

Alexandre Richa* / David Raedler**

Le caractère accessoire du bonus

Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_520/2012 du 26 février 2013
(destiné à publication)

Table des matières

- I. Etat de fait
- II. Considérants et décision
 1. La notion de bonus en droit suisse
 2. Considérants de l'arrêt et résultat
- III. Commentaires
 1. Les limites à l'application du caractère accessoire
 2. La portée de la relativisation des fonctions protectrices du droit du travail
- IV. Importance pratique

Éléments essentiels

1. Du fait de l'absence de définition du terme de bonus en droit suisse, il est nécessaire d'analyser dans chaque cas particulier s'il doit être qualifié de gratification au sens de l'art. 322d CO ou de salaire au sens strict selon l'art. 322 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4A_520/2012 du 26 février 2013¹, c. 3).
2. Dans ce contexte, plusieurs critères peuvent entrer en considération, dont notamment la marge de manœuvre dont doit disposer l'employeur en lien avec le principe et/ou le montant du bonus, de même que le caractère accessoire de la gratification (arrêt du Tribunal fédéral 4A_520/2012 du 26 février 2013, c. 3.1 et 3.2).
3. S'agissant spécifiquement du caractère accessoire de la gratification et en précision de la jurisprudence passée, ce critère ne doit pas être pris en compte en vue d'une possible requalification du bonus en salaire au sens strict lorsque la rémunération du travailleur dépasse largement ce qui est nécessaire à son existence économique et est considérablement supérieure aux coûts de la vie le concernant, respectivement lorsqu'elle suffit amplement à un train de vie approprié et représente en outre un multiple du salaire moyen (arrêt du Tribunal fédéral 4A_520/2012 du 26 février 2013, c. 5.3; confirmé aux arrêts du Tribunal fédé-

ral 4A_721/2012 du 16 mai 2013 et 4A_447/2012 du 17 mai 2013).

I. Etat de fait

A (recourant dans la procédure au-devant du Tribunal fédéral) était employé depuis le 1er août 1996 par la banque X (intimée) et recevait chaque année à ce titre, depuis le début des rapports de travail, un «bonus» qui venait s'ajouter à sa rémunération fixe. Au début de l'année 2006, il s'est vu communiquer une information relative à sa rémunération variable pour l'année 2005, laquelle devait se présenter comme suit:

- un salaire fixe (*Fixlohn*) de CHF 207'550.-;
- un *Performance Incentive Bonus* de CHF 3'100'000.-, lui-même composé de deux postes différents, l'un de CHF 1'807'744.- versé en espèces (*Cash-Anteil*) et l'autre de CHF 1'292'256.- au titre du *Performance Incentive Plan* (PIP); ainsi que
- un *Longevity Premium Award* (LPA) de CHF 323'064.-.

Le PIP représentait ainsi un *bonus plan* nouvellement introduit par X pour l'année 2005, qui consistait en un programme de rémunération basé sur des actions et s'étendant sur cinq ans. Il était dans ce cadre prévu que la part PIP serait bloquée durant cette période (*Vesting Period*) et que l'employé ne pourrait donc la toucher qu'à l'issue des cinq années en question (clause suspensive; *Aufschubklausel*). Durant celle-ci, il pouvait cependant acquérir chaque année 20 % des parts concernées (pour la première fois à partir du mois de janvier 2007), lesquelles ne pouvaient alors lui être retirées. Enfin, dans l'hypothèse où les rapports de travail devaient prendre fin avant l'échéance du délai de blocage, le travailleur perdait toutes les parts PIP n'ayant pas été acquises (clause de révocation; *Verfallklausel*)².

Non content de ces nouvelles conditions de rémunération, A a résilié les rapports de travail le 8 février 2006 et

* 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.

¹ Une version résumée et traduite de cet arrêt figure à la SJ 2013 I 371.

² A noter que ces développements font l'objet du considérant 2.1 de l'arrêt et non de la partie en fait.

a en conséquence été libéré de son obligation de travailler dès le 10 février suivant.

A titre de rémunération pour l'année 2005, A a perçu son salaire fixe à hauteur de CHF 207'550.– ainsi que la part de son bonus versée en espèces, soit CHF 1'807'744.–. Il n'a par contre pas reçu les parts PIP et LPA, au motif que celles-ci consistaient en des rémunérations variables auxquelles il ne pouvait prétendre en cas de résiliation antérieure à l'échéance de la *Vesting Period*.

Après avoir perdu en première instance, A a conclu dans le cadre de son recours au paiement d'un montant de CHF 1'292'256.– avec intérêts à 5 % l'an dès le 24 février 2006. S'étant vu débouté de l'entier de ses prétentions par l'*Obergericht* du canton de Zurich, A a formé recours au-devant du Tribunal fédéral et repris dans ce cadre ses précédentes conclusions.

