

Le pourboire

Cyrus Duchosal (étudiant en Master de droit à l'Université de Fribourg)

Das Trinkgeld ist Teil des Lohns des Arbeitnehmers und kann dem Arbeitgeber nicht auf der Grundlage von Art. 321b OR zurückerstattet werden. Es ist nur dann sozialabgaben- und steuerpflichtig, wenn es einen wesentlichen Teil des Lohns ausmacht und wirtschaftlich mit der Ausübung der Arbeit verbunden ist. Diese Regelung ist jedoch unklar und wird in der Praxis kaum angewandt. Daher soll das BSV kürzlich eine Klarstellung in Erwägung gezogen haben, um das Trinkgeld systematischer bei der Berechnung von Beiträgen und Steuern zu berücksichtigen. Dies war der Grund für die parlamentarische Motion 24.4202, in der vorgeschlagen wurde, das Trinkgeld von Beiträgen und Steuern zu befreien, insbesondere um den Zweck eines Trinkgelds zu respektieren und das Nettoeinkommen der betroffenen Arbeitnehmer nicht zu schmälern. Der Bundesrat schlug vor, diesen Antrag abzulehnen, insbesondere wegen der damit einhergehenden Verringerung des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer. Der Verfasser ist der Ansicht, dass die Regelung nicht unbedingt geändert werden muss, da sie dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber eine gewisse Freiheit lässt, die sich vorrangig über die Behandlung des Trinkgelds aussprechen sollten.

nous intéresserons ensuite au traitement du pourboire en droit des assurances sociales (*infra* II/A) et en droit fiscal (*infra* II/B). Nous concluons par une critique du régime actuel.

I. Obligation de restitution

Le pourboire est une somme que l'employé reçoit pour son propre compte⁴. Il fait partie du salaire du travailleur, et celui-ci en est le propriétaire⁵. Ainsi, l'obligation de restitution de l'art. 321b CO ne s'y applique pas⁶. Un pourboire ne peut être remis à l'employeur sur la base de l'art. 321b CO⁷.

C'est pourquoi la réglementation du sort des pourboires devrait être – et est en principe – entièrement sujette à la liberté contractuelle des parties⁸. L'employé peut être tenu de le partager avec ses collègues⁹, d'en remettre une partie à son employeur, ou à défaut il peut le garder pour son compte¹⁰.

Lorsque le pourboire est destiné non pas à un travailleur particulier mais à l'ensemble du personnel¹¹, l'employeur peut ordonner à ses salariés de le remettre à un fonds du personnel¹² pour des raisons d'équité¹³. Ceci permet de surcroît de ne pas créer de concurrence entre les employés¹⁴. Le TF a par ailleurs confirmé que l'employé qui reçoit un pourboire destiné à l'ensemble

Introduction

Le pourboire, bien qu'il soit, comme le salaire, lié à l'exercice par le travailleur de son activité professionnelle, est une gratification accordée par un tiers¹ en guise de remerciement pour une prestation de service de qualité². Juridiquement, le pourboire peut être défini comme la « somme d'argent versée, non par l'employeur lui-même, mais par le tiers avec lequel le salarié est entré en relation à l'occasion de ses fonctions »³.

Dans cet article, nous traiterons tout d'abord de l'obligation de restitution du travailleur au sens de l'art. 321b CO en lien avec le pourboire (*infra* I). Nous

⁴ WITZIG, (n. 1), N 1412.

⁵ BRUNNER ET AL., Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3^e éd., Bâle 2005, p. 61.

⁶ Message du 25 août 1967 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations (Du contrat de travail), FF 1967 II 249, p. 311 ; arrêt 4A_613/2010 du 25 janvier 2011 c. 4.2.

⁷ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, Commentaire du contrat de travail, 4^e éd., Berne 2019, p. 84.

⁸ D. HÄNNI, Vers un principe d'intégrité de l'administration publique – La prévention de la corruption en droit administratif, Zurich 2020, N 420.

⁹ J. PECTOR-LALLEMAND, Pourboire – Une sociologie de la restauration, Montréal 2022, p. 101 ss.

