LE RENOUVEAU DES REMUNERATIONS VARIABLES EN DROIT DU TRAVAIL

Aurélien Witzig

Thèse de Doctorat
Sous la direction du Professeur Gabriel Aubert

(Références à jour au 1er juillet 2014)

Faculté de droit de l'Université de Genève
Imprimatur No 881

À Cécile, Louise et Baptiste

État du droit positif au **1er juillet 2014**

SOMMAIRE

Abréviations

Propos liminaires

Introduction

Partie I – Une typologie à réinventer

Chapitre I – Les rémunérations variables discrétionnaires
Chapitre II – La rémunération sur objectifs
Chapitre III – L'actionnariat salarié

Partie II – L'expansion actuelle des limites à la liberté contractuelle

Chapitre I – La fourchette de rémunération
Chapitre II – La protection contre les discriminations et l'égalité de traitement
Chapitre III – L'intérêt des actionnaires

Partie III – Des problèmes communs renouvelés

Chapitre I – Qualification du contrat et rémunération variable
Chapitre II – Formation du contrat et rémunération variable
Chapitre III – Exécution du contrat et rémunération variable
Chapitre IV – Modification du contrat et rémunération variable
Chapitre V – Fin du contrat et rémunération variable

Conclusion

Bibliographie

Table des matières

ABRÉVIATIONS

ad	concernant
AG	Argovie
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
al.	alinéa
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
art.	article
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (Archives de droit fiscal suisse)
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation française
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
AVS	Assurance vieillesse et survivants
BAG	Bundesarbeitsgericht (Allemagne)
BE	Berne
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
BGH	Bundesgerichtshof (Allemagne)
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation française
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BL	Bâle-Campagne
BOAF	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BS	Bâle-Ville
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation française
Bull. crim.	Bulletin criminel de la Cour de cassation française
CA	Cour d'appel
CAPH-GE	Chambre d'appel des prud'hommes du canton de Genève
CC	Code civil suisse
CCass	Cour de cassation
C. civ.	Code civil français
C. civ. it.	Code civil italien
C. cons.	Conseil constitutionnel
CCT	convention collective de travail
CE	Conseil d'État
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
cf.	se reporter à
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation française
1e civ.	Première chambre civile de la Cour de cassation française
2e civ.	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation française
CFO	Code fédéral des obligations

CGSS	Cahiers genevois de sécurité sociale
circ.	circulaire
CJ-GE	Cour de Justice du canton de Genève
CJUE (CJCE)	Cour de justice de l'Union européenne (anciennement Cour de justice des Communautés européennes)
CO	Code suisse des obligations
coll.	collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation française
comm.	commentaire
concl.	conclusions
cons.	considérant
CP	Code pénal
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation française
CSBP	Cahiers sociaux du barreau de Paris
C. trav.	Code français du travail
CTT	contrat-type de travail
D.	Recueil Dalloz
DH	Recueil hebdomadaire Dalloz
dir.	direction
DP	Recueil Dalloz périodique
Dr. ouvr.	Revue Droit ouvrier
Dr. soc.	Revue Droit social
DTA	Revue Droit du travail et assurance-chômage
ECS	L'Expert-comptable suisse (*Der Schweizer Treuhänder*)
éd.	édition
édit.	éditeur
et s.	et suivante(s)
ex.	exemple
FamPra	La pratique du droit de la famille (Die Praxis des Familienrechts)
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FJS	Fiches juridiques suisses
GADT	Grands arrêts du droit du travail
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GE	Genève
GesKR	Revue Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GR	Grisons
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
GVP-ZG	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug
infra	plus bas dans le texte
IRLR	Industrial Relations Law Reports (Royaume-Uni)
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération

JAR	Jarhbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JCP E	Semaine juridique Entreprise et affaires
JCP S	Semaine juridique Social
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne (anciennement JOCE)
JS Lamy	Jurisprudence sociale Lamy
JT	Journal des tribunaux
JU	Jura
Jurisp. soc.	Jurisprudence sociale
Jurisp. UIMM	Jurisprudence sociale UIMM
JU-TRAV	Recueil de jugements du droit du travail
LAVS	Loi sur l'assurance vieillesse et survivants
LCD	Loi sur la concurrence déloyale
LHID	Loi sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes
LIFD	Loi sur l'impôt fédéral direct
LNM	Loi sur la navigation maritime sous pavillon suisse
LParticipation	Loi sur la participation
LPers	Loi sur le personnel de la Confédération
LTr	Loi sur le travail
LU	Lucerne
N *ou* n°	numéro
N. B.	*nota bene*
nbp	note de bas de page
NE	Neuchâtel
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
Obergericht-ZH	Tribunal supérieur du canton de Zurich
obs.	observation
OLT 1	Ordonnance n° 1 relative à la loi sur le travail
p(p).	page(s)
PJA	Pratique juridique actuelle (Aktuelle juristische Praxis, AJP)
Pra	Die Praxis
rapp.	rapport
RAVS	Règlement sur l'assurance vieillesse et survivants
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse (Zeitschrift für Schweizerisches Recht, ZSR ; Rivista di diritto svizzero)
RDT	Revue de droit du travail
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
Rep. giur.	Repertorio di Giurisprudenzia patria
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence

RJB	Revue de la Société des juristes bernois (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, ZBJV)
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RO	Recueil officiel
RPDS	Revue pratique de droit social
RS	Recueil systématique
RSAS	Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle (Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, SZS)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, SZW)
RSDIE	Revue suisse de droit international et de droit européen
RS-GE	Recueil systématique genevois
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (Schweizerische Juristen-Zeitung, SJZ)
RSJB	Revue de la Société des juristes bernois (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, ZBJ)
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
S.	Recueil Sirey
SARB	Schweizerisches Arbeitsrecht Basel
SAS	La Société anonyme suisse (Die schweizerische Aktiengesellschaft, SAG)
Sem. soc. Lamy	Semaine sociale Lamy
SG	Saint-Gall
SJ	Semaine judiciaire
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation française
somm.	sommaire
spéc.	spécialement
sq(*q*).	et suivante (s)
supra	plus haut dans le texte
t.	tome
TAF	Tribunal administratif fédéral
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral suisse
TFA	Tribunal fédéral des assurances
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tessin
TPH-GE	Tribunal des prud'hommes du canton de Genève
trad. fr.	traduction française
TREX	L'Expert fiduciaire
UE	Union européenne
vol.	volume
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZG	Zoug
ZH	Zurich
Zivilgericht-BS	Tribunal civil du canton de Bâle-Ville
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSIS	Zeitschrift für Schweizerisches und Internationales Steuerrecht

PROPOS LIMINAIRES

« *Nous n'avons pas le courage de dire en général que nous n'avons point de défauts,*
et que nos ennemis n'ont point de bonnes qualités ;
mais en détail nous ne sommes pas trop éloignés de le croire. »

La Rochefoucauld, *Maximes*[1]

La rédaction de la présente thèse m'a paru relever de deux paradoxes.

Paradoxe de l'auteur de doctrine juridique tout d'abord : alors que le cœur de son travail consiste à observer le développement des passions humaines, la façon dont elles entrent en conflit et les moyens de les mener à l'apaisement, cette matière vivante et mouvante lui apparaît sous la forme atténuée et figée de mots et de phrases — lois, règlements, jugements, avis, opinions. Alors qu'il cherche à dire quel doit être le comportement des hommes, il ne peut en appréhender la complexité que par l'intermédiaire du compte-rendu, condensé plus ou moins objectif des situations de conflit, sous le masque froid des décisions de cours et tribunaux. Mais c'est le propre du droit que de transporter le conflit du terrain de l'acte au terrain de la parole devant une instance tierce[2]. Et dans notre système juridique, une règle a d'autant plus de poids qu'elle est abstraite et détachée des personnes qui l'ont conçue : parlement, administration, juridictions, universités, les personnes physiques se fondent en des entités auxquelles on attribue ce pouvoir moral d'édicter des lignes de conduite. C'est donc par un phénomène particulier de dépersonnalisation du conflit — phénomène renforcé par l'exigence contemporaine de préservation de la vie privée des parties conduisant à leur anonymisation dans les décisions rendues — que doit jaillir la réflexion de l'auteur de doctrine, réflexion sur le monde et provenant du monde, mais conçue dans un autre univers, codifié par la raison, imprégné par l'idéologie et sous-tendu par l'espérance de l'apaisement.

Paradoxe du chercheur ensuite : on parle souvent de la thèse comme d'un travail solitaire. Malgré la vie d'ermite à laquelle je me suis astreint, comme n'importe quel thésard, il m'est apparu que la recherche était un moyen insoupçonné d'entrer en communication intime, par le support écrit, avec d'autres esprits. Entendre parler quelqu'un à travers ses écrits est une expérience très particulière : on retranche la présence physique de la personne pour mieux voir éclore le noyau de sa pensée. Cette situation est proprement antinaturelle et la diffusion du texte écrit marque sans doute une rupture majeure dans l'ordre de la transmission du savoir, en permettant l'accès à la pensée d'une personne qui nous est absente. La mise en réseau des ordinateurs, par la diffusion instantanée de photographies et de vidéos qu'elle permet, fait aujourd'hui retrouver, par un nouvel artifice, une forme d'oralité à la transmission du savoir.

[1] Maxime n° 397.
[2] Philippe JESTAZ, *Le Droit,* Dalloz, « Connaissance du droit », Paris, 6e éd., 2010, pp. 10 et s.

Entre droit savant et pratique vivante[3], la rédaction d'une thèse de droit s'accompagne d'une rencontre des autres — qu'il s'agisse de rechercher sous la froideur d'un acte législatif ou d'une décision judiciaire le feu du conflit idéologique ou personnel, de découvrir la pensée d'auteurs pour nourrir ses propres réflexions, ou de tenter de synthétiser sa pensée pour la restituer à autrui.

Cette thèse ne serait donc pas la même, elle n'aurait peut-être pas vu le jour, sans l'apport de toutes les sources répertoriées en fin de travail et sans le soutien de nombreuses personnes que je remercie chaleureusement : mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Gabriel Aubert, à qui je suis particulièrement reconnaissant d'avoir su me conseiller et m'aiguiller avec bienveillance et rigueur pour mener à bien ce travail durant ces trois années, Monsieur le Professeur Christian Bovet pour sa relecture attentive et précieuse, les membres de mon jury, mais aussi ma famille de sang et ma famille d'amitié, mon épouse Cécile et ma petite Louise qui est venue au monde pendant la rédaction de ma thèse.

À mon tour à présent de sortir de ma retraite intellectuelle et de proposer un éclairage sur la rémunération variable du travail dépendant. Je souhaiterais voir cette thèse comme l'infime contribution que je viens déposer sur le monument de la pensée juridique édifié de longue haleine par mille prédécesseurs. Mais après la mise en garde de La Rochefoucauld, c'est une règle de modestie qu'il faut ici observer. J'espère qu'on croira que, même lorsqu'il a fallu soutenir une position, même lorsqu'il a fallu critiquer une décision, même lorsqu'il a fallu trancher une controverse doctrinale, mes maladresses avaient pour seul objectif d'éviter le dogmatisme, de viser cette humilité qui mène à la modération et empêche la démesure. Comme l'a dit Philippe Malaurie, l'humilité du juriste lui commande de rester sceptique sur les vertus du droit, en considérant qu'il n'est pas une fin en soi[4].

[3] Pour reprendre, en la déformant, une expression dont la paternité semble devoir être attribuée à Eugen Ehrlich (Czernowitz, 1862 — Vienne, 1922). Pour une présentation de la pensée de cet auteur, *cf.* Manfred REHBINDER, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich,* Duncker & Humblot, Berlin, 1986.

[4] Philippe Malaurie dit encore : « *L'humilité du juriste lui commande de n'être asservi ni par ses idées, ni par la contemplation de son œuvre ou de sa personne, ni de s'installer dans des certitudes, ni de croire en l'omnipotence des hommes et encore moins en celle de la loi, mais de se remettre fréquemment en question en pensant qu'il a pu se tromper, que toute erreur comprend une part de vérité et que toute vérité est susceptible d'effets pervers.* » (Philippe MALAURIE, *Droit civil illustré,* Defrénois, Paris, 2011, p. 15)

INTRODUCTION

« *Gardez votre or ! Et votre argent*
N'appartient qu'à la Reine ;
J'aimerais mieux mon doux Marquis
Que toutes vos richesses ! »

Le Roi a fait battre tambour,
chanson populaire des XVII^{e}/XVIII^{e} siècles

1. La présente étude a pour point de départ le constat de la diversité grandissante des modes de rémunération, du foisonnement de leurs dénominations, de la complexification des structures et montages servant à motiver la main d'œuvre et à individualiser la contrepartie financière du travail.

