

Alexandre Richa* / David Raedler**

La qualification du bonus pour les très hauts revenus – suite et fin?

Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_653/2014 du 11 août 2015
(destiné à publication)

Tables des matières

- I. Etat de fait
- II. Considérants et décision
 1. La notion de bonus en droit suisse et les critères de qualification – survol
 2. Considérants de l'arrêt et résultat
- III. Commentaire
 1. Les précisions apportées au critère de l'accessoriété
 - 1.1 L'identification du «très haut revenu»
 - 1.2 La précision des composantes du revenu pertinent
 - 1.3 La possibilité et la mesure d'une requalification partielle
 2. Les questions encore laissées ouvertes
 - 2.1 L'examen du très haut revenu sur une seule année
 - 2.2 La nature juridique du bonus après requalification
 - 2.3 La place reconnue au critère de la marge de manœuvre
 - 2.4 La portée des autres critères de requalification en présence d'un très haut revenu
- IV. Importance pratique

Éléments essentiels

1. L'arrêt du Tribunal fédéral 4A_653/2014 du 11 août 2015 a trait à la qualification du bonus en droit suisse et fait suite à plusieurs autres décisions récentes sur le sujet. Il discute principalement le critère du caractère accessoire de la gratification.
2. Le droit suisse ne contient aucune disposition qui définit et traite de façon spécifique du bonus, qui sera selon les cas qualifié d'élément du salaire (art. 322 ss CO) ou de gratification (art. 322d CO) (c. 4.1).
3. L'exercice de qualification doit commencer par une distinction de base entre un bonus déterminé ou objectivement déterminable d'une part, qui sera toujours un élément de salaire, et un bonus indéterminé ou indéterminable d'autre part, qui pourra être une gratification (c. 4.2).

4. L'un des critères centraux de qualification du bonus, celui du caractère accessoire, ne trouve pas application pour les «très hauts» revenus (c. 4.3.2), soit ceux qui dépassent dans l'ensemble (salaire de base et bonus) un seuil équivalant à cinq fois le salaire médian suisse, tous domaines économiques du secteur privé confondus (c. 5.3).

I. Etat de fait

B (intimé dans la procédure par-devant le Tribunal fédéral) a travaillé depuis 1985 au sein de la Banque B.A. SA. Il percevait dans ce cadre un salaire de base fixe ainsi qu'un bonus qui était déterminé par différents critères (dont ses performances et les résultats de l'entreprise) et servait à rémunérer les performances passées de même qu'à le fidéliser comme employé.

Dès l'année 2007 et l'introduction d'un nouveau plan d'intéressement, le bonus a été payé sous deux formes différentes. Une partie restait versée en espèces alors qu'une autre se composait d'actions qualifiées d'*Incentive Share Units* («ISU»). Chaque versement s'accompagnait de la précision qu'il s'agissait dans l'ensemble d'un paiement exceptionnel, ne composant pas du salaire et ne conférant aucun droit au *pro rata temporis* en cas de résiliation du contrat de travail. Pour ce qui est spécifiquement des ISU, il était également prévu qu'elles seraient annulées immédiatement en cas de démission de l'employé.

Les modalités du bonus ont une nouvelle fois été modifiées en décembre 2008 (et acceptées par B en janvier 2009). Un nouveau plan d'intéressement a alors été convenu sous la forme d'un *Cash Retention Award* («CRA») portant sur le bonus en espèces. Il visait selon ses termes à fidéliser l'employé sans que les performances passées ne soient prises en compte. Il s'accompagnait par ailleurs d'une clause de *clawback* en vertu de laquelle le CRA pourrait faire l'objet d'une récupération au *pro rata* notamment si l'employé venait à démissionner dans les deux ans à compter du 21 janvier 2009.

Sur cette base, B a reçu (ou devait recevoir s'agissant de l'année 2009) les montants suivants, étant précisé que le

* Professeur associé (Université de Lausanne), LL.M. (Harvard Law School), avocat associé de l'étude ABR Avocats à Genève.

** Doctorant en droit (Université de Lausanne), *Visiting Researcher* (Harvard Law School – bourse FNS), vice-président du Tribunal de prud'hommes de la Broye et du Nord vaudois, titulaire du brevet d'avocat.

bonus était à chaque fois fondé sur les données de l'année précédente:

- pour l'année 2007: un salaire de base fixe de 300'000 fr., des actions ISU équivalant à 485'938 fr. et un bonus en espèces brut de 1'064'062 fr.;
- pour l'année 2008: un salaire de base fixe de 300'000 fr., des actions ISU équivalant à 761'719 fr. et un bonus en espèces brut de 988'281 fr.;
- pour l'année 2009: un salaire de base fixe de 300'000 fr., des actions ISU équivalant à 501'719 fr. et un bonus en espèces sous le régime CRA de 848'282 fr.

B a signé le 3 mars 2009 un contrat de travail avec la Banque C, qui prévoyait entre autres le paiement en sa faveur d'indemnités couvrant d'éventuelles pertes qu'il subirait pour le bonus de l'année 2009. Il a ensuite résilié son contrat de travail avec B.A. SA pour le 30 juin 2009.

Du fait de la démission ainsi intervenue, B.A. SA a informé B qu'il devait restituer un montant de 636'210 fr. 95 sur le total de 848'282 fr. du CRA qu'il avait d'ores et déjà reçu pour l'année 2009, en application de la clause de *clawback* du plan. Ce calcul se fondait sur le constat que la résiliation était intervenue 18 mois avant l'échéance du délai de 24 mois ayant débuté le 24 janvier 2009, de sorte que B ne pouvait prétendre qu'au 6/24^{èmes} du montant total¹. La Banque a sur cette base opéré une compensation de la somme de 636'210 fr. 95 par le débit du compte que B détenait auprès d'elle et a, pour le surplus, annulé les actions ISU de l'année 2009.

B a donc reçu pour l'année 2009 un salaire de base fixe de 150'000 fr. (soit six mois sur douze), aucune action ISU et un bonus en espèces sous le régime CRA de 212'071 fr. 05.

Suite à la requalification partielle du bonus en salaire par les deux instances cantonales, B.A. SA a formé recours par-devant le Tribunal fédéral en concluant essentiellement au rejet de l'entier des conclusions prises par B.

II. Considérants et décision

L'arrêt du Tribunal fédéral fait suite à plusieurs autres décisions qui portaient déjà sur la thématique du bonus en droit suisse et les critères à prendre en compte pour sa qualification, dont principalement ici celui du caractère accessoire.

