



Alexandre Richa* / David Raedler**

Le «bonus» soumis à une condition objective



Table des matières

- I. Introduction
- II. La notion de bonus et les différents types de rémunération en droit suisse
 1. La notion de bonus
 2. La dichotomie de base entre salaire et gratification
 - 2.1 Principe
 - 2.2 Notion de gratification et critères développés par la jurisprudence
 - a. La marge de manœuvre de l'employeur
 - b. Le caractère accessoire du montant
 - c. Le nombre de versements
 - d. Usage interne à l'entreprise et égalité de traitement
 3. Catégories particulières de salaire au sens strict
 4. Le cas particulier du plan d'intéressement ou de participation
- III. La problématique du bonus soumis à une condition objective
 1. Buts poursuivis et problématique
 2. Appréciation de la jurisprudence du Tribunal fédéral
 - 2.1 Par rapport à l'interprétation littérale de la notion de gratification
 - 2.2 Par rapport à la réelle et commune intention des parties et au principe de la confiance
 - 2.3 Par rapport à la liberté contractuelle et aux intérêts des parties
 3. Solutions pour réduire le risque de requalification
 4. Développements récents
 - 4.1 La circulaire de la FINMA sur les systèmes de rémunération
 - 4.2 Initiative Minder et contre-projet
- IV. Conclusion

I. Introduction***

Par définition, le contrat de travail est onéreux. Cette caractéristique essentielle de la relation contractuelle entre un employeur et un employé se traduit par des règles impératives quant au salaire, qui s'imposent quels que soient les termes de la convention. Or, la pratique fréquente et extensive des «bonus», essentiellement héritée de la culture anglo-saxonne, se retrouve régulièrement

confrontée aux limites impératives du droit suisse du travail et à la jurisprudence relativement restrictive de nos tribunaux en la matière.

Par ailleurs, les bonus font l'objet d'une attention sensiblement accrue depuis la survenance de la dernière crise financière:

- une partie importante de l'opinion publique juge le niveau de certains bonus excessif. La très médiatisée «initiative Minder»¹, qui traite de la rémunération des administrateurs et autres personnes occupant un poste à responsabilité au sein de sociétés anonymes cotées en bourse, a ainsi suscité un large débat public qui s'est cristallisé autour de la question des bonus.
- la FINMA considère à raison que la politique de rémunération variable d'une entreprise joue un rôle décisif dans son niveau de prise de risques. Elle vise par conséquent à plus et mieux l'encadrer afin d'en limiter les effets négatifs.
- un certain nombre d'employeurs (en particulier dans le domaine financier), dont les marges subissent une pression à la baisse considérable, réduisent les bonus de leurs employés, voire licencient ces derniers, afin de limiter la masse salariale à leur charge. Les tribunaux civils sont par conséquent confrontés de manière croissante à des litiges portant sur cette thématique.

Dans ce contexte, il nous a paru intéressant et utile de faire le point sur la problématique des bonus en droit suisse, en nous concentrant en particulier sur l'hypothèse dans laquelle le versement d'un bonus est soumis à la réalisation de conditions objectives convenues d'avance par les parties. A certains égards, la jurisprudence du Tribunal fédéral peut être vue dans ce contexte comme une entrave importante et à notre sens non-justifiée à la liberté contractuelle des parties et, plus généralement, à la volonté d'encadrer la pratique des bonus.

Après un rappel de la notion de bonus et des différents types de rémunération en droit suisse (par. II ci-après),

* Professeur associé (Université de Lausanne), LL.M. (Harvard Law School), avocat au sein de l'étude Lenz & Staehelin à Genève.

** Assistant-doctorant (Université de Lausanne), titulaire du brevet d'avocat.

*** La présente contribution se fonde sur la jurisprudence et la doctrine dans leur état au 31 octobre 2012.

¹ Initiative populaire fédérale contre les rémunérations abusives, voir à ce sujet paragraphe III. 4. 4.2 *infra*.

nous analyserons la problématique spécifique du bonus soumis à une condition objective (par. III ci-après).

II. La notion de bonus et les différents types de rémunération en droit suisse

1. La notion de bonus

Le Code des obligations ne comporte aucune disposition qui définit et traite de façon spécifique de la notion de bonus². Dans ce contexte, ce terme est utilisé pour des formes très différentes de rémunération, englobant tant des versements totalement discrétionnaires que des composantes du salaire de base de l'employé. En outre, le bonus peut intervenir tant au début du contrat de travail (par exemple sous la forme d'un «*signing bonus*»³), que durant son existence (au travers d'une «rémunération variable») ou à sa fin (par un «*early retirement bonus*»⁴ ou un «*golden parachute*»).

Considérant le nombre important de pratiques vues comme des bonus et la vision très large de cette notion qui prévaut au sein du public, il serait illusoire de chercher à définir ce terme de façon précise. Qualifié selon les sources de «rétribution versée dans le cadre des rapports de travail, mais qui ne fait pas partie du salaire fixe»⁵ ou de «gratification accordée par un employeur sur le salaire d'un employé»⁶, il peut lui-même varier pour devenir rémunération variable⁷ ou gratification. Nonobstant ces contours relativement flous qui le caractérisent, le bonus a cependant toujours ceci de particulier qu'il vient s'ajouter au salaire de base du travailleur et non s'y suppléer.

Le caractère vague de la terminologie et des définitions utilisées se répercute sur la qualification juridique à donner au bonus. Loin d'être évident, cet exercice peut se révéler complexe eu égard aux critères à prendre en compte, comme il sera exposé ci-après.

2. La dichotomie de base entre salaire et gratification

2.1 Principe

Contre-prestation principale de l'employeur à la prestation de service du travailleur⁸, le salaire est régi par les articles 322 et suivants du Code des obligations⁹ («CO»). Reposant essentiellement sur le principe de la liberté contractuelle, le salaire peut revêtir différentes formes selon les modalités convenues entre les parties et les buts qu'elles désirent atteindre. Outre le salaire fixe dont le montant est arrêté à l'avance sur une base donnée (mensuelle, hebdomadaire, journalière ou encore horaire), la rémunération du travailleur peut ainsi notamment prendre la forme d'un salaire à la pièce ou à la tâche (art. 326 CO), d'un salaire variable (art. 322a et 322b CO), d'une gratification (art. 322d CO) ou encore d'un salaire en nature¹⁰. Le droit suisse ne repose nullement sur un *numerus clausus* des formes de rémunérations et celles-ci peuvent généralement être combinées entre elles¹¹. Prises ensemble, elles composent le salaire au sens large.

Les différentes formes de rémunération comprises dans la notion de salaire au sens large ne répondent cependant pas toutes aux mêmes principes et règles applicables. Ainsi, le droit suisse s'est développé autour d'une dichotomie opposant salaire au sens strict et gratification selon l'art. 322d CO¹², ces deux notions englobant l'entier des versements effectués au travailleur à titre de rémunération¹³. Alors que la première repose sur des principes relativement rigides pouvant limiter, du moins en partie, le principe général de la liberté contractuelle, la seconde présente beaucoup plus de flexibilité et offre dès lors à

² THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 2^{ème} éd., Berne 2012, § 403, 151; ROGER RUDOLPH, *Focus: Développements récents en matière de bonus en droit du travail*, TREX 2011, 98, 98; OLIVIER SUBILIA/JEAN-LOUIS DUC, *Droit du travail, éléments de droit suisse*, 2^{ème} éd., Lausanne 2010, art. 322d CO N 25.

³ Un «*signing bonus*», soit une indemnité à l'engagement, peut par exemple intervenir dans le but de compenser le montant d'un bonus auquel l'employé renonce auprès de son précédent employeur en acceptant de conclure le contrat de travail; en ce sens: JULIEN WÄEBER, *Circulaire FINMA 2010/1 sur les systèmes de rémunération: des obstacles en droit civil?*, RSDA 2012, 119 ss, 129, note de bas de page 90.

⁴ Un «*early retirement bonus*» est parfois prévu afin de compenser une éventuelle lacune dans la prévoyance professionnelle de l'employé due à la fin anticipée des rapports de travail, STEPHAN MERZ, *Aspekte von Bonuszahlungen im schweizerischen Steuerrecht*, PJA 2010, 609 ss, 609.

⁵ HELGA MESAROS, *Le versement de bonus dans le cadre des rapports de travail*, *Legal news* juin 2010 Ernst & Young, disponible à l'adresse Internet http://www2.eycom.ch/publications/items/jus/news_201006/201006_EY_legalnewsf.pdf.

⁶ PAUL ROBERT et al. (édit.), *Le Petit Robert, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle édition millésime 2012, Paris 2011.

⁷ Le terme de «rémunération variable» est par exemple utilisé dans la circulaire de la FINMA sur les systèmes de rémunération du 21 octobre 2009, §12; voir à ce sujet *infra* par. III. 4. 4.1.

⁸ RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2^{ème} éd., Berne 2008, 154; il va bien évidemment sans dire que la question du salaire ne se pose qu'en présence d'un contrat de travail au sens de l'art. 319 al. 1 CO.

⁹ RS 220.

¹⁰ PHILIPPE CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zurich – Bâle – Genève 2009, 107.

¹¹ CONRADIN CRAMER, *Der Bonus im Arbeitsvertrag*, thèse Bâle, Berne 2007, § 54, 19; RENÉ HIRSIGER, *Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis*, thèse Saint-Gall, Berne 2011, § 369 et 370, 133 ss.

¹² Arrêt du Tribunal fédéral 4C.244/2004 du 25 octobre 2004, c. 2.1.

¹³ D'autres versements en faveur de l'employé n'entrant pas dans la notion de salaire au sens large sont envisageables, mais ne composent pas sa rémunération. Tel est par exemple le cas du remboursement des frais selon l'art. 327a CO (sous la forme d'un remboursement effectif ou d'une indemnité fixe), qui ne fait pas partie de la rémunération du travailleur et dont les montants ainsi versés ne sont dès lors pas soumis à cotisations sociales; à ce sujet, voir notamment CHRISTIAN FAVRE/CHARLES MUNOZ/ROLF A. TOBLER, *Le contrat de travail*, code annoté, Lausanne 2010, art. 327a CO N 1.1.

l'employeur une marge de manœuvre souvent bien plus importante.

Cette dichotomie présente une importance particulière en matière de bonus. Selon ses caractéristiques, celui-ci pourra en effet être considéré soit comme une gratification au sens de l'art. 322d CO, soit comme un élément du salaire, pouvant le cas échéant revêtir la forme d'une participation au résultat de l'exploitation en application de l'art. 322a CO¹⁴.

La distinction entre salaire au sens strict et gratification représente un exercice souvent délicat, faisant appel à des critères précis, mais dont l'importance pratique est fondamentale. En effet, alors que le salaire au sens strict est dû à l'employé sans restriction et ne peut dès lors souffrir d'aucune condition à son versement, le paiement d'une gratification dépend généralement du bon vouloir de l'employeur et peut être subordonné à des conditions décidées par ce dernier¹⁵. En outre, seul le salaire au sens strict entre en considération dans le calcul de la rémunération de l'employé incapable de travailler (art. 324a CO), du salaire à payer pendant ses vacances (art. 329d CO) ou encore de l'indemnité en cas de licenciement abusif ou de licenciement avec effet immédiat injustifié (art. 336a al. 2 et 337c al. 3 CO)¹⁶. Par ailleurs, en application de la jurisprudence du Tribunal fédéral, le travailleur peut refuser d'offrir sa prestation de travail lorsque son salaire au sens strict est en souffrance, alors qu'il ne le pourra pas si seule la gratification reste impayée¹⁷.