¹⁰ A. WITZIG, art. 321b CO, in : L. Thévenoz/F. Werro (édit.), Code des obligations I – Art.1-529 CO, Commentaire romand, 3^e éd., Bâle 2021, art. 321b CO N 2.

¹¹ R. WYLER/B. HEINZER/A. WITZIG, Droit du travail, 5^e éd., Berne 2024, p. 121.

¹² Arrêt 4A_613/2010 du 25 janvier 2011 c. 4.2 et 5.

¹³ S. ETEMI, Le pouvoir de direction de l'employeur – Concept, étendue et limites, Berne 2022, p. 301.

¹⁴ PECTOR-LALLEMAND, (n. 9), p. 101 ss.

¹ A. WITZIG, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, N 1412.

² O. SUBILIA/J.-L. DUC, Droit du travail : Eléments de droit suisse, 2^e éd., Lausanne 2010, art. 322 N 20.

³ J. PÉLISSIER/G. AUZERO/E. DOCKÈS, Droit du travail, 27^e éd., Paris 2013, p. 912.

du personnel doit le reverser à ce fonds, sous peine de commettre un abus de confiance au sens de l'art. 138 CP¹⁵.

Lorsque la valeur d'une libéralité excède ce qui est usuel, elle entre dans le champ d'application de l'obligation de restitution de l'art. 321b CO, car il faut considérer qu'elle est destinée à l'employeur¹⁶. Nous préconisons de ne pas fixer une limite rigide à la notion de pourboire usuel, étant donné que ce qui est « usuel » peut facilement varier en fonction de la prestation et du contexte¹⁷. Il convient de noter qu'une convention collective de travail ou un contrat-type peuvent définir la notion de « pourboire usuel »¹⁸.

II. Traitement du pourboire en droit public

A. En droit des assurances sociales

Le pourboire est compris dans le salaire déterminant au sens des assurances sociales et donc soumis aux cotisations, mais uniquement s'il représente une part importante du salaire, selon les art. 5 al. 2 LAVS *in fine* et 7 let. e RAVS¹⁹. Même pour un travailleur dépendant, le salaire déterminant peut provenir d'un tiers²⁰; ce qui importe, c'est que le pourboire constitue une conséquence directe de l'activité du salarié et qu'il soit économiquement lié à l'exercice du travail²¹.

Selon le TF, le pourboire est un salaire déterminant, peu importe que les rapports de travail soient maintenus ou aient été résiliés, ou que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre bénévole²². Le pourboire doit en outre être vérifiable quant à son

montant et sa régularité et avoir été déclaré par l'employeur²³. De surcroît, la considération du pourboire comme salaire déterminant doit faire l'objet d'un accord entre le salarié et son employeur²⁴.

Concernant la notion d'« élément important de la rémunération du travail » mentionnée à l'art. 5 al. 2 LAVS, la loi ne définit pas de seuil concret. En revanche, les directives de l'OFAS sur le salaire déterminant indiquent que, dans les secteurs où la fédération nationale compétente a supprimé les pourboires – comme c'est le cas dans la restauration, la coiffure ou les instituts cosmétiques –, la caisse de compensation peut présumer que seuls des pourboires insignifiants sont versés²⁵. Étant donné que cette règle vise une présomption de fait réfragable, ces directives réservent les situations concrètes manifestement contraires²⁶. En outre, les pourboires versés dans les salons et instituts non affiliés à une association faîtière seront estimés au cas par cas par la caisse de compensation, après entente avec l'employeur²⁷. Par ailleurs, les pourboires encaissés par des salariés du secteur des transports sont en règle générale compris dans le salaire déterminant uniquement s'ils sont soumis aux primes de l'assurance-accidents obligatoire (art. 15 al. 3 RAVS), ce qui est établi par la CNA²⁸.

L'OFAS ajoute à cela, à titre indicatif, un seuil de matérialité du pourboire de 10%²⁹. Nous précisons ici que l'OFAS en a informé par écrit les auteurs STEINER et GEISER à la suite d'une demande concrète de leur part. Cela signifie qu'un pourboire devient déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS dès qu'il constitue plus de 10% du revenu brut annuel d'un travailleur³⁰. Lorsque ce seuil de matérialité est dépassé, les cotisations sociales et l'impôt sur le revenu (*infra* II/B) doivent être payés sur l'intégralité du pourboire perçu par le travailleur, et non uniquement sur la part

¹⁵ ATF 98 IV 22 c. 1; arrêt 4A_613/2010 du 25 janvier 2011 c. 4.2.

