

*ATC (Ile Cour civile) du 5 avril 2005, A. c. X. SA*

**Contrat de travail: délimitation entre gratification convenue et salaire (art. 322 et 322d CO).**

- Critères de distinction, plus particulièrement lorsque le salaire contient une part variable et que les rapports de travail ont pris fin en cours d'année (consid. 3a et b).
- Qualification en l'espèce de la prime exceptionnelle de 80'000 fr. (consid. 3c).
- Licéité de la condition qui subordonne le paiement de cette prime à la condition que l'employé soit demeuré au service de l'employeur jusqu'à une certaine date (consid. 4).
- Interprétation selon le principe de la confiance de la clause relative au versement pro rata temporis de la prime (consid. 5).

**Arbeitsvertrag: Abgrenzung zwischen vereinbarter Gratifikation und Lohn (Art. 322 und 322d OR).**

- Abgrenzungskriterien, insbesondere wenn der Lohn einen variablen Bestandteil enthält und das Arbeitsverhältnis im laufenden Jahr beendet wird (E. 3a und b).
- Vorliegend Qualifikation einer ausserordentlichen Prämie von Fr. 80'000.- (E. 3c).
- Es ist zulässig, die Bezahlung der Prämie von der Bedingung abhängig zu machen, dass der Arbeitnehmer bis zu einem bestimmten Datum im Dienst des Arbeitgebers verbleibt (E. 4).
- Auslegung der Klausel betreffend die Bezahlung der Prämie pro rata temporis nach dem Vertrauensprinzip (E. 5).

***Considérants (extraits)***

3. Les parties à la présente procédure sont liées par un contrat de travail au sens des art. 319ss CO. Dans le cadre de leurs relations contractuelles, elles ont été amenées à signer une convention portant sur le versement d'une prime exceptionnelle de 80'000 fr., qu'il convient au préalable de qualifier. En effet, la question qui se pose en l'espèce est de savoir si cette prime est un élément du salaire au sens de l'art. 322 CO, position défendue par le demandeur, ou une gratification au sens de l'art. 322d CO, comme le soutient la défenderesse.

a) Le salaire, élément parmi les plus typiques du contrat de travail, est la contre-prestation principale de l'employeur à l'obligation du travailleur d'effectuer sa prestation de services (art. 319 al. 1 et 322 al. 1 CO; Wyler, Droit du travail, Berne 2002, p. 110). En règle générale, le salaire est fixé librement entre les parties, soit en fonction du temps consacré par le travailleur (salaire au temps), soit en fonction de la quantité de travail fournie par lui (salaire à la pièce ou à la tâche). Les

parties peuvent aussi convenir que le travailleur percevra une rémunération liée aux résultats de l'exploitation de l'entreprise (art. 322a CO). Cette forme de rémunération est en principe complémentaire au salaire de base.

Quant à la gratification au sens de l'art. 322d al. 1 CO, elle est une rétribution extraordinaire qui s'ajoute au salaire et qui est versée à certaines occasions. Elle dépend toujours, dans une certaine mesure, de l'employeur, si ce n'est dans son principe, à tout le moins dans son montant. Un montant fixé et définitivement convenu à l'avance par le contrat de travail, tel le treizième mois de salaire ou une autre rétribution semblable entièrement déterminée par le contrat, n'est pas une gratification, mais un salaire (ATF 109 II 447 consid. 5c). A l'inverse, on ne peut déduire du seul caractère variable de la bonification qu'il s'agit d'une gratification. En fonction de ce que les parties ont convenu concrètement, il peut s'agir aussi bien d'un élément du salaire au sens de l'art. 322 CO qui, ainsi que le prévoit l'art. 322a CO, peut être variable, que d'une gratification (ATF 129 III 276 consid. 2 et les références citées). La gratification peut être facultative - l'employeur reste libre de décider tant du versement que du montant de la gratification (Senti, *Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation*, in PJA 6/2002, p. 676 ch. 4.2.1) - ou convenue. L'engagement de l'employeur de verser une gratification (gratification convenue) peut être prévu dans le contrat de travail ou résulter, pendant les rapports de travail, d'actes concluants, comme le versement régulier et sans réserve d'une gratification; il est ainsi admis qu'une gratification est due en vertu du principe de la confiance lorsque l'employeur l'a versée au moins trois années consécutives (ATF 129 III 276 consid. 2 et les références citées). Seule la gratification convenue donne au travailleur le droit à en obtenir le versement (art. 322d al. 1 CO).

