

Précisions du Tribunal fédéral concernant la qualification d'un bonus

1. Introduction

Le 18 janvier 2022 Tribunal fédéral a rendu un jugement¹ concernant la question de la qualification juridique d'un « bonus », dans lequel il a apporté des précisions quant à la frontière entre une gratification convenue, à laquelle un employé a droit, et une gratification purement discrétionnaire, à laquelle l'employé n'as pas de droit.

2. Les faits en bref

B. (ci-après : « l'employé ») est engagé par la société A. (ci-après : « l'employeur ») en novembre 2016 avec un salaire de Fr. 130'000.— bruts annuel, plus une rémunération variable de 20% du salaire annuel en cas de réalisation des objectifs commerciaux et individuels.

Pour l'année 2016, le salaire de l'employé est augmenté de 1,54% à Fr. 132'002.16 et un **bonus** de Fr. 15'222.47 lui est versé sur la base de la combinaison du résultat global de l'entreprise, de la performance réalisée par l'unité d'affaires de l'employé et de ses performances individuelles jugées bonnes.

Les rapports de travail prennent fin le 31 janvier 2018. L'employeur évalue les performances individuelles de l'employé durant l'année 2017 comme étant bonnes (« successful performance »). Suite à la demande de l'employé quant aux facteurs de calcul du **bonus**, l'employeur refuse de les communiquer, en indiquant avoir dû renoncer à verser des bonus pour 2017 en raison des mauvais résultats financiers inattendus réalisés par le groupe A. L'employeur estime que le bonus est une pure gratification au sens de l'art. 322d CO, pour laquelle il n'existe aucun droit ni quant au montant ni sur le principe.

L'employé saisit la justice contre l'employeur et demande que celui-ci lui verse un salaire variable d'au moins Fr. 26'400.45 bruts pour l'année 2017 et Fr. 2'200.05 bruts au prorata de 2018, avec intérêts. L'employeur verse par la suite à l'employé un bonus pour l'année 2018 de CHF 3'685.62. Le Tribunal d'arrondissement qualifie le montant réclamé de **gratification improprement dite** (« unechte Gratifikation ») et admet la demande, condamnant l'employeur à verser Fr. 26'400.45 bruts avec intérêts de 5% dès le 01.01.2018, pour l'année 2017. Elle raye du rôle la demande relative à l'année 2018 dans la mesure où l'employeur a payé à l'employé un montant à ce titre en cours de procédure.

Le Tribunal cantonal, saisi d'un recours de l'employeur, confirme la qualification de **gratification improprement dite**, mais réduit le bonus 2017 à payer à CHF 25'735.65, estimant que la gratification ne doit pas obligatoirement se monter à 20% du salaire brut annuel au moins, mais qu'elle peut aussi être plus basse et le cas échéant tomber complètement. Selon les facteurs de calculs connus et transmis par l'employeur, le bonus 2017 se montait à Fr. 25'735.65.

¹ 4A_169/2021

L'employeur interjette recours devant le Tribunal fédéral. Il conteste la qualification juridique de gratification improprement dite pour le bonus, et estime ne pas être tenu de le verser car il s'agit selon lui d'une véritable gratification au sens de l'art. 322d CO sans droit de l'employé ni sur le principe, ni sur le montant.

3. Les considérants du Tribunal fédéral

Le droit des obligations ne donne pas de définition du « bonus ». Le Tribunal fédéral (TF) se penche donc sur la question de savoir si le bonus convenu doit être considéré comme une gratification au sens de l'art. 322 d CO, ou comme une partie du salaire au sens de l'art. 322 CO.

Le TF commence par rappeler sa jurisprudence en vertu de laquelle il convient de distinguer trois situations : le bonus peut être (1) un salaire variable (art. 322 CO), (2) une gratification à laquelle le travailleur a droit (gratification convenue improprement dite), (3) une pure gratification à laquelle le travailleur n'a pas de droit.

Le salaire variable (1) dépend d'éléments objectifs comme le bénéfice, le chiffre d'affaires etc.

Une gratification ((2) et (3)) se distingue du salaire par le fait qu'elle s'y ajoute et dépend toujours, au moins en partie, du bon vouloir de l'employeur. Ce caractère discrétionnaire est reconnu quand l'employeur dispose d'un pouvoir d'appréciation, au moins pour la fixation du montant du bonus. Ce pouvoir d'appréciation doit être admis quand le montant du bonus dépend non seulement de l'atteinte d'un certain résultat commercial, mais aussi de l'appréciation subjective de l'employeur sur la prestation de travail de l'employé.

Il y a gratification convenue (2) quand l'employeur s'est engagé à verser un bonus (par accord explicite dans le contrat ou accord tacite résultant d'actes concluants pendant les rapports contractuels, comme par exemple le fait de verser un montant régulièrement et sans conditions), mais que celui-ci conserve un certain pouvoir d'appréciation pour fixer le montant de celui-ci.