II. Considérants et décision

Les développements effectués dans l'arrêt se concentrent essentiellement sur la distinction opposant le salaire au sens strict de la gratification prévue à l'art. 322d CO, distinction devant être appliquée à la part PIP³. Ainsi, alors que la banque X considère cette dernière comme une pure gratification volontaire et facultative, A la tient pour une part de son salaire en raison du fait non seulement qu'elle représente selon lui une participation au bénéfice (c. 4) mais aussi que son montant ne permet pas de la considérer comme étant accessoire à son revenu de base (c. 5). Par ailleurs, il prétend qu'un document contractuel lui permettrait dans tous les cas (et quelle que soit la qualification retenue) de prétendre au paiement du PIP en espèces (c. 6).

Préalablement à toute analyse des considérants de l'arrêt (2. ci-après), il convient de procéder à un très bref rappel des principes régissant la distinction opposant salaire au sens strict et gratification (1. ci-après). Pour le surplus, les auteurs se permettent de renvoyer à ce sujet aux développements effectués dans un précédent article rédigé de leur plume, qui sont très partiellement repris et résumés sous 1. *infra*⁴.

1. La notion de bonus en droit suisse

Le Code des obligations⁵ («CO») ne comporte aucune disposition qui définit et traite de façon spécifique de la

notion de bonus⁶. Dans ce contexte, ce terme peut englober d'une part des éléments du salaire au sens strict du travailleur et d'autre part une gratification selon l'art. 322d CO⁷. Précisée par le Tribunal fédéral, cette dernière notion 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 montant⁸.

A la lumière de la définition qui précède, quatre critères principaux sont de manière générale utilisés pour délimiter salaire au sens strict et gratification:

- la marge de manœuvre de l'employeur quant au principe ou, à tout le moins, le montant de la gratification⁹;
- le caractère accessoire (également qualifié «d'accessorité» dans la présente contribution) du montant ainsi versé par rapport au reste de la rémunération du travailleur, eu égard au fait que le salaire représente un élément essentiel du contrat de travail et ne peut aucunement être supplanté par une gratification¹⁰, et

⁶ 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; OLIVIER SUBILIA/JEAN-LOUIS DUC, *Droit du travail, éléments de droit suisse*, 2^{ème} éd., Lausanne 2010, art. 322d CO N 25.

⁷ 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; arrêt du Tribunal fédéral 4C.244/2004 du 25 octobre 2004, c. 2.1. A noter que le salaire au sens strict et la gratification constituent ensemble l'entier des versements pouvant être effectués au travailleur à titre de rémunération (par opposition notamment au remboursement des frais, prévu à l'art. 327a CO).

⁸ 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».

⁹ 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_520/2012 du 26 février 2013, c. 3.1; 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 p. 177, c. 3b; JAR 1995 p.102, c. 2a.

¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_520/2012 du 26 février 2013, c. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4D_98/2011 du 20 mars 2012, c. 2.4; ATF 129 III 276, c. 2.1; THOMAS GEISER, *Boni zwischen Privatrecht und öffentlichem Interesse*, in: Nobel (édit.), *St. Galler Bankrechtstag*

³ Seule la part PIP est analysée dans l'arrêt du Tribunal fédéral, à l'exclusion notamment de la part LPA, du fait que les conclusions prises par A portent uniquement sur la première; paragraphe C de la partie en fait.

⁴ ALEXANDRE RICHA/DAVID RAEDLER, *Le «bonus» soumis à une condition objective*, GesKR 2012, 524 ss, 525 ss.

⁵ RS 220.

sous réserve du tempérament important apporté sur ce point par l'arrêt analysé dans la présente contribution;

- le nombre de versements¹¹; ainsi que
- l'usage interne à l'entreprise et le principe de l'égalité de traitement, lorsque l'employé peut raisonnablement considérer qu'il a droit au versement en question du fait de la pratique en vigueur au sein de l'entreprise¹².

En complément à ces développements, il est encore intéressant de noter une spécificité élaborée par le Tribunal fédéral en lien avec les plans d'intéressement ou de participation¹³. Alors que la dichotomie opposant salaire au sens strict et gratification trouve pleinement application

à leur égard¹⁴, une troisième qualification peut venir s'y ajouter. En effet, la jurisprudence retient qu'un employé recevant ou acquérant des actions ou des options peut intervenir 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 capital¹⁵. Dans un tel cas, les dispositions impératives du droit du travail ne trouvent pas application.

2. Considérants de l'arrêt et résultat

Après avoir rappelé la notion de gratification et la dichotomie opposant celle-ci au salaire au sens strict, en lien notamment avec les critères de l'accessoriété et de la marge de manœuvre de l'employeur, le Tribunal fédéral traite l'un après l'autre des trois arguments avancés par A pour supporter ses conclusions.