b) Lorsque la rémunération du travailleur contient une part variable, il importe de distinguer entre salaire et gratification. Cette distinction revêt en effet une importance cruciale lorsque, comme dans le cas qui nous occupe, les rapports de travail prennent fin en cours d'année. Dans ce cas de figure, si la part variable de la rémunération peut être considérée comme un élément du salaire (salaire à la performance), le travailleur a droit à son versement pro rata temporis, alors que, s'il s'agit d'une gratification, il n'a droit à la part proportionnelle de cette rétribution que s'il en a été convenu ainsi, conformément à l'art. 322d al. 2 CO (arrêt 4C.6/2003 du 24 avril 2003, consid. 2.2). Lorsqu'il s'agit de qualifier de salaire ou de gratification la

part variable de la rémunération, les termes utilisés par les parties ne sont pas déterminants (art. 18 CO; Senti, op. cit., p. 677 ch. 4.3); n'est de même pas, à elle seule, déterminante la réglementation prévue ou voulue par les parties en cas de résiliation du contrat de travail en cours d'année (arrêt du 24 avril 2003 précité, consid. 2.2). Quant au critère tiré du caractère facultatif de la rétribution, tout au plus permet-il de distinguer la gratification facultative du salaire, mais il devient inopérant dès qu'il s'agit de distinguer entre gratification convenue et salaire (Senti, op. cit., p. 678 ch. 4.3.2.2.). Est pareillement irrelevante la question de savoir si la rétribution est soumise à la perception d'impôts et de charges sociales, puisque aussi bien la gratification que le salaire sont imposables en tant que produit de l'activité dépendante (cf. art. 17 al. 1 IFD) et entrent dans la définition du salaire déterminant AVS (Favre Moreillon, Droit du travail, aspects juridiques et pratiques, Bâle/Genève/Munich, p.15).

Le Tribunal fédéral a considéré que la question devait être résolue au regard du but poursuivi par les parties. Il a ainsi estimé que devait être qualifiée de salaire la rétribution convenue pour le cas où un objectif précis était atteint (ATF du 24 avril 2003 précité consid. 2.2), tel le bonus dépendant de critères objectifs fondés sur la rentabilité du travailleur (arrêt 4C.244/2004 du 25 octobre 2004, consid. 2.3 et la référence). Dans ce dernier arrêt, la Haute Cour a considéré que, dès lors que le principe même du bonus tenait à l'activité de l'employé durant l'année considérée, il était devenu un élément du salaire, puisque dépendant de critères objectifs, et son versement était obligatoire, même si le montant du bonus (250'000 fr., soit 90'000 fr. de plus que l'année précédente) pouvait éventuellement s'expliquer par le désir de l'employeur de retenir ce dernier. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a relevé que le montant de ce bonus, qui équivalait au salaire de base, était un indice d'indemnisation de la prestation de travail fournie, ce qui en faisait un élément du salaire. A cet égard, doctrine et jurisprudence admettent que pour déterminer si un bonus est la contrepartie convenue du travail, devenant ainsi une partie du salaire, ou s'il constitue seulement une rémunération accessoire sous forme de gratification, il faut aussi se fonder sur sa régularité et le montant du salaire fixe. Le bonus paraît perdre son caractère accessoire s'il atteint régulièrement un montant supérieur à celui du salaire fixe. Par contre, une prestation proportionnellement élevée par rapport au salaire peut être considérée comme une gratification si elle n'a été versée qu'une seule fois et qu'elle n'est pas répétée dans la même ampleur. De même, en cas de revenu élevé, la part versée à titre de

