Tribunal fédéral – 4A_653/2014
destiné à la publication
Ire Cour de droit civil
Arrêt du 11 août 2015 (f)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Aurélien Witzig, La notion de « très hauts revenus » précisée par la jurisprudence ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_653/2014, Newsletter DroitDuTravail.ch octobre 2015

Newsletter octobre 2015

Rémunération variable ; gratification ; bonus ; accessoriété

Art. 1, 322, 322*d*, 341 CO

La notion de « très hauts revenus » précisée par la jurisprudence ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_653/2014

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

I. Objet de l'arrêt

Dans un arrêt rendu le 11 août 2015 par les cinq juges de la I[ère] Cour de droit civil et destiné à la publication au recueil officiel (4A_653/2014), le Tribunal fédéral est venu préciser le régime des rémunérations variables en droit du travail. Cet arrêt important apporte un éclairage bienvenu pour tous les praticiens des rémunérations variables puisqu'il définit la notion de « très hauts revenus », qui permet d'identifier le seuil à partir duquel la règle de l'accessoriété ne trouve plus application. Ce seuil est fixé à **cinq fois le salaire médian suisse dans le secteur privé, soit actuellement environ 370'000 francs**.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Un établissement bancaire de premier ordre avait embauché un stagiaire en 1985. Ce dernier avait ensuite gravi plusieurs échelons au point de porter, seize ans plus tard, un titre de directeur. Il resta à ce poste pendant encore huit ans, avant de démissionner pour rejoindre un autre établissement bancaire.

Le travailleur percevait un salaire de base fixe et une rémunération variable, désignée continuellement comme discrétionnaire par l'employeur et calculée sur la base de plusieurs critères comme les résultats de l'entreprise ou la performance du travailleur. Les règles relatives à cette rémunération variable ont varié au fil des années mais ont toujours été acceptées par le travailleur. En dernier lieu, la rémunération était composée d'un bonus versé sous forme d'actions, dont l'acquisition définitive s'échelonnait dans le temps après la date d'octroi, et d'un bonus versé en espèces. Il était prévu qu'aucun bonus ne serait versé relativement à une année donnée en cas de démission du travailleur avant la fin de l'année en question (**clause suspensive**). De plus, les actions qui n'auraient pas été définitivement

acquises à la date de la démission seraient annulées (**clause de déchéance**). Quant au bonus en espèces, de par son but de fidélisation, il pouvait être récupéré *pro rata temporis* par l'employeur si le travailleur démissionnait dans une période d'environ deux ans à compter de son attribution (**clause de remboursement**).

Durant les dernières années de son emploi auprès de la banque, la rémunération du travailleur s'était élevée à 300'000 francs pour le salaire de base fixe, à environ 500'000 à 750'000 francs pour le bonus en actions et à environ un million de francs pour le bonus en espèces, soit un total annuel autour de deux millions de francs.

Le travailleur ayant démissionné pour le 30 juin 2009, la banque ne lui a pas octroyé de bonus relativement à l'année 2009. Elle lui a réclamé le remboursement d'une partie de son bonus en espèces relativement à l'année 2008, au titre de la clause de remboursement. Le travailleur n'ayant pas obtempéré, la banque a directement compensé sa prétention sur le compte que le travailleur possédait auprès d'elle. Le sort des actions non encore définitivement acquises par le travailleur reste inconnu.

Le travailleur a attaqué la banque en paiement de diverses sommes devant les tribunaux vaudois et obtenu partiellement gain de cause devant les instances cantonales. Sur recours de la banque, le Tribunal fédéral fut saisi du litige. Il donne raison à la banque contre le travailleur, lequel se voit débouter de toutes ses prétentions.

B. Le droit

De façon très pédagogique, le Tribunal fédéral explique pas à pas le processus à suivre pour *qualifier* un élément de rémunération variable, soit en **rémunération convenue** (***salaire*** au sens des articles 322 et suivants du Code des obligations) soit en **rémunération discrétionnaire** (***gratification*** au sens de l'article 322d), et le *régime* à appliquer à chacune de ces deux catégories.

