

Tribunal fédéral – 4A_557/2015

destiné à la publication

1^{ère} Cour de droit civil

Arrêt du 22 juin 2016 (f)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Patricia Dietschy-Martenet, Bonus et très haut revenu : du nouveau ? ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_557/2015, Newsletter DroitDuTravail.ch août 2016

Newsletter août 2016

Bonus ; période à prendre en compte pour déterminer l'existence d'un « très haut revenu »

**Art. 18, 322, 322a, 322d
CO**



Bonus et très haut revenu : du nouveau ? ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_557/2015

Patricia Dietschy-Martenet, docteure en droit et titulaire du brevet d'avocat, chargée de cours aux Universités de Neuchâtel, Fribourg et Lausanne, vice-présidente au Tribunal de prud'hommes de la Broye et du Nord vaudois

I. Objet de l'arrêt

La question résolue dans cet arrêt est celle de la période à prendre en compte pour déterminer si le travailleur perçoit ou non un « très haut revenu », partant si les bonus versés constituent une part variable du salaire ou une gratification.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

X. travaille pour la banque Z. SA (anciennement A. SA) depuis 2006 en qualité de gestionnaire du marché avec le titre de directrice. Sa rémunération se compose comme suit : 1) un salaire fixe de 300'000 fr. par an ; 2) une part variable consistant en une participation aux résultats de 25% - passé à 30% en 2010 – des « revenus nets à partager », calculés en fonction des revenus générés sur les actifs déposés par les clients apportés par l'employée et acceptés par la banque, moins les coûts, sauf pour un client qui était soumis à un pourcentage moindre, de 12,5% ; 3) des bonus extraordinaires et discrétionnaires ; 4) une part à la plus-value de la banque, selon une convention conclue entre les parties le 20 novembre 2009. Pour 2010, le bonus discrétionnaire équivalait à 30% du revenu des fonds de placement. Les parties sont en litige au sujet des revenus générés par les fonds de placement pour les années 2011 et 2012. L'employée estime avoir droit à une participation calculée sur ces revenus, à titre de salaire variable. L'employeur considère au contraire que, en lien avec les fonds de placement, il versait des bonus, qui dépendaient de son bon vouloir.

En octobre 2011, X. a reçu 200'000 fr. à titre « d'avance sur bonus ».

En mars 2012, la banque lui a proposé de conclure un contrat de travail à de nouvelles conditions. X. a démissionné en avril 2012. Les parties ont convenu d'une fin des rapports de travail au 31 mai suivant.

Fin 2012, l'employée a assigné son ancien employeur en justice en paiement de 1'923'267 fr. 20 au titre de salaire variable pour 2011 et 2012 et en remboursement de frais. La banque a conclu reconventionnellement au versement d'un montant de 265'464 fr., au titre de remboursement d'avances sur bonus (200'000 fr.), de divers paiements effectués et de frais avancés. X. a ensuite augmenté ses conclusions à 2'786'578 fr. 983, soit 1'609'440 fr. 338 au titre de salaire variable 2011, 647'808 fr. 645 au titre de salaire variable 2012, et deux fois le montant de 264'665 fr. au titre de paiement de montants complémentaires selon la convention passée le 20 novembre 2009.

Le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève a condamné la banque à verser à l'employée les montants bruts de 1'591'920 fr. 10, intérêts en sus (salaire variable 2011), et 213'888 fr.80, intérêts en sus (salaire variable 2012), ainsi que le montant net de 5'231 fr 20 (remboursement de frais). La Cour de justice du canton de Genève a admis partiellement l'appel de la banque, a annulé le jugement sur les deux points visant le salaire variable (2011 et 2012) et a réformé ceux-ci, en diminuant les montants dus par la banque à 156'730 fr. (salaire variable 2011), et à 45'469 fr. (salaire variable 2012). Elle a confirmé le jugement attaqué pour le surplus.

L'employée recourt au Tribunal fédéral en concluant à ce que la banque soit condamnée à lui verser le montant brut de 1'591'920 fr. 10, intérêts en sus, et le montant brut de 213'888 fr. 80, intérêts en sus, sous suite de frais et dépens. La banque conclut au rejet.

B. Le droit

La Cour cantonale a qualifié de gratifications les revenus générés par les fonds de placement perçus par l'employée pour les exercices 2011 et 2012, soit la période litigieuse. Le Tribunal fédéral examine si ces revenus doivent être requalifiés en éléments (variables) du salaire, comme le soutient l'employée. Il rappelle sa jurisprudence, publiée aux ATF 141 III 407, selon laquelle un bonus très élevé en comparaison du revenu annuel (équivalent ou supérieur) doit en principe être considéré comme du salaire variable. Il faut réserver l'hypothèse où le travailleur perçoit un très haut revenu, une restriction à la liberté contractuelle des parties n'étant plus justifiée par le besoin de protection de l'employé. Le bonus reste alors une gratification et non une part variable du salaire (cons. 4.3.2). On parle de « très haut revenu » lorsque la rémunération perçue au cours d'une année donnée équivaut ou dépasse cinq fois le salaire médian suisse du secteur privé. Il faut prendre en compte les revenus *effectivement perçus* par l'employé *durant l'année* (cons. 5.3-5.4 ; voir encore TF 4A_565/2015 cons. 2.2 à 2.4 ; approuvant cette « approche factuelle » : WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^e éd. 2014, p. 164). Le Tribunal fédéral précise ici qu'il faut exceptionnellement tenir compte de la rémunération effectivement perçue *durant la période litigieuse* (cf. RICHA/RAEDLER, La qualification du bonus pour les très hauts revenus - suite et fin ?, GesKR 2015 ch. 2.1 p. 567, qui proposent d'examiner si, « dans l'ensemble », la rémunération du travailleur constitue ou non un très haut revenu), en particulier lorsque

l'employé a exercé son activité seulement pendant quelques mois durant la seconde année litigieuse.