gratification peut être plus importante, proportionnellement au salaire, qu'en cas de bas revenu puisqu'une différence de revenu même (relativement) faible aura une signification bien plus grande lorsque le revenu est bas que si le revenu est élevé (ATF 129 III 276 consid. 2.1; arrêt du 24 avril 2003 précité, consid. 2.2). Il a ainsi été jugé qu'un bonus équivalant au quart du salaire de base, qui lui se montait à 100'000 fr., ou qu'un bonus de 30'000 fr. pour un salaire de 130'000 fr., constituaient des gratifications.

c) En l'occurrence, les parties sont convenues du versement d'une prime exceptionnelle de 80'000 fr. au terme d'une convention dénommée «convention de rétention». Bien que fixé à l'avance, ce montant n'a pas été définitivement convenu, puisqu'il a précisément été qualifié d'exceptionnel; de plus, il a été arrêté dans le cadre d'une convention qui, bien qu'étroitement liée au contrat de travail préexistant entre les parties, n'est pas un contrat de travail. L'on ne saurait en conséquence qualifier la prime convenue de salaire du simple fait que son montant a été fixé à l'avance sur la base d'un accord écrit, en se prévalant de la solution retenue dans l'ATF 109 II 447. Les circonstances de la présente affaire ne sont en rien comparables à celles qui ont conduit le Tribunal fédéral à qualifier, dans cet arrêt, de salaire la «gratification» annuelle fixe de 22'000 fr. englobée dans le salaire annuel de 130'000 fr. convenu entre les parties. On ne peut pas plus justifier pareille qualification du fait que la convention prévoit de soumettre cette prime exceptionnelle à l'impôt et aux charges sociales, la gratification étant, de par la loi, soumise à ces charges au même titre que le salaire.

Ne sont de même pas déterminants les termes utilisés par les parties - le montant convenu ayant été dénommé «prime» - et la réglementation prévue en cas de résiliation du contrat de travail en cours d'année - le montant convenu n'étant en principe pas dû si la résiliation intervenait avant le 31 décembre 2002. Tout au plus peut-on tirer de ces éléments de fait un indice en faveur d'une gratification plutôt que d'un salaire, mais cela ne suffit pas encore à définitivement qualifier la prime convenue de gratification.

Reste dès lors à déterminer le but poursuivi par les parties lorsqu'elles ont conclu la convention de rétention. Demandeur et défenderesse s'accordent pour reconnaître que le but recherché par cette dernière était clairement de retenir les meilleurs éléments du département jusqu'à une date fixée au 31 décembre 2002. La prime convenue pour le cas où l'employé jugé essentiel au bon fonctionnement de

l'entreprise était toujours au service de la défenderesse à cette date n'avait pas d'autre but que de le récompenser pour sa fidélité. Comme le relève le demandeur lui-même, le principe même de cette prime ne tenait en rien à la qualité de ses prestations durant la période de validité du plan de rétention. Cette fonction-là était dévolue au bonus annuel ordinaire que la défenderesse avait l'habitude, semble-t-il, de verser à ses employés méritants selon des modalités et des critères qui ne ressortent toutefois pas du dossier. La défenderesse a d'ailleurs pris la précaution de bien distinguer la prime extraordinaire du bonus annuel, en précisant dans le plan de rétention que la prime de 80'000 fr. ne remplaçait pas le bonus annuel et que la participation à ce plan ne donnait aucun droit à la répartition dudit bonus selon le procédé ordinaire. Au regard du but poursuivi, qui était clairement le désir de la défenderesse de retenir le demandeur jusqu'à une date fixée par elle indépendamment de sa rentabilité, et des principes jurisprudentiels relevés ci-dessus, force est de constater que la prime convenue n'avait pas pour fonction d'indemniser la prestation de travail fournie par le demandeur. Contrairement à ce que soutient ce dernier, le montant de la prime ne saurait s'opposer à sa qualification de gratification. Reportée sur les 29 mois de durée de validité du plan de rétention, la prime convenue ne représente nullement le 80% du salaire annuel versé au demandeur, mais reste dans les proportions admises par le Tribunal fédéral s'agissant de la part de gratification versée en regard d'un revenu élevé (33'103 fr. par an pour un revenu annuel net de 132'663 fr. en 2001; cf. arrêt 4C.6/2003 du 24 avril 2003). En tout état de cause, même si l'on devait admettre avec le demandeur, en faisant abstraction de la durée du plan de rétention, que la prime convenue représentait le 80% de son salaire annuel, elle n'aurait pas pour autant perdu son caractère accessoire; il est, en effet, admis qu'une prestation proportionnellement élevée par rapport au salaire peut encore être considérée comme une gratification si, comme en l'espèce, elle n'est versée qu'une seule fois et qu'elle n'est pas répétée dans la même ampleur. En définitive, tant le but poursuivi par les parties, que le montant de la prime accordée, permettent de conclure que cette dernière n'était pas la contrepartie convenue du travail fourni par le demandeur. Elle ne saurait, en conséquence, être considérée comme un élément du salaire.

