

# DROIT DU TRAVAIL

JUILLET-AOÛT 2025  
NEWSLETTER **07**

JURISPRUDENCES COMMENTÉES – EXEMPLES PRATIQUES – ACTUALITÉS & PERSPECTIVES



Marc Ph. Prinz



Basile Walder

## Chère lectrice, cher lecteur,

Notre premier sujet «Bonus: classification et questions fréquentes» met en lumière les différents types de primes, en soulignant leurs différences et en expliquant leurs conséquences juridiques respectives.

L'intelligence artificielle est de plus en plus présente dans la pratique, y compris dans les ressources humaines. Notre second sujet «L'IA dans les ressources humaines» donne un aperçu des possibilités d'application existantes, notamment en ce qui concerne leurs avantages et risques potentiels respectifs.

En espérant que ces thèmes susciteront votre intérêt, nous vous souhaitons, chère lectrice, cher lecteur, une bonne lecture.

Marc Ph. Prinz, LL.M.

Basile Walder

## CONTENUS DE CETTE ÉDITION:

■ Actualité: Bonus	1
■ FAQ: Bonus	4
■ Actualité: L'IA dans les ressources humaines	5
■ Article spécialisé: Location de services	8
■ Jurisprudence: Paiement du salaire pendant les vacances	10

## Bonus: classification et questions fréquentes

Le droit suisse ne prévoit aucune disposition légale spécifique relative aux primes. De nombreuses questions juridiques restent dès lors en suspens et il est nécessaire de déterminer au cas par cas si une prime doit être considérée comme un élément du salaire (art. 322 CO) ou comme une gratification (art. 322d CO) en se basant sur la volonté exprimée par les parties. Cette distinction est essentielle, car l'employeur dispose d'une plus grande marge de manœuvre lorsqu'il octroie une gratification et/ou en fixe le montant en tant qu'élément (variable) du salaire.

### ■ Par Lovrana Kraljevic

Ces dernières années, les primes ont pris de plus en plus d'importance. Elles constituent aujourd'hui, dans certains secteurs

d'activités, une part essentielle de la rémunération globale. La qualification juridique des primes – en tant qu'élément variable du

salaire ou gratification – est donc un sujet récurrent dans les litiges de droit du travail.

### Salaire et gratification: définitions

Le salaire (art. 322 al. 1 CO) est la contrepartie dont l'employeur est redevable au travailleur pour le travail qu'il a accompli. Son montant est fixé soit directement dans le contrat de travail individuel, soit indirectement par un contrat-type ou une convention collective de travail.

La gratification (art. 322d al. 1 CO) est une rémunération spéciale facultative que l'employeur peut verser en plus du salaire sous certaines conditions, par exemple à la fin de l'année ou à Noël, et qui n'est pas soumise aux dispositions impératives en matière de salaire. Le droit à une gratification ou son caractère facultatif dépendent de ses modalités.



### **Distinction entre salaire et gratification: trois cas de figure en droit suisse**

Par définition, une gratification doit être accessoire, c'est-à-dire accessoire au salaire. Elle ne doit jouer qu'un rôle secondaire par rapport à la rémunération totale du salarié. Il peut toutefois arriver qu'une prime, même lorsqu'elle a été expressément déclarée facultative par l'employeur, doive être qualifiée d'élément (variable) du salaire en raison de son montant par rapport au salaire de base.

La règle suivante s'applique: si un salarié perçoit un revenu très élevé,<sup>1</sup> le bonus reste toujours une gratification à laquelle il ne peut prétendre. En 2022, le seuil déterminant un «revenu très élevé» était fixé à CHF 407 280.— par an.<sup>2</sup> Pour déterminer si ce seuil est atteint, il est décisif de prendre en compte l'ensemble du revenu annuel effectivement versé, c'est-à-dire le salaire de base ainsi que toute prime effectivement versée au cours de la même année.<sup>3</sup>

Une autre caractéristique qui distingue une gratification d'une composante (variable) du salaire est la suivante: le versement d'une gratification dépend, au moins en partie, de la libre appréciation de l'employeur.

Le Tribunal fédéral a résumé sa jurisprudence en matière de primes dans plusieurs arrêts.<sup>4</sup> Il en résulte trois cas principaux:

- (i) le salaire variable auquel le salarié a droit
- (ii) la gratification à laquelle le salarié a droit (gratification fictive)
- (iii) la gratification à laquelle le salarié n'a pas droit (gratification véritable)

La situation (i) se présente lorsqu'un montant déterminé – même s'il est qualifié de bonus ou de gratification – est fixé ou peut être déterminé de manière objective. C'est le cas lorsque le droit a été convenu contractuellement (en règle générale dans le contrat de travail) et que le montant est soit fixe, soit calculé selon des critères objectifs et prédéfinis tels que le bénéfice, le chiffre d'affaires ou une part du résultat de l'entreprise. Il est déterminant que le versement ne dépende pas de la volonté de l'employeur. Dans ce cas, il s'agit d'un élément du salaire (appelé salaire variable) que l'employeur doit obligatoirement verser au travailleur.<sup>5</sup>

