

Rémunérations variables : quand le bonus devient un droit

Commissions, primes, gratifications : ces notions sont souvent utilisées de manière interchangeable. En droit du travail, la distinction entre salaire variable et gratification n'est cependant pas anodine. Selon la qualification retenue, les conséquences peuvent être importantes pour l'employeur comme pour la collaboratrice ou le collaborateur. Les tribunaux ont progressivement précisé les critères permettant de distinguer ces différentes formes de bonus.



Me Giuseppe Donatiello

Avocat associé, docteur en droit, spécialiste FSA en droit du travail



Me Wilfried Dovetta

Avocat associé, CAS en prévoyance professionnelle

Le droit à une rémunération variable et son montant dépendent très largement de documents contractuels. En cas de litige, l'interprétation de ces documents jouera souvent un rôle clef pour déterminer les droits et obligations des parties. L'application de principes de nature impérative, issus de la loi ou la jurisprudence, peut aussi s'imposer et conduire à écarter une clause contractuelle.

Salaire variable vs. gratification

Lorsque le montant du bonus est déterminé ou objectivement déterminable, il s'agit en principe d'un salaire variable. On vise en particulier les bonus fixés selon les résultats, les ventes ou le bénéfice, qui peuvent être calculés par une formule mathématique. A l'opposé, si le bonus dépend de l'appréciation de l'employeur, par exemple dans l'évaluation de la performance du collaborateur, le bonus sera en principe une gratification. C'est notamment le cas si le bonus est fixé selon une appréciation subjective de l'atteinte d'objectifs qualitatifs, tels que la qualité du travail d'un collaborateur, de son management ou de la relation client. Les situations mixtes requièrent une analyse particulière.

Les mêmes critères d'analyse s'appliquent d'ailleurs plus largement à toute autre forme de rémunération : stock-options, restricted stock units, performance stock units, etc.

Les conséquences de la distinction entre salaire variable et gratification sont multiples. A titre d'exemple, une gratification n'est pas toujours due, même au pro rata, en cas de départ en cours d'année. Comparativement, le salaire variable est mieux protégé. En particulier, le paiement d'un salaire variable ne peut pas

dépendre de la présence de l'employé dans l'entreprise ou de la non-résiliation de son contrat ; la fonction même du salaire s'y oppose.

Gratification obligatoire vs. gratification discrétionnaire

Comme son nom l'indique, une gratification discrétionnaire est à bien plaisir. L'employeur décide d'en accorder ou non à ses salariés. S'il en octroie une, il déterminera librement son montant. Dans le cas de la gratification obligatoire, le principe du versement est acquis. L'employé y a droit, mais son employeur jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer.

Lorsqu'une gratification discrétionnaire devient obligatoire

Le bonus doit être traité comme une gratification obligatoire s'il a été octroyé au moins trois années de suite, sans que l'employeur n'émette de réserves sur le principe et le montant du bonus. Par prudence, l'employeur devrait donc rappeler à son personnel que le bonus est facultatif dans le contrat de travail et annuellement, lors de l'annonce du bonus. S'il ne le fait pas, la gratification, qui était par hypothèse discrétionnaire, devient en principe obligatoire. L'employé pourra exiger de la recevoir les années suivantes. Les réserves émises par l'employeur quant au caractère facultatif du bonus n'ont pas une durée de vie illimitée. Si l'employé perçoit des bonus chaque année et pendant des décennies, la gratification pourra devenir obligatoire, même si l'entreprise a dûment émis des réserves.

Lorsqu'une gratification devient salaire

Par ailleurs, pour rester une gratification, le bonus doit être dans un rapport raisonnable avec le salaire contractuellement dû. Il peut ainsi se transformer en salaire s'il est trop élevé par rapport au salaire de base. Cette règle s'applique uniquement pour les revenus annuels totaux (salaire et bonus compris) inférieurs à environ CHF 400 000.-. Selon cette règle, le bonus peut notamment être requalifié en salaire s'il est équivalent ou supérieur au salaire de base, en particulier si le bonus est versé de manière régulière. Les employés, dont le revenu est inférieur au salaire médian dans le secteur privé (de l'ordre de CHF 80'000.-), bénéficient d'une protection accrue : un bonus même inférieur à leur salaire de base pourra aussi être requalifié en salaire en fonction de la situation concrète. Dans tous les cas, l'employeur ne pourra pas échapper à cette requalification à l'aide d'une clause contractuelle insérée dans le contrat de travail, ni en émettant chaque année des réserves.

Gratification due par égalité de traitement

Selon les circonstances, un collaborateur pourra réclamer la même gratification discrétionnaire que ses collègues. Tel peut être le cas du collaborateur qui est placé, sans raison objective, dans une situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres employés. L'interdiction de discriminer à raison du sexe, prévue par la Loi sur l'égalité, peut également entrer en ligne de compte et protéger, par exemple, une ou plusieurs collaboratrices qui sans motif objectif ne recevraient pas le bonus pourtant accordé à des collègues de sexe masculin, ou ne recevraient qu'un montant sensiblement inférieur.

Sign-on et retention bonus

Sign-on et retention bonus sont parfois accordés de manière échelonnée et soumis à la condition que le collaborateur reste un certain temps dans l'entreprise. L'année dernière, le Tribunal fédéral a décidé qu'un sign-on bonus payé en trois tranches égales, à condition que le collaborateur reste dans l'entreprise, devait être qualifié de salaire. En effet, le montant du bonus et les dates de paiement de chaque tranche étaient fixés à l'avance et ne dépendaient donc pas du bon vouloir de l'employeur. Pour cette raison, le Tribunal fédéral a accordé à l'employé la deuxième tranche de son bonus au pro rata, alors même que les rapports de travail avaient pris fin avant la date prévue pour avoir droit à ce paiement.

Linea Avocats est une étude genevoise qui réunit deux avocats complémentaires et engagés à offrir des conseils clairs ainsi qu'une approche profondément humaine du droit. L'étude assiste ses clients en droit du travail, droit de la fonction publique, assurances sociales et privées, prévoyance professionnelle, droit du bail, droit des associations et contentieux judiciaire.

Rue Sautter 29, 1205 Genève

+41 22 512 02 12
info@linea-avocats.ch
linea-avocats.ch



linea avocats