2. Ainsi, de nombreuses entreprises proposent aujourd'hui à leurs travailleurs de les rémunérer non pas uniquement en fonction du temps passé au travail, mais selon des critères variés de performance (nombre de contrats conclus en faveur de l'entreprise, atteinte de certains objectifs prédéterminés, marche des affaires, etc.). Ces modes de rémunération particuliers peuvent être regroupés sous le vocable générique de « rémunérations variables », qui désigne, de la manière la plus large possible, toute rémunération du travail dépendant qui n'est pas exclusivement fonction du temps mis à disposition par le travailleur[5].

3. Or, la notion de variabilité est consubstantielle à celle de rémunération[6] : la rémunération au temps, d'ailleurs, est une rémunération forfaitaire dont le montant varie en fonction du

[5] En pratique, le terme de « ***bonus*** » s'est largement répandu. Nous aurons à en mesurer la portée juridique et, surtout, à expliquer pourquoi le terme de « rémunération variable » nous paraît plus précis pour cerner le champ de notre étude (*cf. infra* n° 244-245).

[6] Le terme « rémunération », en son sens contemporain, est attesté dès 1300 dans un écrit juridique, les *Coutumes locales du bailliage d'Amiens* (Éditions Bouthors, tome 1, 1845, p. 211). Juridiquement, il s'agit d'un « *terme générique désignant toute prestation, en argent ou même en nature, fournie en contrepartie d'un travail ou d'une activité (ouvrage, services, etc.)* » ; plus spécialement, pour un travailleur salarié, la rémunération est la « *contrepartie du travail ou de la disponibilité du travailleur, fixe ou variable, calculée au temps ou au rendement, fixée en argent ou pour partie en*

temps travaillé[7]. Dans l'intérêt de notre étude, il faut restreindre la notion de variabilité aux mécanismes qui font varier la rémunération en dehors du simple écoulement du temps. Aussi considérerons-nous plus précisément la ***rémunération variable*** comme le transfert d'un bien dans le patrimoine du travailleur, en contrepartie de la mise à disposition de ses facultés physiques et intellectuelles, bien dont le montant est arrêté, pour une période déterminée, soit en fonction des critères objectifs, soit de manière plus ou moins bénévole.

***

4. Depuis une trentaine d'années, le schéma « classique » d'un salaire mensuel fixe agrémenté de diverses primes ponctuelles tend à perdre son rôle de modèle, au profit d'un mouvement d'individualisation des salaires. En Suisse pour l'année 2011, la part de rémunération variable représentait les trois quarts de la rémunération des directeurs des sociétés financières du SMI et les deux tiers de la rémunération des autres membres de la direction générale[8]. Ce phénomène s'inscrit dans une tendance plus générale, soulignée par le Tribunal fédéral, de flexibilisation des différents aspects du travail dépendant (contrats atypiques ou précaires comme le travail intérimaire, temps de travail éclaté, télétravail, etc.)[9].

5. L'intérêt des entreprises à accentuer la place des rémunérations variables est divers. Tout d'abord, la rémunération variable permet une individualisation accrue des rémunérations ; elle augmente la flexibilité sur les rémunérations par l'aspect discrétionnaire qu'elle comporte souvent. Elle s'inscrit dans une « logique des compétences », comme un sous-jacent à l'individualisation de la relation de travail : elle engage la responsabilité du travailleur dans les moindres détails de son travail. Tout à la fois évaluation individuelle des performances et reconnaissance de droits individuels par voie contractuelle[10], elle permet également de mettre en œuvre la théorie dite de l'agence, selon laquelle il existe une répartition asymétrique des informations entre les propriétaires de l'entreprise et les membres de sa direction, en faveur de ces derniers, asymétrie qui devrait être corrigée pour faire converger les intérêts des seconds avec ceux des premiers[11].

6. C'est à la suite de la crise de 2008 que les nouvelles formes de rémunérations variables ont été placées sous le feu des projecteurs. On s'est alors aperçu que leur montant atteignait

---

nature ; elle comporte non seulement le salaire et ses accessoires (primes, gratifications, indemnités, pourboires), mais l'ensemble des avantages accordés au travailleur en vue de lui permettre de satisfaire à ses besoins » (CORNU, *Vocabulaire juridique,* pp. 891-892).

[7] Inversement le Tribunal fédéral a parfois qualifié la participation aux résultats de « salaire au temps » (TF, 21 juin 1955, *Bruderer c. Hemmi & Baur, ATF* 81 II 145, *JT* 1956 I 13), ce qui s'explique notamment par le fait que, dans le cadre d'un contrat de durée comme le contrat de travail, une rémunération présente automatiquement un aspect temporel (MORF, *Lohn und besondere Vergütungsformen,* p. 204). D'ailleurs, un travailleur peut parfois arbitrer entre « travailler plus pour gagner plus » ou diminuer son temps de travail pour s'adonner à davantage de loisir : en 1975, 60 % des travailleurs suisses se disaient prêts à accepter une réduction de salaire en contrepartie d'un allègement de leur horaire de travail (Christian LALIVE D'ÉPINAY, *Les Suisses et le travail,* Réalités sociales, Lausanne, 1990, p. 86).

[8] Étude réalisée par Ethos, *Rémunération 2011 des instances dirigeantes*, septembre 2012 (ethosfund.ch).

[9] *Cf.* TF, *Rapport de gestion 2011*, p. 21.

[10] Christian BESSY, *La Contractualisation de la relation de travail,* L.G.D.J., Paris, 2007, p. 153.

[11] BÄCHLER, *Vergütungen*, p. 18 ; Hans Caspar von der Crone/Benedict Burg, « Salärgovernance und Markt für Führungskräfte », *Festschrift für Rolf Weber zum 60. Geburstag,* Stämpfli, Berne, 2011, pp. 331-352, spéc. 347 et s.

parfois des sommets[12]. On a constaté une augmentation supérieure à la moyenne des salaires situés dans les classes élevées[13]. On a objecté qu'il existait une incohérence entre la demande d'aide financière des banques et le montant des bonus qu'elles octroyaient dans le même temps[14]. On a proposé de réduire le montant de ces bonus pour limiter la « prise de risque »[15] ou pour sanctionner leur caractère « injuste »[16]. Des hommes politiques aussi divers que Barack Obama ou Alain Juppé les ont qualifiées d'« obscènes »[17].

7. En réponse, le pouvoir exécutif a paré au plus pressé. Par exemple, le Conseil fédéral a proposé que les systèmes de rémunération des établissements financiers qui sollicitent une aide étatique soient réglementés d'office durant la période pendant laquelle le soutien financier est accordé ; il a envisagé des modifications du droit fiscal (taxation des rémunérations versées en fonction du bénéfice de l'entreprise au même titre que les répartitions de bénéfices, imposition des options de collaborateur non pas à l'attribution mais lorsque leur détenteur exerce son droit d'option, etc.)[18]. L'Autorité de surveillance des marchés financiers a rédigé une circulaire imposant certaines limites aux systèmes de rémunération mis en place par les établissements financiers[19]. En divers lieux, on a prôné une plus grande transparence, notamment par la mise en application du principe dit « *say on pay* »[20] qui permet, dans les sociétés de capitaux, un droit de vote consultatif ou contraignant des actionnaires sur la rémunération des dirigeants (administrateurs et/ou salariés)[21], principe qui fut même décliné en « *say on golden parachute* ». On a, enfin,

[12] Le montant moyen de rémunération des directeurs généraux des plus grandes entreprises financières suisses entre 2007 et 2011 avoisinait les dix millions de francs, pour une part variable représentant entre 60 et 90 % du total (Valentin Jentsch/Hans Caspar von der Crone, « Aktuelle Entwicklungen in der Vergütungslandschaft des Finanzplatzes Schweiz », *RSDA* 2012. 377, spéc. 382). En 2010, l'industrie financière de Wall Street a versé 144 milliards de dollars en bonus (Julien Waeber, « Circulaire FINMA 2010/1 sur les systèmes de rémunération : des obstacles en droit civil ? », *RSDA* 2012. 119).

[13] Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « 1 :12 – Pour des salaires équitables », 18 janvier 2012, *FF* 2012. 503-528, spéc. 509 : l'enquête suisse sur la structure des salaires montre qu'entre 1994 et 2010, le salaire mensuel brut standardisé du 9e décile (90 % des salaires) de la répartition salariale a augmenté en moyenne de 1,8 % par an contre 1,3 % par an pour le salaire médian. Quant aux très hauts salaires, leur évolution a été, selon le Conseil fédéral, « exceptionnelle ».

[14] Motion parlementaire n° 10.3047 « Pas de bonus pour les grandes banques qui disposent *de facto* d'une garantie de l'État », déposée par le Groupe socialiste le 3 mars 2010.

[15] *Cf.* Motion n° 09.4241 du 11 décembre 2009 visant à adapter les rémunérations variables à la performance durable ; Alexandre Richa/David Raedler, « Le "bonus" soumis à une condition objective », *GesKR* 2012. 524. Dans la presse : Christine Lahuec (traduction), « Les bonus doivent être revus pour limiter la prise de risque », *Le Monde* 17 août 2010.

[16] *Cf.* Motion n° 10.3836 du 1er décembre 2010 visant à interdire les bonus dans une entreprise déficitaire. *Cf.* également l'initiative populaire fédérale des Jeunes socialistes suisses pour limiter les hauts salaires dans les entreprises (le salaire maximal versé par une entreprise ne pourrait pas être plus de douze fois supérieur au salaire minimum ; *FF* 2013. 2205) qui a été refusée en votation populaire le 24 novembre 2013 et l'initiative populaire fédérale contre les rémunérations abusives, acceptée le 3 mars 2013, ainsi que le contre-projet indirect (initiative parlementaire n° 10.443). D'autres motions ont encore été déposées récemment : motion n° 13.3028, motion n° 13.3030, motion n° 13.3044.

[17] « Obama nennt Boni obszön », *NZZ* 15 janvier 2010 ; « Alain Juppé refuse la Cour des comptes », *Les Échos* 18 janvier 2010.

[18] Réponse du Conseil fédéral du 12 mai 2010 à la motion parlementaire n° 10.3047 (« Pas de bonus pour les grandes banques qui disposent *de facto* d'une garantie de l'État »). *Cf.* également : la motion n° 09.4237 du 11 décembre 2009 visant à l'imposition des bonus et l'initiative parlementaire n° 10.460 du 22 juin 2010 sur le traitement des rémunérations très élevées du point de vue du droit des sociétés et du droit fiscal.

[19] *Cf. infra* n° 79, 124, 253-258, 300, 427, 509-513.

[20] *Cf.* en droit américain, le *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, 111th Congress, 2009-2010 ; Ivan Tchotourian, « Gouvernance d'entreprise et rémunération à l'aune de la nouvelle régulation financière américaine », *Bulletin Joly Bourse* 1er septembre 2010. 376. Pour le droit suisse, voir la modification du Code des obligations du 7 octobre 2005, intitulée « Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction » (Message du Conseil fédéral du 23 juin 2004, *FF* 2004 4223).

[21] *Cf.* l'initiative lancée par Thomas Minder en 2008 et acceptée par le peuple le 3 mars 2013 ; *cf. infra* n° 429-462.

proposé la création de « comités de rémunérations », composés de membres extérieurs au conseil d'administration, pour décider des rémunérations des cadres dirigeants de l'entreprise[22].

***

8. L'objet de notre enquête est donc posé : le renouveau des rémunérations variables du travail et l'appréciation de sa critique. Nous traiterons cette question sous l'angle juridique. Il faut néanmoins souligner que dans la pratique, deux autres domaines sont tout autant concernés par les rémunérations variables :

— l'***économie*** : on adopte une conception économique de la rémunération lorsqu'on raisonne en termes de « coût pour l'entreprise » et de « pouvoir d'achat pour le salarié ». On observe d'ailleurs une porosité du discours juridique au discours gestionnaire, car les enjeux économiques de la rémunération du travail sont pregnants. D'ailleurs, l'histoire économique de la rémunération du travail est traversée par la question de la répartition des profits entre travail et capital, laquelle n'a jamais fait l'objet d'un consensus entre économistes[23]. La réflexion économique sur le prix du travail s'est emparée tant de la question du montant de la rémunération que de celle de sa structure. Dans une perspective de rationalisation comptable de l'entreprise, on a ainsi cherché à établir une proportion raisonnable entre la rémunération et les bénéfices de l'entreprise. Un directeur du trust de l'acier aux États-Unis déclarait à cet égard au XX^e^ siècle : « *Aujourd'hui, entre le capital et le travail, la question n'est pas tant de savoir le taux du salaire que l'ouvrier recevra que si ce salaire est en proportion équitable avec les bénéfices de l'affaire.* »[24]

[22] *Cf.* par exemple les articles 25 et 26 du Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise ou l'article 16 du Code français AFEP-MEDEF du gouvernement d'entreprise.