Selon le Tribunal fédéral, il s'agit d'interpréter les manifestations de volonté des parties (cons. 4.1), en se demandant tout d'abord si l'élément de rémunération en question est *déterminé ou objectivement déterminable* (cons. 4.2). Si tel est le cas, il s'agit d'une **rémunération convenue**, soit un ***salaire***. La rémunération convenue est due au travailleur sans restriction possible dès lors que le travail a été effectué (cons. 4.2.1).

Lorsque l'élément de rémunération en question n'est ni déterminé ni objectivement déterminable, il doit en principe être qualifié de **rémunération discrétionnaire**, soit une ***gratification***. Le travailleur ne dispose en règle générale d'aucune prétention à l'égard d'un tel élément de rémunération (cons. 4.2.2).

Toutefois, la qualification d'un élément de rémunération en gratification est soumise à une *exception* : cet élément doit demeurer **accessoire** par rapport au salaire de base. Si le bonus ne reste pas accessoire par rapport au salaire de base, il revêt en principe le caractère d'un *salaire*, quand bien même il ne serait ni déterminé ni objectivement déterminable (cons. 4.3).

L'accessoriété se définit en fonction de l'importance de la rémunération totale perçue par le travailleur durant une année donnée. La jurisprudence a identifié trois catégories, qui sont rappelées ici :

- En cas de *revenus moyens et supérieurs* : un bonus **équivalent ou supérieur** au salaire annuel, versé régulièrement, doit être considéré comme un salaire et non une gratification. Cette requalification vaut même si l'employeur avait réservé le caractère facultatif du bonus, c'est-à-dire y compris contre la volonté indubitable des parties (cons. 4.3.1).

- En cas de *revenus modestes* : un bonus même **proportionnellement moins élevé** que le salaire annuel peut déjà être requalifié en salaire (cons. 4.3.1).

- En cas de *très hauts revenus* : le bonus **n'est plus assujetti** au respect du critère de l'accessoriété. Ainsi, le bonus sera toujours qualifié de rémunération discrétionnaire, quelle que soit sa proportion par rapport au salaire de base, à condition toutefois qu'il ne soit ni déterminé ni objectivement déterminable (cons. 4.3.2).

L'un des intérêts majeurs de l'arrêt commenté réside dans la précision apportée par le Tribunal fédéral sur la notion de "très hauts revenus". Est désormais considéré comme un très haut revenu tout revenu annuel versé par l'employeur qui dépasse **cinq fois le salaire médian suisse dans le secteur privé**, soit environ 354'000 francs au moment des faits de l'arrêt (environ 370'000 francs actuellement) (cons. 5.4). Ce critère est *objectif* et s'apprécie indépendamment de la situation concrète et du train de vie de chaque travailleur (cons. 5.3.4).

Concrètement, cela signifie que, dès lors que la rémunération annuelle totale d'un travailleur atteint au moins cinq fois le salaire médian suisse dans le secteur privé, l'employeur peut librement soumettre la part de rémunération excédant ce seuil à un régime discrétionnaire, sans que cette part de rémunération ne soit requalifiée en salaire, même dans le cas où elle ne serait pas accessoire par rapport au salaire de base.

III. Analyse

L'arrêt commenté apporte des précisions bienvenues sur deux éléments importants relatifs à la rémunération variable : la mise en œuvre du principe d'***accessoriété*** (A) et les critères permettant d'identifier le ***caractère convenu ou non*** de la rémunération variable (B).