Les parties sont en substance et pour l'essentiel en litige autour du système d'intéressement CRA qui régit la partie en espèces du bonus. B considère y avoir intégralement droit au motif qu'il s'agit d'une prétention de

nature salariale à laquelle il ne peut être renoncé et dont il ne saurait être privé, ceci essentiellement en raison du montant élevé du bonus en comparaison à son salaire fixe (cf. c. 3). Appliquant cet argument à la part CRA de son bonus payée en 2009 (et calculée sur la base des données de l'année 2008), il l'étend également à l'exercice 2009 (et qui aurait été versée en 2010) en prétendant au versement d'un montant proportionnel aux six mois travaillés. B.A. SA conteste pour sa part toute qualification salariale du bonus et souligne qu'il s'agit d'une gratification purement discrétionnaire qui peut être reprise au *pro rata temporis*. Il est à noter que la procédure ne touche par contre pas au paiement des actions ISU qui ont été annulées suite à la résiliation du contrat de travail².

Au vu des arguments avancés et de l'évolution jurisprudentielle apportée par cet arrêt, dont les considérants seront repris ci-après (2. *infra*), il est nécessaire d'en débiter l'analyse par un bref rappel des règles applicables aux bonus en droit suisse (1. *infra*). Il ne sera par contre pas spécifiquement fait mention des principes applicables aux plans d'intéressement et de participation, au risque sinon de dépasser le cadre du présent commentaire.

1. La notion de bonus en droit suisse et les critères de qualification – survol

Le Code des obligations³ («CO») ne comporte aucune disposition qui définit et traite de façon spécifique de la notion de bonus⁴. Celle-ci doit plutôt être intégrée dans la dichotomie plus large qui oppose le salaire au sens strict du travailleur et la gratification au sens de l'art. 322d CO⁵. Cette dernière notion englobe toute rétribution extraordinaire ou spéciale qui vient s'ajouter dans une mesure limitée au salaire de base, est accordée à des occasions particulières et dépend, dans une certaine mesure en tout cas, de l'employeur, si ce n'est

² On peut d'ailleurs s'étonner du fait que B n'ait pas également conclu au paiement des parts ISU, qui faisaient aussi partie de son bonus et étaient dès lors potentiellement soumises à requalification.

³ RS 220.

⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_653/2014 du 11 août 2015, c. 4.1; ATF 139 III 155, c. 3. Même constat en doctrine, par exemple THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 2^{ème} éd., Berne 2012, § 403, 151; ALEXANDRE RICHA/DAVID RAEDLER, *Le «bonus» soumis à une condition objective*, GesKR 2012, 524 ss; ROGER RUDOLPH, *Focus: Développements récents en matière de bonus en droit du travail*, TREX 2011, 98; AURÉLIEN WITZIG, *Le renouveau des rémunérations variables*, thèse Lausanne, Genève 2015, 177.

⁵ ATF 139 III 155, c. 3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_434/2014 du 27 mars 2015, c. 5.2; PHILIPPE EHRENSTRÖM/FRÉDÉRIC OLOFSSON, *La liberté du salaire et ses (nouvelles) limites*, in: Jusletter 12 mars 2012, N 10; RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 3^{ème} éd., Berne 2014, 169 et 170. Voir cependant encore la spécificité élaborée par le Tribunal fédéral en lien avec les plans d'intéressement ou de participation – ATF 131 III 615, c. 5.3; ATF 130 III 495, c. 4.2.2 et 4.2.3; JEAN-LUC CHENAUX/LISE DUMMERMUTH, *Les plans d'intéressement*, Lausanne 2013, N 110; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7^{ème} éd., Zurich 2012, Art. 322 N 22.

¹ Comme le relève le Tribunal fédéral au c. 6.1 de l'arrêt, le montant de 636'210 fr. 95 correspond bien, à 55 centimes près, au 6/24^{èmes} de la somme totale du bonus CRA pour l'année 2009, soit 848'282 fr.

dans son principe, à tout le moins dans son montant⁶. Contrairement au salaire au sens strict, la gratification peut librement être soumise à des conditions définies par l'employeur⁷ et n'est due au *pro rata temporis* que si cela a été convenu (art. 322d al. 2 CO). Une distinction supplémentaire est parfois encore opérée entre la gratification totalement libre (quant au principe et au montant) et la gratification dite «obligatoire», qui est due sur le principe mais dont le montant est à la libre disposition de l'employeur⁸.

La qualification du bonus en salaire au sens strict ou en gratification intervient essentiellement à l'aide de quatre critères. Il s'agit de la marge de manœuvre de l'employeur, du caractère accessoire (ou «accessorité») du montant versé par rapport au reste de la rémunération du travailleur, du nombre de versements ainsi que de l'usage interne à l'entreprise et du principe de l'égalité de traitement⁹. Depuis l'ATF 139 III 315 toutefois, le critère de l'accessorité n'est en substance plus pertinent pour les très hauts revenus¹⁰. Saluée en grande partie par la doctrine¹¹, cette jurisprudence n'a néanmoins pas levé toutes les zones d'ombre qui existaient. Le montant exact du

très haut revenu n'y a notamment pas été précisé¹², laissant à la doctrine le soin de l'apprécier¹³.

2. Considérants de l'arrêt et résultat

Après avoir rappelé le raisonnement tenu par les deux instances cantonales ainsi que la position de chacune des parties au litige (c. 2 et 3), le Tribunal fédéral procède à la qualification du bonus en deux étapes qu'il distingue clairement aux c. 4.2 et 4.3.

Il retient d'abord (c. 4.2) qu'il est nécessaire d'établir si le bonus est déterminé (ou objectivement déterminable) ou indéterminé (respectivement indéterminable). Dans le premier cas, soit lorsque la «rémunération ne dépend plus de l'appréciation de l'employeur», l'employé dispose d'une prétention à toucher son bonus, qui constituera un élément variable du salaire. Dans le second cas par contre¹⁴, la rémunération sera vue comme dépendant du bon vouloir de l'employeur et demeurera une gratification au sens de l'art. 322d CO. Il conclut par remarquer que l'on se trouve ici dans le second cas.

Ce n'est ensuite qu'une fois cette première étape passée que le Tribunal fédéral procède à l'examen du critère de l'accessorité, à l'exclusion par contre des trois autres. Ce faisant, il opère une distinction entre trois catégories de revenus (c. 4.3.1 et 4.3.2). Pour les «revenus moyens et supérieurs», un bonus très élevé en comparaison du salaire annuel (qui lui est équivalent ou même supérieur) et versé régulièrement doit être considéré comme un salaire variable, même lorsque le caractère facultatif du paiement était réservé. En présence d'un «revenu modeste», cette même conséquence pourra intervenir déjà en présence d'un bonus proportionnellement moins élevé. Enfin, en présence d'un «très haut revenu», le «bonus reste toujours une gratification».

