

BGer 4A_327/2019 vom 1. Mai 2020

Bundesgericht, 2020-05-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_327_2019

FR: TF 4A_327/2019 du 1 mai 2020

IT: TF 4A_327/2019 del 1 maggio 2020

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 et 45 al. 1 LTF) par la demanderesse qui a succombé dans ses conclusions en paiement (art. 76 al. 1 LTF) contre une décision finale (art. 90 LTF) rendue sur appel par le tribunal supérieur du canton (art. 75 LTF) dans une affaire relevant du contrat de travail (art. 72 al. 1 LTF) dont la valeur litigieuse dépasse 15'000 fr. (art. 74 al. 1 let. a LTF), le recours en matière civile est recevable.

E. 2.1

En matière de constatation des faits et d'appréciation des preuves, le Tribunal fédéral n'intervient, du chef de l' art. 9 Cst. , que si le juge du fait n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans motifs objectifs de tenir compte de preuves pertinentes ou a opéré, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables (ATF 136 III 552 consid. 4.2; 134 V 53 consid. 4.3; 129 I 8 consid. 2.1); encore faut-il que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

E. 2.2

Sous réserve de la violation des droits constitutionnels (art. 106 al. 2 LTF), le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Il n'est toutefois lié ni par les motifs invoqués par les parties, ni par l'argumentation juridique retenue par l'autorité cantonale; il peut donc admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (ATF 135 III 397 consid. 1.4 et l'arrêt cité).

E. 3

En ce qui concerne le bonus mentionné dans le plan de " rémunération variable " 2016, la recourante conteste la qualification opérée par les juges cantonaux (gratification). Procédant à l'interprétation objective (principe de la confiance) de la volonté des parties, elle soutient que celles-ci se sont mises d'accord sur un salaire objectivement déterminable.

E. 3.1

Le Tribunal fédéral a résumé dans plusieurs arrêts récents l'ensemble de sa jurisprudence relative aux bonus (4A_78/2018 du 10 octobre 2018 consid. 4 et les arrêts cités). Il en résulte qu'il faut bien distinguer entre les trois cas suivants: (1) le salaire - variable -, (2) la gratification à laquelle l'employé a droit et (3) la gratification à laquelle il n'a pas droit.

Ce n'est que lorsque l'employé n'a pas de droit à la gratification - cas n° 3 - que la question de la requalification du bonus en salaire, en vertu du principe de l'accessorité lorsque les salaires sont modestes ou moyens et supérieurs, se pose, ce principe étant en revanche inapplicable pour les très hauts revenus.

En l'espèce, la recourante se prévaut du cas n° 1 et soutient que, dans son appel, elle exposait déjà que le bonus faisait partie de son salaire; selon elle, c'est à tort que la cour cantonale a retenu le cas n° 3, à savoir une gratification discrétionnaire, à laquelle elle n'avait aucun droit.

E. 3.1.1

On se trouve dans le cas n° 1 lorsqu'un montant (même désigné comme bonus ou gratification) est déterminé ou objectivement déterminable, c'est-à-dire qu'il a été promis par contrat dans son principe et que son montant est déterminé ou doit l'être sur la base de critères objectifs prédéterminés comme le bénéfice, le chiffre d'affaires ou une participation au résultat de l'exploitation, et qu'il ne dépend pas de l'appréciation de l'employeur; il doit alors être considéré comme un élément du salaire (variable), que l'employeur est tenu de verser à l'employé (art. 322 s. CO; ATF 141 III 407 consid. 4.1; 136 III 313 consid. 2 p. 317).

E. 3.1.2

En revanche, on se trouve en présence d'une gratification - dans les cas nos 2 et 3 - lorsque le bonus est indéterminé ou objectivement indéterminable, c'est-à-dire que son versement dépend du bon vouloir de l'employeur et que sa quotité dépend pour l'essentiel de la marge de manoeuvre de celui-ci (ATF 141 III 407 consid. 4.1 et 4.2 p. 407 s.). La jurisprudence reconnaît à l'employeur un tel pouvoir d'appréciation lorsque le montant du bonus ne dépend pas seulement de l'atteinte d'un certain résultat d'exploitation, mais aussi de l'appréciation subjective de la prestation du travailleur; le bonus doit alors être qualifié de gratification (ATF 142 III 381 consid. 2.1; 139 III 155 consid. 3.1).