2.2 Notion de gratification et critères développés par la jurisprudence

Au fil de ses arrêts, le Tribunal fédéral a développé plusieurs critères permettant de distinguer salaire au sens strict et gratification. De manière générale, l'art. 322d CO définit la gratification comme une «rétribution spéciale» accordée par l'employeur «en sus du salaire» et «à certaines occasions, telles que Noël ou la fin de l'exercice annuel»¹⁸. Précisée par le Tribunal fédéral, la gratification

représente une rétribution extraordinaire ou spéciale, venant s'ajouter dans une mesure limitée au salaire de base, accordée à des occasions particulières et dépendant, dans une certaine mesure en tout cas, de l'employeur, si ce n'est dans son principe, à tout le moins dans son montant¹⁹.

A la lumière de la définition qui précède, quatre critères principaux peuvent être utilisés pour délimiter salaire au sens strict et gratification. Afin d'en comprendre la portée et leur incidence sur la présente analyse, il convient de les considérer successivement.

a. La marge de manœuvre de l'employeur

De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral retient que le propre de la gratification repose sur le fait que la rétribution en question dépend, dans une certaine mesure en tout cas, de l'employeur, si ce n'est dans son principe, à tout le moins dans son montant²⁰. En conséquence, selon cette approche, n'est plus une gratification la rétribution dont le montant et l'échéance inconditionnelle sont fixés d'avance par le contrat de travail²¹.

Ce premier critère est souvent vu comme l'un des principaux permettant de qualifier la nature d'un bonus²². Alors que ce dernier *pourra* (selon l'appréciation des autres critères) être qualifié de gratification lorsque l'employeur s'est réservé une certaine marge de manœuvre quant à son principe et/ou son montant, il *devra* être considéré comme du salaire au sens strict en l'absence de

¹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_509/2008 du 3 février 2009, c. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 4C.395/2005 du 1^{er} mars 2006, paru au JAR 2007, 276, c. 5.3.

¹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_509/2008 du 3 février 2009, c. 5.1; BENOÎT CHAPPUIS, Bonus des dirigeants: la jurisprudence du Tribunal fédéral à l'épreuve des règles de la FINMA, in: Chappuis/Dreyer/Foutoulakis/Pichonnaz/Werro (édit.), La pratique contractuelle 2, Symposium en droit des contrats, Genève – Bâle – Zurich 2011, 91 ss, 94.

¹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.6/2003 du 24 avril 2003, c. 2.2; HIRSIGER (n. 11), § 407, 148; PETER REINERT, Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht, AJP 2009, 3 ss, 6.

¹⁷ ATF 136 III 313, c. 2.4, le Tribunal fédéral considérant que les prestations de travail de l'employé et de paiement de la gratification par l'employeur ne se trouvent pas dans un rapport d'échange direct permettant une application par analogie de l'art. 82 CO; à ce sujet, voir en particulier HIRSIGER (n. 11), § 407, 148.

¹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_172/2012 du 22 août 2012, c. 8.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_115/2007 du 13 juillet 2007, c. 4.3.3; JAR 1995, 102, c. 2a.

¹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_705/2011 du 20 décembre 2011, c. 3; arrêt du Tribunal fédéral 4C.340/2005 du 24 janvier 2006, paru au JAR 2007, 161, c. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral 4C.244/2004 du 25 octobre 2004, c. 2.1; ATF 127 III 86, dans sa version non-publiée 4C.277/2000 du 19 décembre 2000, parue au JAR 2001, 177, c. 3b; voir également ATF 136 III 313, c. 2 et ATF 129 III 276, c. 2, pour une définition en allemand reprenant ces mêmes caractéristiques: «Bei einer Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR handelt es sich um eine ausserordentliche Zulage, die zum Lohn hinzutritt und bei bestimmten Anlässen ausgerichtet wird. Sie hängt immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers ab».

²⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_172/2012 du 22 août 2012, c. 8.2; Arrêt du Tribunal fédéral 4A_26/2012 du 15 mai 2012, c. 5.1.

²¹ Ce principe a été posé à l'ATF 109 II 447, c. 5c, puis repris dans de nombreux arrêts postérieurs, dont notamment: arrêt du Tribunal fédéral 4A_705/2011 du 20 décembre 2011, c. 3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_356/2011 du 9 novembre 2011, c. 9.6; ATF 136 III 313, c. 2 et 2.3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_509/2009 du 3 février 2009, c. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_115/2007 du 13 juillet 2007, c. 4.3.3 et 4.3.4; arrêt du Tribunal fédéral 4C.426/2005 du 7 novembre 2005, paru au JAR 2007, 200, c. 5.1; arrêt du Tribunal fédéral 4C.340/2005 du 24 janvier 2006, paru au JAR 2007, 161, c. 2.1; ATF 131 III 615, c. 5.2; arrêt du Tribunal fédéral 4C.395/2005 du 1^{er} mars 2005, paru au JAR 2007, 206, c. 5.3; arrêt du Tribunal fédéral 4C.244/2004 du 25 octobre 2004, c. 2.1; ATF 129 III 276, c. 2; ATF 127 III 86, dans sa version non-publiée 4C.277/2000 du 19 décembre 2000, parue au JAR 2001, 177, c. 3b; JAR 1995, 102, c. 2a.

²² CRAMER (n. 11), § 14, 6; THOMAS GEISER, Boni zwischen Privatrecht und öffentlichem Interesse, in: Nobel (édit.), St. Galler Bankrechtstag 2009 – Institutionengefüge zum Finanzmarkt, Berne 2010, 131 ss, 135 et 141.

tout pouvoir potestatif de l'employeur à son sujet²³. L'existence d'une composante minimale d'appréciation représente donc une exigence impérative devant être réalisée pour être en présence d'une gratification au sens juridique du terme, du moins selon la définition élaborée en jurisprudence²⁴.

Eu égard à ces développements, la doctrine en déduit qu'un montant déterminé dont le principe, bien que n'étant pas inconditionnel, est soumis à une ou plusieurs conditions objectives pourrait être qualifié de salaire au sens strict et non de gratification, l'employeur ne disposant dans ce contexte d'aucune marge de manœuvre²⁵.

Une distinction est encore parfois faite entre le cas dans lequel l'employeur réserve sa marge de manœuvre quant au principe et au montant du bonus («*echte Gratifikation*») et celui dans lequel seul le montant du versement dépend de sa décision, le travailleur disposant d'un droit à bénéficier d'un bonus («*unechte Gratifikation*»)²⁶. Cette distinction ne porte toutefois que peu à conséquence s'agissant de la qualification même du bonus, ce dernier pouvant dans les deux cas être considéré comme une gratification au sens de l'art. 322d CO, tant que l'employeur reste entièrement libre d'en décider du montant²⁷.

b. Le caractère accessoire du montant

On l'a vu, par définition, une gratification ne consiste pas en du salaire. Or, ce dernier étant un élément essentiel du contrat de travail et la contre-prestation principale de l'employeur, une gratification ne peut venir que s'y ajou-

ter et ne peut en aucun cas le remplacer²⁸. Dans ce cadre, le Tribunal fédéral a considéré qu'un bonus ne pouvait être qualifié de gratification que s'il apparaissait accessoire par rapport au reste de la rémunération du travailleur²⁹. En ce sens, le bonus doit en principe consister en une rémunération complémentaire secondaire et non en la source principale de revenu pour pouvoir être qualifié de gratification³⁰.

Le caractère accessoire du bonus ne doit toutefois pas être analysé sur la base d'un seul versement exceptionnel, mais sur la durée³¹. Un bonus d'un montant très élevé par rapport au salaire de base pourra ainsi encore être qualifié de gratification au sens de l'art. 322d CO si son versement n'intervient qu'à une reprise et n'est pas répété.

c. Le nombre de versements³²

La nature d'un versement effectué par l'employeur à titre de gratification (alléguée ou véritable) n'est pas immuable, mais est au contraire appelée à évoluer. Selon les circonstances, le versement régulier d'une gratification peut mener à une requalification de celle-ci en composante du salaire au sens strict³³.

Cela sera tout d'abord le cas en présence d'un versement régulier, ininterrompu et effectué sans réserve pendant une certaine durée, généralement fixée à trois ans³⁴. Ce principe s'explique essentiellement par le fait qu'en procédant de la sorte, l'employeur donne (volontairement ou non) une assurance tacite à l'employé qu'il continuera à procéder à de tels versements dans le futur³⁵. En consé-

²³ CRAMER (n. 11), § 25, 9; CHRISTOPH SENTI, *Leistungslohn oder Gratifikation? – Stand der Diskussion und Versuch eines systematischen Ansatzes*, ARV/DTA 2011, 1 ss, 4 et 7.

²⁴ RUDOLPH (n. 2), 99; WYLER (n. 8), 166.

²⁵ CRAMER (n. 11), § 27, 9, sous réserve de l'avis de l'auteur selon lequel la condition objective consistant en l'existence des rapports de travail au moment du paiement du bonus devrait suffire pour réaliser le critère de la marge de manœuvre de l'employeur, ce dernier pouvant décider de mettre un terme ou non à la relation de travail, § 31, 10 et § 503, 166; RENÉ HIRSIGER, *Ausgewählte Einzelfragen zu vereinbarten Leistungszielen im Einzelarbeitsverhältnis*, ArbR 2011, 87 ss, 97 et 98; WAEGER (n. 3), 125.

²⁶ Voir notamment CR CO I-AUBERT, art. 322d N 5 ss; FRANZISKA BÄCHLER, *Vergütungen von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern in Banken*, thèse Saint-Gall, Zurich – Bâle – Genève 2012, §185, 119; BSK OR I-PORTMANN, OR 322d N 3 ss et 12 ss; BK-REHBINDER, OR 322d N 1, 282 et 283.

²⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_172/2012 du 22 août 2012, c. 8.2; ATF 136 III 313, c. 2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_115/2007 du 13 juillet 2007, c. 4.3.3; ATF 131 III 615, c. 5.2; HIRSIGER (n. 11), § 405, 147; BK-REHBINDER, OR 322d N 1; SENTI (n. 23), 4; *contra*: NATHALIE BORNOZ, *Les critères de distinction entre les diverses rémunérations accessoires*, in: Wyler (éd.), *Panorama du droit du travail: recueil d'études réalisées par les praticiens*, Berne 2009, 37 ss, 40, qui semble indiquer qu'une gratification qui serait convenue sur le principe mais non sur le montant à verser représente un élément de salaire et non une gratification au sens de l'art. 322d CO. A noter également dans ce cadre que l'employeur pourrait être limité dans la fixation du montant d'une «*unechte Gratifikation*» en ce sens qu'il doit le faire en exerçant de bonne foi son pouvoir d'appréciation, CR CO I-AUBERT, art. 322d N 6.