[23] De manière grossière, on peut distinguer trois étapes principales : les ***théories classiques***, celles d'Adam Smith et de David Ricardo, qui rejetèrent les corporations qu'ils accusaient de fausser le libre jeu du marché du travail ; ils pensaient que les salaires devaient être livrés à la concurrence (Adam SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, trad. fr. *La Richesse des nations* par Germain Garnier, Flammarion, coll. « GF », Paris, 1991 ; David RICARDO, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, 1821 (3^e^ éd.), trad. fr. *Des Principes de l'économie politique et de l'impôt* par Cécile Soudan, Flammarion, Paris, 1992) ; les ***critiques socialistes***, notamment la théorie de la plus-value de Karl Marx, qui dénonce les injustices de la fixation du salaire des prolétaires (la plus-value, qui est la valeur du « surtravail », c'est-à-dire du travail non payé accompli par le travailleur pour le capitaliste, est précisément ce qui forme la base de l'accumulation du capital : Karl MARX, *Das Kapital,* 1867, trad. fr. *Le Capital* par Michel Jacob, Joseph Roy, Maximilien Rubel et Suzanne Voute, Gallimard, Paris, 2008. Voir des réflexions similaires chez Jean DE SISMONDI, *Nouveaux principes d'économie politique,* Delaunay, Paris, 1819, p. 105) ; le ***keynésianisme*** : John Maynard Keynes renouvela la réflexion sur la rémunération en préconisant une relance de la demande par l'augmentation des salaires et des dépenses publiques ; la consommation devait s'ensuivre, selon lui, à la grande satisfaction des entrepreneurs (Joseph Maynard KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, 1936, trad. fr. *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie* par Jean de Largentaye, Payot & Rivages, Paris, 2005).

Les ***Rapports PEPPER***, commandés par l'Union européenne vers la fin du XX^e^ siècle, promurent la participation aux bénéfices et aux résultats de l'entreprise ; le but était d' « *atteindre une plus juste répartition des patrimoines* » tout en assurant « *un niveau adéquat de croissance non inflationniste* » : *cf.* proposition de recommandation du Conseil concernant la promotion de la participation des salariés aux bénéfices et aux résultats de l'entreprise (y compris la participation au capital), 3 septembre 1991 (*JOCE* n° C 245, 20 septembre 1991, p. 12).

[24] Cité par André MAGNIER, *La participation du personnel à la gestion des entreprises. Cent ans d'évolutions en France et à l'étranger, vers l'émancipation du prolétariat au sein des entreprises,* Sirey, Paris, 1946, p. 43 ; *cf.* également Samuel JUBÉ, *Droit social et normalisation comptable,* L.G.D.J., Paris, 2011, p. 244.

— la ***sociologie*** : la rémunération du travail est avant tout un fait social. Le montant et la structure des rémunérations sont le reflet davantage de la société que des règles de droit. Le droit est un substrat qui demeure plus ou moins obscur pour les travailleurs et les employeurs. De plus, pour les parties, « *ce qui est, légalement et réglementairement, parfaitement licite n'est pas pour autant légitime* »[25]. Dans la plupart des cas, la rémunération du salarié ne correspond pas à la contrepartie directe et proportionnelle à l'effort productif fourni[26], mais à ce qui lui est nécessaire pour garantir sa « position sociale »[27]. Des aspects psychologiques influencent donc largement la perception qu'ont les travailleurs de leur propre niveau de rémunération[28].

9. Au niveau ***juridique***, la rémunération est considérée comme le ***prix du travail***[29], car le contrat de travail est conçu sur le modèle du contrat de vente[30]. Mais la notion de prix se complique lorsqu'elle devient rémunération d'un travail dépendant. Tout d'abord, le contrat de travail ne présente pas le même caractère instantané que la vente : la relation de travail a vocation à s'étendre dans la ***durée*** (d'où la qualification du contrat de travail comme « contrat relationnel »[31]). Dès lors, la rémunération d'aujourd'hui ne sera pas forcément celle de demain. Par ailleurs, la rémunération du travail met inévitablement en jeu la ***personne*** du travailleur. Certes, dans notre système juridique, la personne disparaît en principe derrière le contractant : le contrat marque à la fois le ***fondement*** et la ***limite*** des obligations de la personne qui s'engage. Les éléments qui touchent à la corporéité ou au statut social du contractant sont volontairement ignorés par notre droit des obligations, sauf exceptions protectrices spécifiques (protection du locataire, protection du consommateur, protection de l'investisseur, ou justement protection du travailleur, etc.). Mais s'il peut arriver que je vende un bien dont je sois complètement détaché sentimentalement, en revanche, je ne peux jamais considérer, si j'y réfléchis, que le prix de mon travail ne veut rien dire de moi-même, au-delà de ma position de simple contractant. Bref, que le salarié y cherche la récompense de son mérite ou la préservation de son statut social, son rapport au salaire ne le laissera jamais indifférent. Pour cette raison, il voudra qu'on rende raison du jugement qui est immanquablement porté sur sa personne par le montant de sa rémunération. À cet égard, la rémunération n'est pas tant le prix du travail que le ***prix de la personne au travail***. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si l'on utilise des termes spécifiques

---

[25] Philippe D'IRIBARNE, *La Logique de l'honneur,* Éditions du Seuil, « Points », Paris, 1989, p. 34.

[26] LALLEMENT, *Le travail*, pp. 149-150.

[27] Karl POLANYI, *The Great Transformation,* Rinehart, New York, 1944, trad. fr. *La grande transformation* par Catherine Malamoud, Gallimard, Paris, 1983, p. 75.

[28] Un sondage a montré que la plupart des gens préfèrent gagner 10 % de moins que ce qu'ils gagnent actuellement s'ils savent que d'autres personnes gagneront 20 % de moins, plutôt que gagner 10 % de plus si les autres gagnent 20 % de plus (Daniel COHEN, *Homo economicus, prophète (égaré) des temps nouveaux,* Albin Michel, Paris, 2012*,* p. 22). COHEN explique cette attitude par le besoin maladif de se comparer aux autres, ressort essentiel de la nature humaine. Du coup, « *le bonheur dépend des comparaisons que chacun établit avec un groupe de référence, les amis ou les collègues* ».

[29] Il ne peut y avoir prix que s'il y a ***monnaie***. La monnaie est « *un bien d'échange, généralement accepté au sein d'une communauté de paiement* » (Raymond BARRE*, Économie politique,* Presses Universitaires de France, « Thémis », Paris, 1997). C'est donc la monnaie qui permet le prix. En effet, en tant qu'instrument de mesure de la valeur, la monnaie permet de comparer des biens et des services de nature hétérogène (Jean-Claude DROUIN, *Tous économistes,* Presses Universitaires de France, 3e éd., 2008, p. 127). En ce sens, la rémunération est avant tout un « *fait monétaire* » (LALLEMENT, *Le travail*, p. 150).

[30] Ce que confirme l'ordre de présentation des contrats spéciaux dans le Code des obligations (vente, bail, prêt, travail, etc.). Considérer le travail comme un bien quantifiable et échangeable est une ***fiction juridique*** (SUPIOT, « Que sais-je », p. 12) : en effet, le travail de l'homme, en tant que tel, se distingue du produit du travail, il n'est pas une réalité saisissable (*cf.* Georges RIPERT, *Les Forces créatrices du droit,* L.G.D.J., Paris, 1955, p. 275 : « *Le travail, c'est l'homme même, dans son corps et dans son esprit* […]. »). La ***Déclaration de Philadelphie*** l'a énoncé solennellement : « *Le travail n'est pas une marchandise.* » (Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail, adoptée par la Conférence, Philadelphie, 10 mai 1944, I)

[31] *Cf.* Ian MACNEIL, *The New Social Contract, An Inquiry into Modern Contractual Relations,* Yale University Press, 1980 (l'auteur oppose les contrats « relationnels » aux contrats « transactionnels »).

renvoyant aux personnes et jamais le terme de « prix » pour désigner la réalité que recouvre la rémunération[32]. Si nous sommes remontés à l'idée de prix, c'est précisément parce que nous avons cherché à démonter les rouages juridiques de la rémunération du travail. En définitive, la rémunération du travail se trouve immanquablement prise dans le dilemme ***valeur de la chose*/*valeur de la personne***, puisqu'elle est conçue comme un prix et qu'en même temps elle sanctionne socialement l'œuvre d'un individu. Ce dilemme nous rappelle que la tradition occidentale n'a jamais tranché définitivement, en matière de travail, entre le ***contrat***, instrument faisant prévaloir l'individu sur le groupe, et la ***relation statutaire***, qui prédomine dans les sociétés communautaristes ou collectivistes[33]. Ce paradoxe parcourt l'histoire des rémunérations du travail, d'un bout à l'autre[34].

---

[32] Les termes utilisés dans l'histoire pour désigner la rémunération du travail (***salaire*** des soldats, ***gages*** ou ***profits*** des domestiques, ***appointement*** des employés, ***guelte*** des vendeurs, ***solde*** des militaires, ***traitement*** des fonctionnaires, ***paye*** des ouvriers, ***pourboire*** des serveurs, ***honoraires*** des avocats et des médecins) montrent bien que ce paiement renvoie à la diversité des statuts sociaux.

Le terme « rétribution », utilisé par la Constitution italienne (art. 36 : *retribuzione*), peut apparaître comme plus neutre que celui de rémunération.

Les langues non romanes présentent des caractéristiques similaires. Outre les mots *salary* et *pay*, formés sur une racine latine, le terme courant en anglais est *wage*, issu de la même origine gothique que le français « gage ». Il renvoie à l'idée de promesse, fondement d'une relation de confiance entre maître et serviteur. Ce mot coexistait en anglais avec *loan*, qui rend aujourd'hui l'idée de « prêt » mais présente la même origine que l'allemand *Lohn*, lequel terme désigne dans cette langue le « salaire ». Formé sur une racine indo-européenne désignant le « butin », il servit à désigner, à un stade intermédiaire, la « récompense ». L'allemand présente la même variété de termes que le français, généralement pour désigner la position de la personne qui reçoit la rémunération : *Entgeld*, *Entlohnung*, *Vergütung*, *Gehalt*, *Verdienst*, *Sold*, *Heuer*.

[33] Jacques Ghestin, « Contrat », *Dictionnaire de la culture juridique,* (édit. Denis Alland/Stéphane Rials), Presses Universitaires de France, Paris, 2003. 276-281, spéc. 277.

[34] Durant l'***Antiquité***, le salaire est, selon les mots de Cicéron, le « *prix de la servitude* » (CICÉRON, *De Officiis,* 44 av. J.-C., Belles Lettres, Paris, 1974, Livre I, § XLII). Le ***Moyen Âge*** reste dans la même logique : la condition servile y fut considérée comme une impureté, vision qui relevait d'une conception religieuse selon laquelle la pureté n'était associée qu'à la chasteté, au jeûne et au temps passé dans la prière (Georges DUBY, *Les Trois Ordres ou l'Imaginaire du féodalisme,* Gallimard, Paris, 1978). À l'***époque moderne***, le « loyer » payé à celui qui louait sa force de travail ne consistait généralement qu'en un « salaire de subsistance » ; en parallèle, l'Ancien régime connaissait le régime des corporations où les conditions de travail étaient imposées par le maître au compagnon (Guillaume Hubert CAMERLYNCK, *Le Contrat de travail,* Dalloz, Paris, 2e éd., 1982, pp. 6 et 7). Certes, l'employeur n'était pas censé payer l'ouvrier au-dessous de son juste prix (ce que Cicéron préconisait déjà : CICÉRON, *De Officiis,* 44 av. J.-C., Belles Lettres, Paris, 1974, Livre I, § XIII), mais on estimait que cette obligation relevait du for intérieur, non sanctionnable par les voies de droit (POTHIER, *Traité du contrat de louage,* n° 202). Le Tribunal fédéral se faisait encore l'écho de cette conception à la fin du XIXe siècle (TF, 6 mars 1897, *Aluminium-Industrie-Gesellschaft, ATF* 23 I 265, cons. 2).

C'est la ***révolution industrielle*** qui, dans le cadre du contrat de travail nouvellement conçu, imposa peu à peu la ***rémunération à la tâche*** et la ***rémunération aux pièces***. De la même manière que la personne du travailleur disparaissait sous la position juridique du salarié contractant, de même la rémunération liée au statut social s'effaçait progressivement pour laisser place à un salaire rationnalisé, résultat d'une opération mathématique : chaque acte que produisait le travailleur lui ouvrait droit à un montant spécifique. Par la suite, la rémunération à la tâche ou aux pièces perdit en importance et l'on vit se propager dès le tournant du XXe siècle, par un nouvel effort de rationalisation, la ***rémunération au rendement*** (c'est la marque du ***taylorisme,*** cette volonté d'organiser scientifiquement le travail : Frederick TAYLOR, *The Principles of Scientific Management*, New York, 1911, trad. fr. *La Direction scientifique des entreprises* par Luc Maury, Dunod, Paris, 1971).