E. 3.1.3.1

Il y a un droit à la gratification - cas n° 2 - lorsque, par contrat, les parties sont tombées d'accord sur le principe du versement d'un bonus et n'en ont réservé que le montant; il s'agit d'une gratification que l'employeur est tenu de verser, mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer (ATF 136 III 313 consid. 2 p. 317; 131 III 615 consid. 5.2 p. 620).

Dans un cas récent, il a été jugé que même lorsque le versement du bonus est conditionné à la réalisation d'objectifs (que l'employeuse devait fixer chaque année), l'atteinte de ces objectifs ne fait pas naître un salaire variable mais un droit au bonus pour l'employée (cf. infra consid. 3.1.3.1) si l'employeuse a la tâche et la latitude de fixer ces objectifs, de juger s'ils sont atteints et de verser le bonus si les prestations fournies par l'employée sont appréciées positivement (arrêt 4A_378/2017 du 27 novembre 2017 consid. 3.3.3).

De même, lorsqu'au cours des rapports contractuels, un bonus a été versé régulièrement sans réserve de son caractère facultatif pendant au moins trois années consécutives, il est admis qu'en vertu du principe de la confiance, il est convenu par actes concluants (tacitement), que son montant soit toujours identique ou variable: il s'agit donc d'une gratification à laquelle l'employé a droit (

Anspruch auf die Gratifikation ; ATF 129 III 276 consid. 2.1; 131 III 615 consid. 5.2), l'employeur jouissant d'une certaine liberté dans la fixation de son montant au cas où les montants étaient variables.

Il convient d'ajouter que, dans les deux situations, le travailleur n'a droit, aux termes de l'art. 322d al. 2 CO , à une part proportionnelle de la gratification en cas d'extinction des

rapports de travail (avant l'occasion qui y donne lieu) que s'il en a été convenu ainsi, ce qu'il lui incombe de prouver en vertu de l' art. 8 CC (arrêt 4A_78/2018 déjà cité consid. 4).

E. 3.1.3.2

Il n'y a pas de droit à la gratification lorsque, par contrat, les parties ont réservé tant le principe que le montant du bonus; il s'agit alors d'une gratification facultative; le bonus n'est pas convenu et l'employé n'y a pas droit, sous réserve de l'exception découlant de la nature de la gratification (principe de l'accessoriété; cf. infra consid. 3.2).

De même, lorsque le bonus a été versé d'année en année avec la réserve de son caractère facultatif, il n'y a en principe pas d'accord tacite: il s'agit d'une gratification qui n'est pas due.

Toutefois, il a été admis par exception que, en dépit de la réserve (sur le principe et sur le montant), un engagement tacite peut se déduire du paiement répété de la gratification pendant des décennies (

jahrzehntelang), lorsque l'employeur n'a jamais fait usage de la réserve émise, alors même qu'il aurait eu des motifs de l'invoquer, tels qu'une mauvaise marche des affaires ou de mauvaises prestations de certains collaborateurs lorsqu'il l'a versée: il s'agit alors d'une gratification à laquelle l'employé a droit (ATF 129 III 276 consid. 2.3 p. 280 s.).

Il en va de même lorsque la réserve du caractère facultatif n'est qu'une formule vide de sens (c'est-à-dire une clause de style sans portée) et qu'en vertu du principe de la confiance, il y a lieu d'admettre que l'employeur montre par son comportement qu'il se sent obligé de verser un bonus (arrêt 4A_78/2018 déjà cité consid. 4 et les arrêts cités).

