

*Jugement***Bonus – jurisprudence précisée**

Pour demeurer une allocation exceptionnelle, une gratification doit revêtir une importance secondaire par rapport au salaire. Si un salaire est fixé bas et une gratification élevée est versée, celle-ci fait figure de rémunération du travail fourni, même s'il a été convenu que son versement aurait lieu à bien plaisir. Dès que le salaire atteint un niveau qui couvre largement les besoins financiers de l'employé, l'importance de la gratification par rapport au salaire ne constitue plus un critère valable pour juger de la nature salariale de la gratification.

Faits

A. est entré au service de X. le 1^{er} janvier 2005 comme directeur. A titre de rémunération, son contrat d'engagement prévoyait un salaire fixe de 280 000 francs auxquels s'ajouterait un éventuel bonus. Ainsi, de 2005 à 2007, il a reçu des bonus de 560 000 francs, 600 000 francs et 550 000 francs versés en espèces et sous la forme d'actions (Incentive Share Units; ISU). Le 19 janvier 2009, deux accords intitulés «Exemption from Duties» et «Professional Reorientation-Transfer Agreement» ont été passés entre X. et A., en vertu desquels A. était libéré de son obligation de travailler à partir du 20 janvier 2009. Le 23 avril 2009, X. a signalé à A. qu'à son avis les rapports de travail avaient été dissous sur une base consensuelle pour le 31 août 2009. A la suite d'une protestation de A., X. l'a licencié par lettre le 9 juin 2009 pour le 30 septembre 2009.

Extraits des considérants

2. Devant le Tribunal fédéral, seuls deux points restent litigieux, soit le bonus pour 2008 et 2009 et le mode de paiement de ce dernier. A cet égard, le contrat de travail renvoyait aux «Regulations for Members of Senior Management», dont le chiffre 4, intitulé «Bonus», affirme ce qui suit:

«The Company at its discretion may pay a bonus in addition to the annual salary. However, there is no entitlement to a bonus, irrespective of whether such payments were made in previous years. Whether a bonus is paid at all, as well as the amount of any bonus depends on the performance of X., the relevant department and the personal perfor-

mance of the individual and their contribution to the current and future success of the Company. A bonus will only be awarded if neither the Member of Senior Management nor the Company have delivered notice of termination before the time of the written notification of the bonus.»

2.1.1. L'instance préalable a évalué le salaire dû pour 2008 à 425 000 francs au moins, cette somme correspondant à la moitié du total représenté par l'addition du salaire fixe de 280 000 francs et du bonus moyen de 570 000 francs touché de 2005 à 2007. Pour les juges, ce calcul prévient une disproportion de la gratification. Or, le montant payé à A. en 2008 s'est élevé à 463 000 francs (salaire fixe + bonus de 183 000 francs), soit une somme plus élevée. Pour la cour, le bonus de 183 000 francs alloué cette année-là était suffisant compte tenu de l'exercice désastreux que fut 2008, lequel a entraîné le démantèlement de la division dirigée par A. et le licenciement de ce dernier. Par ailleurs, A. ne saurait exiger non plus le versement d'une partie de son allocation sous la forme d'ISU, car le but de ce type de rémunération est de fidéliser ou d'attirer des collaborateurs clés. Avant l'annonce du bonus intervenue le 21 janvier 2009, A. avait déjà été informé par son supérieur d'une éventuelle suppression de son poste. Le 19 janvier 2009, il a été libéré de son obligation de travailler. Aussi, il n'était plus un collaborateur à «attirer» ou à «fidéliser».

2.1.2. Pour l'instance préalable, A. était en droit d'obtenir un bonus pour 2009



également, car cet exercice, à la différence de celui de 2008, s'est soldé à nouveau par des profits considérables. Dès lors, l'allocation variable pour 2009 était à fixer plus haut. Au vu de l'ensemble des circonstances, la cour l'a estimée à 280 000 francs. Les rapports de travail ayant pris fin au 30 septembre 2009, A. devait toucher les trois-quarts de cette somme, soit 210 000 francs).

2.2. Si A. et X. ont en commun de ne pas comprendre pourquoi l'instance préalable a appliqué des méthodes différentes de calcul du salaire pour 2008 et 2009, ils divergent en revanche sur la bonne manière de le faire. A. déduit de la jurisprudence du Tribunal fédéral que, dans l'hypothèse d'une rémunération fixe inférieure au bonus, l'intégralité de ce dernier devient un élément constitutif du salaire.

3. La gratification selon l'art. 322d CO est une rétribution spéciale accordée en sus du salaire et dont le versement intervient à certaines occasions. Elle dépend toujours plus ou moins de la volonté de l'employeur. Pour demeurer une allocation exceptionnelle, une gratification doit revêtir une importance secondaire par rapport au salaire. Dès lors, elle tendra à perdre son caractère accessoire si elle atteint régulièrement un montant plus élevé que le salaire. Si un salaire est fixé bas et qu'en contrepartie une gratification élevée est ver-



Illustration: Christine Barf

sée, cette dernière fait figure de rémunération du travail fourni, même s'il a été convenu que son versement aurait lieu à bien plaisir. Dans ce cas, la gratification devient, à tout le moins en partie, le salaire au sens juridique. Toutefois, dès que le salaire proprement dit atteint un niveau qui couvre largement ou dépasse de beaucoup les besoins financiers de l'employé pour son entretien, l'importance de la gratification par rapport au salaire ne constitue plus un critère valable pour juger de la nature salariale ou non salariale du versement exceptionnel.