²⁸ GEISER (n. 22), 142; SENTI (n. 23), 4.

²⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4D_98/2011 du 20 mars 2012, c. 2.4; ATF 129 III 276, c. 2.1.

³⁰ RUDOLPH (n. 2), 100.

³¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.97/2006 du 1^{er} février 2006, paru au JAR 2007, 270, c. 2; arrêt du Tribunal fédéral 4C.426/2005 du 7 novembre 2005, paru au JAR 2007, 200, c. 5; ATF 131 III 615, c. 6.2; ATF 129 III 276, c. 2.1; BK-REHBINDER, OR 322d N 1.

³² S'agissant spécifiquement de ce troisième critère ainsi que, dans une moindre mesure, celui de l'accessorité, un récent arrêt du Tribunal fédéral pourrait selon certaines voix indiquer un fléchissement de sa pratique, sans pour autant la remettre en cause (voir à ce sujet par exemple l'article paru dans le quotidien «le Temps» du jeudi 31 mai 2012 «les primes ne sont plus acquises»). En effet, dans l'arrêt non publié 4A_356/2011 du 9 novembre 2011, le Tribunal fédéral a été amené à analyser le cas d'un employé ayant reçu un bonus important, dépassant le montant de son salaire annuel, durant deux années de suite (auquel un bonus d'entrée venait en outre s'ajouter). Sans revenir sur sa pratique passée, le Tribunal fédéral a analysé le droit de l'employé à toucher un bonus non pas sous l'angle des critères de l'accessorité et du nombre de versements, mais fondé sur une lacune du contrat de travail. Ce point ne devrait cependant selon nous pas porter à conséquence, notamment eu égard au fait que, dans deux arrêts postérieurs, le Tribunal fédéral a à nouveau fait mention et application de ces deux critères (arrêt du Tribunal fédéral 4A_172/2012 du 22 août 2012, c. 8.2 et arrêt du Tribunal fédéral 4A_26/2012 du 15 mai 2012, c. 5.1).

³³ WYLER (n. 8), 167.

³⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_26/2012 du 15 mai 2012, c. 5.1; arrêt du Tribunal fédéral 4D_98/2011 du 20 mars 2012, c. 2.4; ATF 131 III 615, c. 5.2; ATF 129 III 276, c. 2; JAR 1997, 124, c. 2b.

³⁵ RUDOLPH (n. 2), 100.

quence, l'employeur avisé devra formuler des réserves à chacun des paiements qu'il effectue, afin d'en souligner le caractère discrétionnaire. Toutefois, même en présence de telles réserves, la mutation d'une gratification en composante du salaire au sens strict est également possible si la clause de réserve peut être qualifiée de clause de pure forme («leere Floskel»), notamment si l'employeur ne fait jamais usage de son pouvoir discrétionnaire, par exemple en versant une gratification sans égard à la marche de l'entreprises ou aux résultats atteints par l'employé³⁶.

d. Usage interne à l'entreprise et égalité de traitement

Les trois critères évoqués *supra*, essentiels pour déterminer la qualification à donner à un bonus, sont parfois complétés par un quatrième critère reposant sur le principe de l'égalité de traitement en relation avec ceux de la confiance et de la bonne foi³⁷. Ainsi, selon cette approche, il serait possible pour un employé d'une entreprise déterminée de prétendre au versement d'un montant à titre de bonus s'il peut raisonnablement considérer qu'il y a droit en raison de la pratique en vigueur au sein de l'entreprise en question, par exemple si tous les autres employés la reçoivent et qu'aucune violation de ses obligations ne peut lui être opposée³⁸.

3. Catégories particulières de salaire au sens strict

On l'a vu, tout montant payé à l'employé à titre de rémunération dans le cadre de son contrat de travail entre impérativement dans la dichotomie opposant salaire et gratification. Cette caractéristique ne fait cependant nullement obstacle au développement de catégories et de définitions plus précises applicables à de tels versements. Dans ce contexte, si le bonus vient à être qualifié de salaire au sens strict, il est susceptible notamment de tomber dans une des deux catégories suivantes.

Les parties peuvent tout d'abord prévoir une participation au résultat de l'exploitation, forme de rémunération qui correspond à la règle de l'art. 322a CO. Cette disposition précise les modalités applicables dans l'hypothèse où, en vertu du contrat, «le travailleur a droit à une part du bénéfice ou du chiffre d'affaires, ou participe d'une

autre manière au résultat de l'exploitation». La liste exemplative de cas donnée à l'art. 322a CO englobe toutes les hypothèses dans lesquelles le salaire au sens strict de l'employé est, en tout ou en partie³⁹, lié à la marche générale de l'entreprise, et non par exemple au temps passé en son sein ou à la prestation personnelle exclusive de l'employé⁴⁰. Bien que cette forme de rémunération puisse être combinée avec une gratification additionnelle octroyée par l'employeur, l'application de l'art. 322a CO est en principe limitée au salaire au sens strict et implique dès lors la prise en compte des limites et règles protectrices y applicables⁴¹. A noter qu'une partie de la doctrine admet la possibilité de prévoir que l'employé participe non seulement au bénéfice ou au chiffre d'affaires de l'entreprise, mais également aux éventuelles pertes qui seraient endurées⁴². Une telle règle n'est cependant possible selon ces auteurs qu'à la condition que l'employé bénéficie dans tous les cas d'un salaire convenable pour les fonctions qu'il occupe (par une application par analogie de l'art. 349a CO) et que cela ne mène pas à une forme de responsabilité sans faute du travailleur⁴³.

Lorsque l'employeur désire mettre l'accent sur la prestation personnelle du travailleur au sein de l'entreprise, et non sur les résultats généraux de cette dernière, il préférera en principe convenir d'une rémunération sous la forme d'une provision (art. 322b ss CO) ou, le cas échéant, d'un travail aux pièces ou à la tâche (art. 326 ss CO), du moins lorsque l'activité du travailleur s'y prête. Tout comme la participation au résultat de l'exploitation, ces deux formes de rémunération liées directement aux activités du travailleur doivent être qualifiées de salaire au sens strict et non de gratification.

³⁹ Bien que la participation au résultat de l'exploitation soit en principe conçue pour ne régir qu'une partie du salaire au sens strict de l'employé, il est envisageable d'y soumettre l'entier de sa rémunération. Dans ce cas toutefois, il conviendra d'appliquer par analogie l'art. 349a al. 2 CO en assurant dans tous les cas à l'employé une rémunération suffisante, notamment afin d'éviter que le risque d'entreprise ne soit reporté sur le travailleur (aspect qui serait contraire aux principes généraux de droit du travail; à ce sujet: ATF 129 III 664, c. 6.1 concernant un voyageur de commerce, de même que CRAMER (n. 11), § 238, 80). En outre, une partie de la doctrine soutient la nécessité de procéder dans ce cas par un accord écrit, en tout cas en ce qui concerne la rémunération de l'employé, afin de le rendre attentif aux modalités exactes de son engagement; en ce sens, ROGER PETER MORF, Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, thèse Saint-Gall, Berne 2011, § 505 ss, 228 ss; BK-REHBINDER, OR 322a N 5, ainsi que STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 38), Art. 322a N 2.

⁴⁰ GEISER (n. 22), 140; MORF (n. 39), § 455, 203 et § 458, 204.

⁴¹ BK-REHBINDER, OR 322a N 6; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 38), Art. 322a N 2; une qualification de salaire au sens strict est conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la dichotomie l'opposant à la gratification, notamment en raison du fait que le montant de la rémunération se fonde sur des critères objectifs prédéterminés.

⁴² MORF (n. 39), § 519, 235; BK-REHBINDER, OR 322a N 5; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 38), Art. 322a N 8; *contra*: WYLER (n. 18), 161.

⁴³ *Contra*: CRAMER (n. 11), § 230 ss, 78 ss, qui estime qu'une application par analogie de l'art. 349a CO ne se justifie pas.

³⁶ ATF 129 III 276, c. 2.3; CR CO I-AUBERT, art. 322d N 13; FAVRE/MUNOZ/TOBLER (n. 13), art. 322d CO N 1.10; HIRSIGER (n. 11), § 421, 153.

³⁷ CARRUZZO (n. 10), art. 322d CO N 6; HIRSIGER (n. 11), § 420, 153.

³⁸ Ce principe repose également sur la protection de la personnalité du travailleur selon l'art. 328 CO; arrêt du Tribunal fédéral 4A_172/2012 du 22 août 2012, c. 8.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_356/2011 du 9 novembre 2011, c. 7.4; ZK-STAEHELIN, 322d OR N 13; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7ème éd., Zurich 2012, Art. 322d N 5; WYLER (n. 8), 166.

4. Le cas particulier du plan d'intéressement ou de participation

Dans les entreprises de taille relativement importante ainsi que dans les *start-up* tablant sur un fort développement de leurs activités, il est souvent d'usage de prévoir un plan d'intéressement ou de participation en faveur de certains employés, afin de les associer à la bonne réussite des affaires en liant à celles-ci une part de leur rémunération. Le Tribunal fédéral définit ces plans comme des «mesures qu'une entreprise prend afin que ses cadres ou collaborateurs puissent se procurer, à intervalles réguliers et sous des modalités spécifiques, des actions de cette entreprise ou des options sur ses actions», tout en précisant que «les modalités comportent généralement un délai pendant lequel chaque lot de titres en voie d'acquisition est seulement promis au bénéficiaire du plan, sans que celui-ci puisse en disposer d'aucune manière»⁴⁴. La notion de plan d'intéressement est généralement perçue de manière plus large que celle de participation au résultat de l'entreprise, le travailleur étant dans ce cas associé par sa rémunération à l'évolution de l'entreprise, qu'elle soit bonne ou mauvaise⁴⁵. Par ailleurs, en vue de fidéliser le travailleur, il est fréquent en pratique de convenir dans ce cadre de l'octroi d'options et/ou d'actions, dont l'exercice, respectivement l'acquisition définitive, sont conditionnés à ce que le travailleur demeure employé pendant une période déterminée^{46, 47}.

La dichotomie opposant salaire au sens strict et gratification trouve pleinement application en présence d'un plan d'intéressement. Ainsi, dans les limites des critères énumérés *supra*⁴⁸, l'employeur peut librement décider d'accorder au travailleur une gratification sous une telle forme, étant lui-même généralement libre dans le principe ou du moins le montant de l'avantage ainsi octroyé. A l'opposé, le plan d'intéressement peut aussi s'intégrer dans le salaire de l'employé, prenant dans ce cas la forme d'un salaire en nature⁴⁹. Dans ce contexte, et en application des principes usuels en la matière, l'employeur sera libre de fixer les conditions qu'il désire lorsque le plan est qualifié de gratification, alors que sa marge de manœuvre sera beaucoup plus restreinte lorsque la rémunération y relative consiste en du salaire au sens strict. En particulier, dans ce dernier cas, l'employeur ne sera pas admis à

différer l'exigibilité de la remise des titres au-delà de la fin des rapports de travail, en application de l'art. 339 al. 1 CO qui décrète à ce moment l'exigibilité de toutes les créances⁵⁰. Ce principe est d'ailleurs conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral posant la règle de l'impossibilité pour l'employé de renoncer à son salaire afférant à une prestation déjà effectuée⁵¹. En ce sens, le but de fidélisation poursuivi en adoptant un plan d'intéressement sous une forme différée est fortement relativisé lorsqu'il est qualifié de salaire au sens strict.