Tout d'abord¹⁶, il note l'absence de formule ou de règle prédéfinie sur la base de laquelle le montant du bonus serait calculé. Il relève par ailleurs que le montant lui-même n'était pas fixé à l'avance, mais dépendait au contraire entièrement de la marge de manœuvre de la banque X. En outre, rappelant qu'un bonus peut dans une certaine mesure dépendre de la réalisation d'un résultat défini sans pour autant forcément être qualifié de salaire au sens strict, il retient que les faits de la cause ne permettent nullement de considérer que la fixation du PIP se basait exclusivement sur les résultats de l'entreprise. Partant, il ne représentait pas un salaire variable au sens de l'art. 322a CO.

Ensuite, il s'intéresse au caractère accessoire devant être revêtu par le bonus en lien avec la rémunération de base. Dans ce contexte, et citant plusieurs auteurs, il précise sa jurisprudence passée en retenant que ce critère n'est plus pertinent lorsque le salaire réel («*eigentliche Lohn*») du travailleur dépasse largement ce qui est nécessaire à son existence économique ou, autrement dit, lorsqu'il est considérablement supérieur aux coûts de la vie le concernant¹⁷. Il ajoute sur ce point qu'une limitation de l'autonomie privée des parties fondée sur des besoins de protection du travailleur ne se justifie plus lorsque la rémunération de ce dernier dépasse largement non seule-

2009 – Institutionengefüge zum Finanzmarkt, Berne 2010, 142; RUDOLPH (n. 6), 100; CHRISTOPH SENTI, Leistungslohn oder Gratifikation? – Stand der Diskussion und Versuch eines systematischen Ansatzes, ARV/DTA 2011, 4. A noter que le caractère accessoire du bonus doit être analysé dans la durée et non sur la base d'un versement unique; sur ce point, cf. notamment arrêt du Tribunal fédéral 4A_520/2012 du 26 février 2013, c. 3.1; 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, 205; ATF 131 III 615, c. 6.2; ATF 129 III 276, c. 2.1; MANFRED REHBINDER, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, in: Rehbinder/Stöckli (éds.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Berne 2010 (cité BK-REHBINDER), OR 322d N 1.

¹¹ REMY WYLER, Droit du travail, 2^{ème} éd., Berne 2008, 167. La qualification d'un bonus comme gratification fondée sur le nombre de versements intervenus peut se faire non seulement en l'absence de toute réserve exprimée par l'employeur quant au caractère discrétionnaire du paiement (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; RUDOLPH (n. 6), 100), mais aussi lorsqu'une telle réserve représente une clause de pure forme (ATF 129 III 276, c. 2.3; CR CO I-AUBERT, art. 322d N 13; CHRISTIAN FAVRE/CHARLES MUNOZ/ROLF A. TOBLER, Le contrat de travail, code annoté, Lausanne 2010, art. 322d CO N 1.10; RENÉ HIRSIGER, Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis, thèse Saint-Gall, Berne 2011, § 421, 153).

¹² Ce principe repose également sur les principes de la confiance, de la bonne foi ainsi que 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. Cf. également à ce sujet PHILIPPE CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zurich – Bâle – Genève 2009, art. 322d CO N 6; MARIE-GISÈLE DANTHE, in: Dunand/Mahon (éds.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, art. 322d CO N 26; HIRSIGER (n. 11), § 420, 153; ADRIAN STAEHELIN, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, 4^{ème} éd., in: Gauch/Schmid (éds.), Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Zurich – Bâle – Genève 2006 (cité ZK-STAEHELIN), OR 322d N 13; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag; Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7^{ème} éd., Zurich 2012, Art. 322d N 5; WYLER (n. 11), 166.

¹³ Le plan d'intéressement est défini par le Tribunal fédéral comme les «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»; ATF 131 III 615, c. 3.

¹⁴ ATF 131 III 615, c. 5.3; cf. également BK-REHBINDER, OR 322 N 29a et STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 12), Art. 322 N 22.

¹⁵ 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.

¹⁶ C. 4.3 de l'arrêt.

¹⁷ C. 5.3: «Sobald der eigentliche Lohn jedoch ein Mass erreicht, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, kann die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn kein tragbares Kriterium mehr sein, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden.»

ment les coûts nécessaires à un entretien approprié, mais aussi le salaire moyen¹⁸. Constatant en l'espèce que le salaire de A pour l'année 2005 s'élevait à CHF 2'015'294.– (montant correspondant au salaire de base et à la part en espèces du bonus), soit une somme dépassant très largement son minimum vital, le Tribunal fédéral en a conclu que le critère de l'accessoriété ne devait trouver application dans ce cas et ne pouvait donc mener à une qualification de salaire au sens strict pour le PIP. Précisons que, pour arriver à ce résultat, le Tribunal fédéral a relevé qu'il ne se justifiait plus d'appliquer des considérations sociales dans la qualification d'une rémunération supplémentaire octroyée par l'employeur lorsque la rétribution d'un travail à plein-temps dépassait un salaire annuel de CHF 2 millions¹⁹.