Tel est le cas en l'espèce : la travailleuse a travaillé toute l'année 2011 et cinq mois seulement en 2012. La rémunération perçue pendant cinq mois en 2012 n'est pas représentative, si bien qu'il faut se fonder sur l'ensemble de sa rémunération pendant la période litigieuse, soit 17 mois. En 2011, X. a reçu 300'000 fr. à titre de salaire, une « avance sur bonus » de 200'000 fr. (en octobre 2011) et 264'665 fr. sur la base de la convention du 20 novembre 2009 (en février 2011), soit au total 764'665 fr. En 2012, elle a perçu la somme de 125'000 fr. Ces montants additionnés, on arrive à un total de 889'665 fr.

Reste à déterminer le salaire médian suisse durant cette même période. Pour 2011, il n'y a pas de données statistiques sur le salaire médian suisse du secteur privé. Celui-ci peut toutefois être déterminé en partant des statistiques établies pour 2010, soit 5'929 fr. de salaire mensuel brut (Tableau TA1_b « Salaire mensuel brut [valeur centrale] selon les divisions économiques, la position professionnelle et le sexe, Secteur privé, Suisse 2010 », disponible sur le site www.bfs.admin.ch). Pour l'année 2011, le salaire médian peut être évalué sur la base de l'indice suisse des salaires nominaux 2011-2015 (Tableau T1.10 disponible sur le site www.bfs.admin.ch), à 5'988 fr. (chiffre arrondi) (5'929 fr. + 5'929 fr. x 1/100, soit la variation en pour cent par rapport à l'année 2010). Pour 2012, la valeur seuil doit être établie sur la base d'un salaire médian de 6'118 fr. (Tableau TA1_b « Salaire mensuel brut [valeur centrale] selon les divisions économiques, la position professionnelle et le sexe, Secteur privé, Suisse 2012 », disponible sur le site www.bfs.admin.ch). Le seuil définissant le très haut revenu s'élève donc à 359'280 fr. (5'988 fr. x 12 [mois] x 5) pour 2011 et à 152'950 fr. (6'118 fr. x 5 [mois] x 5) pour 2012, soit 512'230 fr. pour la période litigieuse. Comparé au montant touché par X. (889'665 fr.), celui-ci doit être qualifié de très haut revenu. Les bonus versés en lien avec les fonds de placement de la banque l'ont donc été à titre de gratifications. Le recours de l'employée est rejeté.

III. Analyse

En moins d'une année, le Tribunal fédéral a publié trois arrêts sur la question des bonus en cas de très haut revenu, tous destinés au Recueil officiel¹. Le premier arrêt a défini la notion de « très haut revenu », les deux suivants ont apporté quelques (maigres) précisions sur les éléments et la période à prendre en considération pour calculer la rémunération du travailleur.

A l'ATF 141 III 407, notre Haute Cour a déjà indiqué qu'il fallait « tenir compte de la totalité de la rémunération perçue par l'employé au cours d'une année donnée, à savoir le salaire de base et le bonus versé et calculé sur la base des données de l'exercice précédent » (cons. 5.3.1). Dans l'arrêt 4A_565/2015, elle a précisé qu'il fallait tenir compte de tous les éléments de rémunération entrés dans le patrimoine du travailleur durant l'année, quels que soient leur désignation, leur fondement, leur régularité et peu importe à quelle période ou à quel exercice ils se rapportent (cons. 2.2.2). Dans l'arrêt ici commenté, le Tribunal

¹ ATF 141 III 407 du 11 août 2015, 4A_565/2015 du 14 avril 2016 et 4A_557/2015 du 22 juin 2016 (destinés à la publication).

fédéral apporte une nouvelle précision, celle que la période à prendre en compte peut être la période litigieuse et non la dernière année écoulée (cons. 3.2). En l'occurrence, si la dernière année avait seule été prise en compte, soit les cinq premiers mois de 2012, la rémunération de l'employée n'aurait pas atteint le seuil du très haut revenu (125'000 fr., soit en dessous des 152'950 fr. du salaire médian pour cette période). Partant, les bonus versés auraient dû être requalifiés en salaire. En revanche, en tenant compte de la totalité de la période litigieuse, la rémunération perçue dépasse le seuil du très haut revenu et le bonus constitue une gratification.

Il aurait été préférable de parler de période « différente » que l'année en cours, plutôt que de « période litigieuse ». En l'occurrence, si l'employée n'avait réclamé le bonus que pour l'année 2012, nul doute que le Tribunal fédéral aurait également tenu compte de l'année précédente pour déterminer si le seuil du très haut revenu était atteint, peu importe que celle-ci ne soit pas litigieuse. Les circonstances d'espèce étant chaque fois déterminantes – et pour éviter une succession d'arrêts destinés à la publication en la matière² –, un principe plus général aurait dû être posé, par exemple celui de tenir compte d'une période « pertinente »³. En somme, mieux vaut retenir de cet arrêt que l'année précédente n'est pas toujours déterminante pour calculer la rémunération du travailleur. Quant à la période à prendre en compte, la jurisprudence peut (va) encore évoluer, au gré des cas d'espèce.

² En l'occurrence, le principe dégagé dans cet arrêt tient en quelques phrases et ne fait référence qu'à un seul avis doctrinal, lequel propose au demeurant une autre solution, soit celle de tenir compte d'une moyenne calculée sur les dernières années.

³ Voir 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 DroitDuTravail.ch juin 2016, p. 6, qui parle d'une période « pertinente et probante ».