Le Tribunal fédéral poursuit par une clarification de la notion de «très haut revenu». Notant qu'il avait déjà «renoncé à l'application du critère de l'accessorité» dans un précédent arrêt (c. 4.3.2), sans pour autant trancher la question du montant pertinent (c. 5.2.1), le Tribunal fédéral évoque les différentes appréciations qui ont été formulées en doctrine et par certaines décisions cantonales (c. 5.2.2 et 5.2.3). Il retient pour finir les cinq principes suivants permettant d'identifier ce qu'est un «très haut revenu»:

- il faut prendre en compte la totalité de la rémunération perçue par l'employé au cours d'une année, donc à la fois le salaire de base et le bonus (c. 5.3.1);

⁶ ATF 139 III 155, c. 3.1; ATF 136 III 313, c. 2; ATF 129 III 276, c. 2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_434/2014 du 27 mars 2015, c. 5.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_721/2012 du 16 mai 2013, c. 3. Sur une analyse détaillée de la notion de gratification et de la définition qui y est donnée, WITZIG (n. 4), N 55 ss.

⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_219/2013 du 4 septembre 2013, c. 3.1. En doctrine, PIERRE GABUS/SANDRINE ROHMER, Bonus et hauts salaires: Liberté contractuelle ou protection du travailleur?, SJ 2014 II, 219 ss, 235; WITZIG (n. 4), N 167; WYLER/HEINZER (n. 5), 166; aussi CHENAUX/DUMMERMUTH (n. 5), N 111 (spécifiquement pour les plans d'intéressement). Il est à noter que, bien que certaines formes de salaire variable (dont notamment la participation au résultat de l'exploitation de l'entreprise prévue à l'art. 322a CO) dépendent de conditions (dans cet exemple, la réalisation d'un certain résultat), il s'agit pour l'essentiel de conditions de fixation et non d'octroi de la rémunération.

⁸ La «gratification obligatoire» se limite selon nous à l'*unechte Gratifikation* – à ce sujet en lien avec le critère du nombre de versements, notamment WYLER/HEINZER (n. 5), 161; plus ouverts quant à l'éventualité d'une gratification obligatoire, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 5), Art. 322d N 5.

⁹ Sur ces quatre critères et leur développement, cf. notamment RICH/RAEDLER (n. 4), 526 ss et les références jurisprudentielles citées. Pour leur pertinence dans le cadre de l'Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (RS 221.331) («ORAb»), ALEXANDER BLAESER/LUKAS GLANZMANN, in: Watter/Vogt (éds), Basler Kommentar zum Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, Bâle 2015, ORAb 18 N 31, ainsi que LUCA URBEN, La rémunération des dirigeants en droit suisse de la société anonyme, thèse Lausanne, Lausanne 2015, 116 ss.

¹⁰ ATF 139 III 155, c. 5.3, repris par la suite aux arrêts du Tribunal fédéral 4A_216/2013 du 29 juillet 2013, c. 5.3, 4A_447/2012 du 17 mai 2013, c. 2.2, et 4A_721/2012 du 16 mai 2013, c. 3. Pour une analyse de cette jurisprudence, ALEXANDRE RICH/DAVID RAEDLER, Le caractère accessoire du bonus, GesKR 2013, 409 ss.

¹¹ En faveur de l'exclusion ainsi opérée par le Tribunal fédéral sur le principe, notamment RICH/RAEDLER (n. 10), 415; WYLER/HEINZER (n. 5), 164. Critiques, GABUS/ROHMER (n. 7), 239 ss et 244 ss.

¹² Constatant cette absence de précision, RICH/RAEDLER (n. 10), 413 et 414.

¹³ Cf. la liste donnée au c. 5.2.3 de l'arrêt 4A_653/2014 ici commenté.

¹⁴ Soit, selon le Tribunal fédéral, «lorsque la quotité du bonus n'est pas fixée à l'avance mais dépend pour l'essentiel de la marge de manœuvre de l'employeur», c. 4.2.2.

- les chiffres de l'année en cause sont pertinents, soit en l'espèce la rémunération effectivement reçue au cours de l'année 2009 (c. 5.3.1);
- le seuil de la rémunération très élevée doit nécessairement prendre appui sur une notion générale et objective qui ne dépend pas des particularités de la situation concrète de l'employé (c. 5.3.4);
- la limite doit reposer sur un multiple du salaire médian tous domaines économiques du secteur privé confondus (c. 5.3.2 et 5.3.4 *in fine*); et
- ce multiple doit être arrêté à cinq, soit environ 350'000 fr. (c. 5.3.3).

Le Tribunal fédéral conclut ensuite qu'en présence d'un très haut revenu, le critère de l'accessoriété ne sera pas applicable et le bonus ne sera pas qualifié de salaire mais restera au contraire une gratification (c. 5.4). Il justifie cette approche par le fait que la «nécessité sociale de protection du travailleur et le besoin de limiter dans ce cadre la liberté contractuelle des parties» doivent être tempérés à ce niveau de rémunération (c. 5.3.4) et que l'employé ne saurait se prévaloir d'un besoin de protection qui justifierait une restriction à cette liberté (c. 5.5.1). Il lui appartient au contraire de peser le pour et le contre du changement d'activité professionnelle, cas échéant (comme en l'espèce) en négociant une prime d'entrée à hauteur de la perte subie (c. 5.5.1). En-dessous de cette limite par contre, une «requalification (partielle ou totale)» du bonus devra intervenir (c. 5.3.1).

Considérant que B avait reçu pour les six mois travaillés en 2009 la somme totale de 362'071 fr. 05 (soit l'addition du salaire fixe et du bonus CRA une fois la compensation effectuée), et que la limite du très haut revenu devait être fixée pour cette même année à 354'000 fr. sur douze mois (177'000 fr. pour six mois), le montant total reçu par B y est supérieur. Partant, son bonus doit demeurer une gratification (c. 6.1 et 6.2). S'agissant encore du bonus qui aurait été payé en 2010 sur la base de l'année 2009, le Tribunal fédéral se contente de noter que les parties n'étaient alors plus liées par un contrat de travail, de sorte que B n'avait droit à aucun salaire (c. 7).

Au final donc, le Tribunal fédéral admet le recours formé par B.A. SA et rejette par voie de réforme la demande originaire de B.

III. Commentaire

Par ce nouvel arrêt, le Tribunal fédéral a très clairement cherché à clarifier le tempérament apporté au critère de l'accessoriété dans sa décision de principe de 2013 (139 III 155). Les longs développements qui sont consacrés à cette question démontrent d'ailleurs l'incertitude dans laquelle les précédents arrêts avaient plongé la pratique. Ce but n'est toutefois que partiellement atteint et plusieurs interrogations demeurent encore.

Nous proposons ainsi d'examiner le tempérament apporté au critère de l'accessoriété sous l'angle tant des enseignements à en tirer (1. ci-après) que des critiques et questions qui demeurent (2. ci-après).

1. Les précisions apportées au critère de l'accessoriété

L'évolution principale apportée par l'arrêt du 11 août 2015 s'inscrit dans la limite chiffrée précise à partir de laquelle le critère de l'accessoriété n'est plus pertinent pour qualifier un bonus. Si on le déconstruit, le développement du Tribunal fédéral précise le seuil d'un «très haut» revenu (1.1 ci-après), détaille les éléments qui le composent (1.2 ci-après) et clarifie encore certaines conséquences de la requalification (1.3 ci-après).