Enfin, le Tribunal fédéral rejette également les arguments développés par A en lien avec une clause contractuelle qu'il interprétait comme fondant son droit à toucher le PIP en espèces quelle que soit la qualification retenue pour cette part de rémunération²⁰. En substance, le Tribunal fédéral a retenu que la clause en question conférait à A un droit à recevoir le paiement du montant communiqué du bonus et qu'il a effectivement perçu la part en espèces de ce dernier à hauteur de CHF 1'807'744.–. Le PIP et le LBA étant par contre caractérisés par l'application de clauses suspensive et de révocation, il n'y avait pas lieu selon le Tribunal fédéral d'y appliquer le même principe.

En conclusion, le Tribunal fédéral rejette donc le recours formé par A et confirme la qualification de gratification donnée au PIP.

III. Commentaires

En rendant cet arrêt, le Tribunal fédéral a vraisemblablement entendu préciser l'un des critères centraux utilisés jusqu'alors dans le cadre de la qualification d'un bonus et permettant de distinguer la gratification du salaire au sens strict. Ce faisant, il a rejoint une partie de la doctrine qui militait déjà pour tempérer et relativiser l'importance

donnée à la proportion existant entre le salaire de base et un versement supplémentaire dans l'hypothèse où les montants en jeu étaient élevés et, ainsi, limiter les restrictions apportées à la liberté contractuelle²¹. Par ailleurs, il a de cette manière également en partie réglé une question laissée ouverte dans deux précédents arrêts, où il envisageait la possibilité que certaines dispositions impératives du droit du travail ne soient pas applicables dans l'hypothèse où un cadre ou collaborateur jouissait d'un revenu élevé et recevait des positions dans un plan d'intéressement à titre de bonus²².

Toutefois, loin de clarifier entièrement les incertitudes entourant la notion de bonus et la qualification juridique à y donner, l'arrêt ici analysé mène à constater la subsistance de plusieurs points de doute, voire pour certains leur apparition. Parmi les zones d'ombres qui perdurent, deux méritent en particulier d'être évoquées.

Préalablement à leur analyse, il convient encore de noter que le Tribunal fédéral n'a pas fait application dans cet arrêt de sa jurisprudence relative aux plans d'intéressement et au statut d'investisseur pouvant être revêtu dans ce cadre par le travailleur, quand bien même le PIP consistait en une telle forme de rémunération. Cela peut à notre sens s'expliquer par le fait que les actions avaient été offertes à A par la banque X et n'avaient en conséquence pas été financées directement par lui. Dès lors, il ne pouvait être vu comme intervenant en qualité d'investisseur²³.

1. Les limites à l'application du caractère accessoire

Il découle de l'arrêt du Tribunal fédéral, confirmé sur ce point dans deux jurisprudences postérieures, que le critère de l'accessoriété n'a plus à trouver application lorsque le salaire du travailleur dépasse largement le salaire moyen et suffit en ce sens pleinement à lui garantir un train de vie approprié²⁴. Toutefois, ce tempérament posé, trois questions demeurent quant à la délimitation des cas dans lesquels ce critère n'entre plus en considération.

¹⁸ C. 5.3: «Bei derartigen Einkommensverhältnissen, die nicht nur bei Weitem die Kosten für einen angemessenen Lebensunterhalt des Arbeitnehmers, sondern auch den Durchschnittslohn um ein Vielfaches übersteigen, lässt sich ein Eingriff in die Privatautonomie der Parteien durch ein entsprechendes Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers nicht legitimieren.»

¹⁹ C. 5.3: «(...) kann bei einem Jahreslohn von über 2 Mio. Schweizerfranken als Entgelt für eine vollzeitige Arbeitsleistung der soziale Schutzgedanke für die Qualifikation zusätzlicher Leistungen des Arbeitgebers keine Bedeutung mehr haben.»

²⁰ C. 6; la clause en question disposait que le travailleur qui résiliait le contrat de travail après avoir reçu l'information liée aux bonus recevrait le montant communiqué de ce dernier en espèces («Reicht ein Mitarbeiter seine Kündigung nach Erhalt der Bonusmitteilung ein, wird der kommunizierte Bonusbetrag in bar ausbezahlt. In diesen Fällen muss XHC bis spätestens Montag, 13.2.06 informiert werden»).

²¹ CONRADIN CRAMER, *Der Bonus im Arbeitsvertrag*, thèse Bâle, Berne 2007, 110 ss; WOLFGANG PORTMANN in: Honsell/Vogt/Wiegand (éds.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 5ème éd, Bâle 2011 (cité BSK OR I-PORTMANN), OR 322d N 19; BK-REHBINDER, OR 322d N 1; WYLER (n. 11), 169.