Dans cette hypothèse, un empiètement dans l'autonomie des parties au nom de la nécessité de protéger l'employé n'est plus légitime.

3.1. Néanmoins, contrairement à l'opinion soutenue par A., une gratification qui dépasse le salaire n'est pas à considérer impérativement dans son intégralité comme un élément de la rétribution. Depuis que le Tribunal fédéral, dans sa toute dernière jurisprudence, a limité pour les hauts revenus l'étendue des restrictions à apporter à l'autonomie des parties au gré de la protection à assurer à l'employé, il n'y a pas lieu de qualifier nécessairement l'intégralité de l'allocation à caractère extraordinaire d'élément constitutif du salaire si ce dernier, ainsi calculé, dépasse considérablement les besoins de l'employé et représente un multiple du revenu moyen.

3.2. Au dire de A., si son bonus total était reconnu comme élément du salaire, on aboutirait, en y ajoutant le salaire fixe, à une rémunération annuelle oscillant entre 830 000 francs et 880 000 francs pour la période 2005 à 2007. Au vu de ces éléments, on ne saurait remettre en cause que seule une partie de la rétribution à caractère extraordinaire ait été considérée comme relevant du salaire. Que l'instance préalable ait évalué la rémunération minimum à 425 000 francs (salaire fixe compris) peut se justifier pour les années 2005 à 2007. En revanche, on ne saurait en tirer aucune conclusion pour le bonus de l'année 2008 dans la mesure où son calcul repose sur une base variable, qu'il soit à qualifier d'élément du salaire ou de gratification. Pour définir si le salaire peut être établi sur une base variable, soit en fonction du résultat, la jurisprudence relative à la distinction entre salaire et gratification n'apporte aucun critère déterminant. Et même si le bonus est à considérer comme un élément du salaire, cela ne signifie pas qu'il doit être fixe. La seule conséquence en sera que cette part du salaire ne dépend pas du bon vouloir de l'employeur et que son montant est à fixer objectivement selon les critères arrêtés dans le contrat.

3.3. Pour l'année 2008, X. a versé un bonus. Pour autant que ce dernier corresponde à ce que A. peut réclamer objectivement au titre de sa rétribution variable au vu des changements intervenus dans les paramètres convenus, il n'y a pas lieu de se demander si le montant alloué concerné est une gratification ou un élément du salaire. Ce distinguo n'importe pas dans la mesure où il n'a d'incidence que sur la question du caractère à bien plaisir de la prestation et de son calcul. Reste dès lors à examiner si l'instance préalable a admis à bon droit que le bonus de 183 000 francs alloué pour 2008, versé exclusivement en espèces, donc sans remise d'actions, était correct.

3.3.1. L'instance préalable a examiné les divers critères à prendre en considération pour la fixation du bonus selon l'accord passé. Elle a retenu en particu-

lier la perte de 7,687 milliards de francs. Au vu de cette dernière, une réduction du bonus limitée à 25 %, comme A. l'aurait acceptée, était inconcevable. S'agissant des prestations de A. et de son département, elle s'est référée au fait qu'il a fallu dissoudre ce dernier («performance ... of the relevant department») et que A. lui-même a dû être licencié («personal performance of the individual»). Sur cette toile de fond, elle a jugé qu'une réduction du bonus à 183 000 francs était justifiée.

3.3.2. A. réitère devant le Tribunal fédéral ses arguments selon lesquels son département avait atteint en 2008, malgré la crise, un résultat correspondant à celui de 2007. Lui-même avait généré un profit de 4 000 000 francs et sa «Year End Evaluation» pour 2008 était demeurée inchangée, soit bonne. Enfin, il renvoie aussi aux baisses de salaire des membres de la direction qui auraient été moindres.

3.3.3. La performance de A. et celle de son département ainsi que leurs incidences sur le résultat d'entreprise constituent avec ce dernier les données factuelles sur la base desquelles il y a lieu de calculer le bonus. Sous l'angle des faits, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral est limité au point de savoir si la décision attaquée est manifestement erronée et, partant, arbitraire. Que le certificat de travail délivré à A. laisse sous-entendre une bonne prestation personnelle ne suffit pas pour qualifier de quasi arbitraire le fait d'avoir déduit du licenciement de A. et de la fermeture du département l'existence d'une performance qui, associée à un mauvais résultat d'entreprise, justifiait la diminution du bonus par rapport à l'année précédente. Que la réduction opérée au niveau de la direction générale ait été éventuellement de moindre ampleur n'est pas déterminant dans la mesure où, la concernant, d'autres paramètres sont susceptibles d'être retenus.

Jugement du Tribunal fédéral suisse du 16 mai 2013 (4A_721/2012) (Traduit de l'allemand)