1.1 L'identification du «très haut revenu»

En proposant une limite chiffrée claire à environ 350'000 fr. (soit l'équivalent, au moment du jugement, de cinq fois le salaire médian suisse¹⁵ pour le secteur privé¹⁶), le Tribunal fédéral a fait un pas important en direction d'une certaine sécurité juridique entourant les bonus. Celle-ci est accentuée par l'optique objective choisie, qui ne dépend pas d'éléments subjectifs tels que les coûts de la vie et l'existence économique de l'employé¹⁷, son domaine d'activité¹⁸, son âge ou encore son sexe¹⁹. Cela est en effet non seulement nécessaire pour assurer l'utilité et la pertinence du critère choisi, mais fait aussi logiquement suite au motif avancé par le Tribunal fédéral pour justifier le tempérament apporté, soit un besoin social de protection de l'employé moins important à partir d'un certain seuil de rémunération²⁰.

Pour ce qui est du montant du «très haut» revenu, nous nous rallions là aussi au chiffre de cinq fois le salaire médian du secteur privé choisi par le Tribunal fédéral²¹. Ce

¹⁵ Le choix du salaire médian (et non moyen) est à saluer; RICHIA/RAEDLER (n. 10), 413.

¹⁶ C. 5.3.3 et 5.3.4. Pour 2012, ce chiffre serait de 367'080 fr.; Office fédéral de la statistique («OFS») http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/04/blank/data/01/06_01.html [07.10.2015].

¹⁷ Cf. ATF 139 III 155, c. 5.3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_216/2013 du 29 juillet 2013, c. 5.3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_721/2012 du 16 mai 2013, c. 3.

¹⁸ Une limitation au domaine d'activité était notamment défendue par HANS CASPAR VON DER CRONE/DANIEL BRUGGER, *Salärgovernance*, SZW/RSDA 3/2014, 244, 244, de même que par GABUS/ROHMER (n. 7), 244.

¹⁹ Voir notamment les distinctions qui se retrouvent selon plusieurs critères dans les statistiques de l'OFS, http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/04/blank/key/lohnstruktur/nach_taeetigkeiten.html ainsi que http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/04/blank/data/01/06_01.html [07.10.2015].

²⁰ C. 4.3.2 et 5.3.4.

²¹ Le chiffre de 500'000 fr. que nous mentionnions dans notre précédente contribution (RICHIA/RAEDLER [n. 10], 414) était évoqué en lien avec les divers montants discutés par la jurisprudence alors existante. Dès lors que le facteur de cinq fois le salaire médian nous apparaît également raisonnable, il nous semble judicieux de l'approuver notamment pour des motifs de prévisibilité juridique.

plafond n'est en effet atteint que par une proportion très limitée de personnes actives en Suisse. Selon les données détaillées de l'OFS disponibles pour l'année 2010 (les plus récentes en la matière), seul 0,8 % des salariés (à temps plein et temps partiel, secteurs public et privé confondus) en Suisse gagnait un salaire mensuel net de plus de 20'000 fr.²². Or, le salaire mensuel brut médian en Suisse dans le secteur privé pour cette même année 2010 était de 5'928 fr.²³, soit 29'640 fr. une fois multiplié par le facteur de cinq²⁴.

1.2 La précision des composantes du revenu pertinent

La question des composantes entrant dans le «très haut revenu» demeurait encore floue²⁵. Dans son arrêt de principe de février 2013, le Tribunal fédéral s'était en effet fondé sur l'entier de la rémunération effectivement perçue par le travailleur (salaire de base et éventuelles parts en espèces du bonus)²⁶. Dans d'autres arrêts subséquents par contre, il semblait plutôt prendre appui uniquement sur le salaire au sens strict identifié *avant* une éventuelle requalification (totale ou partielle) du bonus²⁷.

Sans faire état de la distinction ainsi opérée, le Tribunal fédéral précise expressément dans son arrêt du 11 août 2015 que le seuil d'application du critère de l'accessorité doit se fonder sur la totalité de la rémunération perçue par l'employé au cours d'une année donnée, y compris donc le bonus (c. 5.3.1). Dans le cas d'espèce, cela l'a amené à se baser sur ce que B avait effectivement perçu une fois la compensation effectuée par B.A. SA et les actions ISU annulées, soit un total de 362'071 fr. 05 pour six mois (c. 6.1 et 6.2).

Cette précision, bienvenue en tant qu'elle écarte une incertitude qui demeurait, présente l'inconvénient d'intégrer une part de la rémunération (le bonus) dont la qualification dépendra justement d'une éventuelle application du critère de l'accessorité. Il sera donc aisé pour l'employeur de priver soudainement son employé d'une part fortement prépondérante de sa rémunération²⁸. Elle se comprend néanmoins dans la mesure où elle prend directement appui sur les besoins de protection réduits du travailleur à partir d'un certain niveau de rémunération. Du fait que la personne concernée a effectivement touché un montant supérieur au «très haut revenu», son besoin de protection se voit réduit. Elle aura de plus en principe perçu à plusieurs reprises un bonus important par rapport à sa rémunération fixe, du fait que le critère de l'accessorité n'est pertinent qu'en présence de versements *réguliers*²⁹.

Alors que l'on peut rejoindre le Tribunal fédéral dans son raisonnement général sur les composantes prises en compte, un problème réside à notre sens encore dans le fait qu'il repose sur la rémunération touchée au cours *d'une année donnée*, soit celle se rapportant au paiement litigieux. Nous renvoyons à ce sujet au § 2.1 *infra* dans la partie consacrée aux questions encore laissées ouvertes.

1.3 La possibilité et la mesure d'une requalification partielle

Dans la partie théorique qu'il consacre à l'identification du seuil du très haut revenu, et alors que le critère de l'accessorité ne trouve au final pas application dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral relève au détour d'un considérant que la requalification du bonus peut n'intervenir qu'à titre partiel³⁰. Ce faisant, il confirme la solution déjà esquissée dans sa précédente jurisprudence, notamment dans un arrêt de 2013³¹. Pour ce qui est de la *mesure* dans laquelle cette requalification peut intervenir, il faut tenir compte du renvoi qui est fait à plusieurs auteurs qui se sont exprimés à ce sujet et retenir à notre sens que la re-

²² Cf. le tableau «Répartition des salariés en pour-cent (salaire mensuel net) [...]», http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/04/blank/data/01/06_01.html [07.10.2015]. Les statistiques moins détaillées disponibles pour l'année 2014 montrent pour leur part que 26% seulement des personnes occupées à plein-temps gagnaient un salaire annuel brut supérieur à 104'000 fr. – tableau «Répartition des personnes actives occupées selon la classe de revenu professionnel brut», <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/04/blank/data/03.html> [07.10.2015].