Dès lors que la prime exceptionnelle de 80'000 fr. doit être qualifiée de gratification au sens de l'art. 322d CO, le demandeur, qui a résilié son contrat de travail avant le 31 décembre 2002, n'a droit à une part proportionnelle de cette rétribution que s'il en a été

convenu ainsi avec la défenderesse (art. 322d al. 2 CO), ce qui sera examiné ci-dessous (cf. consid. 5). Auparavant, il convient de faire un sort aux arguments du demandeur relatifs à la licéité de l'art. 6 du plan de rétention.

4. Le demandeur soutient que cette disposition, qui subordonne le versement de la rétribution à la condition que l'employé soit demeuré au service de la défenderesse sans interruption jusqu'au 31 décembre 2002, est illicite au regard de certaines dispositions impératives du contrat de travail. Les arguments développés par le demandeur sur ces questions n'ont toutefois de sens que si la prime exceptionnelle de 80'000 fr. prévue dans le plan de rétention peut être considérée comme un élément du salaire dont le paiement a été différé. Dès lors que la Cour de céans est d'avis que cette prime n'est pas un élément du salaire mais une gratification, la question de savoir si cette disposition impose au demandeur une réglementation contraire aux dispositions impératives du contrat de travail en matière de salaire est irrelevante. Il en va ainsi de l'éventuelle violation des art. 323a CO et 323b al. 3 CO. Tout au plus peut-on s'interroger, avec le demandeur, sur la licéité de la clause prévoyant l'obligation de rester au service de l'employeur pendant 29 mois sous peine de perdre l'entier de la prime promise; ne constitue-t-elle pas, en fait, une pénalité contraire à l'art. 337d CO et au principe de l'égalité des parties devant le délai de congé; ne restreint-elle pas de manière inadmissible le droit de l'employé de résilier le contrat de travail, en violation de la disposition impérative de l'art. 335 al. 1 CO. Tel pourrait être le cas, au regard de la jurisprudence et de la doctrine, si le salaire de base de l'employé sans la gratification est insuffisant pour assurer ses besoins essentiels, de sorte qu'une telle clause restreindrait sa liberté économique de mettre fin au contrat de travail (Wyler, *op. cit.*, p. 121 et 122 et les citations; Aubert, *Commentaire romand*, CO I, Genève/Bâle/Munich, n. 8 ad art. 322d CO; GE 20 novembre 2002, JAR 2003, 229). Mais le demandeur, avec un salaire de base de plus de 100'000 fr. par an, n'est pas dans la situation de l'employé dont le salaire fixe ne lui permet pas de couvrir ses dépenses, et qui voit ainsi sa liberté économique de résilier le contrat de travail restreinte par une telle clause. Il l'est d'autant moins que le nouvel emploi lui procure un revenu tout à fait comparable à celui que lui versait la défenderesse. La preuve que sa liberté économique n'a été en rien restreinte par cette clause est que, bien qu'ayant eu son attention attirée par son supérieur sur le risque de

perdre le droit au versement de la prime en cas de résiliation anticipée du contrat de travail, le demandeur a tout de même décidé d'accepter ce poste, ce qui impliquait de résilier ses rapports de travail avec la défenderesse pour le 31 mai 2002. Il ne saurait aujourd'hui être suivi lorsqu'il tente de soutenir que l'art. 6 du plan de rétention contrevient aux art. 335 al. 1 et 337d CO.

