

TF, 04.04.2018, 4A\_641/2017

*En dépit de son caractère purement discrétionnaire, une gratification peut être due à l'employé en raison du principe d'égalité de traitement.*

#### Faits

Chef de projet au sein d'une équipe de cinq personnes, un employé perçoit un salaire annuel de CHF 195'000. Pendant trois années consécutives, son employeur lui verse également un bonus, entièrement discrétionnaire, d'un montant de CHF 19'000 en 2011, CHF 16'413 et 19'400 en 2012, et CHF 33'000 en 2013. Le contrat de travail précise que le bonus n'est octroyé que si le contrat de travail n'a pas été résilié par l'une des parties à la date à laquelle le bonus devrait être payé.

En janvier 2015, l'employé apprend que les quatre autres membres de son équipe se sont vu verser un bonus pour l'année 2014, alors que lui n'a rien reçu. Quelques semaines plus tard, l'employeur lui signifie la suppression de son poste et lui remet une lettre de licenciement indiquant que le contrat prendrait fin le 30 avril 2015. En outre, l'employeur fait savoir à l'employé qu'une indemnité de départ de CHF 33'502, correspondant à deux mois de salaire, lui serait versée si la date de la fin des rapports de travail n'était pas décalée dans le temps en raison d'une incapacité de travail et si le comportement de l'employé ne portait pas préjudice à l'employeur.

L'employé s'oppose au licenciement et réclame un peu moins de CHF 250'000, notamment à titre de bonus relatif à l'année 2014, salaires, indemnité contractuelle de licenciement et indemnité pour licenciement abusif.

En cours de procédure, l'employeur déclare qu'aucun bonus n'a été versé à l'employé car la société avait décidé de se séparer de lui, et que l'indemnité de départ devait compenser ce montant.

En première instance, la demande de l'employé est rejetée s'agissant du bonus et admise sur d'autres points. En appel, ce jugement est partiellement réformé et l'employeur est condamné à verser CHF 23'450 à titre de bonus pour 2014. La Cour de justice genevoise

considère en effet que le bonus est dû en raison du principe d'égalité de traitement.

Saisi par l'employeur, le Tribunal fédéral doit déterminer si le principe d'égalité de traitement impose le paiement du bonus à l'employeur en l'espèce.

## Droit

Le caractère facultatif de la gratification trouve ses limites dans le respect de l'égalité de traitement. Jurisprudence et doctrine s'accordent pour retenir l'existence d'un principe général d'égalité de traitement déduit de l'art. 328 CO obligeant l'employeur à protéger la personnalité des employés (cf. art. 28 ss CC).

De jurisprudence constante, une décision subjective de l'employeur ne contrevient à l'interdiction de discriminer que dans la mesure où elle exprime une dépréciation de la personnalité du travailleur et lui porte ainsi atteinte. Une telle situation n'est réalisée que si l'employé est placé dans une situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres employés; tel n'est en revanche pas le cas lorsque l'employeur favorise simplement quelques employés.

Toutefois, une dépréciation de la personnalité du travailleur ne présuppose pas que le travailleur ait été subjectivement blessé par le non-versement de la gratification. Vu son caractère discrétionnaire, le versement d'une gratification peut être subordonné à certaines conditions établies par l'employeur, telles que la présence de l'employé au moment du versement ou l'absence de résiliation du contrat.

Se référant aux avis de la doctrine, le Tribunal fédéral rappelle que l'employeur peut avoir divers motifs de verser une gratification, parmi lesquels compte le fait de récompenser l'employeur pour le travail accompli, de le motiver pour l'avenir ou encore de partager avec lui les résultats de l'entreprise. Le Tribunal fédéral considère également que si la gratification est destinée uniquement à récompenser l'employé pour le travail effectué (comme en l'espèce), elle ne saurait être réduite ou supprimée en raison du fait que le contrat a été résilié.

En l'espèce, le Tribunal fédéral constate que le contrat de travail n'avait pas encore été

résilié au moment où survenait l'occasion donnant lieu au paiement du bonus, à savoir la fin de l'année de travail 2014. Par conséquent, la résiliation intervenue fin janvier 2015 n'est pas un critère de distinction pertinent par rapport aux autres employés du département. Pour être un critère pertinent, la résiliation aurait donc dû être notifiée avant la fin de l'année.