Les plans d'intéressement ont ceci de particulier qu'une troisième qualification possible vient élargir la dichotomie opposant salaire au sens strict et gratification. En effet, dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral a admis la possibilité (sujette à la réalisation de certaines conditions) que l'employé recevant ou acquérant des actions ou des options intervienne non pas en cette qualité, mais en celle d'investisseur, c'est-à-dire comme une personne choisissant librement de placer une partie de ses avoirs dans l'attente d'un gain en capital⁵². Dans un tel cas, les dispositions impératives du droit du travail ne trouvent pas application. Il est intéressant de relever que le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si ces règles protectrices devaient également concerner un employé qui, bien que n'agissant pas en qualité d'investisseur, occupe une fonction de cadre ou de collaborateur jouissant d'un revenu élevé et acquiert ces positions comme bonus dans la rétribution de son activité⁵³. Le Tribunal fédéral ne précisant pas ce qu'il entend par bonus, il est toutefois difficile de savoir si cette possibilité n'existe qu'en cas de gratification (en quel cas la portée de cette règle serait fortement réduite eu égard à la très grande liberté qui revient de toute manière à l'employeur) ou également lorsque le bonus est qualifié de salaire.

III. La problématique du bonus soumis à une condition objective

1. Buts poursuivis et problématique

Les buts poursuivis par l'employeur lors de la mise en place d'un plan de rémunération comportant un aspect de bonus peuvent être multiples. Outre la volonté de motiver le travailleur concerné en liant une part de sa rémunération aux prestations qu'il déploie et aux résultats qu'il atteint, sa fidélisation au sein de l'entreprise est aus-

⁴⁴ ATF 131 III 615, c. 3.

⁴⁵ BSK OR I-PORTMANN, Art. 322 N 25.

⁴⁶ Il est intéressant de relever que, selon le Tribunal fédéral, une période de blocage de cinq ans n'est pas considérée comme lésant la personnalité du travailleur en violation de l'art. 27 al. 2 du Code civil («CC»; RS 210), ATF 130 III 495, c. 5.

⁴⁷ D'un point de vue terminologique, il est d'usage de distinguer les «*American style options*», pour lesquelles une date butoir est fixée pour son exercice, et les «*European style options*», qui ne peuvent être exercées qu'à une date ou une période déterminée; ATF 130 III 495, c. 4.1.

⁴⁸ Paragraphe II. 2. 2.2 *supra*.

⁴⁹ BK-REHBINDER, OR 322 N 29a; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 38), Art. 322 N 22.

⁵⁰ CHAPPUIS (n. 15), 98.

⁵¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.426/2005 du 28 février 2006, c. 5.2.1.

⁵² ATF 130 III 495, c. 4.2.2 et 4.2.3, principe par la suite confirmé à l'ATF 131 III 615, c. 4; les critères à prendre en compte dans ce contexte consistent essentiellement dans le fait que l'employé a acquis les options (ou les actions) à un prix n'étant pas forcément avantageux, en les finançant lui-même et en supportant dans ce contexte un risque de type entrepreneurial.

⁵³ ATF 131 III 615, c. 4, 619.

si souvent perçue comme un motif essentiel derrière toute forme de bonus. L'employeur étant souvent plus enclin à verser une rémunération plus importante lorsque son montant dépend, en partie du moins, de la qualité du travail de l'employé, ce dernier accepte généralement facilement de telles conditions, tout en cherchant à y inclure une certaine stabilité et prévisibilité en sa faveur. Pour cette raison, il arrive fréquemment qu'employeur et employé conviennent, parallèlement à une gratification entièrement discrétionnaire, qu'un montant préalablement déterminé ou clairement déterminable, souvent qualifié de «bonus garanti» ou de «bonus minimum», sera payé au second si certaines conditions objectives prédéfinies sont réalisées. La présence de l'employé au sein de l'entreprise à une date donnée ou la réalisation de certains objectifs comptent notamment parmi les plus fréquentes⁵⁴. Il est entendu que par «conditions objectives» nous ne visons pas les critères de calcul du salaire variable, tels que le nombre de pièces ou d'affaires conclues (art. 322a ss CO).

Pouvant généralement être qualifiées de suspensives au sens de l'art. 154 CO, ces conditions ne doivent pas voir leur réalisation empêchée frauduleusement ou de manière contraire au principe de la bonne foi par l'une des parties, au risque sinon de mener à l'application de l'art. 156 CO, qui permet dans un tel cas de les considérer comme accomplies⁵⁵.

Ce type de bonus soumis à une condition objective est particulièrement fréquent dans certains cas, notamment en tant que «*signing bonus*», soit d'indemnité offerte à l'employé lors de la conclusion du contrat de travail. Il permet en effet d'un côté au futur employé d'obtenir un montant supplémentaire à titre de rémunération et de l'autre à l'employeur de s'assurer que la somme qu'il propose ne sera pas payée «dans le vide», par exemple si l'employé résilie son contrat peu de temps après son entrée en service. Il peut également se rencontrer comme «*fidelity bonus*», lorsqu'il se base sur la continuation des rapports de travail pendant une certaine durée, ou encore comme «*early retirement bonus*» dans l'hypothèse où les parties conviennent que le travailleur pourra partir à certaines conditions en retraite anticipée.

Cependant, on l'a vu, l'une des caractéristiques essentielles de la gratification au sens de l'art. 322d CO repose selon le Tribunal fédéral sur son caractère discrétionnaire ainsi que sur la marge de manœuvre dont bénéficie l'em-

ployeur quant à son principe ou du moins son montant⁵⁶. Dans cette optique, la gratification ne devrait idéalement pas être convenue ni même prévue contractuellement, mais uniquement décidée librement et sans contrainte par l'employeur. En conséquence, la fidélisation de l'employé ne peut que difficilement représenter un but lié à l'octroi d'une gratification, un montant ne pouvant à la fois être promis à l'employé s'il reste au sein de l'entreprise pendant une certaine période et relever de l'entière discrétion de l'employeur⁵⁷.

Compte tenu de la marge de manœuvre dont doit impérativement bénéficier l'employeur selon le Tribunal fédéral, le fait de garantir le versement d'un bonus moyennant la réalisation de certaines conditions objectives prédéfinies empêche selon plusieurs auteurs et à notre sens de qualifier cette part de la rémunération de gratification et, fondé sur la dichotomie maintes fois rappelée par le Tribunal fédéral, mène à l'intégrer dans la notion de salaire au sens strict⁵⁸. Parmi les conséquences qui découlent d'une telle qualification, il est notamment possible de citer le droit de l'employé à prétendre à la fin de son contrat de travail au versement au *pro rata temporis* du montant lui ayant été garanti, alors même qu'il ne remplit pas les conditions pourtant convenues ou que les rapports de travail prennent fin avant l'échéance de la condition stipulée. En effet, alors que l'art. 322d al. 2 CO dispose qu'une part proportionnelle de la gratification n'est due dans un tel cas que si cela a expressément été convenu par les parties, l'employeur sera tenu de la payer dans l'hypothèse où le bonus doit être qualifié de salaire au sens strict, le travailleur ne pouvant renoncer à son salaire pour une prestation déjà accomplie⁵⁹.

Le Tribunal fédéral assimile fréquemment l'absence de marge de manœuvre de l'employeur en relation avec un bonus au fait que son montant et son échéance *inconditionnelle* sont fixés d'avance par le contrat de travail⁶⁰.

⁵⁶ *Supra* par. II. 2. 2.2, en particulier les références citées en note de bas de page 21.

⁵⁷ Dans ce sens, voir en particulier SENTI (n. 23), 3.

⁵⁸ CRAMER (n. 11), § 27, 9; BSK OR I-PORTMANN, Art. 322d N 16; RUDOLPH (n. 2), 99; SENTI (n. 23), 4.

⁵⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A.509/2008 du 3 février 2009, c. 5.1; Arrêt du Tribunal fédéral 4C.426/2005 du 7 novembre 2005, paru au JAR 2007, 200, c. 5.2.1; BK-REHBINDER, OR 322d N 11; RUDOLPH (n. 2), 101.

⁶⁰ Pour évoquer une rétribution devant recevoir une qualification de salaire au sens strict, le Tribunal fédéral parle par exemple de «rétribution dont le montant et l'échéance inconditionnelle sont fixés d'avance par le contrat de travail» (ATF 127 III 86, dans sa version non-publiée 4C.277/2000 du 19 décembre 2000, parue au JAR 2001, 177, c. 3b; ATF 109 II 447, c. 5c; voir également arrêt du Tribunal fédéral 4C.340/2005 du 24 janvier 2006, paru au JAR 2007, 161, c. 2.5 et arrêt du Tribunal fédéral 4C.244/2004, c. 2.1 pour des formulations légèrement différentes), respectivement de «*ziffernmässig bestimmte, vorbehaltlos zugesicherte Anspruch*» (JAR 1995, 102, c. 2a) ou, d'une manière un peu différente, de «*ein im voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag*» (arrêt du Tribunal fédéral 4C.395/2005 du 1^{er} mars 2006, paru au JAR 2007, 276, c. 5.3; ATF 129 III 276, c. 2).

⁵⁴ Ainsi, par exemple, une clause selon laquelle «l'employé touchera un bonus garanti de CHF 10'000.– à la condition qu'il soit toujours présent au sein de l'entreprise au 31 décembre 2012 et que son contrat de travail n'ait pas été résilié, par lui-même ou par l'employeur, à cette date» se rencontre fréquemment; en ce qui concerne un «bonus» soumis à la réalisation d'objectifs, voir notamment HIRSIGER (n. 11), 99.

⁵⁵ CARRUZZO (n. 10), art. 322d CO N 5; HIRSIGER (n. 25), 105.

Or, un bonus soumis à une condition objective n'étant par définition pas «inconditionnel», sa qualification en tant que salaire au sens strict peut sembler étonnante⁶¹. En outre, pour le cas spécifique où le paiement d'un bonus prédéfini dépend uniquement de la présence de l'employé au sein de l'entreprise au moment de son versement, la question peut se poser de savoir si cette condition ne suffit pas à elle seule pour fonder une marge de manœuvre suffisante de l'employeur. Ce dernier dispose en effet de la possibilité de mettre un terme à la relation de travail et, partant, de renoncer au paiement de la gratification⁶².