²³ Voir le tableau «Salaire mensuel brut (valeur centrale) selon les divisions économiques [...]», http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/04/blank/data/01/06_01.html [07.10.2015].

²⁴ Cette comparaison, valable sur le principe, demeure toutefois limitée par les données disponibles qui ne se recoupent pas entièrement.

²⁵ Dans la doctrine, notamment RICHARD/RAEDLER (n. 10), 415; WYLER/HEINZER (n. 5), 164.

²⁶ ATF 139 III 155, c. 5.4.

²⁷ Paraissant clair sur ce point, arrêt du Tribunal fédéral 4A_447/2012 du 17 mai 2013, c. 2.2 («[...] lorsque le *salaire* suffit largement à un train de vie approprié du travailleur et qu'il représente en outre un multiple du salaire moyen, un *montant supplémentaire* doit être considéré comme une gratification quelle que soit son importance par rapport au salaire» [nous mettons en évidence]); semblant suivre cette même voie mais faisant référence au «salaire réel» (*eigenliche Lohn*) sans définir ce terme, arrêt du Tribunal fédéral 4A_216/2013 du 29 juillet 2013, c. 5.3, et arrêt du Tribunal fédéral 4A_721/2012 du 16 mai 2013, c. 3.

²⁸ Il n'est pas clair de savoir si l'employé qui a régulièrement reçu une rémunération annuelle totale de 460'000 fr. (divisée en 30'000 fr. de salaire de base et environ 430'000 fr. de bonus) pourra se reposer sur le critère de l'accessorité si son employeur ne lui verse plus que 30'000 fr. une année donnée; sans exemple chiffré, WYLER/HEINZER (n. 5), 164. A ce sujet, cf. § 2.1 *infra*.

²⁹ Le caractère nécessairement régulier du paiement est à nouveau rappelé par le Tribunal fédéral au c. 4.3.1.

³⁰ C. 5.3.1.

³¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_721/2012 du 16 mai 2013, c. 3.1. L'éventualité d'une requalification partielle était déjà mentionnée à l'ATF 129 III 276, c. 2.1, sans que la situation n'en soit pour autant des plus claires. Cf. sur ce dernier constat WITZIG (n. 4), N 75, qui considère l'arrêt du 16 mai précité comme un véritable revirement de jurisprudence; également MARIE-GISÈLE DANTE, in: Dunand/Mahon (éds), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, art. 322d N 19 qui retient exclusivement une requalification complète du bonus; ROGER MORF, Gratifikation und Freiwilligkeitsvorbehalt, ArbR 2012, 67 ss, 90 et 91; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 5), art. 322d N 4.

qualification doit se limiter à la part du bonus nécessaire au respect du critère de l'accessoriété³².

Les exemples chiffrés suivants permettent d'illustrer ces conclusions, à chaque fois sur la base d'une rémunération régulière:

- en présence d'un salaire au sens strict de 100'000 fr. et d'un bonus de 60'000 fr. (160'000 fr. au total), le critère de l'accessoriété s'applique et pourra mener à une requalification à hauteur de 120'000 fr. de salaire au sens strict³³ et de 40'000 fr. de gratification (soit 1/3 du salaire au sens strict requalifié)³⁴;
- en présence d'un salaire au sens strict de 200'000 fr. et d'un bonus de 100'000 fr. (300'000 fr. au total), le critère de l'accessoriété s'applique mais ne mènera pas à une requalification, le bonus demeurant accessoire;
- en présence d'un salaire au sens strict de 200'000 fr. et d'un bonus de 300'000 fr. (500'000 fr. au total), le critère de l'accessoriété ne sera pas applicable et le bonus demeurera une gratification.

2. Les questions encore laissées ouvertes

Les précisions ainsi posées par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 11 août 2015 sont donc à saluer malgré plusieurs interrogations et réserves qui demeurent, dont quatre paraissent particulièrement importantes. Il s'agit de l'examen du très haut revenu sur une seule année (2.1 ci-après), de la qualification juridique qui doit être réservée au bonus une fois l'un des critères appliqué (2.2 ci-après), de la place qui est encore donnée au critère de la marge de manœuvre (2.3 ci-après) et de la portée générale du tempérament (2.4 ci-après).

2.1 L'examen du très haut revenu sur une seule année

On l'a vu, le Tribunal fédéral juge de l'application du critère de l'accessoriété en prenant en compte «la totalité de la rémunération perçue par l'employé au cours d'une année donnée», soit en l'espèce celle reçue en 2009 et calculée sur la base de l'exercice 2008³⁵. Ce raisonnement se fonde donc uniquement sur l'année lors de laquelle intervient le paiement qui fait l'objet du litige. Il se distingue en ce sens de l'optique choisie lors de l'examen du caractère accessoire du bonus, qui prend en compte son *caractère régulier*. Ce biais n'était pas problématique

dans le cas d'espèce, du fait que B avait quoi qu'il en soit perçu régulièrement une rémunération supérieure au plafond du très haut revenu à la fois précédemment à 2009 et pour cette année. Une difficulté peut par contre se poser lorsque tel n'est pas le cas, comme les deux exemples qui suivent permettent de mieux le comprendre.

- L'employé X a perçu entre 2008 et 2014 des montants très largement supérieurs au plafond du très haut revenu fixé par le Tribunal fédéral, compris entre 700'000 fr. et 2'000'000 fr. pour une part fixe de seulement 60'000 fr. Il est licencié en 2015 et se voit priver pour cette année de l'entier de son bonus, ne touchant alors que ladite part fixe. Si l'on suit la règle posée par le Tribunal fédéral, le dernier paiement reçu est *inférieur* au plafond du très haut revenu, de sorte que le critère de l'accessoriété devrait être applicable et pourrait permettre à X de prétendre à une partie de son bonus en raison des versements précédemment intervenus. Pourtant, ces derniers étaient particulièrement élevés et devraient donc exclure une limitation de la liberté contractuelle des parties ainsi que la nécessité sociale de protection du travailleur³⁶.
- L'employé X a perçu entre 2008 et 2014 des montants passablement inférieurs au plafond du très haut revenu fixé par le Tribunal fédéral, compris entre 130'000 fr. et 250'000 fr. pour une part fixe de 60'000 fr. Alors qu'il a exceptionnellement reçu pour l'année 2015 un total de 380'000 fr., il est licencié avec effet immédiat en octobre 2015. Si l'on fonde le raisonnement uniquement sur la dernière année comme le fait le Tribunal fédéral, la rémunération totale de X était supérieure au plafond du très haut revenu, de sorte qu'aucune requalification du bonus ne saurait intervenir sur la base du critère de l'accessoriété. En conséquence, et face à un licenciement avec effet immédiat injustifié au sens de l'art. 337c CO, le risque existe que les prétentions financières de X (dont notamment le paiement de son salaire durant le délai de congé et une éventuelle indemnité fondée sur l'al. 3) soient calculées sur la seule base du salaire fixe de 60'000 fr., ou du moins sans prendre en compte l'entier de la part du bonus qui aurait sinon été requalifiée³⁷. Pourtant, précédemment à l'année 2015, le rapport entre la base fixe et le bonus aurait indéniablement donné lieu à la requalification du second, et dès lors sa claire prise en compte dans ce contexte.