²² ATF 131 III 615, c. 4 et ATF 130 III 495, c. 4.2.2.

²³ Le financement des positions dans le plan d'intéressement par des versements en capital effectués par le travailleur à un prix n'étant pas spécialement avantageux représente de manière générale la condition nécessaire pour qu'une qualification d'investisseur puisse être retenue et, partant, l'application des dispositions impératives du droit du travail exclue; ATF 131 III 615, c. 4.

²⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_520/2012 du 26 février 2013, c. 5.3, confirmé sur ce point aux arrêts du Tribunal fédéral 4A_721/2012 du 16 mai 2013, c. 3 et 4A_447/2012 du 17 mai 2013, c. 2.2.

Tout d'abord, le Tribunal fédéral semble prendre comme base à son raisonnement un critère objectif, pouvant servir de comparatif à toute hypothèse qui lui serait présentée. En effet, les concepts «d'entretien approprié» («*angemessenen Lebensunterhalt*») et de «salaire moyen» («*Durchschnittslohn*») font référence à des notions générales qui ne tiennent pas forcément compte des particularités du cas d'espèce. Cependant, une analyse plus poussée de l'arrêt du mois de février 2013 ainsi que des deux y faisant suite fait apparaître sur ce point un manque de cohérence aux conséquences pourtant non négligeables. Ainsi, le premier arrêt mélange dans le même considérant les deux critères objectifs précités avec des considérations bien plus subjectives faisant référence au niveau de vie du travailleur, soit plus précisément son existence économique et ses coûts de la vie («*wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers (...) bzw. seine Lebenshaltungskosten*» [nous mettons en évidence])²⁵. Par la suite, cette incohérence se confirme et permet de distinguer les deux arrêts postérieurs. Alors que seuls deux critères objectifs sont exprimés dans l'arrêt en français du 17 mai 2013²⁶, son pendant allemand du 16 mai précédent s'inscrit au contraire dans une optique essentiellement subjective en basant le raisonnement y étant fait sur les deux notions relatives au niveau de vie du travailleur²⁷. La question apparaît dès lors pertinente de savoir si l'application éventuelle du critère de l'accessoriété doit être déterminée sur une base uniquement objective, en fonction de ce qui «dépassé largement» le salaire moyen et suffit à un train de vie approprié, ou si la situation concrète de la personne doit aussi être prise en considération, en particulier les coûts liés à son existence.

A notre sens, la réponse à cette question doit se fonder sur les motifs sous-tendant la précision jurisprudentielle apportée par le Tribunal fédéral. Dans la mesure où il tempère la nécessité sociale de protection du travailleur et le besoin de limiter dans ce cadre la liberté contractuelle des parties en lien avec une rémunération élevée, il se justifie selon nous de se fonder essentiellement (voire entièrement) sur une base objective. Il serait en effet difficile d'expliquer une pratique qui protégerait le travail-

leur dispendieux menant un train de vie très élevé et non celui qui, à salaire égal, se contente du «raisonnable». Par ailleurs, les besoins de prévisibilité et les difficultés liées à une insécurité juridique imposent de retenir une base plus objective que subjective, afin de permettre aux parties de déterminer à l'avance les conditions et principes régissant leurs relations contractuelles. Cela n'empêche cependant pas le cas échéant de tenir compte, dans une mesure limitée, de certains éléments partiellement subjectifs, bien que cela devrait selon nous rester exceptionnel²⁸.

Ensuite, et quand bien même l'on retiendrait l'application de fondements objectifs à la lumière des développements qui précèdent, demeure la question de savoir à partir de quel montant le salaire du travailleur permet largement de lui assurer un train de vie approprié et représente un multiple du salaire moyen. Préalablement à cette analyse, il convient en premier lieu de noter que la notion de «salaire moyen» (*Durchschnittslohn*) n'apparaît pas comme étant la plus adaptée dans ce cadre. En effet, il conviendrait à notre sens de lui préférer celle de salaire médian, soit la valeur qui divise l'ensemble considéré en deux groupes de taille égale, une moitié des postes de travail recevant un salaire y étant inférieur et l'autre moitié un salaire supérieur²⁹. Par ailleurs, le Tribunal fédéral ne précise nullement si le terme de «salaire moyen» doit se comprendre tous domaines économiques confondus ou devrait plutôt se rapporter à la branche d'activité concernée³⁰. Compte tenu du caractère objectif à donner aux critères utilisés, la première solution paraît pour nous la plus convaincante.

S'agissant spécifiquement du montant permettant d'assurer au travailleur un train de vie approprié et représentant un multiple du salaire moyen, une rémunération annuelle dépassant les CHF 2 millions (à l'image de ce qui prévalait dans l'arrêt de février 2013) sera clairement considérée comme suffisante³¹. On pourrait également imaginer qu'un montant supérieur à CHF 1 million devrait réaliser cette condition, compte tenu du fait qu'il

²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_520/2012 du 26 février 2013, c. 5.3.