Les années qui suivent la ***Seconde guerre mondiale*** voient progresser le nombre de travailleurs bénéficiant d'une ***rémunération au temps***. La technique de la mensualisation se répand. Ce qui compte désormais, ce n'est plus l'action concrète du travailleur, mais le poste qu'il occupe (LALLEMENT, *Le travail,* p. 153). Le salariat devient la norme pour un grand nombre de travailleurs, à tel point qu'on parla alors de « ***société salariale*** » (*Cf.* Robert CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale,* Fayard, Paris, 1995).

Les ***années 1980*** marquent une rupture par l'apparition de rémunérations variables d'un nouveau genre lequel prétend évaluer la qualité du travail au moyen d'***indicateurs de performance scientifiques*** (SUPIOT, *L'Esprit de Philadelphie,* p. 116). Le travail est aujourd'hui de plus en plus souvent mesuré à l'aune de ***statistiques*** et de ***normes comptables*** (SUPIOT, *L'Esprit de Philadelphie,* p. 125).

10. Plus techniquement, le contrat de travail consiste en un apport en nature du travailleur auquel répond le versement par l'employeur[35] d'une somme d'argent à intervalle régulier[36]. D'un point de vue juridique, la rémunération est donc un élément constitutif du contrat de travail (CO, art. 319 et 320, al. 2)[37], lequel se distingue d'autres relations contractuelles par son ***caractère onéreux***. Ceci s'explique car la perspective de recevoir une rémunération est toujours importante et le plus souvent décisive pour le travailleur[38].

11. On pourrait donc façonner pour les besoins de notre cause la maxime suivante : *ubi labor, ibi remuneratio,* avec deux facettes :

— il n'y a ***pas de rémunération sans travail***, car on se trouve en présence d'un rapport d'échange[39] ;

— il n'y a ***pas de travail sans rémunération***, car l'idée contractuelle s'est historiquement imposée au détriment de rapports fondés uniquement sur la hiérarchie sociale. La rémunération apparaît alors comme une contrepartie indispensable d'autant que l'esclavage a été aboli.

***

12. Ces prémisses font que l'on considère classiquement que la rémunération du travail présente trois caractères, que la rémunération variable vient tantôt appuyer tantôt renverser :

— un caractère ***alimentaire.*** La rémunération n'est pas un simple surplus ; elle répond à un impératif lié à la nécessité pour l'homme de travailler pour survivre dans le cadre naturel[40].

— un caractère ***forfaitaire.*** La rémunération est en principe indépendante de la réussite ou de l'échec économique de l'entreprise. Du fait de l'embauche, l'employeur s'engage à verser une rémunération forfaitaire alors même que l'entreprise n'a pas forcément rapporté de profit. Conformément à l'adage classique *ubi emolumentum ibi onus*[41], l'employeur assume un ***risque économique***. Le résultat de la prestation du salarié, prenant le cas échéant la forme d'un profit, se réalise dans le chef de l'employeur ou parfois d'un tiers,

---

[35] La personne qui verse la rémunération n'est pas obligatoirement celle qui a signé le contrat de travail. Dans les groupes de société, la rémunération est parfois versée par une société tierce, sans déplacement de la qualité d'employeur (*cf.* TF, 2 avril 2012, 4A_37/2012, cons. 2 ; Danthe, *Commentaire,* N 1 *ad* art. 322 CO).

[36] Nicolas Jeandin, « L'insolvabilité en relation avec les contrats de bail et de travail », *RDS* 2005. 189-218, spéc. 189.

[37] Arrêt fondateur : TF, 16 février 1938, *Grandchamp, ATF* 64 II 9, *JT* 1939 I 158 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 2 *ad* art. 322 CO.

[38] *Précis Dalloz* 2013, p. 893. Idée que l'on retrouve chez Léon XIII, « Lettre encyclique *Rerum Novarum* », 15 mai 1891, *Actae Sanctae Sedis* XXIII (1891) 641-670, CH pp. 296-334 : « *La raison intrinsèque du travail entrepris par quiconque exerce un métier, le but immédiat visé par le travailleur, c'est d'acquérir un bien qu'il possédera en propre et comme lui appartenant. (...) S'il met à disposition d'autrui ses forces et son énergie, ce n'est évidemment que pour obtenir de quoi pourvoir à son entretien et aux besoins de sa vie.* »

[39] Ce principe connaît une exception spécifique qui vise à maintenir temporairement la rémunération du salarié dans certains cas d'empêchement non fautif de travailler (CO, art. 324a et 324b).

[40] *Cf.* TF, 15 juin 1971, *ATF* 97 II 142, cons. 4b.

[41] *Sexte*, 1299, appendice « De regulis juris », LV.

mais en tout cas hors de la sphère contractuelle, qui se limite à un échange entre travail et rémunération[42].

— un caractère ***intuitu personae.*** La rémunération est propre à chaque salarié. Face à ce paradigme, deux forces contraires ont opéré : la ***collectivisation*** de la rémunération (par la détermination du salaire dans les conventions collectives) et l'***individualisation*** de la rémunération. Aujourd'hui, la mode est à l'individualisation[43]. Prenant le contre-pied du droit du travail qui s'est précisément construit en réaction à l'individualisme libéral[44], elle signe un retour au modèle du début du XIX^e^ siècle et prétend ramener le travail à l'idée de contrat, par opposition à la loi et au droit collectif[45]. Elle cherche donc à briser l'uniformité de la rémunération dans l'espace de l'entreprise, et la continuité de la rémunération dans le temps du travail du salarié. Ce sont bien les différences et les inégalités, censées accroître la motivation et l'implication individuelles, qui sont recherchées par les gestionnaires favorisant les processus d'individualisation[46]. Pour autant, l'individualisation des rémunérations peut aussi répondre à une exigence de justice puisque la rémunération correspond plus précisément à la prestation propre de chaque salarié[47]. Elle répond à une « logique des compétences »[48], qui engage la responsabilité du salarié dans les détails de son travail. Porteuse d'une évaluation individuelle des performances (donc de ***différenciation salariale***) et d'une reconnaissance des droits individuels (donc de ***contractualisation***), elle implique en tout cas l'allocation de droits individuels ***indépendamment de l'appartenance à une collectivité ou à une institution déterminée***[49]. Car un droit individuel, de manière générale, est un droit dont l'individu constitue à la fois l'origine et la finalité[50]. Dans le contexte de la rémunération variable, il revient alors au travailleur de défendre ses intérêts propres, lesquels deviennent irréductibles à un quelconque intérêt collectif[51].

13. Plus généralement, nous devrons tirer les conséquences juridiques de la préférence actuelle pour les rémunérations variables, laquelle s'inscrit dans une conception qui vise plus largement à remplacer le légal par le normatif. Cette tendance revient à mettre en œuvre l'utopie saint-simonienne de la substitution de l'administration des choses au

---

[42] JAMOULLE, *Seize leçons,* p. 60.

[43] L'individualisation est « *un mouvement vers l'individu* ». Cela signifie soit qu'on découvre l'individu là où il n'existait pas, soit qu'on le renforce là où il est déjà présent (Patrice ADAM, *L'Individualisation du droit du travail, Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu,* L.G.D.J., Paris, 2005, p. 5). Le phénomène d'individualisation marque le passage d'une société originellement holiste et organique à une société d'hommes libres et responsables (Alain LAURENT, *Histoire de l'individualisme,* Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », Paris, 1993, p. 11). Il renvoie au processus de désagrégation des communautés traditionnelles, comme la famille ou le village ; il souligne la réduction de l'emprise des groupes sur les individus et la possibilité, voire la nécessité pour chacun de décider librement de sa vie (Norbert ELIAS, *Die Gesellschaft der Individuen,* Michael Schröter, Francfort, 1987, trad. fr. *La Société des individus* par Jean Etoré, Fayard, Paris, 1991, p. 220).

[44] Patrice ADAM, *L'Individualisation du droit du travail, Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, L.G.D.J., Paris, 2005, p. 9.

[45] Antoine Jeammaud, « Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation », *Droit ouvrier* 1998. 246.

[46] Patrice ADAM, *L'Individualisation du droit du travail, Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu,* L.G.D.J., Paris, 2005, p. 222. La « théorie du tournoi » (*Tournament theory*) conçue par Edward Lazear et Sherwin Rozen répond à cette logique : la forte rémunération des cadres dirigeants doit motiver les cadres positionnés en dessous d'eux à atteindre le même niveau (Hans Caspar von der Crone/Benedict Burg, « Salärgovernance und Markt für Führungskräfte », *Festschrift für Rolf Weber zum 60. Geburstag*, Stämpfli, Berne, 2011, pp. 331-352).

[47] Dominique ROLLIN-CLERC, *Prescription salariale et évaluation du travail. Les formes historiques du salaire de performance*, thèse Grenoble 2, IREPD, 1994, p. 163.

[48] Christian BESSY, *La Contractualisation de la relation de travail,* L.G.D.J., Paris, 2007, p. 153.

[49] SUPIOT, *Critique,* p. 92.

[50] Nicole Maggi-Germain/Adrien Correia, « L'évolution de la formation professionnelle continue », *Dr. soc.* 2001. 838.

[51] Patrice ADAM, *L'Individualisation du droit du travail, Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu,* L.G.D.J., Paris, 2005, p. 64.

gouvernement des hommes : « *Dans l'ancien système, la société est essentiellement gouvernée par les hommes ; dans le nouveau, elle n'est plus gouvernée que par des principes.* »[52] Elle répond à un idéal gestionnaire[53], qui organise la « gestion » des « ressources humaines » par soumission de la règle juridique à la rationalité scientifique et technique. Le droit est utilisé dans une perspective instrumentale : la règle juridique est perçue comme simple mise en forme d'une « régulation » économique et sociale qui tire sa légitimité d'un savoir objectif sur la nature et la société[54]. Le paradoxe intellectuel consiste en ce que cette inclinaison est partagée tant par les utopies socialistes que par les doctrines néolibérales. C'est ainsi que la théorie de l'agence, par exemple, ne se comprend que si l'on présuppose qu'elle s'adresse à des individus parfaitement rationnels, qui tel un *homo economicus* attaché uniquement à son propre intérêt, resteraient sourds à toute considération morale ou même passionnelle.

14. La rémunération variable paraît donc s'inscrire en contradiction par rapport à certains dogmes du contrat de travail :

— alors qu'on dit classiquement que le travailleur est tenu d'une ***obligation de moyens***, la rémunération variable est réputée lui imposer une obligation de résultat ;

— alors qu'on dit classiquement que seul l'employeur supporte le ***risque d'entreprise***, la rémunération variable est réputée permettre le transfert d'une partie de ce risque sur le salarié.

En réalité, ces deux dogmes ne sont pas intangibles : la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat est une question de charge de la preuve dans le cadre de l'engagement de la responsabilité du salarié[55]. Elle n'empêche donc pas ce dernier d'être rémunéré en fonction du résultat de son travail. De plus, il est plus correct d'analyser le contrat de travail comme une « convention de répartition des risques »[56], et d'ailleurs le travailleur est toujours emporté dans les conséquences d'une mauvaise gestion de l'entreprise par l'employeur.

15. Mais ces deux dogmes possèdent une force irradiante trop fondamentale pour tolérer un renversement complet. Notre étude nous fera connaître dans quelle mesure et à quelles conditions une obligation de résultat ou le risque d'entreprise peuvent être mis à la charge du salarié.

---

[52] Claude-Henri de Saint-Simon, *Œuvres choisies,* Fr. van Meenen et cie, Bruxelles, 1839, tome I, « L'Organisateur », p. 373.

[53] Supiot, *Critique,* p. 184.

[54] Supiot, *Critique,* p. 184.

[55] On doit la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat en grande partie à René Demogue (1872-1938) (*cf.* son *Traité des obligations,* tome V, n° 1237). La distinction réside en ceci : « *Lorsque l'obligation est de moyens, il appartient au créancier de prouver que son débiteur n'a pas déployé la diligence inhérente à l'objet de son obligation ; en d'autres termes, il n'y a pas de présomption de faute contractuelle. Si, au contraire, l'obligation est de résultat, la faute du débiteur consiste à ne pas avoir exécuté ce à quoi il s'était engagé ; et il ne pourra combattre la présomption pesant sur lui, du fait de cette inexécution, qu'en démontrant qu'il a été empêché de satisfaire à son obligation par une cause étrangère.* » (François TERRÉ/Philippe SIMLER/Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations,* Dalloz, « Précis », Paris, 10e éd., 2009, pp. 582-583).

[56] Antoine Lyon-Caen, « Les clauses de transfert de risques sur le salarié », *in* « Les frontières du salariat », *Revue juridique de l'Ile de France/Revue trimestrielle des Barreaux* juin 1996. 151. *Cf.* également : HIRSIGER, *Zielvereinbarung,* p. 95, qui parle d'une « *Zulässigkeit der beschränkten Übertragung des Betriebsrisikos* ».