5. Reste donc à examiner si, comme le soutient le demandeur, les parties sont convenues du versement d'une part proportionnelle de la prime de 80'000 fr. en cas de résiliation du contrat de travail avant le 31 décembre 2002. Selon lui, l'art. 6.2. du plan de rétention prévoit le versement pro rata temporis de la prime si la fin des rapports de travail intervient dans le cadre de mesures de restructuration, que la résiliation du contrat de travail soit le fait de l'employeur ou de l'employé. La défenderesse conteste cette interprétation, estimant que seule une résiliation décidée par l'employeur ensuite de mesures de restructuration donne droit au versement d'une part proportionnelle de la prime selon cette disposition.

a) Pour interpréter un contrat, le juge recherche, dans un premier temps, la volonté réelle des parties, le cas échéant, empiriquement, sur la base d'indices, tels que notamment les pourparlers contractuels ou le comportement des parties postérieurement à la conclusion du contrat (ATF 127 III 444 consid. 1b; 107 II 417 consid. 6). En cas de litige sur le consentement ou son interprétation, le juge doit examiner si les parties se sont effectivement exprimées et comprises de manière concordante. Dans l'affirmative, il existe un accord de fait pour la conclusion du contrat. Si les parties se sont exprimées de manière concordante, mais comprises de façon divergente, il y a un désaccord latent, qui n'empêche cependant pas la conclusion du contrat lorsque le sens que l'une des parties a attribué aux déclarations de son interlocuteur doit être objectivement admis en vertu du principe de la confiance. Ce principe permet, en effet, d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 129 III 118 consid. 2.5; 128 III 419 consid. 2.2; arrêt 4C.43/2000 du 21 mai 2001 in: SJ 2001 p. 541 consid. 2c et les références citées).

b) En l'occurrence, le dossier ne permet pas de définir les circonstances qui ont entouré la conclusion du plan de rétention et, par tant, la volonté réelle des parties. Seul est connu le but recherché par

la défenderesse et compris comme tel par le demandeur, à savoir retenir les personnes clés du département jusqu'à une date arrêtée au 31 décembre 2002. Il convient donc d'interpréter le plan de rétention selon le principe de la confiance.

Le droit au versement de la prime est conditionné à l'existence de rapports de travail ininterrompus au 31 décembre 2002 sauf si, avant ce terme, et pour des raisons de restructuration de l'entreprise, le contrat de travail prend fin ou l'employé est transféré dans un autre service. Dans ces deux hypothèses, le bénéficiaire du plan a droit au versement de la prime pro rata temporis, conformément à l'art. 6.2. du plan de rétention. Cette disposition ne précise pas que la résiliation du contrat doit être le fait de l'employeur, alors que, lorsqu'il est question du transfert de l'employé dans un autre service, il est expressément stipulé que c'est sur proposition de l'employeur. Le demandeur croit pouvoir en tirer argument pour soutenir que l'exception prévue au principe du non-versement de la prime vaut aussi lorsque la résiliation anticipée du contrat de travail à la suite de mesures de réorganisation est le fait de l'employé. Outre que cette affirmation est porteuse d'une contradiction interne que le demandeur n'explique pas - les mesures de réorganisation étant de la compétence de l'employeur, les éventuelles résiliations qui en découlent ne peuvent être que le fait de ce dernier -, elle n'est guère compatible avec le but poursuivi par le plan de rétention, pourtant connu du demandeur. A le suivre, la défenderesse, dont le but était de conserver les employés jugés essentiels pour le bon fonctionnement du département, aurait cependant accepté le principe d'un versement partiel de la prime en cas de résiliation anticipée du contrat de travail par cet employé à l'occasion d'une restructuration du service, même si les mesures décidées ne le touchaient pas. Pareille interprétation ne trouve aucun appui d'autant que, si on pousse jusqu'au bout le raisonnement induit par le demandeur, l'employé qui, confronté à la même situation, se contenterait de demander un transfert interne n'aurait pas droit au versement partiel de la prime, puisque seul le transfert voulu par l'employeur ouvre ce droit selon la lettre de l'art. 6.2. Or, rien ne justifie de traiter ces deux situations de manière différente.