¹⁶ ATF 106 IV 257 c. 1 et 2 = JdT 1982 IV 39; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, (n. 7), p. 85.

¹⁷ *Contra*: HÄNNI, (n. 8), N 419; T. ROHNER/M. KESSLER, *Zuwendungen von Dritten in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen*, RSJ 9/2016, p. 221 ss, p. 222.

¹⁸ BRUNNER ET AL., (n. 5), p. 62.

¹⁹ M. VALTERIO, *Droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI) – Commentaire thématique*, Genève/Zurich/Bâle 2011, N 326.

²⁰ ATF 137 V 321 c. 2.1.

²¹ OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Revue mensuelle concernant l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité et le régime des allocations pour perte de gain (RCC)*, in : Office fédéral des assurances sociales (<https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home.html>), Berne 2025, p. « <https://sozialversicherungen.admin.ch/fr/f/5613> » (consulté le 21.2.2025), RCC 1953 p. 269.

²² ATF 122 V 178 c. 3a.

²³ Arrêt 9C_386/2007 du 29 août 2007 c. 5.

²⁴ ATF 115 V 416 c. 5.

²⁵ OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD) – Etat le 1^{er} janvier 2025*, in : Office fédéral des assurances sociales (<https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home.html>), Berne 2025, p. « <https://sozialversicherungen.admin.ch/fr/f/5621> » (consulté le 20.2.2025), N 2045 (ci-après « DSD »); VALTERIO, (n. 19), N 342.

²⁶ DSD, (n. 25), N 2046.

²⁷ *Idem*, N 2047; VALTERIO, (n. 19), N 342.

²⁸ DSD, (n. 25), N 2048; VALTERIO, (n. 19), N 342.

²⁹ K. STEINER/T. GEISER, *Trinkgeld in der Schweizer Gastronomie*, AJP 2024, p. 704 ss, p. 709.

³⁰ K. STEINER/E. MAISSEN, *Le pourboire dans la restauration*, TREX 2024, p. 240 ss, p. 241.

du pourboire dépassant le seuil³¹. Par conséquent, lorsque le seuil de matérialité est de justesse atteint ou pas, cela crée de fortes inégalités de traitement³². Afin d'atténuer ce risque, STEINER/GEISER proposent à juste titre l'instauration d'une franchise, à l'instar de ce qui vaut en matière de personnes retraitées (art. 6^{quater} al. 1 RAVS) ou d'activités accessoires mineures (art. 19 et 34d RAVS)³³. Seuls les pourboires dépassant cette franchise seraient alors soumis aux cotisations³⁴.

B. En droit fiscal

En matière d'impôt fédéral direct, l'art. 17 al. 1 LIFD dispose que tant qu'un pourboire provient d'une activité lucrative dépendante exercée dans le cadre d'un contrat de travail, il est imposable en tant que revenu accessoire³⁵. Étant une prestation en lien direct avec l'exécution du travail, le pourboire est bel et bien compris dans la notion de revenu imposable, même s'il est versé par une personne autre que l'employeur³⁶.

Le pourboire est également soumis à l'impôt à la source sur le revenu, en vertu de l'art. 84 al. 2 let. a LIFD³⁷. Il convient alors de distinguer les prestations pécuniaires de l'employeur, qui seront réduites par celui-ci en tant que débiteur de la prestation imposable, et les pourboires, pour lesquels l'employeur doit prélever l'impôt auprès de son employé, sur la base de l'art. 88 al. 1 LIFD³⁸. Sont réservés les cas où le salaire versé en espèces suffit pour procéder à la retenue globale³⁹.