***

16. Le sens de notre travail consistera donc à inscrire la rémunération variable dans le cadre juridique dont elle cherche *a priori* à s'émanciper. Nous viserons une forme d'*aequilibritas,* dans la relation verticale entre travailleur et employeur et dans la relation horizontale entre travailleurs.

17. Cette réflexion, qui se situe au carrefour du droit du travail, du droit des sociétés, du droit administratif (droit fiscal, droit de la sécurité sociale, droit de la surveillance administrative), et bien entendu du droit civil et du droit pénal, fait observer un système de vases communicants entre le droit et l'économie : le droit du travail est confronté aux nouvelles stratégies de gestion qu'il a partiellement contribué à orienter[57].

18. Les étapes que suivra notre étude répondent à la ligne de réflexion que cette introduction vient d'exposer. Elles sont corrélatives à trois principes structurants du droit du travail suisse :

— Puisque le ***droit*** est une forme de pouvoir social dont la caractéristique est d'être organisée en système[58], il faudra restructurer notre matière pour tenir compte des évolutions actuelles. Aussi proposerons-nous une typologie renouvelée des formes de rémunérations variables. Nous présenterons conjointement les éléments de qualification de ces rémunérations et leurs régimes respectifs (**Partie I : Une typologie à réinventer**).

— Puisque le ***droit des contrats*** est ancré dans la liberté contractuelle, nous étudierons le nouveau défi posé à ce principe en matière de rémunérations variables : celui de l'égalité. Nous chercherons à établir le fondement de cette revendication, mais aussi ses limites (**Partie II : L'expansion récente des limites à la liberté contractuelle**).

— Puisque le ***droit du travail*** est conçu autour de la figure du contrat, il faudra comprendre comment la rémunération variable s'articule avec la matrice du droit général des contrats. Pour ce faire, nous isolerons les problèmes communs à toutes les rémunérations variables : leur influence sur la qualification du contrat, sa formation, son exécution, sa modification et sa fin (**Partie III : Des problèmes communs renouvelés**)[59].

[57] Thérèse Aubert-Monpeyssen, « Principe "à travail égal, salaire égal" et politiques de gestion des rémunérations » *Dr. soc.* 2005. 18.

[58] Philippe JESTAZ, *Le Droit,* Dalloz, « Connaissance du droit », Paris, 6e éd., 2010, p. 27.

[59] Les décisions sont citées dans l'ordre suivant : Tribunal fédéral, cours et tribunaux cantonaux, tribunaux arbitraux, juridictions étrangères. Les arrêts sont classés du plus ancien au plus récent afin de faire ressortir le mouvement de la jurisprudence. Les références doctrinales sont citées selon un ordre subjectif de pertinence.

PARTIE I

UNE TYPOLOGIE À RÉINVENTER

---

19. Le but de cette première partie consiste à présenter les nouvelles formes de rémunérations variables de manière systématique.

Notre étude se situe dans le champ plus large des ***transferts de biens dans le patrimoine du travailleur à raison de son statut de salarié***[60]. Certes, de la même manière que le contrat de travail n'absorbe pas toute l'activité produite (le travail rémunéré ne concerne qu'une fraction du travail de l'homme[61]), de même le salarié n'est pas le seul travailleur à recevoir des biens en échange de son travail : les différents contrats de service connaissent une rémunération propre (prix de l'ouvrage dans le contrat d'entreprise, honoraires dans le contrat de mandat)[62]. Mais la position juridique acquise par le travailleur salarié lui ouvre

[60] Nous considérons la dénomination « ***travailleur salarié*** » comme la plus exacte pour désigner la personne qui travaille de manière juridiquement dépendante. En effet, ce syntagme exprime à la fois l'action du travailleur et son statut juridique de salarié. Il est utilisé en droit communautaire. Sous l'Ancien Régime, on utilisait le terme de « bailleurs de peine » pour désigner les personnes qui « louaient » leurs services dans le contrat de service. Les droits nationaux parlent aujourd'hui de « travailleur » (*Arbeiter*), voire de « preneur de travail » (*Arbeitnehmer*), ou de salarié. Le terme « salarié » insiste sur la dimension juridique du travailleur dépendant ; il ouvre la voie à la construction d'une identité sociale par l'unité qu'il crée entre toutes les personnes qui occupent cette position contractuelle (*cf.* SUPIOT, *Critique,* pp. 82-107). Cependant, il réduit la personne à un statut juridique, alors que le terme « travailleur » rend bien compte de la dimension créatrice présente dans le travail. Pour varier l'expression, nous avons décidé d'utiliser les trois termes de « travailleur salarié », « travailleur » et « salarié », en fonction de l'élément sur lequel nous souhaitions insister à chaque moment de notre étude. Notons encore que le droit du travail suisse ne définit pas le travailleur salarié en tant que tel ; on en trouve néanmoins une définition générale en droit de la sécurité sociale : « *Est réputé salarié celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens de lois spéciales.* » (LPGA, art. 10)

[61] Un certain nombre d'activités ne sont pas rémunérées monétairement (tâches ménagères, éducation des enfants, soins apportés aux grands-parents, etc.) : Christian LALIVE D'ÉPINAY, *Les Suisses et le travail,* Réalités sociales, Lausanne, 1990, p. 141.

[62] La rémunération du ***mandat*** n'est pas obligatoire comme le sont celles du travail et de l'entreprise (CO, art. 394, al. 3). Il faut faire une place spéciale aux contrats de mandat indépendant, qui prévoient des modalités de rémunération

en toute hypothèse l'expectative de voir s'inscrire différentes sortes de biens à l'actif de son patrimoine, que nous allons passer en revue.

20. En pratique, on rencontre une grande variété de rémunérations variables[63]. Et cette profusion créatrice s'accorde bien avec le principe premier de notre système juridique : le principe de ***liberté***. Ce principe fut consacré solennellement en Europe par la Révolution française ; la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 affirme sans ambages le caractère premier de la liberté, l'interdiction étant l'exception, et même une exception soumise au principe de légalité : « *La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.* » (art. 5)[64] Le libre déploiement de la volonté de l'individu est donc premier ; il ne peut être limité que par la volonté du peuple[65]. Dans le même esprit, l'État suisse s'affirme clairement comme un État libéral[66]. C'est donc assez logiquement que dans notre domaine d'étude, la loi n'impose, de manière explicite, aucun *numerus clausus* des rémunérations variables[67]. En pratique, cela signifie qu'il est toujours loisible aux parties de convenir de formes de rémunération ***non envisagées spécifiquement par le Code des obligations***. Et de fait, la rémunération variable s'est muée, au cours du vingtième siècle, en une figure protéiforme.

21. ***La systématique du Code des obligations*** n'est plus d'une grande utilité aujourd'hui[68] : les articles 322 à 322c traitent des rémunérations obligatoires (salaire fixe pour l'article 322 ; une forme de salaire variable — la participation — pour l'article 322a ; une autre forme de salaire variable — la provision — pour les articles 322b et 322c), tandis que l'article 322d traite des rémunérations discrétionnaires. La question salariale relevant traditionnellement de la négociation collective entre syndicats et employeurs, le législateur a peut-être cru préférable de s'en tenir à une réglementation dépouillée, étant observé que les mécanismes salariaux étaient moins diversifiés dans les années 1960, au moment de la refonte du droit du travail suisse.

---

spécifiques (***courtage*** : CO, art. 413 à 417 ; ***agence*** : CO, art. 418g à 418l – *cf.* Rémy Wyler/Guy Mustaki, « La rémunération de l'agent — étude de jurisprudence », *Les Contrats de distribution — Quelques aspects juridiques, Mélanges offerts au Professeur François Dessemontet à l'occasion de ses 50 ans* (édit. Guy Mustaki/Rémy Wyler), CEDIDAC, Lausanne, 1998, pp. 46-57), ainsi qu'à la ***gestion d'affaires*** (remboursement : CO, art. 422).

[63] Pour une vue détaillée de la pratique des entreprises françaises en matière de rémunération, *cf.* Christian BESSY, *La Contractualisation de la relation de travail,* L.G.D.J., Paris, 2007, pp. 154-173.

[64] Rédaction issue du préambule de la Constitution du 3 septembre 1791, *Sirey* 1789-1830, législation, p. 140. La Révolution helvétique de 1798 reprend ce principe (*cf.* William RAPPARD, *La Révolution industrielle et les origines de la protection légale du travail en Suisse,* (1e éd. 1914), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2008, pp. 79 et s.) : son article 5 fait clairement écho à l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen puisqu'il dispose : « *La liberté naturelle de l'homme est inaliénable ; elle n'est restreinte que par la liberté d'autrui et des vues légalement constatées d'un avantage général nécessaire.* »

[65] C'est-à-dire, dans une conception rousseauiste, par le citoyen lui-même, participant de la volonté générale (*cf.* Jean-Jacques ROUSSEAU, *Le Contrat social,* (1e éd. 1762), Nathan, Paris, 1998, pp. 40-41).

[66] Le mot « *liberté* » est présent deux fois dans le Préambule de la Constitution fédérale. Plus complètement, la Suisse se définit elle-même comme un « *État de droit, fédéral, libéral, démocratique et social* » (*Message 1996,* p. 16.). *Cf.* également Peter Reinert, « Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht », *PJA* 2009. 3.

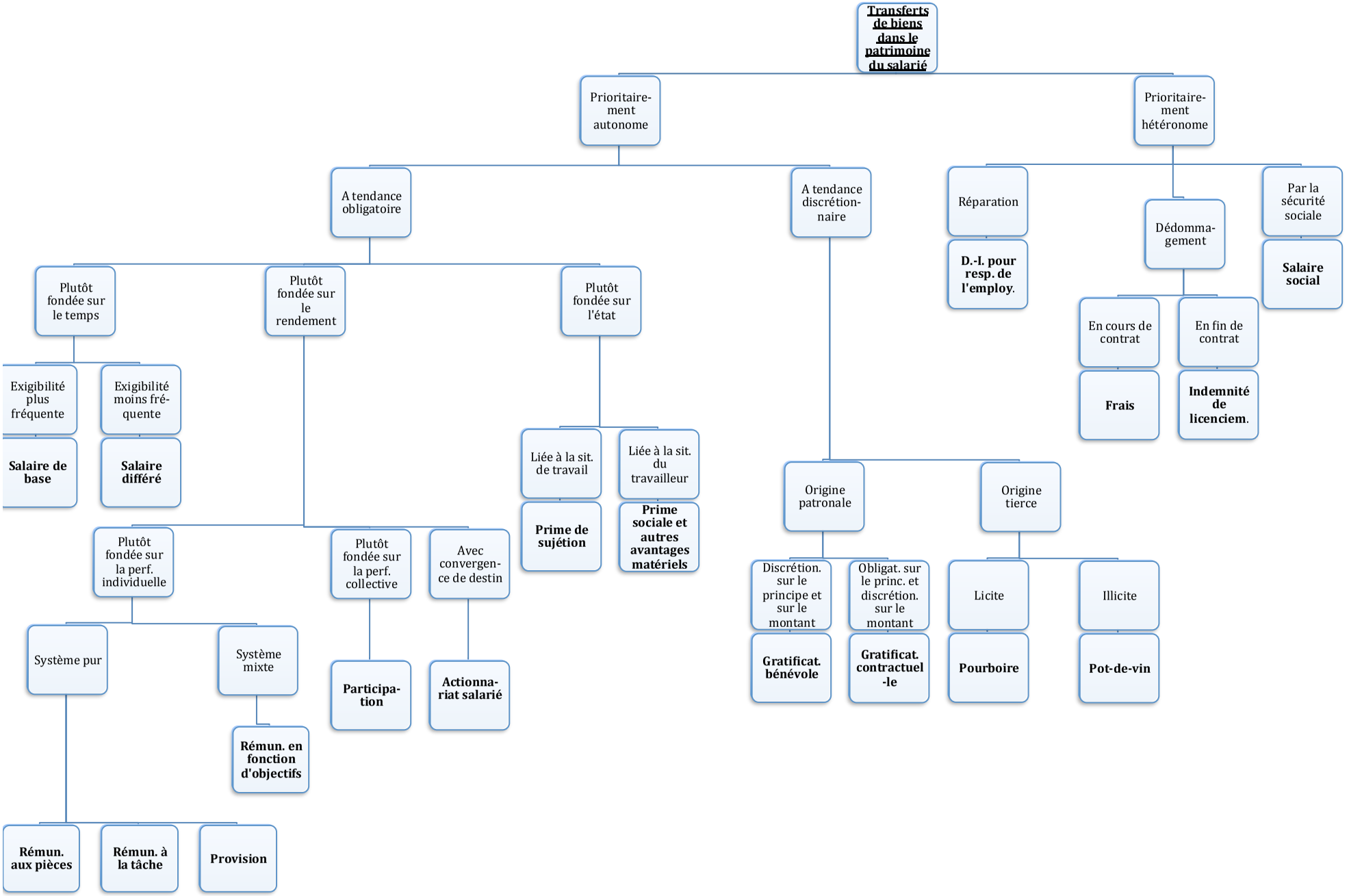
[67] *Cf.* Thomas Geiser, « Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn », *PJA* 2001. 382, spéc. 383 ; Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 64 ; CRAMER, *Der Bonus,* p. 19 ; Alexandre Richa/David Raedler, « Le "bonus" soumis à une condition objective », *GesKR* 2012. 524, spéc. 525.