De plus, il ressort des courriers ayant accompagné le versement des bonus les années précédentes que la gratification était destinée uniquement à récompenser l'employé pour le travail effectué. Elle ne saurait dès lors être réduite ou supprimée pour le motif que le contrat a été résilié.

Le Tribunal fédéral considère également qu'une discrimination par rapport à tous les employés d'un département, même si celui-ci ne compte que cinq personnes, apparaît tout à fait pertinente, et est donc propre à exprimer une dépréciation de la personnalité du travailleur en lui portant atteinte.

Finalement, le paiement d'une indemnité de départ visant à compenser la perte du bonus ne permettait pas à l'employeur de refuser le bonus. En effet, le Tribunal fédéral estime que les conditions assorties au versement de l'indemnité montrent qu'il s'agissait de s'assurer un certain comportement du collaborateur licencié, de sorte que l'indemnité ne constituait pas un avantage par rapport aux autres employés qui n'ont pas été licenciés.

Le Tribunal fédéral considère que le bonus était dû également pour l'année 2014 et rejette ainsi le recours.

#### Note

Le résultat auquel parvient le Tribunal fédéral dans l'arrêt résumé ici nous paraît peu convaincant.

D'une part, il implique que si la notification de la résiliation des rapports de travail avait eu lieu quelques jours avant la fin du mois de décembre 2014, l'employeur aurait vraisemblablement été en droit de refuser le paiement du bonus. Si cela paraît effectivement correspondre à ce qui avait été prévu entre les parties (non-résiliation du

contrat comme condition au paiement du bonus), une telle situation serait tout aussi contraire au principe d'égalité de traitement défini dans cet arrêt. Une différence de quelques jours en ce qui concerne le moment de la résiliation ne change en effet rien au fait que l'employé a travaillé, à l'instar de ses collègues, pendant toute l'année 2014.

D'autre part, l'arrêt nous semble consacrer une notion d'égalité de traitement entre employés trop étendue. La situation dans laquelle se trouve l'employé doit être « clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres employés » pour qu'elle résulte en une « dépréciation de la personnalité du travailleur et lui porte ainsi atteinte ». Or, dans le cas d'espèce l'employé était moins bien traité que les autres quatre membres de son équipe, ce qui paraît insuffisant au regard de la notion de « grand nombre d'employés ».

On notera également que malgré le but du bonus tel qu'établi dans les courriers qui accompagnaient le versement du bonus les années précédant la résiliation, il nous paraît inhérent à la notion de gratification que celle-ci vise également à motiver l'employé pour le futur. Ainsi, la résiliation du contrat paraît dans tous les cas un élément pertinent.

Finalement, on peut également se poser la question de savoir si dans les faits l'employé était effectivement moins bien traité que ses collègues, l'indemnité de départ étant d'un montant dans l'ordre de grandeur des bonus versés les années avant la résiliation du contrat.

Le présent arrêt s'ajoute à la jurisprudence très étendue du Tribunal fédéral en matière de bonus (cf. notamment [ATF 141 III 407](#) résumé in : [LawInside.ch/88](#); [ATF 142 III 381](#) résumé in : [LawInside.ch/244](#), [ATF 142 III 456](#) résumé in : [LawInside.ch/279](#) et [4A\\_714/2016](#) résumé in : [LawInside.ch/497](#)). L'employeur souhaitant verser un bonus à ses employés doit connaître cette jurisprudence et, afin de minimiser le risque d'actions en paiement du bonus de la part de ses employés, mettre en place le système de bonus en tenant compte de (i) la distinction entre salaire variable et bonus, (ii) la possibilité que le bonus soit requalifié en tant que salaire et, enfin, (iii) le respect du principe d'égalité de traitement lors du versement du bonus.

\*L'auteur du présent résumé exerce dans l'étude d'avocats chargée de défendre l'employeur dans cette cause. Il n'a toutefois pas travaillé sur le dossier.

Proposition de citation : SIMONE SCHÜRCH, Le versement du bonus et l'égalité de traitement, in:

<https://lawinside.ch/668/>