Dans un arrêt non publié rendu en 2006⁶³, le Tribunal fédéral a spécifiquement eu à traiter du cas dans lequel l'employeur avait garanti au travailleur le paiement futur d'un certain montant à titre de bonus, à la condition qu'il soit toujours employé et que son contrat n'ait pas été résilié avant la date de paiement⁶⁴. La résiliation du contrat étant intervenue avant cette date, l'employeur avait refusé de payer la somme convenue, en application des conditions qui avaient clairement été exprimées. Après avoir rappelé sa jurisprudence passée et nonobstant les conditions limitant clairement la portée du «bonus garanti exceptionnellement», le Tribunal fédéral a considéré que ce montant était dû en application du principe de la confiance, le fait à la fois de garantir un bonus déterminé et de soumettre son paiement à la condition que le travailleur soit toujours employé de l'entreprise au moment de son versement étant selon lui contradictoire⁶⁵. Partant, le paiement proportionnel du «bonus garanti» s'est imposé, du moins eu

égard au fait que le contrat a pris fin par la résiliation ordinaire par l'employeur et non pour de justes motifs ou par la démission de l'employé⁶⁶. Ainsi, bien que se fondant sur le principe de la confiance, cet arrêt arrive au même résultat qu'en application de la règle selon laquelle un bonus dont le montant et l'échéance sont inconditionnels constitue une part du salaire au sens strict, règle qui y est d'ailleurs expressément rappelée^{67, 68}.

2. Appréciation de la jurisprudence du Tribunal fédéral

Plusieurs réserves peuvent être formulées concernant la jurisprudence du Tribunal fédéral en relation avec les bonus soumis à une condition objective.

2.1 Par rapport à l'interprétation littérale de la notion de gratification

En premier lieu, la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au critère de la marge de manœuvre dont doit absolument disposer l'employeur dans le principe ou du moins la fixation du bonus, nous semble problématique. En élaborant ce critère, devenu l'un des principaux, le Tribunal fédéral s'est en effet écarté de la définition légale de la gratification, selon laquelle constitue une telle rémunération la rétribution spéciale accordée en sus du sa-

⁶¹ Ce point est d'ailleurs confirmé par un arrêt du Tribunal fédéral de 1994, dans le cadre duquel il semble indiquer que la seule existence d'une condition liée à la présence de l'employé au sein de l'entreprise au moment du versement d'un «bonus» prédéterminé suffit pour qualifier celui-ci de gratification, JAR 1995, 102, c. 2b. Cet arrêt n'est toutefois cité qu'une seule fois dans la suite de la jurisprudence du Tribunal fédéral et uniquement afin de soutenir le principe selon lequel le versement d'une gratification (à l'opposé d'un salaire au sens strict) peut être subordonné à la présence de l'employé au sein de l'entreprise, arrêt du Tribunal fédéral 4A_115/2007 du 13 juillet 2007, c. 4.2.1.

⁶² En ce sens, voir notamment CRAMER (n. 11), § 31, 10 et § 503, 166; à noter cependant que plusieurs auteurs excluent la possibilité pour l'employeur de résilier le contrat de travail uniquement dans le but d'éviter le versement du bonus, une telle approche étant selon eux contraire aux règles de la bonne foi et fondant une violation de l'art. 156 CO, voir dans ce contexte notamment HIRSIGER (n. 25), 105 et RUDOLPH (n. 2), 101, ainsi que l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.340/2005 du 24 janvier 2006, paru au JAR 2007, 161, c. 2.5, qui semble aller dans un sens en partie similaire.

⁶³ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.340/2005 du 24 janvier 2006, paru au JAR 2007, 161.

⁶⁴ Cette garantie était comprise dans deux clauses additionnelles au contrat de travail, lesquelles disposaient que «1. Pour l'année 2002, nous garantissons, à titre exceptionnel par rapport aux conditions générales du contrat de travail concernant le paiement de bonus, un bonus de 150'000 fr. 2. La garantie du bonus mentionné est soumise à la condition que vous soyez toujours employé, sans qu'un avis de résiliation ait été donné, à la date de paiement du bonus, laquelle est fixée normalement au mois de mars de l'année suivante».

⁶⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.340/2005 du 24 janvier 2006, paru au JAR 2007, 161, c. 2.5.

⁶⁶ A noter que cette réserve n'est que difficilement compréhensible dans l'hypothèse où le bonus serait qualifié de salaire au sens strict, du fait que l'employé a en principe droit à son paiement sans égard au motif pour lequel le contrat prend fin, sous réserve de certaines rares exceptions expressément prévues dans le CO (par exemple à l'art. 337d al. 1 et 3 CO en cas d'abandon d'emploi). Il convient toutefois de relever que, selon le Tribunal fédéral et une partie de la doctrine, une réduction voire une déchéance du droit à une «gratification promise d'un certain montant» serait possible dans l'hypothèse où le travailleur aurait violé fautivement et d'une manière grave son devoir de diligence et de fidélité, à ce sujet voir les références citées en note de bas de page 107 *infra*.

⁶⁷ Le Tribunal fédéral rappelle en effet que «lorsque le contrat prévoit le versement d'une somme déterminée pour une année précisément désignée, indépendamment des résultats effectifs de la société et de l'activité de l'employé, cette rétribution est assimilée à un salaire et non à une gratification au sens de l'art. 322d al. 1 CO, puisque le montant et l'échéance sont inconditionnels», arrêt du Tribunal fédéral 4C.340/2005 du 24 janvier 2006, paru au JAR 2007, 161, c. 2.1; en outre, le Tribunal fédéral ne fait aucune référence à son précédent arrêt paru au JAR 1995, 102, dans lequel il affirme que la seule existence d'une condition liée à la présence de l'employé au sein de l'entreprise au moment du versement d'un bonus prédéterminé suffit pour qualifier celui-ci de gratification (c. 2b), de sorte que la question se pose de savoir s'il a abandonné cette considération.

⁶⁸ A noter que le Tribunal fédéral a été confronté dans un arrêt plus récent de 2011 à une clause contractuelle semblable à celle dont il avait eu à connaître en 2006, garantissant un montant minimal à titre de bonus pour deux années consécutives, arrêt du Tribunal fédéral 4A_356/2011 du 9 novembre 2011. Bien que cet arrêt n'ait pas donné lieu à une analyse détaillée de la qualification d'un bonus en relation avec l'absence de marge de manœuvre de l'employeur (le Tribunal fédéral ayant axé son analyse sur une possible lacune du contrat), l'importance de la marge de manœuvre de l'employeur y a à nouveau été rappelée (c. 9.6). S'agissant de la portée de cet arrêt sur les autres critères de qualification d'un bonus, voir *supra* note de bas de page 32.

laire et à certaines occasions, telles que Noël ou la fin de l'exercice annuel⁶⁹. Alors que les critères de l'accessorité («en sus du salaire») et du nombre de versements («à certaines occasions») trouvent leur place dans ce cadre, celui de la marge de manœuvre de l'employeur ne paraît pas impératif⁷⁰. En conséquence, un bonus pour lequel tant le principe que le montant sont convenus d'avance, mais dont le versement est soumis à la réalisation d'une ou plusieurs conditions objectives et intervient à une occasion spéciale⁷¹, devrait pouvoir être qualifié de gratification et, dès lors, ne pas être soumis au carcan rigide de règles applicables au salaire au sens strict⁷².

Comme énoncé précédemment, cet avis trouve par ailleurs appui dans le fait que le critère de la marge de manœuvre de l'employeur est assimilé, dans certains arrêts du Tribunal fédéral, à l'absence de caractère «inconditionnel» au versement du bonus⁷³. Or, le fait que ce dernier dépende justement de la réalisation de conditions objectives devrait permettre de nier son caractère «inconditionnel» et, partant, de le qualifier de gratification au sens de l'art. 322d CO⁷⁴. Enfin, dans un arrêt de 1994, le Tribunal fédéral a été jusqu'à laisser entendre que le simple fait pour les parties de soumettre le versement d'un bonus prédéfini à la présence de l'employé au sein de l'entreprise permettrait de retenir qu'il n'était pas inconditionnel et, partant, de le qualifier de gratification⁷⁵. Cet arrêt n'ayant été repris qu'une seule fois dans la suite de la jurisprudence du Tribunal fédéral et ce dernier soulignant depuis lors l'importance du critère de la marge de manœuvre de l'employeur, il n'est pas certain que cette affirmation soit encore en ligne avec la jurisprudence plus récente.

2.2 Par rapport à la réelle et commune intention des parties et au principe de la confiance

Le Tribunal fédéral nous semble à certains égards reléguer au second plan la réelle et commune volonté des

parties, dont il rappelle pourtant souvent l'importance⁷⁶. Or, la qualification d'une rémunération en tant que gratification ou de salaire au sens strict devrait se baser en premier lieu sur cette réelle et commune intention, en application de l'art. 18 al. 1 CO. Ce n'est que lorsque celle-ci ne peut être établie et qu'un litige existe sur l'interprétation d'une clause contractuelle que le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement⁷⁷. Dans tous les cas, il est constant que la qualification devant être donnée à la rémunération du travailleur dépend des circonstances de l'espèce⁷⁸.

Le Tribunal fédéral s'écarte ainsi de la volonté indubitable exprimée par les parties lorsque les caractéristiques du cas d'espèce imposent de retenir une qualification de salaire au sens strict, par exemple fondée sur l'importance et la régularité des versements d'un bonus⁷⁹, tout comme sur l'absence de marge de manœuvre de l'employeur. Pourtant, le Tribunal fédéral rappelle lui-même dans certains de ses arrêts qu'il ne se justifie de s'écarter des déclarations claires de l'employeur tendant à limiter le versement d'une «gratification» qu'en présence de circonstances particulières⁸⁰. Bien que ce principe concerne essentiellement les réserves exprimées lors du versement, il devrait selon nous trouver application également lors de la qualification du bonus ainsi que de la prise en compte de conditions objectives clairement exprimées.

Trois exemples permettent dans ce cadre de comprendre la problématique qui peut se poser:

⁶⁹ Art. 322d al. 1 CO.

⁷⁰ Dans ce sens, notamment ZK-STAEHELIN, Art. 322d OR N 6; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 38), Art. 322d N 9; RUDOLPH (n. 2), 99, en particulier note de bas de page 5.

⁷¹ Le fait que la gratification est versée à certaines occasions spéciales, à teneur de l'art. 322d CO, permet notamment d'exclure le 13^{ème} salaire de son champ d'application; en ce sens: RUDOLPH (n. 2), 99, note de bas de page 5.

⁷² ZK-STAEHELIN, Art. 322d OR N 6; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 38), Art. 322d N 9; RUDOLPH (n. 2), 99.

⁷³ *Ibidem* note de bas de page 60.

⁷⁴ En complément à ces constatations, plusieurs auteurs s'opposent également au principe développé par le Tribunal fédéral selon lequel le salaire ne peut recevoir de conditions à son versement. Ils se basent dans ce cadre essentiellement sur le constat que le salaire ne consiste pas en une disposition impérative au sens des art. 361 et 362 CO; en ce sens notamment: CRAMER (n. 11), § 503, 166; HIRSIGER (n. 25), 106; BSK OR I-PORTMANN, Art. 322d N 18a; BK-REHBINDER, OR 322d N 14; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 38), Art. 322d N 9.

⁷⁵ JAR 1995, 102, c. 2b; à ce sujet, cf. *supra* note de bas de page 61.

⁷⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_502/2010 du 1^{er} décembre 2010, c. 2.1.1; Arrêt du Tribunal fédéral 4C.340/2005 du 24 janvier 2006, paru au JAR 2007, 161, c. 2.4; N. BORNOZ (n. 27), 43; HIRSIGER (n. 11), § 408, 148.

