subjective portée par l'employeur sur la prestation de travail personnelle de l'employé (cons. 2.1).

En second lieu, l'élément de rémunération doit revêtir un caractère accessoire par rapport au « revenu total que l'employé tire de son contrat de travail » (*Gesamteinkommen aus Arbeitsvertrag*). Pour les bas salaires, un bonus peut déjà perdre son caractère accessoire même s'il se trouve dans un rapport de proportion avec le salaire assez faible ; pour les salaires moyens et élevés, un bonus équivalent ou même supérieur au salaire, payé régulièrement, peut représenter exceptionnellement (*ausnahmsweise*) un élément de salaire variable, malgré le caractère bénévolo convenu (*trotz vereinbarter Freiwilligkeit*). Le point de bascule dépend des circonstances et ne saurait simplement résider dans un rapport chiffré entre le salaire contractuel et l'élément de rémunération en question (cons. 2.2.1).

Pour les très hauts revenus, soit ceux qui excèdent cinq fois le salaire médian, le critère de l'accessoriété n'est plus applicable. Pour déterminer la rémunération tirée par l'employé de son contrat de travail – et constater si elle atteint le seuil de cinq fois le salaire médian –, il faut tenir compte de tous les éléments de rémunération qui sont entrés dans le patrimoine du travailleur, quelle que soit leur désignation, et quels que soient la régularité, le motif ou le fondement juridique de leur versement, à l'exclusion du bonus litigieux. Du point de vue temporel, seul compte le moment où ils sont versés, quelle que soit la période de travail à

laquelle ils se rapportent. Autrement dit, l'allocation du versement de l'élément à un exercice plutôt qu'à autre n'est pas pertinente ; seul compte le moment du paiement. Le paiement doit toutefois être effectif (cons. 2.2.2 et 2.3). Quant à la période de référence, il s'agit généralement de l'année précédente, pour autant qu'elle soit pertinente et probante (*aussagekräftig*), même si une autre période – comme un semestre ou une période correspondant à un exercice décalé par rapport à l'année calendaire – peut se révéler adéquate dans un cas donné (cons. 2.4).

En l'espèce, le Tribunal fédéral prend donc en considération, pour décider de l'application du principe d'accessoriété, tous les revenus perçus par l'employé du 1^{er} avril 2012 au 31 mars 2013, date de la fin du rapport de travail. Le bonus correspondant à l'exercice du 1^{er} avril 2011 au 31 mars 2012, mais payé en juin 2012, est donc inclu dans la rémunération déterminante. Ce bonus s'élevant à 215'000 francs, et venant s'ajouter au salaire de 240'000 francs, ainsi qu'à un autre paiement de 30'000 francs versé en décembre 2012, la rémunération totale tirée par l'employé de son contrat de travail s'était donc élevée à 485'000 francs durant la période de référence, soit davantage que le seuil de cinq fois le salaire médian (cons. 2.5), ceci sans même tenir compte du bonus litigieux (cons. 2.6). Dans ces circonstances, le principe d'accessoriété n'étant pas applicable, l'employé ne pouvait s'en prévaloir (cons. 2.6). Aucun droit au paiement du bonus n'existant, la demande de l'employé devait donc être rejetée (cons. 2.7).

III. Analyse

L'arrêt ici commenté sera, lors de sa publication au recueil des ATF, au moins le septième à recevoir cet honneur dans le domaine des rémunérations variables depuis l'an 2000². De fait, ce domaine trouve sa source principalement dans la jurisprudence. Comme toute construction prétorienne, le régime des rémunérations variables évolue de manière ponctuelle, au gré des décisions rendues dans des cas d'espèce. Une telle situation ne facilite pas la compréhension de la règle de droit. Ces difficultés tiennent selon nous à l'absence de recours désigné à quelques principes fondamentaux qui auraient le mérite de clarifier le régime des rémunérations variables.

Il nous paraît dès lors utile de proposer **trois principes fondamentaux** permettant de rendre compte, de façon aisée, du régime des rémunérations variables (A), avant de présenter plus spécifiquement les **principes retenus pour la détermination de la rémunération pertinente pour l'atteinte du seuil des très hauts revenus** (B).

A. Trois principes fondamentaux du droit des rémunérations variables

Nous comptons au rang des principes fondamentaux du droit des rémunérations variables : le **principe de force obligatoire de la promesse** (1), le **principe de protection de confiance légitime** (2) et le **principe d'onérosité du contrat de travail** (3).