Le TF a précisé les règles d'imposition du pourboire en établissant un renvoi général à l'art. 5 al. 2 LAVS⁴⁰. Il résulte de cette jurisprudence que le pourboire doit

être déclaré sur le certificat de salaire et est un revenu imposable uniquement s'il peut être considéré comme une part importante de la rémunération globale du travailleur (*supra* II/A)⁴¹. Cela ressort également du texte de l'art. 84 al. 3 LIFD. Cette harmonisation de l'évaluation du pourboire permet de garantir que les revenus soumis à l'impôt coïncident avec le salaire déduit des cotisations à l'AVS⁴².

III. Actualités

Nous souhaitons enfin aborder l'actualité en matière de pourboires. À la fin de l'été 2024, tous les grands médias suisses ont évoqué un projet de l'OFAS consistant à imposer le pourboire et l'intégrer dans le salaire déterminant de l'AVS dès l'automne 2024⁴³. Ces grands titres médiatiques manquaient de précision. En effet, comme nous l'avons développé, le droit suisse prévoit déjà la prise en compte du pourboire dans les cotisations aux assurances sociales et l'impôt sur le revenu, mais à certaines conditions (*supra* II). Ce qui était en fait attendu et redouté par certains concernait une précision ou une modification de la notion d'« élément important de la rémunération du travail », et des nouvelles règles adaptées à la numérisation croissante des moyens de paiement, qui implique une meilleure traçabilité. De telles nouveautés permettraient de mieux appliquer le régime légal où les pourboires doivent être imposés et soumis aux cotisations sociales. L'OFAS n'a toutefois pas donné suite à ces annonces.

À ce sujet, la motion « N'imposons pas les pourboires » 24.4202, déposée par le Centre le 27 septembre

³¹ K. STEINER/E. MAISSEN, Le pourboire dans la restauration, TREX 2024, p. 240 ss, p. 241.

³² Arrêt B 83/06 du 26 janvier 2007 c. 7.2.

³³ STEINER/GEISER, (n. 29), p. 709.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Arrêt 9C_774/2018 du 10 avril 2019 c. 3 ss et 7.1.

³⁶ E. BLUMENSTEIN/P. LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 8^e éd., Zurich 2023, p. 175 ; J.-B. ECKERT, art. 17 LIFD, in : Y. Noël/F. Aubry Girardin (édit.), Impôt fédéral direct – Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2017, art. 17 LIFD N 13 et 18.

³⁷ WYLER/HEINZER/WITZIG, (n. 11), p. 243.

³⁸ A. PEDROLI, art. 84 et 88 LIFD, in : Y. Noël/F. Aubry Girardin (édit.), Impôt fédéral direct – Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2017, art. 88 LIFD N 4 (ci-après « CR LIFD-PEDROLI, art. »).

³⁹ P. AGNER/B. JUNG/G. STEINMANN, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Zurich 2000, art. 88 N 3.

⁴⁰ Arrêt 2C_703/2017 du 15 mars 2019 c. 3.2.3.

⁴¹ Arrêt 2C_703/2017 du 15 mars 2019 c. 3.2.3 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, (n. 11), p. 245 s.

⁴² CR LIFD-PEDROLI, (n. 38), art. 84 LIFD N 13.

⁴³ E. FELLE, Les Suisses largement opposés à la taxation des pourboires, 1.12.2024, in : < <https://www.lematin.ch/story/sondage-tamedia-les-suissees-largement-opposes-a-la-taxation-des-pourboires-103228200> > (consulté le 1.5.2025) ; RTS, Inclure les pourboires dans le revenu imposable, entre avantages et craintes, 25.7.2024, in : < <https://www.rts.ch/info/economie/2024/article/inclure-les-pourboires-dans-le-revenu-imposable-entre-avantages-et-craintes-28578794.html> > (consulté le 1.5.2025) ; L. SCHMIDT, Des parlementaires s'opposent à la taxation des pourboires, 8.10.2024, in : < <https://www.24heures.ch/des-parlementaires-sopposent-a-la-taxation-des-pourboires-681089187190> > (consulté le 1.5.2025) ; I. STÄDLER, Les pourboires ne seront bientôt plus une exception fiscale, 22.7.2024, in : < <https://www.tdg.ch/les-pourboires-ne-seront-bientot-plus-une-exception-fiscale-850878679580> >