Il y a gratification – situations (ii) et (iii) – lorsqu'une prime est indéterminée ou objectivement indéterminable, c'est-à-dire lorsque son versement et/ou son montant dépendent de la volonté de l'employeur. La jurisprudence du Tribunal fédéral reconnaît à l'employeur une telle volonté notamment lorsque le bonus ne dépend pas exclusivement de la réalisation d'un résultat (objectif) déterminé mais également d'une appréciation subjective de la prestation du salarié. Dans un tel cas, la prime doit être qualifiée de gratification.<sup>6</sup> La différence essentielle entre une gratification véritable et une gratification fictive réside dans le fait que, dans le cas d'une gratification véritable, tant le versement que le montant de la prime sont laissés à la discrétion de l'employeur. Dans le cas d'une gratification fictive, si le travailleur a en principe droit à son versement, l'employeur dispose du pouvoir discrétionnaire de fixer son montant.

Le Tribunal fédéral a décidé que même lorsque le versement d'une prime était lié à la réalisation d'objectifs fixés chaque année par l'employeur, celle-ci ne devait pas automatiquement être qualifiée de salaire variable. Au contraire, le droit à une prime n'existe que si la réalisation des objectifs est objectivement déterminable et qu'elle ne dépend pas du bon vouloir de l'employeur.<sup>7</sup>

#### **Le 13<sup>e</sup> salaire**

Si le principe, le montant et la date d'échéance du paiement sont fixés dans le contrat de travail, le 13<sup>e</sup> salaire n'est alors plus une gratification mais un élément fixe du salaire. En règle générale, il correspond à un salaire mensuel complet. Le Tribunal fédéral a considéré, à cet égard, qu'un employeur qui réduit le temps de travail de manière fictive et verse une partie du salaire sous une forme déguisée, par exemple sous forme de remboursement de frais, reste tenu de verser le 13<sup>e</sup> salaire sur cette partie dissimulée du salaire. Cela vaut également lorsque la réglementation correspondante a été mise en place à la demande du salarié, par exemple afin de réduire ses obligations alimentaires.<sup>8</sup>

#### **La transformation d'une gratification véritable en une gratification fictive**

Si une prime est versée sans réserve pendant au moins trois années consécutives, elle peut

être considérée comme tacitement convenue (par comportement implicite), que le montant versé soit identique ou différent. Dans ce cas, une telle prime devient une gratification fictive, dont le versement devient en principe exigible.

Une prime peut également devenir une gratification fictive lorsqu'elle est formellement soumise au bon vouloir de l'employeur mais que le pouvoir discrétionnaire de ce dernier est devenu sans signification dans les faits. C'est le cas, par exemple, lorsque le même montant a été versé pendant de nombreuses années, sous réserve de versement volontaire, mais que cette réserve n'a jamais été invoquée, même dans des situations où cela aurait dû être évident, par exemple lorsque l'entreprise affichait de mauvais résultats ou lorsque les performances du salarié étaient nettement insuffisantes.

#### **Droit à une gratification fondé sur l'interdiction de discriminer (Art. 328 CO et art. 3 LEg)**

Si une prime est qualifiée de gratification selon les critères déterminants en la matière, tout employé peut invoquer l'interdiction de discrimination pour en exiger le versement. Ce droit se fonde notamment sur l'art. 328 CO et sur l'art. 3 de la loi sur l'égalité (LEg).<sup>9</sup>

#### **Selon le Code des obligations**

Le caractère volontaire d'une gratification est limité par l'interdiction de discrimination prévue à l'art. 328 CO, qui oblige l'employeur à respecter et à protéger la personnalité de ses employés.<sup>10</sup> Une décision de l'employeur ne viole cette interdiction que si elle porte atteinte à la personnalité de l'employé ou la compromet. Il n'est pas nécessaire que le travailleur se sente (subjectivement) lésé dans sa personnalité parce qu'il n'a pas reçu la gratification.<sup>11</sup>

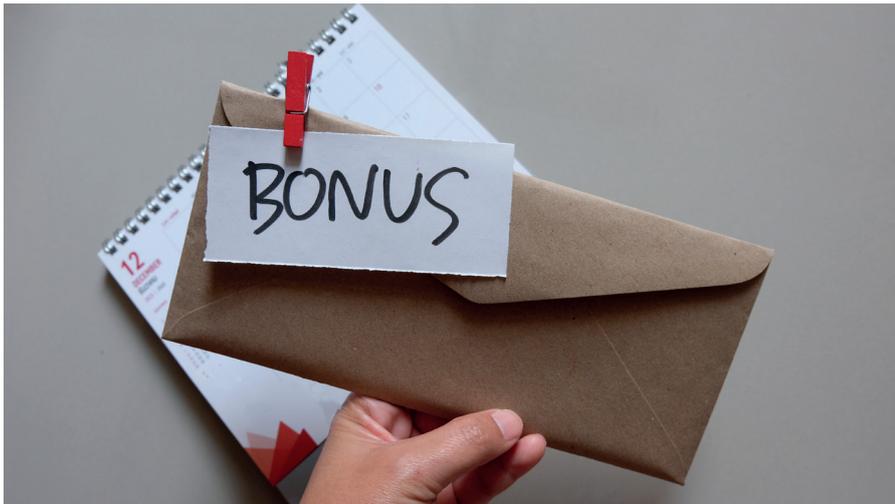
On parle de discrimination lorsqu'un employé est défavorisé par rapport aux autres employés sans raison objective. L'employeur peut toutefois accorder une gratification à un groupe déterminé et pas à d'autres, pour autant que la distinction repose sur des critères objectifs. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé qu'il n'y avait pas de discrimination lorsque des collaborateurs licenciés ne recevaient pas de gratification alors que d'autres oui.<sup>12</sup>