Le demandeur, juriste de formation, ne saurait prétendre avoir pu, de bonne foi, déduire de la rédaction de cette disposition que la volonté de l'employeur de conserver jusqu'au 31 décembre 2002 les employés jugés essentiels pour le bon fonctionnement du département tombait en cas de réorganisation, et que, dans cette hypothèse, l'employé - toujours jugé essentiel par l'employeur, puisque non tou-

ché par les mesures de restructuration - pouvait sans autre résilier le contrat de travail avant l'échéance du plan de rétention et percevoir la prime promise pro rata temporis. A supposer même qu'il ait pu comprendre ainsi l'exception au principe du versement de la prime à l'échéance fixée, il lui aurait appartenu de lever les doutes que pareille interprétation aurait dû susciter en lui, ce d'autant que son supérieur direct l'avait mis en garde sur le risque qu'il courait en résiliant avant terme le contrat qui le liait à la défenderesse. Plutôt que d'en discuter avec les instances dirigeantes de la défenderesse, le demandeur a préféré s'assurer auprès d'un collaborateur du département de langue allemande que cette disposition pouvait bel et bien être comprise dans le sens où il l'entendait. Il tente aujourd'hui d'en tirer argument pour soutenir que cette disposition était, à tout le moins, ambiguë. Présenté comme il l'a été, hors de tout contexte et tronqué du but recherché par la défenderesse, l'art. 6.2. du plan de rétention pouvait certes apparaître ambigu aux yeux de ce collaborateur non juriste et non intéressé au plan de rétention. Le demandeur ne saurait toutefois se comparer à lui. Fort de ses connaissances juridiques, des modalités du plan de rétention et du but recherché par son employeur, le demandeur peine à faire admettre qu'il ait pu de bonne foi tenir pour équivoque cette disposition.

Dès lors qu'une interprétation selon le principe de la confiance de l'art. 6.2. du plan de rétention conduit à dénier à l'employé le droit de percevoir une part proportionnelle de la prime promise en cas de résiliation anticipée de sa part du contrat de travail, le demandeur, qui a résilié le contrat de travail le liant à la défenderesse pour le 31 mai 2002, ne saurait fonder ses prétentions sur cette disposition. Cette seule constatation suffit pour rejeter la demande, sans qu'il soit encore nécessaire de déterminer si cette résiliation est intervenue dans le cadre de mesures de restructuration du département, comme le soutient le demandeur. A cet égard, toutefois, il sied de relever que, par définition, des mesures de restructuration ne peuvent être ordonnées que par l'employeur, qui seul décide de la politique d'entreprise, et qu'il n'appartient pas à l'employé de décréter si et quand de telles mesures doivent être prises. En l'espèce, il ressort clairement du dossier que le département a fait l'objet d'une profonde restructuration courant 2003 seulement, bien que la baisse de volume dans les affaires à traiter ait été perceptible dès le deuxième semestre 2001 déjà. Que cette baisse de volume de travail ait amené les collaborateurs du département et leur chef à considérer, bien avant 2003, que le service était surdimensionné et qu'à terme, des emplois seraient sacrifiés,

n'est pas contestable. Que les prévisions personnelles du demandeur relatives à la réorganisation du service se soient finalement réalisées est également indéniable. Cette perception de la situation et les projections qui ont pu en découler n'en font pas encore des mesures de restructuration.