E. 3.2

Lorsque l'employeur a réservé le caractère facultatif du bonus, dans son principe et dans son montant (cas no 3), et que l'employé n'a donc pas un droit contractuel au versement du bonus (qui est une gratification) (cf. ci-dessus 3.1.3.2), il faut encore examiner si le bonus a un caractère accessoire par rapport au salaire de base. La gratification, qui doit rester un élément accessoire du salaire de base, ne peut aller au-delà d'un certain pourcentage de ce salaire de base convenu (ATF 141 III 407 consid. 4.3.2 p. 409; 139 III 155 consid. 5.3 p. 159; 129 III 276 consid. 2.1 p. 279 s.). Le besoin de protection du travailleur doit l'emporter sur la liberté contractuelle des parties; l'application du principe de l'accessoriété peut enlever toute portée à la réserve et le bonus peut devoir être requalifié en salaire (ATF 141 III 407 consid. 4.3.2).

Le critère de l'accessoriété, en vertu duquel le bonus doit être requalifié en salaire, ne s'applique toutefois que pour les salaires modestes et les salaires moyens à supérieurs. Pour les très hauts revenus, le Tribunal fédéral a considéré que le principe de la liberté contractuelle doit primer, car il n'y a pas dans ce cas de besoin de protection du travailleur qui justifierait une requalification du bonus ou d'une part du bonus en salaire en vertu du principe de l'accessoriété (ATF 141 III 407 consid. 4.3.2 et 5.3.1). Le bonus est donc une gratification facultative à laquelle l'employé n'a pas droit.

E. 3.3

S'agissant de la détermination de la volonté des parties, il ne résulte pas des termes employés par l'autorité précédente (qui ne s'est jamais référé à la compréhension d'un destinataire de bonne foi) qu'elle aurait procédé à la recherche de leur volonté objective. Il

faut dès lors retenir, contrairement à ce que pense la recourante, que la cour cantonale a établi la volonté réelle des parties (cf. arrêt 4A_463/2017 du 4 mai 2018 consid. 4.3).

E. 3.4

Dans un premier temps, il s'agit de s'arrêter sur les critiques soulevées par la recourante sur le plan factuel, afin d'examiner si elles sont propres à remettre en cause cette volonté réelle.

E. 3.4.1

La recourante considère que c'est en faisant preuve d'arbitraire (art. 9 Cst.) que la cour cantonale a retenu que la " rémunération variable " était déterminée par le supérieur hiérarchique. Elle en veut pour preuve que le " plan de rémunération variable " prévoit explicitement que le montant est déterminé en fonction des résultats de l'entreprise.

Force est de constater que, pour asseoir sa critique, la recourante sélectionne les faits figurant dans l'arrêt entrepris qui lui sont favorables, en écartant ceux, pourtant établis par la cour cantonale, qui ne vont pas dans son sens. S'il est exact que le système de rémunération (bonus) prévu par l'employeuse se fondait, entre autres critères, sur les résultats financiers du groupe C._____ et le rat

ing attribué à l'employée, il est établi que cette note dépendait de la performance individuelle de celle-ci, qui faisait l'objet d'une évaluation en fonction de critères qualitatifs. La recourante reconnaît d'ailleurs elle-même que sa performance était évaluée par son responsable hiérarchique, qu'elle dépendait de la réalisation d'objectifs qui lui étaient propres, de la manière dont elle s'acquittait de son travail et que son objectif principal était de développer les compétences des membres de son équipe. Ce dernier objectif dépend largement de l'appréciation (subjective) du supérieur hiérarchique. Les jalons (prétendument " mesurables ") posés par l'employeuse dans le plan 2016 (fréquence des retours, temps consacré aux discussions et documentation fournie aux employés) fournissent des informations essentiellement quantitatives et sont loin de permettre de réduire de manière substantielle la part de subjectivité inhérente à une évaluation (qualitative) du comportement de l'employée ("

the HOW ") et de son impact sur le développement des compétences des membres de son équipe.

La recourante insiste sur le fait que le plan de rémunération lui-même révèle le caractère mesurable des objectifs, respectivement de leur atteinte. Le seul fait d'affirmer et de répéter dans un document l'importance de s'appuyer sur des éléments de calcul " mesurables " ne rend toutefois pas objectifs des critères qui, en soi, comportent une grande part de subjectivité. On ne saurait donc, comme le souhaite la recourante, exclure d'emblée toute subjectivité du supérieur hiérarchique au moment où celui-ci procède à l'évaluation des employés et détermine concrètement s'ils ont atteint leurs objectifs.