## Bonus: Questions & Réponses

Les primes soulèvent souvent des questions juridiques et pratiques. Cet aperçu apporte quelques clarifications aux questions les plus importantes concernant le droit à ces primes, leur caractère facultatif, les cotisations sociales et les impôts.

■ Par Lovrana Kraljevic



**Question:** Quelle est la différence entre une gratification fictive et une gratification véritable?

**Réponse:** Dans le cas d'une gratification fictive comme dans celui d'une gratification véritable, le montant de la prime ne doit être ni déterminé à l'avance, ni objectivement déterminable. Dans le cas d'une gratification fictive, une prime a certes été convenue, mais l'employeur reste libre d'en fixer le montant. Une gratification véritable constitue en revanche un bonus lorsqu'elle représente une prestation volontaire dans tous les sens du terme: c'est-à-dire lorsqu'elle est versée à bien plaisir et que l'on peut en fixer le montant librement. C'est généralement le cas lorsqu'un bonus a été versé régulièrement, mais toujours sous réserve expresse de son caractère volontaire.

**Question:** Qu'en est-il lorsqu'un employeur verse des bonus volontaires pendant plusieurs années sans le stipuler expressément?

**Réponse:** Lorsqu'un employeur a versé une prime pendant au moins trois années consécutives sans faire expressément mention de son caractère volontaire, le Tribunal fédéral considère le versement de ladite prime comme convenue dans le cadre d'un accord

tacite. Peu importe que le montant de la prime reste le même ou varie. La prime devient alors une gratification fictive, à laquelle le salarié a droit.

**Question:** Un collaborateur a reçu une prime pendant de nombreuses années. Il décide de quitter l'entreprise avant la fin de l'année en cours. A-t-il droit à une prime proportionnelle au temps de travail effectué (pro rata temporis)?

**Réponse:** Conformément à l'art. 322d al. 2 CO, un droit à une gratification proportionnelle n'existe que si cela a été expressément convenu. Quiconque souhaite prétendre à un versement proportionnel doit pouvoir prouver l'existence d'un tel accord – aucune forme particulière n'est requise à cet effet. En outre, l'employeur peut subordonner le versement de la gratification à la condition que le contrat de travail soit encore en vigueur au moment du versement.

**Question:** Le 13<sup>e</sup> salaire est-il facultatif?

**Réponse:** Non, le 13<sup>e</sup> salaire est une composante fixe du salaire. Le droit au 13<sup>e</sup> salaire et son montant sont généralement convenus dans le contrat de travail. En cas de résiliation du contrat de travail en cours d'année, le

salarié a droit à un versement proportionnel du 13<sup>e</sup> salaire (pro rata temporis).

**Question:** La prime est-elle soumise aux cotisations sociales (AVS, LPP, etc.)?

**Réponse:** Oui, la prime est en principe soumise aux cotisations sociales lors de son versement.

**Question:** Quelles sont les conséquences fiscales du versement d'une prime pour l'employeur?

**Réponse:** Si la prime est correctement comptabilisée, elle est considérée comme une dépense professionnelle et est déductible fiscalement. Cela réduit l'impôt sur le bénéfice de l'entreprise. Toutefois, si le salarié est également actionnaire, la prime peut, dans certaines circonstances, être traitée comme un dividende. Celle-ci est soumise à une imposition partielle privilégiée pour le bénéficiaire, l'employeur ne pouvant alors procéder à aucune déduction fiscale.

**Question:** Quelles sont les conséquences fiscales du versement d'une prime pour le salarié?

**Réponse:** La prime est considérée comme un revenu et le salarié doit la déclarer comme tel. Plus le revenu total est élevé, plus la charge fiscale est généralement importante.

**Question:** Est-il possible d'accorder une prime en nature?

**Réponse:** Oui, au lieu d'une prime en espèces, l'employeur peut également accorder une prime sous forme de prestations en nature. Il peut s'agir, par exemple, de cadeaux substantiels, de réductions sur des produits ou des services de l'entreprise ou encore d'avantages pour des activités de loisirs. Il est important que ces primes en nature soient mentionnées dans le certificat de salaire de l'employé.



### AUTEUR

**Lovrana Kraljevic** est avocate au sein du département «Contentieux & Droit du travail» chez VISCHER à Genève. Elle conseille et représente particuliers et entreprises devant

les tribunaux dans le cadre de litiges internationaux et nationaux. Elle conseille également un grand nombre d'entreprises nationales et internationales, d'employeurs et de particuliers sur toutes questions relatives au droit suisse du travail.