² Les six premiers sont les suivants : ATF 129 III 276 du 17 décembre 2002 ; ATF 130 III 495 du 8 avril 2004 ; ATF 131 III 615 du 21 septembre 2005 ; ATF 136 III 313 du 26 mai 2010 ; ATF 139 III 155 du 26 février 2013 ; ATF 141 III 407 du 11 août 2015. Dans l'arrêt ici commenté, le Tribunal fédéral fait référence à quatre d'entre eux (ATF 129 III 276, ATF 131 III 615, ATF 139 III 155, ATF 141 III 407).

1) Le principe de force obligatoire de la promesse

Ce principe fut formulé de manière nette dans l'ATF 141 III 407 du 11 août 2015. Il était déjà implicite au moins dès l'ATF 129 III 276 du 17 décembre 2002, qui distinguait entre la gratification facultative, la gratification convenue et le salaire variable.

La **gratification facultative** est entièrement bénévole, tant sur le principe de son octroi que sur la détermination de son montant. Cette caractéristique autorise l'employeur à la révoquer à tout moment. À l'opposé, le **salaire variable** est un élément de rémunération obligatoire, qui ne peut être soumis à aucune condition et doit être payé selon le même régime qu'un salaire fixe ; seul son montant varie selon des règles objectives et connues à l'avance. Quant à la **gratification convenue**, le principe de son paiement est acquis mais la détermination de son montant reste dans une large mesure tributaire du pouvoir d'appréciation subjectif de l'employeur. De ce fait, l'employeur peut la soumettre à une condition suspensive.

La justification de cette typologie réside selon nous dans la consécration classique de la **promesse** comme fondement de la force obligatoire du contrat. Nous l'expliquons ainsi : dans le cas de la gratification facultative, aucune promesse n'a été faite par l'employeur au travailleur. Faute de source d'obligation, le travailleur ne peut se prévaloir d'une quelconque créance. Il possède tout au plus une simple expectative à l'égard du paiement d'une gratification. À l'inverse, lorsque les parties se sont mises d'accord sur le principe du paiement d'un élément de rémunération et que les règles de calcul sont établies par avance – même si le montant exact ne pourra être connu que par la suite puisqu'il dépend de faits dont la réalisation est encore incertaine –, l'objet de l'accord est suffisamment précis pour fonder une source d'obligation. L'employeur ne peut donc se dédire, sous peine de commettre une inexécution contractuelle. Dans le cas de la gratification convenue enfin, l'employeur promet le paiement d'un élément de rémunération, mais il ne s'engage pas sur un montant, lequel demeure indéterminé et même indéterminable. Son obligation ne porte donc que sur le principe de payer, mais la mesure de ce paiement ne fait l'objet d'aucune promesse prédéterminée, faute de formule mathématique de calcul. Le travailleur ne peut donc se prévaloir que d'une obligation amputée à l'encontre de son employeur. Toutefois, l'employeur ayant promis qu'un élément serait payé, il doit – sous peine de violer cette promesse spécifique – respecter les règles de la bonne foi dans la détermination du montant, en le calculant de manière raisonnable³. Le principe mis en œuvre dans le calcul du montant de la gratification convenue n'est autre que celui de la **bonne foi**, prise sous son aspect de protection de la confiance (*Treu und Glauben*).

Ce principe de bonne foi connaît une autre consécration, non plus en matière de détermination de l'obligation, mais en matière de création de l'obligation, ce que nous allons voir à présent.

³ Ce principe général fut appliqué dans des arrêts déjà anciens et dans diverses matières : ATF 93 II 185, ATF 118 II 157, ATF 115 II 331. Plus récemment, en droit du travail, cf. TF, 19 août 2009, 4A_325/2008 ; ATF 136 III 313.

2) Le principe de protection de la confiance légitime

Le principe de protection de la confiance légitime fonde la règle selon laquelle une gratification facultative doit être considérée comme convenue lorsqu'elle a été versée trois années d'affilée sans réserve, ou même lorsqu'elle a été versée avec une réserve mais durant un grand nombre d'années et alors que les circonstances ayant présidé à l'octroi de la gratification ont évolué. Un tel comportement de l'employeur lui est imputé comme l'aveu qu'il **se reconnaît lié** par une source d'obligation, même si cette source n'a pas été formalisée entre les parties.