⁷⁷ PIERRE TERCIER, Le droit des obligations, 4^{ème} éd., Genève – Zurich – Bâle 2009, § 196 et § 948.

⁷⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_26/2012 du 15 mai 2012, c. 5.1 («D'après la jurisprudence, il faut juger de cas en cas, sur le vu des circonstances pertinentes, si un bonus doit être considéré comme une gratification au sens de l'art. 322d CO ou comme un élément du salaire tel que le comprend l'art. 322 CO»); ATF 136 III 313, c. 2 («Ob es sich bei einer Gratifikation um eine vollständige freiwillige Leistung des Arbeitgebers handelt oder ob auf deren Ausrichtung ein Anspruch besteht, hängt von den Umständen ab»); arrêt du Tribunal fédéral 4A_509/2008 du 3 février 2009, c. 4.1 («Selon ses caractéristiques, le bonus sera considéré soit comme une gratification au sens de l'art. 322d CO, soit comme un élément du salaire (art. 322 CO) [...]. On en jugera de cas en cas sur le vu des circonstances pertinentes»); arrêt du Tribunal fédéral 4C.244/2004 du 25 octobre 2004, c. 2.1 («La question de savoir si la gratification est une prestation purement facultative de l'employeur ou si le travailleur a une prétention à en obtenir le versement dépend des circonstances»); JAR 2007, 200, c. 5.1; ATF 129 III 276, c. 2.

⁷⁹ GABRIEL AUBERT, Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral, Ire Cour de droit civil, du 3 février 2009, recours en matière civile (4A_509/2008; contexte similaire: 4A_511/2008), DTA 2009, 120 ss, 122.

⁸⁰ Tel est par exemple le cas à l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_172/2012 du 22 août 2012, c. 8.4 («Seules des circonstances particulières permettent de s'écarter des déclarations claires de l'employeur selon lesquelles il n'entend pas s'obliger à verser une gratification»).

- Exemple 1

Des négociations en vue de la conclusion d'un contrat de travail sont menées entre l'entreprise A et l'individu B. Ce dernier désire recevoir un salaire annuel minimum de CHF 1 million et, afin de compenser la perte du bonus auquel il prétend avoir droit auprès de son employeur actuel, exige de recevoir pour l'année à venir un bonus minimum de CHF 3 millions. Ayant été rendue attentive à certaines réserves quant au tempérament de B, A donne suite à ses exigences, tout en soumettant clairement dans le contrat le paiement du bonus de CHF 3 millions sur une base annuelle à la condition impérative que B passe avec succès le temps d'essai de trois mois et que son contrat n'ait pas été résilié à son échéance. B accepte cette condition et signe le contrat. Après seulement deux mois de travail, A constate que les compétences de B ne sont de loin pas satisfaisantes et que sa relation avec la clientèle est des plus médiocres. Craignant pour ses activités ainsi que pour sa réputation, elle résilie le contrat de travail de B avant la fin du temps d'essai.

Dans ce premier exemple, les parties ont clairement convenu d'une condition au paiement du montant de CHF 3 millions. Toutefois, le montant et l'échéance de ce dernier étant fixés à l'avance, le risque existe sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral que ce bonus soit qualifié de salaire au sens strict et, dès lors, qu'il soit dû au *pro rata temporis*. B ayant été licencié après deux mois de travail, il pourrait dès lors prétendre (en sus de son salaire de base) au paiement d'un montant de CHF 500'000.–, équivalant à 1/6 du bonus de CHF 3 millions.

- Exemple 2

L'entreprise A garantit à son employé B une «prime d'ancienneté» d'un montant de CHF 50'000.– le jour où il atteint dix ans d'ancienneté dans l'entreprise. Deux ans après avoir été engagé, B donne sa démission.

Dans ce cas également, le montant convenu à titre de «prime d'ancienneté» est prédéfini tant dans le montant que dans l'échéance, son versement ne dépendant que de la réalisation de la condition liée à l'ancienneté (condition objective). Dans ce contexte, le risque existe que cette prime soit qualifiée de salaire au sens strict et, partant, que B puisse exiger son paiement au *pro rata temporis* (soit l'équivalent de CHF 10'000.–) au moment de son départ après deux années seulement⁸¹.

- Exemple 3

L'entreprise A engage B le 1^{er} janvier 2012 afin de redresser sa situation moribonde. Afin de le motiver au mieux, elle lui garantit le paiement d'un montant

équivalant à 4 % du bénéfice réalisé durant l'année à venir, à la condition *sine qua non* qu'il soit toujours employé à la fin de l'année 2012. La gestion catastrophique de B aggravant encore la situation, il est licencié au 31 juin 2012 et remplacé par C. Ce dernier, bien plus efficace, améliore sensiblement les activités de A, qui finit l'année sur un bénéfice de CHF 1 million.

Bien que A ait été licencié au mois de juin 2012 et n'ait de loin pas donné satisfaction, il pourrait prétendre sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral à toucher au moins CHF 20'000.–, équivalant à 2 % du bénéfice de l'année. En effet, la rémunération garantie au début de l'année 2012 consiste en un bonus soumis à une condition objective, dont le montant et l'échéance sont clairement déterminés ou déterminables. A défaut de marge de manœuvre de l'employeur, ce bonus risque d'être qualifié de salaire au sens strict et, dès lors, de devoir être payé au *pro rata temporis*.⁸²

Il découle des exemples qui précèdent qu'une interprétation fondée uniquement ou essentiellement sur des critères objectifs (dont notamment la marge de manœuvre de l'employeur) ou menant trop rapidement à l'application du principe de la confiance sans prendre préalablement suffisamment en compte la réelle et commune intention des parties⁸³, peut aboutir à des résultats insatisfaisants.

2.3 Par rapport à la liberté contractuelle et aux intérêts des parties

L'importance accordée par le Tribunal fédéral à la marge de manœuvre dont doit bénéficier l'employeur dans la détermination de la gratification mène également à des résultats insatisfaisants pour la sécurité des affaires et le respect de la liberté contractuelle. En effet, nonobstant l'absence de *numerus clausus* applicable aux formes de rémunération⁸⁴, la catégorisation en seulement deux groupes telle qu'élaborée par le Tribunal fédéral peut fortement limiter la liberté des parties lorsque l'existence d'un salaire au sens strict est retenue.

Le Tribunal fédéral rend ainsi difficile une forme de rémunération pouvant pourtant se révéler avantageuse non seulement pour l'employeur, mais également pour l'employé lui-même. En effet, le bonus soumis à une condition objective présente l'avantage de préciser sans ambiguïté les facteurs sur la base desquels il sera versé, de sorte que le travailleur peut connaître avec certitude à la fois le montant concerné (ou du moins, lorsque celui-ci est déterminable, la base objective sur laquelle il sera calculé) et les conditions qui entrent en compte. Il bénéficie

⁸² REINERT (n. 16), 8.

⁸³ Pour un exemple parmi d'autres, voir l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.340/2005 du 24 janvier 2006, par. III. 1. *supra*.

⁸⁴ *Supra* paragraphe II. 2. 2.1.

⁸¹ Dans le même sens: REINERT (n. 16), 8.

de ce fait d'une certaine prévisibilité dans sa rémunération, laquelle n'existe pas en cas de gratification au sens de l'art. 322d CO tel qu'interprété actuellement par le Tribunal fédéral⁸⁵. Pour ce qui est de l'employeur, seule l'utilisations de conditions objectives peut véritablement servir de moyen de fidélisation à l'égard du travailleur. Le salaire au sens strict n'est que peu compatible avec un but de fidélisation, du fait qu'il doit dans tous les cas être versé à l'employé dans un certain délai (précisé à l'art. 323 CO) et, au plus tard, à la fin des rapports de travail (art. 339 al. 1 CO)⁸⁶. En l'état de la jurisprudence, un tel but est également étranger à la notion de gratification, celle-ci devant dépendre selon le Tribunal fédéral de la marge de manœuvre de l'employeur et ne pouvant dès lors être garantie au travailleur⁸⁷. Une forme de rémunération permettant à l'employeur d'encourager et de récompenser la fidélité du travailleur, tout en s'assurant une certaine sécurité dans ce contexte, fait dès lors défaut en droit suisse. Partant, afin d'éviter que les conditions auxquelles il désire soumettre le paiement d'un bonus ne soient déclarées nulles et inapplicables au vu de sa jurisprudence actuelle, l'employeur préférera généralement souligner l'aspect entièrement discrétionnaire de son versement plutôt que de garantir son paiement à certaines conditions, entraînant du même coup une insécurité pour l'employé.

3. Solutions pour réduire le risque de requalification

Tant que le critère de la marge de manœuvre de l'employeur continuera à jouer un rôle prépondérant dans la qualification donnée à la rémunération de l'employé, ou du moins qu'il sera impossible de soumettre le versement d'une part du salaire au sens strict à la réalisation d'une condition objective, il est nécessaire pour l'employeur d'être prudent dans les formes de rémunération qu'il propose. Il lui appartiendra d'identifier les risques potentiels de requalification en salaire au sens strict d'un bonus et, sur cette base, d'évaluer au cas par cas les avantages qu'offre une telle forme de rémunération (notamment en ce qui concerne la fidélisation de l'employé) par rapport aux inconvénients pouvant en découler.

Dans ce contexte, la solution la plus sûre consiste bien évidemment à exclure tout bonus ou autre forme de rémunération se voulant facultative ou conditionnelle du salaire au sens large de l'employé. Cette solution, bien que radicale, a pour avantage d'éviter tout risque relatif à une requalification de la gratification en salaire au sens strict, que ce soit sur la base de l'absence de marge de manœuvre de l'employeur, d'un montant trop important par rapport au salaire de base ou d'un versement répété trop souvent. Si une exclusion totale n'est pas envisageable, ce qui sera le plus souvent le cas en pratique notamment compte tenu de la volonté de l'employeur de trouver une source de motivation financière pour l'employé, il est important d'insister dès la conclusion du contrat de travail et en tout temps par la suite sur le caractère entièrement facultatif et discrétionnaire de la gratification.

Parmi les autres solutions plus usuelles et commodes, les plans d'intéressement représentent une solution privilégiée. En particulier, les plans peuvent prévoir que l'acquisition des actions est soumise à une période de blocage déterminée et ne peut intervenir qu'à la condition que l'employé se trouve encore au service de l'employeur à l'échéance du délai convenu⁸⁸. Afin que cette dernière condition soit valable, il est toutefois nécessaire de se trouver en présence d'une gratification au sens de l'art. 322d CO et non d'un salaire au sens strict⁸⁹, ou encore que l'employé soit considéré dans ce contexte comme agissant en qualité d'investisseur⁹⁰. La mise en place d'un tel plan présente l'avantage d'encourager la fidélité de l'employé tout en le motivant en l'associant à la bonne marche des affaires⁹¹.

Si les parties ne désirent pas ou ne sont pas en mesure de mettre en place un plan d'intéressement, une autre possibilité peut être de convenir d'une augmentation périodique du salaire, dans le cadre de laquelle une augmentation plus importante intervient durant certaines années

⁸⁵ En l'état de la jurisprudence, la gratification ne peut présenter en effet aucune prévisibilité, et ce qu'elle soit entièrement discrétionnaire («echte Gratifikation») ou que seul son montant le soit («unechte Gratifikation»). Dans ce dernier cas en particulier, l'employeur peut en principe verser une très faible somme à titre de gratification, l'employé n'ayant qu'un droit à percevoir une telle rémunération, sans précision de son montant, à ce sujet, voir par. II. 2. 2.2 a. *supra*. WYLER (n. 8), 190 et 581.