La même remarque peut être faite lorsque la recourante rappelle que les objectifs des employés devaient être mesurables par rapport à des " KPIs " (i.e des indicateurs-clés de performance) et des événements marquants durant l'année.

Quant au fait, allégué par la recourante, qu'une note de 5 permettrait à l'employée de recevoir 100% de son bonus - ce que la cour cantonale aurait ignoré -, il est impropre à démontrer l'arbitraire des juges précédents. Il ne résulte pas des constatations cantonales qu'une note de 5 correspondrait à un montant déterminé ou même déterminable, ce que la

recourante reconnaît d'ailleurs. En outre, il demeure que la note était attribuée en fonction de critères dont l'application impliquait une large part de subjectivité du supérieur hiérarchique.

On ne saurait dès lors reprocher à la cour cantonale d'avoir établi les faits de manière arbitraire.

E. 3.4.2

La recourante reproche également à la cour cantonale d'avoir qualifié à tort le bonus de gratification alors même que l'employeuse ne disposait, pour le déterminer, que d'un " minime pouvoir d'appréciation " et d'avoir notamment ignoré, à titre de comparaison, que les salaires variables, considérés comme déterminables, impliquent aussi une marge de manoeuvre de l'employeur.

Sous couvert d'un établissement arbitraire des faits (art. 9 Cst.), la recourante reproche en réalité une violation du droit aux juges précédents. Celle-ci sera examinée plus avant, dans la mesure où les critiques de la recourante respectent les exigences de motivation posées sous cet angle (art. 42 LTF) (cf. infra consid. 3.5).

E. 3.4.3

Le moyen tiré de l'arbitraire ayant été examiné par la Cour de céans (qui l'a déclaré infondé), il n'y a pas lieu de se pencher sur la violation du droit d'être entendu (droit à se voir notifier une décision motivée) que la recourante n'invoque qu'à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où le Tribunal fédéral déclarerait son moyen principal (l'arbitraire) irrecevable.

E. 3.5

Dans un deuxième temps, la recourante considère que les juges cantonaux n'ont pas qualifié correctement l'accord conclu entre les parties, qui est l'expression de leur volonté réelle et commune (sur la distinction entre l'accord résultant de la volonté des parties et la qualification juridique de cet accord, cf. arrêt 4A_262/2017 du 17 janvier 2018 consid. 4.2.1 et les auteurs cités).

Lorsqu'il s'agit de qualifier juridiquement un accord, il convient de se fonder sur les éléments concrets (établis sans arbitraire par la cour cantonale) sur lesquels les parties se sont entendues (cf. arrêt 4A_262/2017 précité consid. 4.2.1) : en l'espèce, le montant du bonus dépendait d'une évaluation de la performance de l'employée par son supérieur hiérarchique; cette évaluation, qui tenait compte de l'atteinte d'objectifs (notamment développer les compétences des membres de l'équipe), reposait sur des critères qualitatifs et faisait largement appel à l'appréciation subjective de ce supérieur; les jalons posés par l'employeuse et sa volonté de disposer de critères " mesurables " ne permettaient pas de réduire de manière substantielle cette part de subjectivité.

Il résulte de ces constats que la rémunération de l'employée ne reposait pas sur des critères déterminés à l'avance, basés sur le bénéfice ou le chiffre d'affaires, et, conformément à la jurisprudence, elle doit être qualifiée de gratification. Cette conclusion est corroborée par le fait que le contrat conclu entre les parties exclut le paiement de tout bonus en cas de résiliation du contrat de travail, ce qui est " typique d'une gratification " (arrêt 4A_463/2017 du 4 mai 2018 consid. 3.2).

E. 3.5.1

A cet égard, comme on l'a vu (cf. supra consid. 3.1.1) et contrairement à ce que semble penser la recourante, le fait que le contrat ou le plan de rémunération fasse référence à la notion de " rémunération variable " ou même de " salaire variable " n'est en soi pas déterminant.