³² C. 4.3.1 et les références jurisprudentielles citées, de même qu'en doctrine les propositions notamment de STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 5), art. 322d N 4; WITZIG (n. 4), N 64 ss et (pour des propositions intéressantes sur la question) N 79 ss; WYLER/HEINZER (n. 5), 164.

³³ Voir par. 2.1 *infra* pour la nature juridique de la part du bonus requalifiée.

³⁴ Pour la limite du 1/3, notamment WYLER/HEINZER (n. 5), 164.

³⁵ C. 5.3.1; cf. par. 1.2 *supra*. C'est donc bien l'année de paiement qui est pertinente et non l'année de fixation.

³⁶ Ces deux critères étant avancés par le Tribunal fédéral pour justifier la limite pour les très hauts revenus; cf. notamment c. 5.3.4.

³⁷ Il n'est pas encore clair à ce jour dans quelle mesure une gratification au sens de l'art. 322d CO devrait être prise en compte dans la fixation des montants prévus à l'art. 337c CO, tout comme pour l'indemnité de l'art. 336a al. 2 CO en cas de licenciement abusif; à ce sujet, cf. notamment ATF 117 II 270, c. 3b (qui mentionne la «gratification») et l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.127/2002 du 3 septembre 2002, c. 4.2.2 (excluant semble-t-il les pures gratifications au sens de l'art. 322d CO); également RICHA/RAEDLER (n. 4), 526.

Ces deux exemples mettent en lumière des problématiques qui se posent lorsque l'on apprécie l'existence du très haut revenu sur la seule dernière année, alors que le critère de l'accessorité implique des revenus réguliers. Une solution que nous proposerions consisterait plutôt à regarder si, dans l'ensemble, la rémunération du travailleur constitue ou non un très haut revenu. Dans le premier exemple, tel serait indéniablement le cas et le critère de l'accessorité ne serait pas applicable, ce qui serait directement en ligne avec la justification posée par le Tribunal fédéral. Dans le second à l'inverse, les revenus seraient dans l'ensemble inférieurs et le caractère accessoire resterait pertinent³⁸. La prise en compte des revenus pourrait se faire en règle générale sur la base d'une moyenne, calculée sur les dernières années en remontant au plus à cinq ans, soit la prescription applicable généralement aux prétentions du travailleur fondées sur un contrat de travail selon l'art. 128 CO³⁹.

2.2 La nature juridique du bonus après requalification

La qualification exacte à réserver au bonus requalifié, non pas uniquement en application du principe de l'accessorité mais plus généralement par l'un ou l'autre des critères analysés, demeure encore imprécise. Dans la mesure où l'on prend appui sur les critères arrêtés par le Tribunal fédéral⁴⁰, dont en particulier celui de la marge de manœuvre⁴¹, il s'impose selon nous de rejoindre WYLER/HEINZER et de distinguer entre salaire au sens strict et *unechte Gratifikation*⁴². Cette dernière notion, principalement développée en doctrine suisse-allemande, a expressément été admise par le Tribunal fédéral dans son arrêt⁴³, bien qu'elle mène elle-même à plusieurs interrogations⁴⁴.

Si seul le principe d'un bonus est acquis, à l'exclusion d'un montant déterminé, il s'agira d'une *unechte Gratifikation*, qui demeure formellement encore une gratification au sens de l'art. 322d CO. Il n'y aura donc pas requalification au sens strict, l'employeur étant tenu de verser un montant mais restant plus ou moins libre dans

sa fixation⁴⁵. Si par contre l'application des principes mène à retenir une obligation quant au principe et au montant, il s'agira nécessairement d'une part de salaire au sens strict, faute de toute marge de manœuvre.

2.3 La place reconnue au critère de la marge de manœuvre

Dans son arrêt du 11 août 2015, le Tribunal fédéral consacre l'entier du considérant 4.2 à la question du caractère déterminé (ou déterminable) du bonus, dont il fait même une *étape préalable* à l'analyse des autres critères. Ce faisant, il s'exprime à nouveau sur la marge de manœuvre de l'employeur, qu'il continue clairement de mettre en avant⁴⁶, mais omet encore d'en préciser la portée⁴⁷.

En l'état de la jurisprudence, le fait de convenir à l'avance d'une gratification d'un montant prédéterminé et/ou soumise à condition objective (telle que la présence de l'employé au sein de l'entreprise au moment de son versement ou un certain nombre d'années d'ancienneté) demeure très problématique⁴⁸. Quand bien même les conséquences d'une qualification du bonus en salaire au sens strict peuvent à plusieurs égards être limitées (par exemple car cela n'impose pas échéant qu'un paiement au *pro rata temporis*), la question demeure sensible. Cela peut notamment rendre plus complexe la mise en place d'un système efficace de rémunération orienté sur le long terme, comme requis par exemple par la Circulaire FINMA 2010/1 Systèmes de rémunération («Circulaire 10/1»)⁴⁹.

Il serait bénéfique que le Tribunal fédéral précise ce point une fois pour toute, en particulier pour savoir si la marge de manœuvre de l'employeur (dans la mesure où elle constitue bien un élément impératif de la gratification) puisse s'exercer «en amont» sous la forme de conditions claires posées au paiement du bonus. Celui-ci ne pourrait en effet alors plus être qualifié «d'inconditionnel». La possibilité dont dispose l'employeur (et l'employé lui-même) de mettre un terme aux rapports de travail avant la réalisation d'une condition posée devrait selon nous par

³⁸ Une autre solution dans ce second cas serait de considérer que le critère de l'accessorité aurait déjà été applicable précédemment à 2015 et que le salaire fixe de X aurait été augmenté en conséquence.

³⁹ Il ne s'agit ici certes pas d'une question de prescription, mais le délai de cinq ans demeure une référence intéressante en matière de droit du travail.

⁴⁰ A l'inverse, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 5), art. 322d N 4, vont jusqu'à contester la définition donnée par le Tribunal fédéral à la gratification et se reposent sur la définition légale de la gratification pour retenir la possibilité d'une «gratification obligatoire» (et non uniquement un salaire au sens strict).

⁴¹ Cf. par. 2.3 *infra*.

⁴² WYLER/HEINZER (n. 5), 161.

⁴³ C. 4.2.2.

⁴⁴ La question principale qui se pose a notamment trait à un éventuel montant minimum que l'*unechte Gratifikation* devrait atteindre.