[68] Il a même été soutenu en doctrine que la systématique légale induisait en erreur (« *irreführende gesetzessystematische Einordnung* »), puisque la gratification est traitée sous la section « *salaire* » alors qu'elle ne serait pas un salaire (Philip Schneiter, « Qualifikation einer Gratifikation als Lohn », comm. sous TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004 et TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004, *DTA* 2005. 242). On répondra à cette critique que la gratification, si elle n'est pas le « salaire de base », a sa place dans cette section, car elle est bel et bien une rémunération. On concèdera toutefois à ce propos qu'il faudrait certainement modifier le titre marginal de la loi de « salaire » en « rémunération », ce dernier terme étant plus général et, partant, plus propre à qualifier juridiquement le domaine en question.

22. Nous avons classé ces différents transferts de biens dans un tableau synthétique, que nous allons à présent nous attacher à décrire. Bien entendu, d'autres options de classement auraient été possibles[69].

Tableau n° 1 : Les transferts de biens dans le patrimoine du salarié

[69] Par exemple, en séparant rémunération ***de base*** et rémunération ***accessoire*** ; rémunération ***discrétionnaire*** et rémunération ***convenue*** ; rémunération ***au temps*** et rémunération ***au rendement*** ; rémunération ***fixe*** et rémunération ***variable*** (sur cette dernière distinction, *cf.* BÄCHLER, *Vergütungen*, pp. 123-124).


Transferts de biens dans le patrimoine du salarié
Prioritaire-ment autonome
Prioritaire-ment hétéronome
A tendance obligatoire
A tendance discrétion-naire
Réparation
Dédomma-gement
Par la sécurité sociale
D.-I. pour resp. de l'employ.
Salaire social
En cours de contrat
En fin de contrat
Frais
Indemnité de licenciem.
Plutôt fondée sur le temps
Plutôt fondée sur le rendement
Plutôt fondée sur l'état
Exigibilité plus fréquente
Exigibilité moins fré-quente
Salaire de base
Salaire différé
Liée à la sit. de travail
Liée à la sit. du travailleur
Prime de sujétion
Prime sociale et autres avantages matériels
Origine patronale
Origine tierce
Plutôt fondée sur la perf. individuelle
Plutôt fondée sur la perf. collective
Avec convergen-ce de destin
Discrétion. sur le principe et sur le montant
Obligat. sur le princ. et discrétion. sur le montant
Licite
Illicite
Gratificat. bénévole
Gratificat. contractuel-le
Pourboire
Pot-de-vin
Système pur
Système mixte
Participa-tion
Actionna-riat salarié
Rémun. en fonction d'objectifs
Rémun. aux pièces
Rémun. à la tâche
Provision

23. Ce tableau se veut une description des expectatives du travailleur qui a acquis le statut de salarié. Bien entendu, toutes les cases ne seront pas remplies pour tous les salariés[70].

Comme on le voit sur notre tableau, les transferts dans le patrimoine du salarié sont de deux ordres : légal (plutôt hétéronome) et contractuel (plutôt autonome)[71].

A. Les transferts prioritairement hétéronomes

Les transferts ***prioritairement légaux*** ou ***hétéronomes*** interviennent, selon nous, sur trois fondements :

1° La ***réparation*** : ce sont les dommages-intérêts susceptibles d'être réclamés lorsque la responsabilité contractuelle ou délictuelle de l'employeur est engagée[72].

2° Le ***dédommagement*** : il peut intervenir en cours d'exécution du contrat (frais)[73] ou en fin de contrat (indemnités de rupture)[74].

3° La ***sécurité sociale*** : le droit de la sécurité sociale ouvre au travailleur salarié un certain nombre d'expectatives financières, parfois qualifiées de « salaire social »[75], pour faire face à divers événements liés à sa personne. La dimension prioritairement ***corporelle*** de la

[70] Dans un souci d'exhaustivité, il faudrait encore mentionner certains régimes particuliers comme celui des ***marins*** dont nous indiquerons les éléments pertinents au cours de notre étude. Signalons dès à présent que la loi sur la navigation maritime prévoit que les marins ont droit à une rémunération supplémentaire pour surcroît de travail lorsque l'effectif de l'équipage descend, au cours d'un voyage, au-dessous du nombre réglementaire ou usuel (LNM, art. 75, al. 1er). Par ailleurs, les primes pour actes d'assistance ou de sauvetage sont réparties – après déduction des impenses et des dommages subis par les sauveteurs – par moitié entre l'armateur et l'équipage du navire. La répartition de la moitié revenant à l'équipage doit se faire, en principe, proportionnellement aux salaires, compte tenu, toutefois, des « mérites particuliers » des divers membres de l'équipage (LNM, art. 75, al. 2). Notez à ce sujet que le 20 août 2013 est entrée en vigueur la Convention du travail maritime de l'OIT (*cf.* Viola Heutger, « Zum Inkrafttreten des Seearbeitsübereinkommens der Internationalen Arbeitskonferenz (ILO) am 20. August 2013 », *Jusletter* 16 septembre 2013).

Nous n'entrons pas non plus dans la question des indemnités pour ***inventions de service***. Pour une décision récente sur cette question, *cf.* TF, 6 novembre 2012, 4A_691/2011 et 4A_415/2012, *DTA* 2013. 129 (*cf.* également, pour les ***œuvres de service*** : Zoé SEILER, *Cinéma : droit d'auteur et droit du travail,* Slatkine, Genève, 2012 et « Œuvre et contrat de travail », *SJ* 2012 II 99).

Quant à la rémunération du ***travail en famille***, elle sera traitée en rapport avec la question de la qualification du contrat, *cf. infra* nbp 1304.

Enfin, il n'est pas exclu que l'employeur octroie un prêt d'usage à son salarié, comme le prêt d'une montre par exemple. Si ce prêt est effectué pour permettre au salarié d'exécuter des tâches propres à sa fonction, il relèvera du régime de l'article 339a du Code des obligations. Si l'objet est prêté pour un usage personnel, alors le régime des articles 305 et suivants est applicable : TF, 20 juin 2013, 4A_61/2013.

[71] En réalité, les transferts d'ordre contractuel trouvent également un fondement légal : la loi exige, sauf exception tout à fait particulière comme l'acte de complaisance, que le travail dépendant soit rémunéré (*cf. infra* n° 465). Nous appelons « transferts d'ordre contractuel » les transferts dont les modalités sont plus largement laissées à ***l'autonomie*** des parties. Par contraste, les transferts légaux sont marqués par une large ***hétéronomie*** à l'égard des parties : ils se trouvent principalement dans l'orbite du juge et de l'administration. De manière générale, les concepts d'autonomie et d'hétéronomie nous paraissent plus propices à rendre compte de la réalité juridique contemporaine du travail que la dichotomie contractuel/légal dont la pertinence, réelle au moment des grandes codifications du XIXe siècle, s'est depuis lors émoussée.

[72] Le droit suisse admet le cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle (Franz WERRO, *La Responsabilité civile,* Stämpfli, Berne, 2e éd., 2011, p. 439) ; à l'inverse, le droit français, par exemple, les considère exclusives l'une de l'autre (Philippe MALAURIE/Laurent AYNÈS, *Les Obligations*, Defrénois, Paris, 5e éd., 2011, p. 553).

[73] *Cf. infra* n° 91, 223-224, 252, 387.

[74] *Cf. infra* n° 626-634.

[75] *Cf.* Félix PIPPI, *De la notion de salaire individuel à la notion de salaire social,* L.G.D.J., Paris, 1966.

prestation de travail[76] fait que certains événements relatifs au corps (accident, maladie, vieillesse, maternité) en rendent impossible l'exécution. La sécurité sociale a donc vocation à protéger le travailleur contre ces aléas. Elle prend également en compte les conséquences du caractère contractuel des relations de travail, comme la ***segmentation*** du travail au long de la vie (le contrat pouvant être rompu, un risque de chômage pèse sur le salarié)[77].

[76] SUPIOT, Critique, pp. 51-66, spéc. pp. 59-60 : « *La personne physique constitue l'objet de la prestation du salarié. Le corps est le lieu, le passage obligé de la réalisation des obligations du travailleur, il est la chose même qui forme la matière du contrat.* » La doctrine allemande le dit avec la même force dans la formule de GIERKE : « *Gegenstand des Arbeitsvertrages ist ein Wirken, nicht ein Werk*. » (*cf.* Manfred Rehbinder, « Annahmeverzug im Arbeitsverhältnis ? », *RSJ* 1982. 353, spéc. 354)

[77] L'employeur doit en principe payer intégralement le salaire convenu, appelé « salaire brut » (TF, 25 février 2010, 4A_608/2009, *DTA* 2010. 94-96, cons. 3.1). Il impute sur ce salaire brut celles des cotisations sociales qui sont obligatoirement mises à la charge du travailleur (TF, 17 novembre 1981, *ATF* 107 II 430, *JT* 1982 I 94, *SJ* 1982. 241, *Quatre cents arrêts* n° 134, cons. 4), ainsi que les éventuelles cotisations contractuellement convenues (TF, 25 février 2010, 4A_608/2009, *DTA* 2010. 94-96, cons. 3.1). Dans les cas où le droit public l'y oblige, l'employeur prélève également sur le salaire brut l'impôt à la source. En conséquence, toute modification de la rémunération, tout changement dans la structure de la rémunération variable entraîne une modification proportionnelle du montant des prélèvements sur la rémunération variable. Une ancienne jurisprudence n'avait pas entièrement exclu la validité d'une convention stipulant l'imputation sur le salaire brut de l'ensemble des cotisations sociales en matière de rémunération variable : l'exception au principe du paiement de la moitié des cotisations sociales par l'employeur avait ainsi été envisagée dans l'hypothèse d'une rémunération fixée en pourcentage d'un chiffre d'affaire ou d'un bénéfice : on considérait qu'il fallait que les parties eussent choisi de ***compenser l'imputation*** de l'ensemble des cotisations sociales au salarié en fixant un taux « délibérément » plus élevé (TF, 13 octobre 1981, *Harrasser*, non publié ; TF, 17 novembre 1981, *Ambresin, ATF* 107 II 430, *JT* 1982 I 94, *SJ* 1982. 241, *Quatre cents arrêts* n° 134, cons. 4 ; TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 506). Une telle jurisprudence ne nous paraît plus admissible en raison des termes clairs de l'article 14 de la loi sur l'assurance vieillesse et survivants.

En particulier, la question qui intéresse le travailliste est celle de la détermination du champ d'application des cotisations sociales par rapport aux rémunérations variables. Pour y répondre, nous étudierons la notion de « salaire déterminant », pertinente pour la protection de la ***retraite***.

Selon le système légal, la rémunération soumise à cotisations sociales est le « ***salaire déterminant*** » prévu à l'article 5, alinéa 2, de la loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants. Selon la loi, le « salaire déterminant » comprend toute rémunération perçue ***en contrepartie d'un travail dépendant***. La réglementation précise que sont éléments du « salaire déterminant » les gratifications, les primes de fidélité et les primes au rendement (RAVS, art. 7, let. c), de même que les avantages appréciables en argent provenant de participations de collaborateur, étant précisé que la valeur et le moment de la perception des cotisations sur ces avantages sont déterminés d'après les dispositions relatives à l'impôt fédéral direct (RAVS, art. 7, l. c^{bis} ; *cf.* WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* p. 1007). Ne font pas partie du salaire déterminant soumis à cotisations sociales les prestations patronales allouées lors du décès de proches du salarié, les prestations allouées aux survivants du salarié, les cadeaux de fiançailles ou de mariage, les cadeaux offerts à l'occasion de la réussite d'examens professionnels (RAVS, art. 8, l. c), les dons pour le jubilé de l'entreprise (RAVS, art. 8, l. c) et les cadeaux en nature dont la valeur ne dépasse pas 500 francs par an (Directives de l'Office fédéral des assurance sociales sur le salaire déterminant dans l'AVS, l'AI et l'APG, valables dès le 1er janvier 2014 sur n° 2137). Un « jubilé » ne peut intervenir au sens du droit de la sécurité sociale qu'au plus tôt vingt-cinq ans après la fondation de l'entreprise, puis à vingt-cinq ans d'intervalle (Directives de l'Office fédéral des assurance sociales sur le salaire déterminant dans l'AVS, l'AI et l'APG, valables dès le 1er janvier 2014 sur n° 2134). Les article 8bis et 8ter RAVS prévoient encore d'autres exceptions.