A. Accessoriété

Dans un arrêt publié en 2013 sur la question des rémunérations variables, le Tribunal fédéral avait d'ores et déjà indiqué que « lorsque le salaire proprement dit atteint un niveau qui garantit de loin l'existence économique de l'employé, excède notablement ses frais d'entretien, l'importance de la rétribution spéciale par rapport au salaire n'est plus un critère pour décider de sa qualification » (TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, ATF 139 III 155, JDT 2014 II 305, SJ 2013 I 371, cons. 5.3)[1]. Néanmoins la détermination du « niveau » n'était pas définitivement acquise. Elle est désormais claire.

Nous pouvons dès lors proposer la synthèse pratique suivante :

---

[1] Jurisprudence confirmée dans TF, 16 mai 2013, 41_721/2012, JAR 2013. 240, cons. 3 ; TF, 17 mai 2013, 4A_447/2012, JDT 2014 II 305, cons. 2.2 ; TF, 29 juillet 2013, 4A_216/2013, cons. 5.3.

a. Lorsque le bonus est *déterminé* ou *objectivement déterminable* : il s'agit d'une **rémunération convenue**, due au même titre et selon le même régime que le salaire et ce, quel que soit son montant.

b. Lorsque le bonus n'est *ni déterminé ni objectivement déterminable* : la qualification *dépend* du montant du salaire de base et du pourcentage du bonus *par rapport* à la rémunération annuelle totale, bonus compris.

Le tableau suivant offre un résume de la situation. Nous retenons ici des valeurs moyennes pour le montant du salaire et le pourcentage du bonus, afin de simplifier la lecture du tableau ; la jurisprudence est toutefois moins précise en ce qui concerne les revenus modestes, moyens et supérieurs[2].

Salaire de base	**Pourcentage du bonus par rapport à la rémunération annuelle totale**	**Bonus accessoire / non accessoire**	**Le bonus peut-il rester discrétionnaire ?**
< 75'000 CHF	< 25 %	Accessoire	**OUI**
< 75'000 CHF	> 25 %	Non accessoire	**NON**
> 75'000 CHF < 370'000 CHF	< 50 %	Accessoire	**OUI**
> 75'000 CHF < 370'000 CHF	> 50 %	Non accessoire	**NON**
> 370'000 CHF	Non pertinent	Non pertinent	**OUI**

B. Caractère convenu ou non de la rémunération variable

L'autre aspect notable de l'arrêt commenté, qui est tout aussi important que le premier, voire davantage en pratique, consiste en ce que le Tribunal fédéral utilise désormais clairement, pour qualifier les éléments de rémunération variable, les notions de rémunération « déterminée » ou « objectivement déterminable ».

Le recours à ces notions permet de faire fonctionner des couples de concepts opposés : « déterminé » / « non déterminé », « objectivement déterminable » / « non objectivement déterminable ». L'utilisation de ces critères doit être saluée en ce qu'elle est juridiquement pertinente et efficace. Lesdits critères font d'ailleurs écho au régime de la détermination du

[2] Voir récemment : TF, 29 juillet 2013, 4A_216/2013, JDT 2014 II 307.

prix en matière de contrat de vente (CO, art. 184, al. 3)[3]. Selon ce régime, le prix de vente doit être déterminé ou, au moins, déterminable d'après les circonstances[4]. Les circonstances « peuvent revêtir la forme de critères ou conditions convenus par les parties »[5]. La fixation du montant d'un prix déterminable intervient ainsi par la mise en œuvre d'éléments qui ne dépendent plus de la volonté des parties[6].

Ce régime peut être utilement retenu en droit du travail pour la rémunération variable[7]. On considérera dès lors que la rémunération variable est objectivement déterminable *lorsqu'*elle peut être fixée en relation avec des éléments qui *ne dépendent plus* de la volonté des parties au moment où la rémunération est calculée. Les critères (par exemple des objectifs à atteindre) peuvent être choisis par les parties, voire par l'employeur unilatéralement s'il agit de bonne foi[8] ; une fois ces critères fixés, la rémunération peut être calculée arithmétiquement, sans nouvelle intervention de la volonté des parties.