⁸⁶ WYLER (n. 8), 190 et 581.
⁸⁷ Dans ce sens, voir en particulier SENTI (n. 23), 3; dans le même ordre d'idée, une gratification au sens de l'art. 322d CO ne peut que difficilement servir à réellement motiver l'employé, l'employeur restant dans tous les cas libre dans son principe ou du moins son montant, voir dans ce contexte notamment BÄCHLER (n. 26), § 197, 127 et § 201, 130.

⁸⁸ A titre d'exemple, la clause suivante pourrait servir base à un accord en ce sens: «L'employeur octroie à l'employé, en sus de son salaire et sur une base entièrement discrétionnaire, une gratification sous la forme d'un droit d'option portant sur 100 actions de la société pour une valeur de CHF 20'000.–. Ce droit d'option est soumis à une période de blocage de deux ans, au terme de laquelle l'employé doit toujours être au service de l'employeur et son contrat de travail ne doit pas avoir été résilié par lui-même ou l'employeur. A défaut, le droit d'option de l'employé sera caduc et ne pourra être exercé».

⁸⁹ La valeur totale des actions concernées (ou la différence de valeur entre les actions concernées et le montant devant être payé par l'employé) devrait en particulier être limitée à un rapport raisonnable avec la rémunération de base de l'employé.

⁹⁰ Voir à ce sujet le par. II. 4. *supra*.

⁹¹ Le gain réalisé dépendra en effet de la valeur des actions au moment de l'exercice de l'option. Pour une description des aspects fiscaux liés aux plans de participation, notamment au regard de la nouvelle loi sur l'imposition des participations de collaborateurs, voir en particulier PIERRE-MARIE GLAUSER/VALENTINA MOSHEK, La nouvelle loi sur les plans de participation, ECS 10/12, 724 ss.

en particulier⁹². En procédant de la sorte, l'employeur peut obtenir des résultats similaires à ceux découlant d'un bonus dont le paiement futur est conditionné à la présence de l'employé au sein de l'entreprise, sans risquer de devoir payer ce montant au *pro rata temporis* avant l'échéance convenue⁹³.

Enfin, une autre solution (moins satisfaisante pour l'employé) peut également consister à stipuler une «*unechte Gratifikation*», soit une gratification dont le principe est assuré mais dont le montant reste à la libre disposition de l'employeur. Cette forme de rémunération étant qualifiée de gratification au sens de l'art. 322d CO, il sera possible de la soumettre à la réalisation de conditions objectives telles que la présence de l'employé à une date déterminée ou l'absence de résiliation de son contrat⁹⁴. Le cas échéant, si le travailleur désire s'assurer un certain montant à titre de bonus, il est parfaitement envisageable de convenir d'un montant minimal garanti (lequel sera qualifié de salaire au sens strict et dès lors dû au *pro rata temporis*), auquel viendrait s'ajouter une «*unechte Gratifikation*».

4. Développements récents

La question de la qualification du bonus soumis à une condition objective se pose également en relation avec certains développements règlementaires et législatifs récents en matière de rémunération. Il convient dans ce contexte de relever que, outre les deux développements brièvement décrits ci-après, d'autres modifications législatives récentes auxquelles nous ne reviendrons pas ont eu des effets sur les modalités entourant le versement de bonus, notamment au sein d'entreprises cotées⁹⁵.

4.1 La circulaire de la FINMA sur les systèmes de rémunération

Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010, la circulaire de la FINMA⁹⁶ sur les systèmes de rémunération du 21 octobre

2009 (Circ.–FINMA 10/1; «*Circulaire FINMA*») tend essentiellement à assurer un alignement entre les rémunérations et les risques d'une part et la durabilité des résultats économiques de la banque d'autre part⁹⁷. Visant potentiellement un cercle relativement large d'établissements financiers⁹⁸, la Circulaire FINMA ne s'applique toutefois impérativement qu'à partir d'une limite de CHF 2 milliards de fonds propres détenus⁹⁹. Quand bien même ces valeurs minimales ne seraient pas atteintes (ce qui est le cas pour une grande majorité des établissements financiers concernés¹⁰⁰), la FINMA recommande dans tous les cas de reprendre en tant que lignes directrices les principes qui y sont mentionnés¹⁰¹ et peut imposer son application dans des cas motivés, par exemple en raison du profil de risques d'un établissement déterminé¹⁰².

En vertu du § 12 Circulaire FINMA, la notion de rémunération variable qui est utilisée doit être comprise comme une «partie de la rémunération globale dont le versement ou le montant est laissé à l'appréciation de l'établissement financier ou qui dépend de la survenance de certaines conditions convenues, y compris la rétribution dépendant de la performance ou du résultat, comme les provisions ou les commissions. Les indemnités à l'engagement et les indemnités de départ sont aussi définies comme rémunération variable». En ce faisant, la FINMA a développé une notion autonome mêlant tant des éléments de salaire au sens strict que de gratification selon l'art. 322d CO et devant dès lors être comprise dans un sens large. En particulier, l'existence d'une marge de manœuvre de l'employeur quant au principe ou au montant de la gratification ne semble pas être une condition nécessaire pour se trouver en présence d'une rémunération variable, celle-ci pouvant en effet uniquement dépendre de la «survenance de certaines conditions convenues», selon les termes mêmes de la Circulaire FINMA.

D'autres différences, fondant parfois même des contradictions, existent entre les règles développées par la FINMA et les principes applicables en droit du travail¹⁰³. Parmi celles-ci, il est notamment possible de relever le § 46

⁹² A titre d'exemple, il pourrait être prévu que le salaire (d'un montant initial de CHF 100'000.–) augmente de CHF 5'000.– les deux premières années, puis de CHF 10'000.– la troisième année, puis à nouveau de CHF 5'000.– les quatrième et cinquième années, avant d'augmenter de CHF 20'000.– la sixième année, et ainsi de suite.

⁹³ Les augmentations périodiques portant sur le salaire futur de l'employé, celui-ci ne pourra pas y prétendre au *pro rata temporis* avant l'échéance convenue.

⁹⁴ Notamment arrêt du Tribunal fédéral 4A_509/2008 du 3 février 2009, c. 4.1 et 5.1.

⁹⁵ Il est par exemple possible de citer l'art. 663b^{bis} CO, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007, qui impose aux sociétés cotées de publier non seulement la rémunération globale perçue par les membres du conseil d'administration et ceux de la direction, mais également la rémunération individuelle perçue par les premiers et la rémunération la plus élevée touchée parmi les seconds; à ce sujet, voir en particulier GUY MUSTAKI, La rémunération des administrateurs, in: Landrove (édit.), De lege negotiorum – Etudes en l'honneur du Prof. François Chaudet, Genève 2009, 151 ss, 156 ss.

⁹⁶ Autorité suisse de surveillance des marchés financiers.

⁹⁷ CHAPPUIS (n. 15), 103; une amélioration de la transparence consiste également en un but de la Circulaire FINMA, en ce sens notamment GEISER/MÜLLER (n. 2), § 398c, 149.

⁹⁸ En vertu du § 4 Circulaire FINMA, celle-ci s'applique aux «banques, négociants en valeurs mobilières, groupes et conglomérats financiers, entreprises d'assurance, groupes et conglomérats d'assurance, ainsi qu'aux titulaires d'autorisations au sens de l'art. 13 al. 2 et 4 de la Loi sur les placements collectifs [de capitaux]».

⁹⁹ § 6 et 7 Circulaire FINMA, sous réserve de l'exception prévue au § 9.

¹⁰⁰ PATRIK R. PEYER/ROLAND SCHAUB, Umsetzung des FINMA-Rundschreibens «Vergütungssysteme» bei Banken – Variable Vergütungen im Spannungsfeld zwischen Regulierung und Zivilrecht, SJZ 2011, 149 ss, 151.

¹⁰¹ § 8 Circulaire FINMA.

¹⁰² WAEBER (n. 3), 126.

¹⁰³ Pour une description complète des contradictions existant entre la Circulaire FINMA et le droit du travail, voir en particulier CHAPPUIS (n. 15), 107 ss.

Circulaire FINMA, en vertu duquel «la violation grave de prescriptions internes ou externes entraîne une réduction, voire la déchéance de la rémunération variable»¹⁰⁴. Cette règle dite de «*clawback*», qui se justifie essentiellement dans le but d'éviter les comportements à risque visant la réalisation de gains à court terme, n'est que difficilement conciliable avec certaines règles impératives du droit du travail. En particulier, elle va à l'encontre du principe général selon lequel le paiement du salaire de l'employé ne peut être soumis à aucune condition, du moins lorsque la rémunération variable en question consiste en du salaire au sens strict et non en une gratification¹⁰⁵. Ainsi, même en cas de violation grave des obligations incombant à l'employé, celui-ci reste de manière générale en droit de recevoir son salaire jusqu'au dernier jour de travail, réserve étant faite de certains cas particuliers spécifiquement prévus par le CO¹⁰⁶. Il convient toutefois de noter dans ce contexte que, selon deux arrêts du Tribunal fédéral et une partie de la doctrine, une réduction voire une déchéance du droit à une «gratification promise d'un certain montant» serait possible dans l'hypothèse où le travailleur aurait violé fautivement et d'une manière grave son devoir de diligence et de fidélité¹⁰⁷. Eu égard au fait qu'une telle «gratification» consiste en réalité en du salaire au sens strict, une telle approche paraît cependant difficilement justifiable.

L'application coordonnée des § 12 et 46 Circulaire FINMA crée le risque de mener à une violation des règles de droit du travail telles qu'explicitées par le Tribunal fédéral, notamment en présence d'un bonus soumis uniquement à une condition objective et ne dépendant pas de la marge de manœuvre de l'employeur. En effet, alors qu'une telle forme de rémunération peut entrer dans la notion de rémunération variable selon le § 12 Circulaire FINMA, elle est qualifiée par le Tribunal fédéral de salaire au sens strict et ne peut dès lors souffrir d'aucune condition à son paiement. Or, le fait de réserver la possibilité de réduire voire de supprimer un tel paiement représente justement une condition à son versement, laquelle doit donc être qualifiée d'illicite¹⁰⁸.

La FINMA n'ayant pas la compétence de modifier ou de compléter des normes primaires, le § 46 qui s'impose de par le droit réglementaire risque de créer des difficultés en présence d'un bonus soumis à une condition objective. La notion très large de rémunération variable telle que définie au § 12 Circulaire FINMA peut toutefois être considérée comme une incitation faite à la jurisprudence, voire au législateur lui-même, tendant à élargir la notion de gratification afin d'y intégrer certaines formes de rémunération pour l'instant qualifiées de salaire au sens strict.