Les juges considèrent que font partie du « salaire déterminant » toutes les sommes perçues par le salarié, dès lors que leur versement est ***économiquement lié*** au contrat de travail (*inter multa :* TF, 21 décembre 1989, *ATF* 115 V 416, cons. 5a ; TF, 12 septembre 1990, *ATF* 116 V 177, cons. 2 ; TF, 10 avril 1996, *Caisse de compensation SSE, ATF* 122 V 178, cons. 3a ; TF, 4 août 2000, H 386/99, cons. 4a ; TF, 12 septembre 2005, *ATF* 131 V 444, *PJA* 2006. 354, cons. 1.1 ; TF, 25 janvier 2007, *ATF* 133 V 153, cons. 3 ; TF, 27 août 2007, *ATF* 133 V 556, cons. 4 ; TF, 26 mai 2008, 9C_683/2007, cons. 1 ; TF, 26 janvier 2012, 9C_459/2011, cons. 2.1.2). Peu importe que la rémunération soit versée alors que les rapports de service sont encore en cours ou ont été rompus, qu'elle soit versée en vertu d'une obligation ou à titre bénévole. La jurisprudence pose le principe d'assujettissement de la rémunération, sauf exception légale expresse : elle considère donc comme revenu d'une activité salariée, soumis à cotisations, « *non seulement les rétributions versées pour un travail effectué, mais en principe toute indemnité ou prestation ayant une relation quelconque avec les rapports de service, dans la mesure où ces prestations ne sont pas franches de cotisations en vertu de prescriptions légales expressément formulées* » (TF, 21 décembre 1989, *ATF* 115 V 416, cons. 5a ; TF, 12 septembre 1990, *ATF* 116 V 177, cons. 2 ; TF, 10 avril 1996, *Caisse de compensation SSE, ATF* 122 V 178, cons. 3a). Pour les incidences de certains éléments particuliers de rémunération variable sur le droit de la sécurité sociale, *cf. infra* n° 311 et s.

Pour la détermination du « gain assuré » au sens l'assurance-chômage en présence d'une rémunération variable, *cf. infra* nbp 253 et 1716.

B. Les transferts prioritairement autonomes

24. Les transferts ***prioritairement contractuels*** ou ***autonomes*** forment la matière même du droit des rémunérations. Selon nous, la *summa divisio* des transferts prioritairement contractuels sépare les rémunérations ***à tendance discrétionnaire*** des rémunérations ***à tendance obligatoire***[78]. Les premières sont les rémunérations qui dépendent plus ou moins du bon vouloir de l'employeur quant à leur octroi et quant à leur quotité ; les secondes sont les rémunérations dont les caractéristiques sont décrites, avec plus ou moins de précision, dans un *instrumentum* (contrat, règlement, etc.). L'intérêt pratique de cette *summa divisio* est simple : si la rémunération est prioritairement discrétionnaire, l'employeur dispose d'une grande liberté. Au contraire, lorsque la rémunération est prioritairement contractuelle, l'employeur viole une obligation s'il ne la verse pas au salarié. Nous allons présenter successivement ces deux sortes de rémunérations variables.

1) Les rémunérations à tendance discrétionnaire

25. Les rémunérations à tendance discrétionnaire ayant connu un profond renouvellement depuis quelques décennies, nous leur consacrerons un chapitre spécifique (**Chapitre I**). Ce sera l'occasion de comprendre la véritable portée juridique du terme, largement répandu aujourd'hui, de « bonus » (**Chapitre I, Section III**).

2) Les rémunérations à tendance obligatoire

a. Les rémunérations plutôt fondées sur le temps

26. ***1° Salaire de base.*** Le « salaire de base » est le cœur de la rémunération. On appelle généralement la rémunération fixe « salaire de base », pour montrer que c'est à elle que viennent s'adjoindre des rémunérations variables conçues comme complémentaires. Mais la rémunération de base peut elle-même être variable (par exemple, une rémunération aux pièces).

2° Salaire différé. Le salaire différé est un salaire de base dont l'échéance a été différée à la fin de l'année civile. Il est souvent appelé « treizième salaire » lorsque son montant

[78] Nous parlons ici de « tendance » pour souligner l'idée que les choses ne sont jamais tout à fait clairement tranchées en pratique. On retrouve cette idée chez Nicole Vögeli Galli/Christine Hehli Hidber, « Bonuszahlungen : Möglichkeiten und Risiken. Eine Beurteilung nach schweizerischem und englischem Recht », *RSJ* 2001. 445-450, spéc. 446, où ces auteurs parlent de « *Leistungen, die ins* mehr oder weniger [nous soulignons] *freie Ermessen des Arbeitgebers gestellt sind* ».

équivaut à un mois de salaire. Toutefois, cette notion fait l'objet d'un certain nombre d'incertitudes. Nous l'étudierons donc plus spécifiquement (**Chapitre I, Section III**).

b. Les rémunérations plutôt fondées sur l'état

27. Il s'agit des primes qui sont des rémunérations à tendance obligatoire, plutôt fondées sur l'état du travailleur (sa position dans l'entreprise, la nature des tâches qu'il effectue, voire sa situation familiale ou personnelle). Ici aussi, il existe des incertitudes sur la ligne de démarcation entre primes discrétionnaires et primes obligatoires, raison pour laquelle nous les envisagerons spécifiquement (**Chapitre I, Section III**).

c. Les rémunérations plutôt fondées sur le rendement

28. Précisons qu'il existe, de manière tout à fait générale, deux sortes principales de rémunérations : la rémunération au temps et la rémunération au rendement. La rémunération ***au temps*** est « *celle dont le montant dépend exclusivement du temps passé au travail par le salarié* »[79]. Elle ne dépend ni de la qualité ni de la quantité du travail fourni[80]. Par son caractère ***forfaitaire***, la rémunération au temps offre au salarié l'avantage de la sécurité : « *Mettant sa force de travail à disposition de l'employeur pendant la durée convenue, le travailleur perçoit le salaire correspondant et demeure à l'abri de faibles rendements dus à ses moyens limités ou au mauvais fonctionnement de l'entreprise.* »[81] La rémunération ***au rendement*** est celle dont le montant varie « *en fonction des résultats d'un travail ou d'une équipe dans un temps donné, selon une formule déterminée et répondant aux normes de qualité exigées* »[82]. La rémunération totale du salarié peut être constituée d'une seule rémunération au temps, d'une seule rémunération au rendement[83] ou d'une combinaison d'une rémunération au temps et d'une rémunération au rendement.

29. La rémunération au rendement, prévue par le code dès l'article 319[84], est diverse. Selon nous, on peut en distinguer trois sortes :

— les rémunérations plutôt fondées sur la ***performance individuelle*** : la rémunération aux pièces, la rémunération à la tâche, la provision et la rémunération sur objectifs ;

— les rémunérations plutôt fondées sur la ***performance collective*** : les différents types de participations ;

---

[79] *Précis Dalloz* 2013, p. 901 (définition également applicable en droit suisse) ; *cf.* Christoph Senti, « Zulagen, Zuschläge und 13. Monatslohn », *PJA* 2006. 289, spéc. 290.

[80] WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, p. 151 ; Danthe, *Commentaire,* N 10 *ad* art. 322 CO.

[81] *Précis Dalloz* 2013, p. 901.

[82] *Précis Dalloz* 2013, p. 904.

[83] À certaines conditions exposées *infra* n° 365-369.

[84] Lequel article dispose, en son alinéa 1er : « *Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche).* » *Cf.* Christoph Senti, « Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation », *PJA* 2002. 669, spéc. 670.

— les rémunérations créant une ***convergence entre le destin*** financier du travailleur et celui de l'entreprise ou de plusieurs entreprises : l'actionnariat salarié.

1° La rémunération aux pièces et à la tâche

30. **Mécanismes.** La rémunération aux pièces et la rémunération à la tâche sont acquises au salarié dès lors qu'il a créé une pièce ou effectué une tâche en respectant les consignes de l'employeur[85]. La ***rémunération aux pièces*** se calcule de façon quantitative : on détermine préalablement une unité de mesure, à laquelle on attribue une valeur en argent. À la fin de la période prévue, on constate le nombre d'unités de mesure à mettre au bénéfice du salarié et on multiplie ce nombre par la valeur de chaque unité. Les revenus du travail équivaudront au produit de cette multiplication. La ***rémunération à la tâche*** obéit à la même logique : un peu à l'image du mandataire, le salarié payé à la tâche ne perçoit de rémunération qu'en fonction de la tâche qu'il a accomplie.

31. **Histoire, sources et critiques actuelles.** La rémunération aux pièces et la rémunération à la tâche représentent la quintessence de la rémunération au rendement. Pendant longtemps, ces rémunérations furent le mode de rémunération le plus courant dans l'industrie. Considérées comme la forme idéale de rémunération aux yeux de nombreux industriels de la fin du XIX[e] siècle en raison de son caractère puissamment incitatif, on les trouvait en vigueur dans les ateliers occupant des ouvriers de métier et pour le travail à domicile[86]. Si ce type de rémunération peut paraître assez objectif, voire égalitaire, et permet de garantir une certaine autonomie du travailleur[87], on a souligné aussi ses effets pervers tels que l'incitation à des cadences de travail excessives et dangereuses[88]. Par ailleurs, la médecine du travail aurait constaté les effets néfastes sur la santé de ce type de rémunération[89]. L'employeur, quant à lui, s'expose au risque de voir le salarié s'en tenir au « service minimum », en cherchant à réaliser chaque pièce de la façon la moins fatigante possible, au détriment parfois de la qualité[90]. Cette sorte de rémunération peut même entraîner des effets pervers, néfastes à la qualité des produits de l'entreprise. Ainsi dans une entreprise de télécommunication où les informaticiens étaient payés à la ligne de programme écrit, les programmes sont devenus inutilement longs[91]. Sans envisager, comme Max Weber, la rémunération aux pièces comme l'une des ruses utilisées par les entrepreneurs pour accentuer l'intensité au travail et accroître le rendement de la main-d'œuvre[92], force est de constater que l'évolution des techniques et le passage à une économie tertiarisée, au moins autant que la raréfaction des ressources naturelles, amènent à privilégier la qualité du

---

[85] *Cf.* notamment : TC-VS, 5 avril 2005, *RVJ* 2006. 179, cons. 3a.

[86] LALLEMENT, *Le travail*, pp. 151-152.

[87] *Cf.* l'expression de Bernard Mottez : les salariés payés à la pièce sont comme des « *entrepreneurs aux petits pieds* » (*cf.* Bernard MOTTEZ, *La Sociologie industrielle,* Presses Universitaires de France, Paris, 1971).

[88] Dans ce cas, la rémunération pourrait être illicite : *cf. infra* n° 480.

[89] Thomas Geiser, « Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn », *PJA* 2001. 382, spéc. 385.

[90] Joseph STIGLITZ, *Freefall*, W. W. Norton & Company, 2010, trad. fr. *Le Triomphe de la cupidité* par Paul Chemla, Les Liens qui libèrent, 2010, p. 256 : « *[Lorsque] les travailleurs sont payés sur la base d'un salaire à la pièce et qu'ils ont la moindre marge de manœuvre (c'est presque toujours le cas), ils [fabriquent] les produits les plus lamentables qui puissent "passer" sans leur causer de problèmes.* »

[91] Exemple donné par Maya Bacache-Beauvallet, « Incitations et désincitations : les effets pervers des indicateurs », *La Vie des idées* 22 février 2008.

[92] Max WEBER, *Die protestantische Ethik und der « Geist » des Kapitalismus,* 1904-1905, trad. fr. *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme* par Isabelle Kalinowski, Flammarion, « Champs », Paris, 3[e] éd., 2002, pp. 102-105.

travail à la pure quantité produite. Pourtant, ce type de rémunération n'a jamais quitté le Code des obligations (CO, art. 319, al. 1er), même si on constate que son usage tend à diminuer[93]. Ainsi, cette sorte de rémunération paraît plus « admise »[94] que souhaitée. Par exemple, la Convention collective de travail romande du second œuvre conclue le 17 janvier 2007 prévoit en son article 33, alinéa 3[95], que « *dans le canton de Genève, le travail à la tâche reste autorisé pour les métiers de la plâtrerie et des papiers peints jusqu'au 31 décembre 2009* »[96]. On voit d'ailleurs qu'une législation récente comme l'ordonnance sur les travailleurs détachés se réfère au salaire au temps et non à un quelconque salaire aux pièces lorsqu'elle donne la définition de la « *rémunération minimale* » en son article 1er, signe de la diminution de l'intérêt du législateur pour cette forme de rémunération. La rémunération aux pièces apparaît de plus en plus comme une survivance de l'ancienne conception du droit du travail comme réglementation de police[97]. Nous considérons donc que ces deux sortes de rémunérations sont exclues du champ du renouveau des rémunérations variables[98].