²⁶ 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 (...)». A noter que la notion «d'entretien approprié» («*angemessenen Lebensunterhalt*») utilisée dans l'arrêt du mois de février 2013 fait ici place à celle s'y approchant de «train de vie approprié», les deux restant toutefois à notre sens objectives du fait de l'utilisation du terme «approprié».

²⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_721/2012 du 16 mai 2013, c. 3: «(...) die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt (...)». Il est nécessaire ici de parler d'une optique «essentiellement» subjective du fait que le Tribunal fédéral fait aussi mention, dans le considérant 3.1 suivant, du salaire moyen («*Durchschnittslohn*») en combinaison à nouveau avec la notion de coûts de la vie du travailleur («*Lebenshaltungskosten des Arbeitnehmers*»). Nonobstant cette précision, cet arrêt reste selon nous inscrit dans un cadre subjectif.

²⁸ A titre d'exemple, on pourrait imaginer tenir compte du nombre d'enfants à charge du travailleur afin de déterminer ce qu'est dans ce cadre un entretien ou un train de vie «approprié».

²⁹ Le choix du salaire médian permet de s'assurer que le chiffre obtenu ne soit pas influencé par des valeurs extrêmes. A ce sujet et pour la définition précitée, cf. le site Internet de l'OFS, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/09/11/def.html> (12.07.2013).

³⁰ Selon les chiffres rassemblés par l'Office fédérale des statistiques pour l'année 2012, le salaire médian (et non moyen) pour l'année 2012 d'une personne résidant de manière permanente en Suisse et travaillant à plein temps s'élève en valeur annuelle à CHF 80'600.-, toutes professions confondues; OFS, Tableau relatif au revenu professionnel brut par année des personnes actives occupées selon le statut d'activité, les groupes de professions, le taux d'occupation et le sexe – valeur centrale (médiane) en francs, disponible sur le site Internet http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/01/new/nip_detail.html?gpnID=2013-325 (12.07.2013).

³¹ Pour rappel, le salaire pris en considération par le Tribunal fédéral dans son arrêt de février 2013 pour décider de l'application du critère de l'accessoriété s'élevait à CHF 2'015'294.-.

est plus de douze fois supérieur au salaire médian suisse. En-dessous de ce seuil, la situation est par contre moins claire. Néanmoins, dans l'un de ses arrêts les plus récents en la matière, le Tribunal fédéral a paru se rallier à une approche arrêtant le salaire au sens strict du travailleur à CHF 425'000.– suite à la requalification partielle du bonus, le restant demeurant gratification³². En ligne avec la jurisprudence précitée et compte tenu du niveau de vie en Suisse, le seuil servant de référence correspond à notre sens à l'heure actuelle à un salaire de CHF 500'000.–. Cela dit, il ne s'agit là que d'un montant indicatif.

Enfin, une troisième zone d'ombre demeure en ce qui concerne la base salariale à prendre en compte pour déterminer si les montants exprimés sont suffisamment élevés pour exclure le critère de l'accessoriété. En effet, dans son arrêt de février 2013, le Tribunal fédéral a pris comme base de réflexion un montant de CHF 2'015'294.–, correspondant non seulement au salaire fixe de A, mais aussi à la part en espèces du *Performance Incentive Bonus*, sans pour autant expliquer les raisons pour lesquelles celle-ci devait être qualifiée de salaire au sens strict³³. En ce faisant, il semble donc utiliser une partie du bonus pour déterminer si le bonus lui-même doit être qualifié de gratification ou de salaire au sens strict. Dans son arrêt plus récent du mois de mai 2013, le Tribunal fédéral a adopté une approche un peu différente selon laquelle l'entier du salaire au sens large devait être pris en compte et, sur cette base, un montant «minimum» dépassant largement le train de vie approprié et le salaire moyen arrêté. Ce n'est ensuite que la somme ainsi obtenue qui servirait de base pour une requalification partielle du bonus en salaire au sens strict, le surplus demeurant gratification³⁴. Pour finir, dans son troisième arrêt rendu également au mois de mai 2013, le Tribunal fédéral suit semble-t-il encore une autre voie, déclarant ne tenir compte que du «salaire», à l'exclusion de tout «montant supplémentaire», pour déterminer si les deux critères du train de vie approprié et du salaire moyen sont atteints³⁵.

³² Arrêt du Tribunal fédéral 4A_721/2012 du 16 mai 2013, c. 3.2. Au considérant précédent, le Tribunal fédéral rappelle qu'une gratification qui dépasserait le salaire fixe n'a pas forcément à être intégralement requalifiée de salaire au sens strict lorsque le montant ainsi obtenu dépasserait largement les coûts de la vie du travailleur et représenterait un multiple du salaire moyen; c. 3.1.