2024, proposait d'exclure du salaire déterminant les pourboires versés dans l'hôtellerie et la restauration⁴⁴. Cette motion est justifiée par le fait que les règles en vigueur entraînent une lourde augmentation des charges administratives pour les établissements⁴⁵. Le développement des moyens de paiement électronique pourrait faciliter ces démarches⁴⁶. En pratique cependant, où grand nombre d'établissements ne déclarent pas les pourboires encaissés en espèces, la numérisation des moyens de paiements alourdit les charges administratives car un restaurateur n'a pas d'autre choix que de déclarer le pourboire, celui-ci apparaissant automatiquement dans sa comptabilité. En outre, cotiser et payer des impôts sur le pourboire n'est pas cohérent avec son caractère gratifiant et marginal⁴⁷. Les pourboires dépendent par ailleurs trop du type d'établissement ou du client pour pouvoir être imposés de manière uniforme⁴⁸. La proposition ajoute enfin que ce régime n'aide pas à surmonter la pénurie de personnel dans l'hôtellerie et la restauration, rendant le secteur moins attractif.

Le Conseil fédéral a proposé de rejeter ladite motion⁴⁹. Selon lui, dans le régime actuel, les pourboires ne sont que rarement imposés et soumis à cotisation, les conditions à cet effet étant rarement remplies, et les opérations de paiement électroniques peuvent déjà être traitées efficacement⁵⁰. De plus, une exonération inconditionnelle du pourboire inciterait les établissements à fonder la rémunération davantage sur celui-ci, ce qui ferait baisser les salaires⁵¹. Par ailleurs, des pourboires non soumis aux cotisations sociales diminueraient drastiquement la protection sociale des travailleurs⁵². Enfin, une réglementation spécifique au secteur de l'hôtellerie et de la restauration créerait une certaine inégalité de traitement avec d'autres domaines dans lesquels les pourboires sont également usuels, tels que les taxis ou les salons de coiffure⁵³.

Nous ajoutons aux arguments du Conseil fédéral celui de l'égalité entre travailleurs. Un serveur et un employé

de bureau devraient tous deux payer des cotisations et des impôts sur leur rémunération effective, qu'elle provienne du salaire ou de pourboires.

Néanmoins, le régime actuel n'est que très peu respecté dans la pratique, en partie en raison des directives de l'OFAS, jugées trop vagues. Le fait que l'Office n'ait mentionné le seuil de matérialité du pourboire que dans une réponse par courriel à des auteurs de doctrine (*supra* II/A) démontre un grave manque de clarté et de sécurité juridique. À moins que la volonté ressortant d'une telle ambiguïté soit effectivement que ces règles ne soient que peu appliquées, ou qu'une marge d'appréciation soit laissée à l'OFAS. En outre, l'avantage d'une meilleure protection sociale est trop fortement contrebalancé par le paiement des cotisations et par l'imposition du pourboire, ce qui ne fait que diminuer le salaire net du travailleur⁵⁴, qui est déjà relativement faible dans ce secteur. De plus, l'idée qu'une partie des pourboires revienne à l'Etat va manifestement à l'encontre du but d'un pourboire et pourrait décourager les clients d'en verser. Bien que les arguments du Conseil fédéral soient pertinents, une imposition systématique des pourboires serait, au vu des arguments ici évoqués, inacceptable. Nous ne considérons pas que le régime actuel doive absolument être modifié – non pas parce qu'il est satisfaisant –, mais parce qu'il est peu contraignant et rarement appliqué dans la pratique. S'il devait cependant être modifié, nous préconisons l'exclusion du pourboire du salaire déterminant plutôt que sa prise en compte systématique.

⁴⁴ Motion 24.4202.

⁴⁵ STEINER/GEISER, (n. 29), p. 709.

⁴⁶ Motion 24.4202.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ PECTOR-LALLEMAND, (n. 9), p. 108 ss.

⁴⁹ Motion 24.4202.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ PECTOR-LALLEMAND, (n. 9), p. 18 et 97.

⁵² Arrêt B 83/06 du 26 janvier 2007 c. 7.1.

⁵³ Motion 24.4202.

⁵⁴ STEINER/MAISSEN, (n. 30), p. 242.