Par un procédé spécifique d'hybridation des sources d'obligation en droit du travail, le principe de confiance tend à se confondre avec celui de l'interdiction des discriminations – même si le domaine d'application de ce dernier demeure limité en droit du travail suisse – notamment dans le cas où des primes de départ ou des gratifications convenues sont versées à un grand nombre de salariés lorsqu'ils quittent l'entreprise⁴.

Les deux principes de force obligatoire de la promesse et de protection de la confiance légitime ressortissent au régime général du droit des obligations. Le troisième principe fondamental du droit des rémunérations variables relève quant à lui d'une caractéristique propre au contrat de travail : son caractère onéreux.

3) Le principe d'onérosité du contrat de travail

Si l'on devait l'énoncer sous la forme d'un aphorisme, nous dirions que le principe d'onérosité du contrat de travail veut que « **tout travail salarié mérite salaire** ». L'aspect tautologique de cet aphorisme provient de la constatation empirique selon laquelle le travailleur ne s'engage dans un contrat de travail que moyennant rémunération. Dès lors, la qualification de gratification ne saurait s'étendre à tel point que la part facultative de la rémunération du travail ne devienne prépondérante par rapport à la part obligatoire de cette rémunération. Autrement dit, une rémunération purement facultative étant contraire au fondement même du contrat de travail, elle mériterait d'être requalifiée en rémunération obligatoire.

Une fois ce principe consacré, le débat s'est porté sur la **mesure** de la part facultative de la rémunération pouvant être reconnue comme admissible. La jurisprudence a adopté une approche nuancée, distinguant selon les niveaux de rémunération, jusqu'à juger l'année dernière qu'un travailleur ayant gagné cinq fois le salaire médian annuel dans le secteur privé ne pouvait plus prétendre que le caractère onéreux de son contrat de travail n'était plus observé, même si la grande majorité de sa rémunération était facultative.

Restait à préciser la façon de constater l'atteinte de ce seuil. C'est ce à quoi s'emploie l'arrêt ici commenté.

⁴ Cf. ATF 129 III 276, cons. 3.1 ; TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004, cons. 3.1 ; TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.2 ; TF, 28 février 2013, 4A_610/2012, cons. 2.4. Pour davantage de détails sur ces questions, cf. Aurélien Witzig, *Le renouveau des rémunérations variables*, Genève, Slatkine, 2015, pp. 281-283.

B. Les principes retenus pour la détermination de la rémunération pertinente pour l'atteinte du seuil des très hauts revenus

En synthèse, les deux principes majeurs retenus par le Tribunal fédéral sont les suivants :

1) Le recours à une période de référence pertinente et probante

Le Tribunal fédéral considère qu'il faut **recourir à une période de référence** (a), laquelle doit être **pertinente et probante** (b).

a. Le recours à une période de référence

Ce principe découle de la fixation d'un seuil pour exclure l'application du principe d'accessoriété. En effet, comment calculer l'atteinte d'un seuil si l'on ne se réfère pas à une période déterminée ? Ce principe était donc déjà acquis dès l'ATF 141 III 407. Toutefois, ce point n'avait pas l'objet d'une réflexion aussi poussée que dans l'arrêt ici commenté.

b. Pertinente et probante

À titre de principe, la période de référence doit être pertinente et probante (*aussagekräftig*). Dans l'arrêt ici commenté, elle correspond à l'année précédant le moment où le droit à la gratification est examiné. Par exception, une autre période peut être envisagée : soit une période plus courte (un semestre), soit une autre période plus pertinente et plus probante.

Le Tribunal fédéral n'en dit pas davantage et l'on imagine que cela dépendra des circonstances du cas d'espèce. Il est en tout cas certain que la période peut correspondre à l'exercice retenu lorsque ce dernier est décalé par rapport à l'année calendaire (par exemple lorsqu'il est fixé d'avril à mars de l'année suivante). Une période de référence plus courte paraît se justifier pour des raisons pratiques lorsque le travailleur quitte l'entreprise en cours d'exercice. En cas de période de référence inférieure à une année, le seuil des très hautes rémunérations doit être calculé, comme l'avait montré l'ATF 141 III 407, proportionnellement à la période de référence (185'000 francs environ pour six mois par exemple).

2) La totalisation des éléments de rémunération effectivement payés

Sont pris en compte les **éléments de rémunération** (a), **effectivement payés** pendant la période de référence (b), **sans aucune distinction** (c).

a. Des éléments de rémunération

Le Tribunal fédéral ne le dit pas expressément (il parle des « revenus tirés du contrat de travail » : *Gesamteinkommen aus Arbeitsvertrag*), mais seuls les éléments de rémunération à proprement parler sont concernés.