³³ C. 5.4. Une explication pourrait résider dans le fait que la clause contractuelle invoquée par A à l'appui de ses prétentions et analysée au c. 6 de l'arrêt lui assurait le paiement en espèces du montant communiqué du bonus. Cela suppose toutefois qu'une première analyse ait été faite et une qualification juridique retenue préalablement à la question de savoir si le critère de l'accessoriété était lui-même applicable.

³⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_721/2012 du 16 mai 2013, c. 3.1: «(...) erscheint die Qualifikation der gesamten Sondervergütung als Lohnbestandteil insbesondere dann nicht als geboten, wenn der so berechnete Lohn die Lebenshaltungskosten des Arbeitnehmers erheblich und den Durchschnittslohn um ein Vielfaches übersteigen würde» (nous mettons en évidence).

³⁵ 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,

Ces variations dans l'approche adoptée ne permettent pas de déterminer clairement quelle base est utilisée pour juger de l'application du critère de l'accessoriété. A notre sens et suivant toujours une solution se voulant la plus objective possible, il convient de privilégier une méthode consistant à prendre en compte ce qui relève d'emblée du salaire au sens strict de l'employé (qu'il prenne la forme d'un salaire fixe, variable ou à la pièce), avant de comparer ce montant à tout bonus au paiement duquel il pourrait espérer. Cela fait, deux éventualités sont possibles. Si le salaire au sens strict dépasse en lui-même ce qui suffit largement à un train de vie approprié et représente un multiple du salaire moyen, le bonus ne pourra être requalifié sur la seule base du critère de l'accessoriété, celui-ci ne trouvant pas application. Si par contre le salaire au sens strict n'atteint pas un pareil seuil, la question de l'accessoriété devra se poser et, sur cette base, une éventuelle requalification partielle ou totale du bonus intervenir³⁶.

2. La portée de la relativisation des fonctions protectrices du droit du travail

Sur un plan plus large que le simple critère de l'accessoriété, la précision apportée par le Tribunal fédéral à sa jurisprudence mène à s'interroger sur la portée d'une relativisation des fonctions protectrices du droit du travail. En effet, dans la mesure où le salaire du travailleur est suffisamment élevé, le principe est aujourd'hui posé qu'une protection spécifique le concernant ne se justifie plus, du moins dans la mesure où elle porte atteinte à la liberté contractuelle des parties³⁷. La question se pose dès lors de savoir jusqu'où ce tempérament peut aller.

Une application de ce principe à tous les critères développés en lien avec la qualification du bonus apparaît pour nous probable. En effet, il serait difficile de justifier une exception limitée uniquement au critère de l'accessoriété quand les autres critères peuvent également mener à une incursion dans la liberté contractuelle des parties. En particulier, le nombre de versements intervenus de

un montant supplémentaire doit être considéré comme une gratification quelle que soit son importance par rapport au salaire».

³⁶ A titre d'exemple, on peut imaginer l'hypothèse dans laquelle le travailleur toucherait un salaire de base de CHF 200'000.– (salaire au sens strict), auquel un bonus de CHF 1 million pourrait venir s'ajouter chaque année. Le salaire de base n'atteignant *a priori* pas un seuil permettant de considérer qu'il assure au travailleur un train de vie approprié et représente un multiple du salaire moyen, une requalification d'une partie du bonus (par exemple à hauteur de CHF 200'000.–) serait envisageable. Une telle démarche ne serait par contre à notre sens pas nécessaire ni possible si le salaire de base s'élevait à CHF 500'000.–.

³⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_520/2012 du 26 février 2013, c. 5.3: «Bei derartigen Einkommensverhältnissen, die nicht nur bei Weitem die Kosten für einen angemessenen Lebensunterhalt des Arbeitnehmers, sondern auch den Durchschnittslohn um ein Vielfaches übersteigen, lässt sich ein Eingriff in die Privatautonomie der Parteien durch ein entsprechendes Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers nicht legitimieren.»

même que l'obligation pour l'employeur de se réserver dans tous les cas une certaine marge de manœuvre ne devraient plus permettre de qualifier un bonus de salaire au sens strict, sans tenir compte de la volonté exprimée par les parties, lorsque la rémunération du travailleur dépasse dans tous les cas un certain montant. Il est d'ailleurs intéressant de relever que l'arrêt du Tribunal fédéral du mois de février 2013 pourrait lui-même être tenu comme un indice d'une telle relativisation, du fait que le PIP et le LPA ont été considérés comme n'étant pas dus, alors même que leur montant était précisément arrêté dans l'information communiquée en début d'année 2006³⁸.

Il pourrait en conséquence être imaginable qu'un bonus d'un montant déterminé soumis uniquement à une condition objective, par exemple l'absence de résiliation du contrat de travail au moment de son paiement, puisse ne pas être considéré comme partie intégrante du salaire au sens strict, dans la mesure où ce dernier suffit largement à couvrir un train de vie approprié et représente un multiple du salaire moyen³⁹.