E. 3.5.2

La recourante affirme que les parties ont discuté de la rémunération variable individuelle lors des pourparlers qui ont précédé la conclusion du contrat de travail et qu'elle aurait ainsi " négocié " sa rémunération variable avant de commencer son activité pour l'intimée.

L'argumentation de la recourante s'inscrit dans la partie de son mémoire traitant du principe du versement du bonus. Cela étant, si l'on peut concevoir que la recourante ait sollicité un droit à la gratification (cas no 2), rien n'indique qu'elle ait négocié et obtenu un accord sur le principe et le montant de sa rémunération variable, ces deux exigences devant être remplies pour que l'on puisse qualifier celle-ci de salaire (variable) au sens des art. 322 s. CO.

La critique se révèle sans consistance.

E. 3.5.3

Quant au fait qu'il serait " acquis dans les groupes pharmaceutiques " que la " rémunération variable " fait partie de la rémunération (sous-entendu : du salaire) de l'employé, la recourante se borne à l'affirmer de manière appellatoire et il ne saurait être pris en compte pour opérer une qualification en sa faveur.

E. 3.5.4

C'est également en vain que la recourante revient sur les négociations menées avec l'employeuse et qu'elle soutient que, pour elle, " une rémunération similaire à son ancien emploi était une condition sine qua non à la signature de son contrat de travail ". A nouveau, elle se borne à présenter sa propre version des faits, ce qui n'est pas admissible.

E. 3.5.5

La recourante insiste à plusieurs reprises sur le fait que le plan de rémunération variable adopté par le groupe C._____ réserve expressément les dispositions de droit impératif des pays dans lesquels il s'applique. Cela démontrerait qu'elle était parfaitement consciente que, si le bonus est qualifié de salaire (variable), l'employeur ne peut soumettre son versement à aucune condition.

Au stade de la qualification, on ne voit toutefois pas en quoi cette explication serait un argument en faveur de la thèse défendue par la recourante. Au contraire, le fait que l'employeuse ait prévu de soumettre le bonus à la réalisation de conditions est plutôt le signe qu'une gratification a été prévue.

E. 3.5.6

On ne saurait pas non plus suivre la recourante lorsqu'elle soutient que la marge de manoeuvre laissée au supérieur hiérarchique (la " part discrétionnaire ") est " minime " et qu'au terme du processus de calcul de la rémunération, le responsable hiérarchique ne peut procéder " qu'à des ajustements mineurs afin de s'assurer qu'il respecte son budget ", ce qui obligerait à qualifier le bonus de salaire (variable).

En l'occurrence, il résulte des constatations cantonales (exemptes d'arbitraire) que la détermination du bonus ne dépendait pas seulement des résultats financiers du groupe

C. _____, mais qu'il s'agissait de tenir compte de la performance de l'employée et que, pour déterminer celle-ci, la part de subjectivité de l'employeuse était réelle. Il ne résulte pas de l'arrêt attaqué que cette " part discrétionnaire " viserait exclusivement des ajustements mineurs entrepris dans une fourchette bien définie.

E. 3.5.7

C'est en vain que la recourante soutient que " l'objectivité à 100% est une fiction " et que, même lorsque la rémunération est calculée exclusivement en fonction des résultats d'une entreprise (cf. art. 322a CO), il existe une part de subjectivité puisque le compte annuel de résultats peut être ajusté, via des amortissements ou des provisions.

La possibilité de verser un salaire variable, calculé en fonction des résultats d'une entreprise, a été explicitement prévue par le législateur (art. 322a CO) et celui-ci n'a pas exprimé sa volonté de considérer comme un salaire variable des revenus calculés en fonction de critères plus ouverts (i.e des critères qui, en soi, impliquent une appréciation subjective de l'employeuse) faisant intervenir le comportement (au sens large) de l'employé durant l'exercice écoulé. Quoi qu'en pense la recourante, les critères retenus par le législateur à l' art. 322a CO sont en soi objectifs (pourcentage du résultat d'exploitation, du chiffre d'affaires) : au moment, où il procède au calcul du salaire variable (cf. art. 322a CO), l'employeur ne dispose pas de marge de manoeuvre, mais il fait usage de celle-ci à un niveau différent, lorsqu'il doit établir ses comptes, qui auront non seulement une incidence sur le salaire variable de tous les employés concernés, mais également sur le dividende versé aux actionnaires. Cela étant, on ne saurait - comme le pense la recourante - tirer argument de la marge de manoeuvre que présuppose l'établissement des comptes puisque l'appréciation de l'employeur (en tant qu'entreprise soumise à des exigences comptables) n'a alors rien à voir avec la part de subjectivité qu'implique nécessairement l'évaluation - par un supérieur hiérarchique - de la performance d'un (seul) employé.