⁴⁵ Sur la notion de *unechte Gratifikation*, cf. notamment MORF (n. 31), 77; RICH/RAEDLER (n. 4), 527 et les références citées; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 5), art. 322d N 2. Semblant être d'un autre avis, VON DER CRONE/BRUGGER (n. 18), 243 et 244.

⁴⁶ Déjà précédemment, RICH/RAEDLER (n. 4), *passim*.

⁴⁷ Notamment en lien avec le caractère inconditionnel du bonus – cf. par exemple sur cette question ATF 109 II 447, c. 5c et, plus récemment, arrêt du Tribunal fédéral 4C.475/2004 du 30 mai 2005, c. 1.2.1. Voir aussi entre autres RICH/RAEDLER (n. 4), 526.

⁴⁸ RICH/RAEDLER (n. 4), 530 et (pour des exemples) 533, ainsi que les références citées; URBEN (n. 9), 113. Voir également STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 5), art. 322d N 9, qui émettent plutôt l'opinion qu'il devrait être admis de soumettre le salaire au sens strict à des conditions.

⁴⁹ Pour les difficultés liées à une qualification de salaire au sens strict, cf. URBEN (n. 9), 133 ss et 223 ss; WITZIG (n. 4), N 165 ss.

exemple suffire à fonder une marge de manœuvre suffisante pour maintenir la qualification de gratification⁵⁰.

2.4 La portée des autres critères de requalification en présence d'un très haut revenu

En dernier lieu, et de façon particulièrement marquée, l'arrêt du 11 août 2015 jette une confusion sur la pertinence des autres critères de qualification en présence d'un «très haut» revenu. Faute de précision expresse, il n'est pas clair de savoir si seul le critère de l'accessorité doit être exclu ou si cela doit aussi s'étendre aux autres.

D'une part le Tribunal fédéral justifie le tempérament apporté de façon très large par une relativisation du besoin de protection social des travailleurs qui reçoivent une rémunération importante⁵¹. A cela s'ajoute une affirmation générale quant au fait que, en présence d'un très haut revenu, le «bonus reste toujours une gratification»⁵² au «bon vouloir de l'employeur»⁵³. Il souligne encore qu'il revient alors à l'employé de procéder à une pesée des intérêts avant de changer d'activité professionnelle, cas échéant en négociant avec son nouvel employeur une prime d'entrée pour la perte subie⁵⁴. D'autre part cependant, certains passages de l'arrêt réservent expressément le tempérament au seul critère de l'accessorité⁵⁵ et ce-

lui de la marge de manœuvre est pour sa part examiné *avant même* que cette question ne soit évoquée⁵⁶. Les auteurs qui s'étaient exprimés sur la question avant cet arrêt avaient eux-mêmes, dans la très grande majorité des cas, limité sa portée au critère de l'accessorité⁵⁷.

Pour ce qui est des fondements juridiques de chacun des critères, aucun ne prend exclusivement ou même principalement appui sur la protection sociale du travailleur, bien que cette question s'y trouve parfois en amont. Ils varient au contraire selon le critère étudié:

- celui de l'accessorité découle de la définition que le Tribunal fédéral donne de la gratification⁵⁸, ainsi que du caractère onéreux du contrat de travail⁵⁹;
- celui de la marge de manœuvre s'inscrit également dans la définition que le Tribunal fédéral donne de la gratification⁶⁰ ainsi que dans le principe de la confiance⁶¹;
- le critère du nombre de versements se fonde essentiellement sur le principe de la confiance⁶²; et
- l'égalité de traitement prend appui sur le principe de la bonne foi et, surtout, sur la protection de la personnalité du travailleur selon l'art. 328 CO⁶³.

Considérant ces différents éléments, le critère de la marge de manœuvre ne devrait à notre sens clairement, pas être affecté par le tempérament apporté par le Tribunal fédéral aux très hauts revenus. Le fait que son analyse intervienne avant toute référence au plafond de rémunération ainsi posé l'exclut indéniablement de son champ d'application. A cela s'ajoute qu'il n'est à aucun moment

⁵⁰ Ceci est notamment pertinent pour les primes d'ancienneté d'un montant déterminé – RICHARD/RAEDLER (n. 4), 531 et les références citées, dont notamment l'arrêt isolé du Tribunal fédéral paru au JAR 1995, 102, c. 2b, dans lequel il semble partager cet avis; également WYLER/HEINZER (n. 5), 170. S'exprimant de manière plus limitative, en tout cas lorsque la condition posée a trait à des objectifs définis (en quel cas il qualifie le bonus de «rémunération obligatoire»), WITZIG (n. 4), N 106 et 107.

⁵¹ Notamment c. 4.3.2 («[...] lorsque le revenu convenu dépasse largement celui nécessaire à un train de vie approprié et qu'il représente en outre un multiple du salaire moyen, une restriction de la liberté contractuelle des parties ne saurait se justifier par un besoin de protection du travailleur [...]»), c. 5.2.1 («[...] qu'en présence d'un tel chiffre (correspondant, selon les parties, à la contrepartie d'une prestation de travail à temps complet), la protection sociale accordée au travailleur ne pouvait plus jouer aucun rôle [...]») et c. 5.3.4 («[...] il s'agit de tempérer, en cas de rémunération très élevée, la nécessité sociale de protection du travailleur et le besoin de limiter dans ce cadre la liberté contractuelle des parties [...]»), de même que le rappel fait au c. 5.5.1.

⁵² C. 4.3.2.

⁵³ C. 5.4.

⁵⁴ C. 5.5.1. Il est à noter qu'aucune réserve n'est faite quant à l'admissibilité d'une telle prime d'entrée au regard notamment de l'art. 20 ch. 2 ORAb (interdiction des indemnités anticipées) pour le cas où le nouvel employeur serait une société cotée; en faveur de leur admission, notamment INES PÖSCHEL, in: Watter/Vogt (éds), Basler Kommentar zum Verordnungsgegenüber übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, Bâle 2015, ORAb 20 N 99 et 100.

⁵⁵ Cf. en particulier le c. 4.3.2 («[...] le Tribunal fédéral a récemment indiqué que, dès l'instant où le revenu atteint un chiffre dépassant substantiellement le montant nécessaire à la couverture des frais d'entretien de l'employé, l'accessorité ne constitue pas un critère déterminant pour décider du caractère salarial d'une rétribution spéciale» et «[...] une restriction de la liberté contractuelle des parties ne saurait se justifier par un besoin de protection du travailleur [...] La jurisprudence a ainsi renoncé à l'application du critère de l'accessorité en matière de très hauts revenus, comme le souhai-

taient de nombreux auteurs [...]»), ainsi que c. 5.3.1 («Si cette rémunération totale dépasse le seuil du très haut revenu, il n'y a pas lieu de qualifier le bonus de salaire, le critère de l'accessorité n'étant pas applicable [...]»); nous mettons à chaque fois en évidence.

⁵⁶ C. 4.2, avant toute mention du «très haut revenu», la première fois au c. 4.3.2.