Doivent donc être exclus la fourniture des matériaux et des instruments de travail, ainsi que tout remboursement des frais (cf. CO, art. 327 et s.).

b. Effectivement payés

Le paiement doit être effectif, c'est-à-dire que la propriété doit être passée du patrimoine de l'employeur au patrimoine du travailleur.

Les expectatives telles que des actions ou des options attribuées mais non exercées ne sauraient être prises en compte.

c. Sans aucune distinction

Tout d'abord, la totalisation des éléments de rémunération sans aucune distinction implique que la **désignation de la rémunération par les parties** ne revêt aucune valeur. Cette règle correspond au principe classique selon lequel la qualification des éléments contractuels est généralement soustraite à la libre disposition des parties.

De manière plus spécifique, le **motif** et le **fondement juridique** du versement de l'élément de rémunération ne comptent pas non plus. Ainsi, la période de travail correspondant à l'élément de rémunération en question importe peu puisque seul compte le moment du paiement.

Ce point est discutable. En effet, il est commun que les bonus correspondant au travail effectué durant une année N ne soient versés que durant l'année N+1. Il en résulte qu'en fonction du moment où le travailleur quittera son emploi, il aura ou non perçu le bonus correspondant à l'année précédente et, du coup, il aura ou non potentiellement atteint le seuil des très hautes rémunérations.

Soit par exemple un travailleur ayant un salaire fixe de 100'000 francs par an et ayant perçu le 31 mars 2015 un bonus de 500'000 francs correspondant à l'année 2014. Selon que ce travailleur aura quitté son emploi le 31 mars ou le 30 avril 2016, il aura atteint ou non le seuil des très hautes rémunérations. En effet, s'il quitte son emploi le 31 mars 2016, il aura perçu, durant la période de référence, des rémunérations excédant le seuil des très hauts revenus (en l'occurrence 600'000 francs). En revanche, si le même travailleur quitte son emploi le 30 avril 2016, alors il n'aura pas franchi ce fameux seuil, puisque, depuis le 1^{er} avril 2015, il n'aura perçu que 100'000 francs. Il en résulte qu'en décalant d'un mois (voir d'un seul jour) la date de fin du contrat, le principe d'accessoriété redevient applicable alors qu'il ne l'était plus le mois précédent ou même la veille.

Dans cette perspective, il suffirait à l'employeur, sans aucun autre motif que celui d'échapper à l'application du principe d'accessoriété, de compléter la rémunération d'un travailleur à hauteur de 370'000 francs sur la période de référence pour écarter totalement le principe d'accessoriété. Ainsi, un travail de même quantité et qualité, qui était rémunéré en année N par un bonus d'une certaine valeur, ne serait plus rémunéré, en année N+1, que par un montant correspondant à la différence entre le seuil des très hauts revenus et la rémunération de base, sans aucune autre considération.

Toutefois, nous avons vu que la période de référence n'était pas fixée une fois pour toutes, mais demeurerait adaptable aux circonstances. On doit donc supposer que le Tribunal fédéral tiendrait compte de telles situations pour éviter des solutions heurtant le bon sens.

Enfin, la **régularité** du versement ne doit pas non plus être prise en compte. Là aussi, on peut se demander si la *ratio legis* du principe d'accessoriété n'est pas contournée lorsqu'il suffit, pour y échapper, d'un unique versement juste avant la fin du contrat de travail alors que, par hypothèse, le travailleur a pu recevoir pendant plusieurs années un bonus nettement supérieur à une rémunération de base qui se tenait en dessous du seuil des très hauts revenus. Plus grave, un arriéré de salaire fixe de base, qui serait par hypothèse versé quatre ans après sa date d'exigibilité, neutraliserait le principe d'accessoriété en faisant entrer un travailleur dans le seuil des très hauts revenus alors même que sa rémunération habituelle avait pu s'être constamment tenue bien en dessous de ce seuil.

Au total, le Tribunal fédéral a su faire preuve de pragmatisme. Toutefois, la solution adoptée est partiellement en contradiction avec la logique même du principe d'accessoriété, lequel commande une appréciation différenciée en fonction des sources de rémunération octroyées à travers le temps. Cette clarification du régime des rémunérations variables risque donc d'être source de nouvelles complications... qui appelleront elles-mêmes de nouvelles clarifications.