E. 3.5.8

Enfin, on ne peut suivre la recourante lorsqu'elle affirme que des " cotisations relatives aux assurances sociales " sont déduites de la " rémunération variable " au sein du groupe C. _____, ce qui représenterait un " indice fort " que la rémunération variable au sein du groupe est considérée comme du salaire. La notion de " salaire " selon les art. 322 s. CO et celle de " salaire AVS présumé " (pour prendre l'exemple de l'AVS) n'ont pas la même signification et le fait qu'un type de rémunération soit couvert par cette dernière notion (AVS) ne signifie pas qu'il le soit aussi par la notion de salaire au sens des art. 322 s. CO (cf. ATF 141 V 145 consid. 6 p. 152 s.).

E. 3.6

Il en résulte que la rémunération litigieuse (objet de l'accord des parties) doit être qualifiée de gratification.

E. 3.6.1

Il n'y a pas lieu de déterminer si celle-ci était facultative ou obligatoire, puisque, même si l'on admettait (ce qui semble ici l'hypothèse la plus plausible) que l'employée avait un droit à une gratification (obligatoire), le versement de celle-ci était soumis à la condition de la continuation des rapports de travail et l'employée a donné son congé le 4 mai 2016.

La recourante se méprend lorsqu'elle affirme que, lorsque " le principe de la rémunération variable est convenu (...), une rémunération variable déterminable ne peut pas être soumise

à des conditions et doit être payée à titre de salaire variable ". Elle omet de distinguer entre le cas no 1 (salaire variable) et le cas no 2 (droit à la gratification).

En l'espèce, il a été jugé que la rémunération n'était pas déterminable, qu'elle ne pouvait pas être qualifiée de salaire, que l'employeuse peut soumettre le versement d'une gratification à la condition de la continuation des rapports de travail et que l'employée, qui a donné son congé, n'a pas réalisé cette condition en l'espèce.

E. 3.6.2

La recourante revient à la charge en indiquant que, même si l'on considérait que le bonus est une gratification, celle-ci ne pourrait pas lui être soustraite au motif qu'elle a mis fin à son contrat de travail puisque, dans son cas, la gratification est destinée uniquement à la récompenser pour le travail effectué.

Elle tente de tirer argument de l'arrêt 4A_641/2017 du 4 avril 2018 (consid. 3.3), qui traite de l'inégalité de traitement dans le versement des bonus, sans relever que le passage auquel elle se réfère ne constitue qu'un

obiter dictum dans lequel la Cour de céans se borne à relater la discussion menée par certains auteurs. Le débat doctrinal consistait à savoir si l'employeur pourrait être empêché de soumettre le versement d'un bonus à l'exigence de la continuation des rapports de travail si ce versement avait été fait exclusivement pour récompenser l'employé. En l'espèce, le bonus envisagé repose sur des justifications distinctes (performance personnelle de l'employée et prise en compte des bons résultats de l'entreprise) de celle visée par la doctrine (récompense de l'employé), de sorte que l'argument soulevé par la recourante tombe à faux.

La critique est infondée.

E. 3.6.3

On observera, enfin, que la recourante ne conteste pas avoir perçu un revenu de 410'000 fr. en 2016, qui doit être qualifié de " très haut revenu " selon la jurisprudence. Cela étant, le critère de l'accessoriété n'était pas applicable au cas d'espèce.

E. 4

Il résulte des considérations qui précèdent que le recours en matière civile doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

Les frais et les dépens sont mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 66 al. 1 et 68 al. 1 et 2 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.