⁵⁷ Cf. entre autres GABUS/ROHMER (n. 7), 237 ss (critiques des exceptions ainsi posées pour les très hauts revenus en pages 244 et 245); MORF (n. 31), 88 ss (qui commente l'ATF 139 III 155); STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 5), art. 322d N 4. Egalement, pour une certaine réflexion (plus limitée) sur la question, DANTHE (n. 31), art. 322d N 21.

⁵⁸ WITZIG (n. 4), N 58, ainsi que GABUS/ROHMER (n. 7), 234.

⁵⁹ ATF 139 III 155, c. 5.3; ATF 129 III 276, c. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_721/2012 du 16 mai 2013, c. 3; VON DER CRONE/BRUGGER (n. 18), 243; WITZIG (n. 4), N 61 ss; WYLER/HEINZER (n. 5), 162.

⁶⁰ WITZIG (n. 4), N 58; WYLER/HEINZER (n. 5), 157. Egalement GABUS/ROHMER (n. 7), 234.

⁶¹ Notamment WITZIG (n. 4), N 146 ss, de même que STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 5), art. 322d N 4.

⁶² Le principe de la confiance mène à l'admission en droit d'un accord par actes concludants sur le versement du bonus; GABUS/ROHMER (n. 7), 232 et 233; MORF (n. 31), 82; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 5), art. 322d N 4 (étant précisé qu'ils retiennent non pas une requalification en salaire, mais en «gratification obligatoire»), et N 5, 342 (spécifiquement pour la réserve de pure forme); WITZIG (n. 4), N 117 et 118; WYLER/HEINZER (n. 5), 159 ss.

⁶³ Sur ce fondement, DANTHE (n. 31), art. 322d N 25 et 26; RICHARD/RAEDLER (n. 4), 528; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 5), art. 322d N 5 et les références citées; WYLER/HEINZER (n. 5), 159.

indiqué que son application repose sur un besoin social de protection de l'employé.

La même position claire doit valoir selon nous pour l'égalité de traitement. Bien que ce critère s'inscrive plus directement dans la protection de l'employé, l'on ne voit pas en quoi le montant qu'il recevrait à titre de rémunération devrait tempérer son droit à la protection de sa personnalité, ni d'ailleurs (et *a fortiori*) l'obligation revenant à l'autre partie d'agir en conformité avec le principe de la bonne foi. Au contraire du principe de l'accessorité, celui de l'égalité de traitement ne s'explique nullement par un besoin de protéger les attentes financières de l'employé.

Pour finir et à l'inverse des deux précédents critères, la réponse à apporter est moins évidente pour ce qui est du critère du nombre de versements. Bien qu'il ne trouve pas d'ancrage directement dans la protection sociale due au travailleur, mais plutôt dans le principe de la confiance, il se fonde bien sur les versements effectués à l'employé. Il s'explique de plus en partie par une certaine volonté de le protéger dans ses attentes, à l'image du critère de l'accessorité. A l'inverse par contre, l'on voit mal en quoi le niveau de rémunération d'une personne devrait affecter les règles générales en matière d'offre et d'acceptation, plus précisément le principe de la confiance.

Selon nous, *seul* le critère de l'accessorité devrait être affecté par le tempérament apporté par le Tribunal fédéral aux très hauts salaires. Ceci s'explique essentiellement par le fait que seul ce critère prend appui de façon prépondérante sur le montant reçu par le travailleur. A cela s'ajoute que, nonobstant une justification qui est fondée sur la notion de gratification et le caractère onéreux du contrat de travail, il s'explique aussi par une volonté sociale de protéger le travailleur⁶⁴.

Considérant le caractère à plusieurs égards contradictoire de certains passages de l'arrêt du 11 août 2015, cette question ne peut cependant être résolue de façon absolument péremptoire, en tout cas selon nous pour ce qui est du critère du nombre de versements. Une nouvelle précision jurisprudentielle serait donc bienvenue.

IV. Importance pratique

Malgré les réserves et interrogations exprimées ci-dessus sur certains des points de l'arrêt et la portée qui doit lui être reconnue, il présente indéniablement l'avantage

d'apporter une clarification supplémentaire à la thématique des bonus. Il pourra également s'avérer utile et présenter une certaine importance pratique pour les domaines dans lesquels la réglementation des rémunérations versées aux travailleurs dépend non seulement des dispositions générales du CO, mais également entre autres de la Circulaire 10/1 (qui n'a toutefois pas d'effet direct en droit privé) et de l'ORAb⁶⁵.

Le champ limité de la présente contribution ne permet pas de détailler les nombreux problèmes de compatibilité que posent ces deux textes avec le cadre plus rigide du droit du travail et les impératifs s'appliquant en matière salariale⁶⁶. La situation est toutefois à plusieurs égards bien plus simple en présence d'une gratification au sens de l'art. 322d CO, du fait qu'elle n'est justement pas soumise aux différentes règles protectrices entourant le salaire. L'application de la Circulaire 10/1 ainsi que de l'ORAb en devient dès lors beaucoup plus aisée⁶⁷.

En réduisant les cas dans lesquels un bonus sera qualifié de salaire au sens strict et non de gratification, l'arrêt du Tribunal fédéral apporte donc une simplification et une amélioration de la prévisibilité juridique bienvenues. D'autres inconnues, ainsi qu'une certaine confusion, perdurent toutefois malheureusement encore.

⁶⁴ A noter que l'on pourrait s'interroger sur la *compétence* du Tribunal fédéral de tempérer le critère de l'accessorité en se fondant sur un besoin de protection plus faible des travailleurs bien payés, du fait que le droit suisse n'opère aucune distinction entre les différentes catégories d'employés selon leur niveau de rémunération mais les traite au contraire essentiellement de façon identique – le second co-auteur prépare en l'état une contribution à venir sur ce sujet.

⁶⁵ Sur l'étendue du caractère impératif de la Circulaire, cf. § 6 à 9 Circulaire 10/1 ainsi que EHENSTRÖM/OLOFSSON (n. 5), N 29.

⁶⁶ BENOÎT CHAPPUIS, Bonus des dirigeants: la jurisprudence du Tribunal fédéral à l'épreuve des règles de la FINMA, in: Chappuis/Dreyer/Foutoulakis/Pichonnaz/Werro (éds), La pratique contractuelle 2, Symposium en droit des contrats, Genève – Bâle – Zurich 2011, 91 ss, 116; EDGAR PHILIPPIN, La mise en œuvre de l'initiative «contre les rémunérations abusives», SJ 2014 II, 261 ss, 278; RICHA/RAEDLER (n. 4), 535 et 536; URBEN (n. 9), 117 ss et 123 ss. Proposant certaines solutions en ce qui concerne l'ORAb, VON DER CRONE/BRUGGER (n. 18), *passim*.

⁶⁷ Pour un constat similaire de façon générale pour les rémunérations variables, URBEN (n. 9), 133.