À ce propos, mentionnons au passage que le Tribunal fédéral a récemment rappelé que l'article 156 du Code des obligations, aux termes duquel « la condition est réputée accomplie quand l'une des parties en a empêché l'avènement au mépris des règles de la bonne foi », s'applique à la rémunération variable. Ainsi, lorsque l'employeur empêche unilatéralement l'avènement du droit à un élément de rémunération variable, par exemple en modifiant l'activité et le lieu de travail d'un travailleur qui, de ce fait, n'est plus mis en mesure d'atteindre les objectifs fixés, l'élément de rémunération variable doit lui être accordé même s'il n'a pas atteint les objectifs[9].

Le recours aux notions d'élément de rémunération déterminé ou objectivement déterminable permet donc en définitive de distinguer le « salaire variable », dont le montant est objectivement déterminable, de la « gratification convenue », dont le principe d'octroi est acquis mais dont le montant n'est pas déterminable à l'avance puisqu'il dépend en partie au moins de l'appréciation subjective de l'employeur[10].

En synthèse, on obtient ainsi la classification suivante :

---

3 Notion elle-même héritière de celle d'« objet de l'obligation », familière des usagers du Code Napoléon (C. civ. fr., art. 1108 et 1129).

4 Cf. TF, 25 août 2009, 4A_229/2009, cons. 4, note F. Werro, *in Le droit des contrats, Jurisprudence fédérale choisie et annotée*, coll. Le droit par les arrêts, Stämpfli, 2012, p. 223.

5 CJ-GE, 12 février 2010, RSJ 107/2011. 189, cons. 4.1.

6 Cf. Sylvain Marchand, « L'evolution de la jurisprudence recente en matiere de contrats de vente (1994-2004) », *in L'évolution récente du droit des obligations*, CEDIDAC, n° 61, 2004, p. 73.

7 Le caractère de règle générale de cette façon de déterminer le prix d'un contrat est reconnu depuis très longtemps en droit privé suisse : cf. Raymond Jeanprêtre, « Le montant du loyer, point essentiel du bail », JDT 1975 I 610, spéc. 612 ; plus récemment : Hans Giger, *Berner Kommentar* (2013), N 87 *ad* art. 253 CO. Voir également des réflexions intéressantes à ce sujet dans : René Hirsiger, *Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis Gleichzeitig ein Beitrag zu erfolgs- und leistungsabhängigen Vergütungssystemen und Bonuszahlungen im schweizerischen Arbeitsrecht*, SSA - Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, n° 72, Stämpfli, 2011, p. 239.

8 Pour agir de bonne foi en matière de fixation unilatérale des objectifs, l'employeur doit selon nous fixer des objectifs réalisables, c'est-à-dire compatibles avec l'état du marché et les capacités du travailleur (cf. Aurélien Witzig, *Le renouveau des rémunérations variables,* Slatkine, 2015, Partie I, Chapitre II).

9 TF, 25 novembre 2014, 4A_483/2014, cons. 7.4 (synthèse dans la Newsletter du CERT de l'Université de Neuchâtel, disponible sur le site droitdutravail.ch).

10 Cf. Aurélien Witzig, *Le renouveau des rémunérations variables,* Slatkine, 2015, pp. 88-90.

Rémunération déterminée	Rémunération objectivement déterminable	Rémunération subjectivement déterminable dont le principe d'octroi est acquis	Caractère accessoire (à déterminer selon le tableau précédent)	Qualification
OUI	-	-	-	**Salaire**
NON	OUI	-	-	**Salaire**
NON	NON	OUI	OUI	**Gratification convenue**
NON	NON	OUI	NON	**Salaire pour la partie non accessoire / gratification convenue pour la partie qui reste accessoire (requalification partielle)**
NON	NON	NON (= rém. subjectivement déterminable dont le principe d'octroi n'est pas acquis)	OUI	**Gratification entièrement bénévole**
NON	NON	NON (= rém. subjectivement déterminable dont le principe d'octroi n'est pas acquis)	NON	**Salaire pour la partie non accessoire / gratification entièrement bénévole pour la partie qui reste accessoire (requalification partielle)**