Le travailleur n'a pas de droit à la gratification (3) lorsque le contrat prévoit que tant le principe du bonus que le montant de celui-ci dépendent du bon vouloir de l'employeur. C'est le cas lorsque le caractère discrétionnaire du bonus payé année après année a été relevé chaque année, sauf si cette réserve paraît être une formule creuse vide de sens et que le comportement de l'employeur montre qu'il se sent tenu de verser une gratification.

En l'espèce :

1. Le Tribunal fédéral a considéré qu'en l'espèce il s'agissait d'un bonus convenu, et que l'employeur avait un pouvoir d'appréciation pour fixer le montant. En effet le montant du bonus était calculé selon la formule suivante : « *Eligible Base Salary (EBS) x Bonus Target (BT) x Business Performance Factor (BPF) x Individual Performance Factor (IPF)* », et il a constaté que l'employeur avait une influence et un pouvoir d'appréciation (limité) sur les facteurs BPF et IPF. Aucun élément ne permettait de retenir que l'employeur avait aussi un pouvoir discrétionnaire sur le principe même du versement du bonus.

Le bonus consistait donc en une **gratification improprement dite, soit une gratification convenue** que l'employeur s'était engagé à verser, mais dont le montant dépendait en partie d'éléments ressortant de l'appréciation de celui-ci. L'employé avait donc un droit à ce bonus pour 2017.

2. Le Tribunal s'est penché ensuite sur la question de savoir si, en présence d'une gratification improprement dite, l'employeur était en droit de renoncer au versement d'un

bonus en raison des mauvais résultats réalisés, sans appliquer la formule de calcul du bonus.

Le TF exclut cette possibilité et rappelle que l'employeur ne peut pas réduire une gratification convenue en invoquant des circonstances que l'employé ne pouvait pas, de bonne foi, considérer comme pertinentes pour la détermination du bonus.² L'employeur ne pouvait pas ne pas appliquer la formule de calcul convenue et renoncer au versement du bonus. Il considère que l'on ne voit pas, en l'espèce, en quoi l'employé aurait dû s'attendre à ne pas recevoir de bonus sur la seule base de la prétendue mauvaise marche des affaires et sans appliquer la formule de calcul convenue.

3. Dans un dernier grief l'employeur conteste la manière dont l'instance cantonale a déterminé le montant du bonus 2017, plus précisément la manière dont la valeur du BPF et de l'IPF a été fixée.

L'employeur estime qu'il avait un pouvoir d'appréciation et pouvait attribuer une valeur 0 au facteur BPF. Le TF est d'un autre avis : selon lui l'employé ne pouvait pas de bonne foi savoir que son employeur avait cette prérogative. Si l'employeur avait voulu se réserver cette possibilité, celle-ci aurait dû être prévue dans l'explication de la formule et lors du paiement des bonus.

Concernant le facteur de performance individuelle (IPF), le TF a retenu que durant la procédure, l'employeur a admis qu'une « successful performance » correspondait à un objectif atteint à 90-110%, mais n'a pas indiqué le degré d'atteinte de l'objectif en l'espèce par l'employé. L'employeur a failli à son obligation de collaborer et il n'est pas arbitraire de retenir un degré d'atteinte des objectifs de 110%.

Le TF traite dans une dernière partie de son arrêt de la question du moyen de droit à mettre en œuvre contre la radiation du rôle de l'objet concernant le bonus relatif à l'année 2018, payé en cours de procédure. Cet élément n'est pas développé ici.

4. Conclusions

Cet arrêt apporte des précisions relatives à la délimitation entre gratification convenue à laquelle l'employé a un droit (gratification improprement dite), et gratification à laquelle l'employé n'a pas de droit :

- Le fait que le bonus dépende en partie de critères subjectifs (performance individuelle), pour lesquels l'employeur a un pouvoir d'appréciation, ne suffit pas à qualifier le bonus de gratification proprement dite à laquelle l'employé n'a pas de droit. Il faut que le pouvoir d'appréciation de l'employeur soit important. Quand les critères choisis sont fortement objectivés (comme c'était le cas dans cet arrêt) la marge d'appréciation de l'employeur n'est pas suffisante pour pouvoir qualifier la gratification d'entièrement discrétionnaire.
 - La formule qui a été définie contractuellement doit être appliquée et l'employeur ne peut pas s'en écarter en invoquant des éléments que l'employé ne pouvait pas de bonne foi s'attendre à ce qu'ils influent le versement du bonus.
- ➔ L'employeur qui souhaite réduire le risque lié à la qualification juridique du bonus se devra d'inclure dans les clauses de bonus les réserves appropriées quant au caractère discrétionnaire des paiements des bonus et de rappeler ces réserves lors de chaque paiement des bonus.

² ATF 136 III 313, c. 2