4.2 Initiative Minder et contre-projet

Publiée pour la première fois en octobre 2006 dans la Feuille fédérale¹⁰⁹, l'initiative populaire fédérale «contre les rémunérations abusives» («Initiative Minder») a abouti au début de l'année 2008¹¹⁰, entraînant avec elle un débat passionné tant sur le plan politique que médiatique au sujet des rémunérations perçues par les administrateurs et autres personnes occupant un poste à responsabilité au sein de sociétés anonymes cotées en bourse¹¹¹. Parmi les mesures évoquées, l'une des principales consiste à soumettre obligatoirement chaque année au vote de l'assemblée générale la somme globale des rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif¹¹². Une interdiction des indemnités de départ, des rémunérations anticipées ou des primes pour des achats ou des ventes d'entreprise y est également prévue¹¹³. Enfin, le projet d'art. 95 al. 3 let. c Cst. dispose que les statuts doivent notamment régler les plans de bonus et de participation applicables aux membres des organes. Sur ce dernier point, le texte explicatif édité par le comité d'initiative précise que l'assemblée générale doit «déterminer le niveau de la partie variable et fixe du total des rémunérations, déterminer si un bonus peut être payé ou non en cas de perte dans l'entreprise [...]»¹¹⁴.

En réponse à ces développements, une modification partielle du droit de la société anonyme a été élaborée en

¹⁰⁴ Ce paragraphe s'inscrit dans le cadre du Principe 6 concernant les rémunérations variables, lequel dispose que «la rémunération variable est attribuée selon des critères durables»; elle peut par ailleurs être lue en parallèle avec le § 55, pendant applicable aux rémunérations différées, en vertu duquel «il faut pouvoir révoquer tout ou partie des rémunérations différées pour la personne concernée lorsque des pertes ont été réalisées dans son champ de responsabilité».

¹⁰⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_509/2008 du 3 février 2009, c. 5.1; CHAPPUIS (n. 15), 107.

¹⁰⁶ A titre d'exemple, il est notamment possible de citer l'hypothèse de l'abandon injustifié d'emploi, l'art. 337d al. 1 et 3 CO autorisant dans ce cas l'employeur à retenir un quart du salaire du travailleur à titre d'indemnité.

¹⁰⁷ ATF 136 III 313, c. 2; ATF 127 III 86, dans la version non-publiée 4C.277/2000 du 19 décembre 2000, c. 3c; ZK-STAEHELIN, Art. 322d OR N 23; WAEBER (n. 3), 128 et 129; *contra*: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 38), Art. 322d N 7.

¹⁰⁸ CHAPPUIS (n. 15), 116; PEYER/SCHAUB (n. 100), 154.

¹⁰⁹ FF 2006, 8319.

¹¹⁰ FF 2008, 2325; WAEBER (n. 3), 120.

¹¹¹ PETER FORSTMOSER, «Say-on-Pay»: Die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und der Gegenvorschlag des Parlaments, SJZ 2012, 337 ss, 338.

¹¹² Projet d'art. 95 al. 3 let. a de la Constitution fédérale (RS 101; «Cst.»); pour une critique portant sur la nécessité de soumettre la rémunération de la direction à l'approbation de l'assemblée générale, voir notamment DOMINIQUE BIEDERMANN/DANIEL DAENIKER, Soll die Generalversammlung Managersaläre genehmigen?, GesKR 2008, 142 ss, 148 et 149, ainsi que PETER FORSTMOSER, Die Entschädigung der Mitglieder von Verwaltungsrat und Topmanagement – Binsenwahrheiten, Missverständnisse und ein konkreter Vorschlag, in: Trigo Trindade/Peter/Bovet (édit.), *Economie Environnement Ethique, De la responsabilité sociale et sociétale*, Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain, Zurich 2009, 145 ss, 155 et 156, et MUSTAKI (n. 95), 188 ss.

¹¹³ Projet d'art. 95 al. 3 let. b Cst.

¹¹⁴ *Explications quant au texte de l'initiative*, disponible à l'adresse Internet <http://www.remunerations.ch/explications.pdf>, 2.

tant que contre-projet indirect à l'Initiative Minder et adoptée par le Parlement en mars 2012¹¹⁵. Cette modification porte notamment sur la réglementation des indemnités perçues au sein des sociétés cotées en bourse et reprend plusieurs des principes énoncés dans l'Initiative Minder en les inscrivant toutefois dans un contexte essentiellement de droit dispositif et non impératif¹¹⁶. Ainsi, alors que les deux textes prévoient que l'assemblée générale est impérativement compétente pour accepter la somme globale des rémunérations versées aux membres du conseil d'administration, le contre-projet indirect autorise les statuts à restreindre la décision concernant la rémunération de la direction à un simple effet consultatif¹¹⁷. En outre, les formes de rémunération interdites par l'Initiative Minder (dont notamment le paiement d'indemnités de départ ou d'indemnités anticipées) restent exceptionnellement possibles dans le cadre du contre-projet indirect, moyennant une décision en ce sens de l'assemblée générale¹¹⁸.

Bien que ni l'Initiative Minder ni le contre-projet indirect n'abordent spécifiquement la distinction opposant salaire au sens strict et gratification, les règles et principes qui y sont contenus auront indéniablement une incidence sur cette question, y compris sur la possibilité de prévoir un bonus soumis à une condition objective. Parmi les conséquences possibles, la réduction de l'attrait de cette dernière forme de rémunération dans les entreprises cotées en bourse représente l'une des principales. En effet, la pratique montre que ces bonus sont souvent offerts en tant que «*signing bonus*», lesquels sont interdits ou fortement limités à la fois par l'Initiative Minder et le contre-projet.

La question de la qualification d'une rémunération en tant que gratification se posera avec une acuité particulière suite à la mise en œuvre de l'Initiative Minder ou du contre-projet indirect. En effet, bien que l'assemblée générale ne serait pas compétente pour se prononcer sur chacune des rémunérations perçues à titre individuel par les membres des organes concernés, elle serait libre de réduire le montant décidé de manière globale et, en conséquence, de diminuer les sommes touchées à titre individuel. Ainsi, tout paiement qui serait proposé à un membre d'un organe de la société le serait sous la condition suspensive de son acceptation par l'assemblée générale. Fondé sur la

marge de manœuvre dont bénéficierait cette dernière, un bonus soumis à une condition objective (telle que la présence de l'employé¹¹⁹ au sein de l'entreprise au moment du paiement ou la réalisation de certains objectifs prédéfinis) ne serait le cas échéant qualifié de salaire au sens strict qu'à partir de la décision de l'assemblée générale elle-même et non dès la conclusion de l'accord. Jusqu'à ce moment, la marge de manœuvre qu'implique le pouvoir de décision de l'assemblée générale pourrait suffire à conserver une qualification de gratification au sens de l'art. 332d CO. A titre d'exemple, il est possible de citer le cas d'un directeur d'une société cotée en bourse qui se verrait octroyer un bonus garanti de CHF 1 million quelques mois après son engagement, à la condition qu'il demeure dans l'entreprise pour une année. Alors que ce montant pourrait actuellement recevoir la qualification de salaire au sens strict dès la conclusion de l'accord¹²⁰, cela ne serait le cas qu'à partir de la décision de l'assemblée générale relative au montant global des rémunérations en application de l'Initiative Minder ou du contre-projet indirect. Dans l'intervalle et fondé sur la marge de manœuvre dont dispose l'assemblée générale, il resterait qualifié de gratification et, si le contrat de travail du directeur venait à être résilié durant cette période, n'aurait pas à être payé.

Bien que l'Initiative Minder et le contre-projet ne visent que les sociétés cotées en bourse, une incidence de ces règles sur la jurisprudence générale en droit du travail ne peut être exclue. Le peuple sera amené à voter sur la première en date du 3 mars 2013, décidant par là même du sort du contre-projet.

IV. Conclusion

A ce jour, le régime applicable aux «bonus» se caractérise par une grande incertitude. A moins d'exclure tout versement variable et de se contenter d'un salaire fixe, le risque est constant qu'un paiement effectué à titre de gratification puisse en réalité être qualifié de salaire au sens strict et, à ce titre, être dû au travailleur sans condition pour le présent et le futur. Ce risque est d'autant plus grand lorsque des critères ou des conditions régissent le versement du bonus, la marge de manœuvre de l'employeur s'en trouvant limitée voire exclue. Or, de jurisprudence constante et maintes fois rappelée, le Tribunal fédéral

¹¹⁵ FF 2010, 7521 (rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats) et FF 2012, 3601 (publication suite à l'approbation); en sa qualité de contre-projet indirect, le texte adopté par le Parlement en mars 2012 n'entrera en vigueur qu'à la condition que l'Initiative Minder soit refusée par le peuple. La possibilité d'un contre-projet direct à l'Initiative Minder, portant sur l'imposition des «bonus», a pour sa part définitivement été rejetée (de façon relativement inattendue) par le Conseil national en date du 15 juin 2012, FORSTMOSER (n. 111), 339.

¹¹⁶ Projet d'art. 731c ss CO; à ce sujet: FORSTMOSER (n. 111), 341.

¹¹⁷ Projet d'art. 731j al. 1 et 731k al. 1 et 2 CO; FORSTMOSER (n. 111), 343 et 344.

¹¹⁸ Projet d'art. 731l al. 1 et 2 CO.

¹¹⁹ Bien que le terme d'employé ne soit pas applicable à toutes les personnes visées par l'Initiative Minder (dont notamment les membres du Conseil d'administration), il se justifie de l'utiliser dans le cadre de la présente analyse en raison du fait que la dichotomie opposant salaire au sens strict et gratification ne concerne que les employés, tels par exemple que les directeurs ou autres membres employés au sein d'un organe de l'entreprise.

¹²⁰ Dans ce cas, le directeur pourrait en tout cas prétendre au paiement proportionnel du montant concerné s'il venait à quitter l'entreprise avant l'échéance convenue, en application des principes évoqués notamment dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.340/2005 du 24 janvier 2006, paru au JAR 2007, 161.

qualifie cette marge de manœuvre de caractéristique essentielle de la gratification. Bien qu'il mentionne également parfois le caractère «inconditionnel» du versement d'un bonus pour justifier une requalification en salaire au sens strict, il semble douteux que l'existence d'une seule condition objective suffise pour conserver le caractère de gratification en l'absence de tout pouvoir discrétionnaire, en l'état de la jurisprudence.

La gratification soumise à une condition objective représente dès lors aujourd'hui encore une chimère impossible ou du moins délicate à concrétiser. Bien que le but du Tribunal fédéral consistant à protéger au mieux les attentes salariales de l'employé soit louable et nécessaire, une pratique trop restrictive en la matière pourrait avoir l'effet contraire de péjorer la situation du travailleur. En effet, confronté aux risques liés à une requalification du bonus en salaire au sens strict, l'employeur sera tenté de préférer des formulations vagues et des bonus entièrement discrétionnaires à des montants clairement définis et soumis à des conditions prédéterminées.

La protection des droits du salarié en matière de bonus est déjà assurée par l'application d'un ensemble de critères liés au montant et, surtout, au nombre de versements intervenus. Y ajouter d'autres conditions empêchant la mise en place de bonus soumis à des conditions objectives n'est dès lors ni nécessaire, ni légitime. Une évolution de la jurisprudence en ce sens étant profitable aux deux parties, elle ne peut être que souhaitée.