Cette classification étant acquise, certains pourraient connaître la tentation d'aller encore plus loin, et d'utiliser la logique mise en œuvre ici pour faire échec au *caractère convenu de*

toute rémunération variable en cas de très hauts revenus. Ainsi, dès lors que le travailleur aurait perçu au moins 370'000 francs au cours d'une année donnée, l'employeur ne lui verserait jamais un montant supérieur qu'à bien plaire, *quel que soit le fondement* sur lequel ce versement supplémentaire serait opéré, c'est-à-dire y compris si ce montant était déterminé ou objectivement déterminable.

Il faut selon nous se garder d'étendre ainsi le champ d'application de la notion de très hauts revenus au-delà du régime de l'accessoriété. En effet, 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). Lorsque l'employeur indique au travailleur un salaire déterminé, ce salaire est dû quel que soit son montant. Si l'employeur promet un salaire fixe d'un million de francs, ce salaire sera dû si le travail a été effectué conformément à la loi et au contrat. Il n'y a absolument aucune raison de ne pas soumettre un salaire variable à la même règle, sous l'unique prétexte que ce salaire est variable et non fixe, dès lors que la détermination de quotité de ce salaire variable est expressément convenue entre les parties. Ainsi, si l'employeur stipule au contrat : « vous recevrez 200'000 francs si vous concluez cinq contrats avec des nouveaux clients », cette somme est due quelle que soit par ailleurs la rémunération déjà reçue par le travailleur. De même, si l'employeur stipule au contrat : « vous recevrez un bonus correspondant à 2 % du bénéfice net que vous aurez réussi à dégager sur les avoirs que vous gérez », il n'y aucune raison de ne pas procéder à ce calcul et de le verser au travailleur, quel que soit le montant de sa rémunération. En effet, c'est le consentement des parties qui est en jeu ici[11]. Si l'on raisonne par analogie, le vendeur ne saurait être empêché de recevoir l'entier du prix de vente de son bien, s'il respecte la loi et le contrat, du seul fait que ce prix est parmi les plus élevés des prix de vente en Suisse. Appliquer un tel raisonnement au droit du travail reviendrait à bouleverser l'architecture de tout le droit suisse des obligations. La précision jurisprudentielle sur la notion d'accessoriété *consiste donc uniquement à* ne pas accorder l'avantage de la requalification en rémunération convenue en cas de très hauts revenus ; elle n'empêche pas les parties de se mettre d'accord sur un montant de rémunération variable très élevé.

Plutôt que de viser l'affaiblissement du cadre contractuel dans lequel le travailleur offre sa prestation de travail, ne serait-il pas plus intéressant d'inverser la perspective et d'affirmer que la rémunération *devrait en principe toujours* être déterminée ou au moins déterminable, la détermination de la rémunération par le juge en cas de défaillance des parties (cf. CO, art. 322, al. 1 : « salaire usuel » ; CO, art. 349a, al. 2 : « rémunération convenable ») ou par le bon vouloir de l'employeur en cas de gratification discrétionnaire (CO, art. 322d) devant rester une situation exceptionnelle ? Ce serait d'ailleurs revenir à la volonté du législateur, qui n'envisageait la gratification que comme un montant anecdotique, contre les brèches récemment ouvertes par la jurisprudence en faveur d'une flexibilisation accrue de la rémunération. Ceci permettrait également d'éviter la mise en place subreptice d'une forme de salaire maximum à hauteur de 370'000 francs, alors que le peuple et les cantons ont récemment rejeté ce genre de limitation[12].

---

[11] Cf. une forme de raisonnement similaire dans TF, 17 mai 2013, 4A_447/2012, cons. 2.3.