En revanche, la brèche ouverte dans l'arrêt du mois de février 2013 ne devrait selon nous pas affecter les autres restrictions à la liberté contractuelle des parties prévues en droit du travail à des fins de protection de la partie faible. Ainsi, la réflexion faite au considérant 5.3 de cet arrêt⁴⁰ n'a pas à être sur-interprétée et comprise comme s'étendant à toute incursion dans l'autonomie privée des parties, qu'elle ait trait à la rémunération du travailleur ou porte sur d'autres dispositions absolument et relativement impératives de la loi⁴¹. La dichotomie opposant salaire au sens strict et gratification se prête en effet particulièrement à des tempéraments basés sur les besoins de protection du travailleur, compte tenu du flou entourant ces notions et de la place occupée dans ce cadre par la jurisprudence. Au contraire, les dispositions de protection prévues dans le CO sont pour la plupart claires et ne prévoient aucun régime différencié en fonction du salaire perçu par le travailleur. En conséquence, il n'appartient pas à la jurisprudence d'introduire un tel tempérament hors du cadre des gratifications.

IV. Importance pratique

L'importance pratique de la précision apportée par le Tribunal fédéral en lien avec sa jurisprudence relative aux bonus n'est de loin pas négligeable. En effet le tempérament posé quant à l'application du critère de l'accessoriété aux hauts salaires devrait conférer une plus grande liberté aux parties dans la gestion et la planification de la rémunération du travailleur. Sans porter atteinte aux fondements sociaux du droit du travail, qui demeurent entiers, cette nouvelle approche permet d'étendre un peu plus le spectre des possibilités à disposition d'une entreprise pour rétribuer ses dirigeants et cadres supérieurs.

Moyennant un salaire de base relativement élevé et permettant d'assurer largement un train de vie approprié, il devrait dorénavant être possible d'y ajouter une part variable de «bonus» en vue de motiver ou de fidéliser le travailleur, sans que le montant y relatif ne puisse à lui seul mener à une requalification en salaire au sens strict. Bien que cela ne puisse être affirmé avec certitude, il paraît probable qu'un salaire fixe de CHF 500'000.– suffise pour exclure l'application du critère de l'accessoriété.

Sans être limité à ce critère, le tempérament apporté par le Tribunal fédéral en fonction du niveau de rémunération de l'employé devrait à notre sens s'étendre aux autres critères pertinents pour la qualification d'un bonus, soit notamment ceux de la marge de manœuvre de l'employeur et du nombre de versements. Dans cette mesure, la prévisibilité et la sécurité tant juridiques qu'économiques entourant le paiement des salaires en sortiraient renforcées, à l'avantage de chacune des parties au contrat. Voyant leur autonomie privée et leur liberté contractuelle pleinement respectées, elles pourront en effet négocier en toute connaissance de cause et sans contrainte excessive un niveau de rémunération adéquat ainsi que des modalités de paiement adaptées. Le déséquilibre pouvant exister dans les rapports de travail, et le besoin de protection en découlant, étant fortement tempérés en présence de hauts revenus, une telle liberté paraît pleinement justifiée.

Nonobstant ces développements, la question demeure tout de même de savoir quelle place doit être réservée en présence d'un niveau de rémunération plus bas aux autres critères entrant en compte dans la qualification d'un bonus, en particulier s'agissant de celui de la marge de manœuvre de l'employeur. Ce dernier ayant à nouveau été rappelé en détails dans l'arrêt du mois de février 2013, il paraît malheureusement probable que le Tribunal fédéral continue à y accorder une importance prépondérante en lien avec la notion de gratification⁴².

³⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_520/2012 du 26 février 2013, c. 6.5.

³⁹ A ce jour, la situation applicable à un bonus dont le montant est prévu d'avance et le versement uniquement conditionné à la présence du travailleur dans l'entreprise à un moment donné n'est pas claire, l'absence de marge de manœuvre de l'employeur à son sujet pouvant justifier une requalification en salaire au sens strict. A ce sujet, cf. RICH/RAEDLER (n. 4) ainsi que les développements en partie IV *infra*.

⁴⁰ Cf. note de bas de page 37 *supra*.

⁴¹ On peut dans ce cadre penser entre autres aux règles relatives au paiement du salaire en cas d'empêchement de travailler (art. 324a et 324b CO), au remboursement des frais imposés par l'exécution du travail (art. 327a CO), au nombre minimum de semaines de vacances (art. 329a al. 1 CO), aux délais de résiliation du contrat (art. 335b ss CO) ou encore à la protection contre les congés (art. 336 ss CO).

⁴² Cf. les développements à ce sujet dans RICH/RAEDLER (n. 4).