[12] Votation du 24 novembre 2013. Pour plus de détails, cf. Aurélien Witzig, *Le renouveau des rémunérations variables,* Slatkine, 2015, p. 258.

Il conviendrait encore de s'interroger sur le régime des conditions auxquelles la gratification peut être soumise. S'il est acquis que la gratification convenue peut être soumise à une ***condition suspensive*** (sans quoi l'alinéa 2 de l'article 322d n'aurait pas de raison d'être), il en va différemment de l'instauration d'une ***condition résolutoire*** pesant sur la gratification. En effet, s'il l'on peut concevoir que la protection de la *libre disposition de la rémunération* telle qu'elle est consacrée à l'article 323b, alinéa 3, n'interdise pas à l'employeur de placer une partie accessoire de la rémunération dans un plan d'intéressement soumis à des restrictions de disponibilité[13], on ne peut en dire autant d'une clause de remboursement, laquelle a une incidence beaucoup plus grave sur le patrimoine du travailleur et devrait selon nous être limitée à des situations corrélatives à cette gravité, telles que la régularisation d'un acompte versé dans une mesure excessive ou la rétrocession d'une partie du paiement de certains frais de formation au long cours[14].

À défaut, on instaurerait une forme de *lien d'allégeance* au sein de la relation de travail, alors que cette dernière est censée être protégée de ce genre d'intrusions par son *caractère contractuel*[15]. D'ailleurs, l'employeur n'est jamais obligé de verser une gratification discrétionnaire à un travailleur. S'il le fait, c'est parce qu'il le veut. Une fois que l'argent a rejoint le patrimoine du travailleur, rien ne justifie qu'il réintègre le patrimoine de l'employeur *sur le seul fondement* d'une condition résolutoire. Le travailleur peut certes être amené à répondre de ses actes envers son employeur, mais *sur un autre fondement*, celui de la responsabilité contractuelle (CO, art. 321e) et de ses dérivés, comme l'abandon d'emploi injustifié (CO, art. 337d) et les sanctions disciplinaires.

À supposer qu'on l'admette, une clause résolutoire devrait encore, en toute hypothèse, respecter la protection contre les engagements excessifs (CC, art. 27, al. 2), le régime général de l'obligation conditionnelle (CO, art. 156 et 157), le régime des clauses de non-concurrence (CO, art. 340 et suivants), applicable par analogie, et le principe d'exigibilité des créances à la fin de la relation de travail (CO, art. 339)[16].

En définitive, l'employeur peut parfaitement atteindre le même objectif que celui qui préside à l'instauration d'une clause de remboursement par l'instauration d'une **prime de fidélité**, versée en plusieurs tranches étalées dans le temps. Dans ce cas, la rémunération est définitivement acquise au travailleur, qu'on ne cherche plus à appâter par l'annonce d'une somme mirobolante, mais qu'on traite plutôt comme un cocontractant libre et responsable.

---

[13] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, ATF 131 III 615, SJ 2006 I 45, cons. 6.3 ; Matthias Staehelin, « Gesperrte Optionen — als Lohn unzulässig ? », RSJ 2005. 181, spéc. 184-185 ; Angela Hensch, « Die Sicherung des Lohnes », PJA 2014. 747, spéc. p. 755.

[14] Aurélien Witzig, *Le renouveau des rémunérations variables,* Slatkine, 2015, Partie I, Chapitre I, Section I.

[15] Pour des précisions à ce sujet, cf. Aurélien Witzig, « Les ressorts méconnus du droit du travail suisse », *in Regards croisés sur le droit du travail : Liber amicorum pour Gabriel Aubert,* Schulthess, 2015 pp. 347-358.

[16] Pour davantage de précisions, cf. Aurélien Witzig, *Le renouveau des rémunérations variables,* Slatkine, 2015, Partie I, Chapitre I, Section I.