2° La provision

32. La provision se définit comme « *la participation [...] du [salarié] à la valeur que représentent les affaires qu'il a conclues ou dont il a préparé la conclusion* »[99]. Autrement dit, la provision est la rémunération que le salarié reçoit à titre complémentaire au prorata des affaires qu'il a permis de conclure avec des tiers[100]. La provision est calculée par l'application d'un pourcentage à un montant prédéterminé. Ce montant sera généralement le prix de l'affaire à la conclusion de laquelle le salarié a contribué[101].

---

[93] *Cf.* Frank Emmel, « Besondere Regeln für die Akkordlohnarbeit », *NZZ* 16 février 2007 : « *Aufgrund technischer und arbeitsorganisatorischer Entwicklungen verliert sie zunehmend an Bedeutung.* » *Cf.* LALLEMENT, *Le travail*, p. 122.

[94] TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 506.

[95] Article dont le champ d'application a été étendu par Arrêté fédéral du 28 février 2008. La convention est consultable sur le site du Secrétariat d'Etat à l'économie : seco.admin.ch.

[96] Selon l'Arrêté d'extension du Conseil fédéral du 1er février 2011, le travail à la tâche reste pour l'instant en vigueur. De même, certaines conventions collectives françaises ne considèrent plus le salaire au rendement que comme une survivance destinée à disparaître (*cf.* convention collective nationale de l'industrie du pétrole du 3 septembre 1985, étendue par arrêté du 31 juillet 1986 (*JORF* 9 août 1986), article 404 : « *Le salaire au rendement n'est pas un mode de rémunération habituellement utilisé dans l'industrie pétrolière. Dans l'hypothèse où cette forme de rémunération subsisterait, les entreprises s'efforceront d'y mettre fin aussi rapidement que possible. Les primes venant en complément du salaire de base ne sont pas visées dans le présent paragraphe.* »).

[97] Sur ce point, *cf.* SUPIOT, *Critique,* p. 46.

[98] S'il fallait pourtant conserver encore cette institution, on pourrait s'inspirer utilement d'une protection mise en place par le Code du travail sénégalais : « *La rémunération d'un travail à la tâche ou aux pièces doit être calculée de telle sorte qu'elle procure au travailleur de capacité moyenne et travaillant normalement, un salaire au moins égal à celui du travailleur rémunéré au temps effectuant un travail analogue.* » (art. L. 110) Le Code du travail albanais présente exactement la même norme, de manière encore plus générale puisqu'elle concerne toute « *rémunération d'un travail selon un critère autre que le temps* » (art. 110, al. 3).

[99] *Message 1967*, p. 325 ; *cf.* également Christoph Senti, « Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation », *PJA* 2002. 669, spéc. 671 ; David AUBERT, *Le contrat de travail des voyageurs de commerce,* Éditions Bis et Ter, Lausanne, 2010, p. 188.

[100] TF, 19 mars 2002, 4C.390/2001, *ATF* 128 III 174, *JT* 2003 I 28, *JAR* 2003. 207, cons. 2b ; TF, 17 janvier 2006, 4C.352/2005, cons. 2.1.2 ; TF, 3 juillet 2008, 4A_498/2007, cons. 4.2.1 ; TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 508.

[101] *Cf.* Thomas Geiser, « Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn », *PJA* 2001. 382, spéc. 387.

33. En pratique, des contrats de travail avec une clause instituant une provision se rencontrent souvent dans le domaine de la vente[102]. Mais la provision est parfois convenue avec des personnes exerçant une tâche de direction[103]. Le ***contrat d'agence*** connaît également la provision (CO, art. 418g à 418l) et la rémunération du ***courtier*** présente une forme analogue (CO, art. 413)[104]. « *Dans tous ces contrats, le mode de rémunération répond au même but économique : il s'agit de motiver le contractant à procurer des affaires, en le récompensant selon les résultats obtenus.* »[105] À l'heure actuelle, la provision semble donc s'étendre et l'on voit des parties recourir à cette institution y compris dans des domaines qui ne sont pas considérés comme commerciaux par nature[106].

34. **Régime.** Le régime de la provision n'a pas connu d'évolution notable récemment. C'est pourquoi, nous ne l'incluons pas dans le champ du renouveau des rémunérations variables.

3° La rémunération sur objectifs

35. La rémunération sur objectifs est une des nouvelles formes de rémunérations variables. Nous l'étudierons donc en particulier (**Chapitre II**).

4° La participation

36. La participation n'ayant pas connu d'évolution singulière récemment, elle ne participe pas directement au renouveau des rémunérations variables. Nous l'excluons donc du champ de cette étude. Nous donnons ici quelques indications nécessaires pour mieux comprendre les spécificités des gratifications et de la rémunération sur objectifs par rapport à la participation.

37. **Définition.** La participation aux résultats se trouve au croisement de la « gestion active des ressources humaines » — dans l'intérêt de l'entreprise — et des aspirations à un « capitalisme social »[107]. Elle représente l'intéressement du salarié à la performance

---

[102] *Message 1967*, p. 325. La même pratique existe en droit français, la provision étant la forme classique de rémunération des voyageurs, représentants, placiers ou « VRP » (C. trav., art. L. 7313-7).

[103] TF, 24 novembre 1964, *Veuve Henri Duvoisin, ATF* 90 II 483, *JT* 1965 I 254, cons. 2 ; TF, 19 mars 2002, 4C.390/2001, *ATF* 128 III 174, *JT* 2003 I 28, *JAR* 2003. 207, cons. 2b.

[104] *Cf.* TF, 16 octobre 2012, 4A_401/2012, cons. 4.

[105] TF, 19 mars 2002, 4C.390/2001, *ATF* 128 III 174, *JT* 2003 I 28, *JAR* 2003. 207, cons. 2b ; TF, 17 janvier 2006, 4C.352/2005, cons. 2.1.2 ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 63.

[106] Exemple dans TF, 17 mai 2011, 4A_121/2011, cons. A (pour un médecin dans une clinique, la commission étant fonction du chiffre d'affaires généré par le médecin et des prestations facturées par la clinique sur prescription du médecin salarié : plus le médecin prescrit de soins médicaux à effectuer par le patient (le client ?) dans la clinique, plus sa rémunération variable est élevée).

[107] Le droit suisse emploie également le terme de « participation » (en allemand : *Mitbestimmung*) dans un sens non financier : celui de la représentation collective (*cf.* Loi sur la participation ; TF, 17 mars 2011, 4A_483/2010, *JAR* 2012. 175 ; TF, 31 mai 2011, 4A_173/2011, *JAR* 2012. 221, cons. 4). Sur cette question, *cf.* Philippe BOIS, *La Participation,* Éditions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1976, pp. 7 et 17. François GAUDU, dans « La participation des salariés », *Revue des sociétés* 1996. 471, identifie trois domaines recouverts par la notion de participation : un régime spécifique de l'actionnariat des salariés, une participation de leurs représentants aux organes dirigeants des sociétés et, plus largement, des prérogatives exercées par ces représentants.

collective de l'entreprise sur une période prédéfinie et plutôt brève, généralement une année. La participation est donc fonction des résultats de l'ensemble de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise ; elle découle de la symbiose des énergies mises en commun en faveur de l'entreprise[108]. L'entreprise y gagne : elle trouve dans la participation un puissant levier de motivation de ses salariés, dont la productivité est encouragée. Le salarié y gagne aussi : le revenu qu'il perçoit de son travail est augmenté ; si, de plus, l'employeur fait le choix de la pédagogie et associe son salarié à l'analyse des résultats de l'entreprise et à ses perspectives, alors le salarié, par-delà son lien de subordination, devient plus conscient des enjeux de son travail[109].

38. La participation se distingue de la ***gratification*** en ce sens qu'elle est une obligation contractuelle de l'employeur[110]. *A priori,* la participation n'est due par l'employeur que lorsqu'elle est stipulée au contrat de travail ; n'étant pas soumise à la forme écrite[111], elle peut être rendue obligatoire par accord oral ou tacite. Dans la pratique, l'employeur prévoit souvent une participation à titre de « bonus » pour le salarié. Dans cette hypothèse, la dénomination factuelle n'influe en rien sur la qualification et le régime juridiques[112].

39. La participation se distingue du versement de ***tantièmes*** aux administrateurs en droit des sociétés (CO, art. 677), car elle est une institution du droit du travail[113].

40. **Sources.** Le Code des obligations règle l'institution de la participation en son article 322a[114]. La loi parle de « *participation au résultat de l'exploitation* ». Le terme de « résultat » revêt une certaine neutralité puisqu'il ne préjuge pas du caractère positif ou négatif du résultat en question. Mais le salarié ne participe jamais directement aux pertes de l'entreprise par l'institution de la participation. Dans la pire des hypothèses, la participation du salarié sera nulle ; en aucun cas le salarié ne devra de l'argent à son employeur du seul fait que l'entreprise a connu des pertes[115].

41. La réglementation du code est issue de la révision législative de 1971. Le mot d'ordre est celui de la liberté contractuelle : le législateur suisse a estimé qu'il n'appartenait pas à la loi de régler dans le détail cette institution, en raison de la multiplicité des formes qu'elle revêt dans la pratique. « *Le contrat ou, le cas échéant, la convention collective, doivent le faire.* »[116] En pratique, la participation sera généralement stipulée dans une clause du contrat de travail. Elle peut aussi résulter d'un accord oral, voire tacite, aucune forme

---

[108] Un auteur va plus loin dans l'éloge de cette institution : « *La situation hiérarchique des parties n'est pas changée [par la participation]. Toutefois par cette étroite fusion des intérêts, les rapports d'homme à homme cessent d'être empreints de sentiments de basse jalousie, de haine, de défiance, que peut engendrer trop souvent le simple salariat. L'employeur, tout en restant le maître, n'apparaît pas comme l'exploiteur.* » (Jean-Pierre MARQUART, *La participation aux bénéfices dans le contrat de travail*, thèse, Fribourg, 1951, p. 14)

[109] Un auteur résume parfaitement cette vocation de la participation : « *À côté de la rémunération du travail, la participation [associe] collectivement les salariés aux résultats de l'entreprise. La philosophie est certes radicalement différente : rémunération du travail d'un côté, association aux résultats de l'entreprise de l'autre. Pourtant, ces deux perspectives sont liées dans les politiques d'entreprise.* » (MAZEAUD, *Droit du travail*, p. 604).

[110] La distinction entre les deux institutions a pris du temps à émerger clairement : *cf.* le travail de clarification, visant à établir le caractère proprement contractuel de la participation, de Jean-Pierre MARQUART, *La participation aux bénéfices dans le contrat de travail,* thèse, Fribourg, 1951.

[111] ENGEL, *Contrats*, p. 315.

[112] *Cf. infra* n° 244-245.

[113] Sur la notion de tantièmes, *cf.* Claus HUTTERLI, *Der leitende Angestellte im Arbeitsrecht,* Stämpfli, Berne, 1984, pp. 56-58. *Cf.* également, Viktor Aepli, « Die Entschädigung des Verwaltungsrates », *RDS* 2009 I 3.

[114] La participation était la seule sorte de rémunération à être spécialement envisagée avant la révision du titre X du Code des obligations en 1971 : *cf.* ancien article 330, alinéa 2.

[115] *Cf. infra* n° 300-302 (participation aux pertes).

[116] *Message 1967,* p. 323.

particulière n'étant prescrite *ad validitatem*[117]. Cependant, certains auteurs préconisent l'emploi de la forme écrite[118], ne serait-ce qu'*ad probationem*. Mais rien n'empêche l'employeur de décider à tout moment de verser ponctuellement une participation en l'absence de clause spécifique. Cette participation ponctuelle suivra le régime de la gratification tant qu'elle n'est pas, d'une manière ou d'une autre, contractualisée[119]. C'est, à notre avis, le sens qu'il faut donner à la réserve légale de l'alinéa 1er de l'article 322a « *en vertu du contrat* », qui vise à indiquer que la participation est une rémunération contractuelle, mais non à imposer la forme écrite, ce qui représenterait un particularisme injustifié. En matière de participation, comme dans les autres domaines du droit des rémunérations variables, le juge procédera par voie d'interprétation de la convention des parties[120].

42. **Régime.** La participation étant une rémunération obligatoire, elle est soumise au ***régime général des rémunérations*** : retenue, garantie, libre disposition[121], mise en gage, cession, prescription, cotisations sociales, fiscalité. La participation sera prise en compte lorsqu'il sera nécessaire de calculer le salaire moyen (indemnités journalières[122], indemnité de licenciement abusif, etc.). En cas de départ du salarié de l'entreprise en cours d'année, elle sera due *pro rata temporis*[123]. La modification de la participation suit le régime général de la modification des rémunérations[124]. Cependant, la participation est soumise à des règles spécifiques d'***exigibilité***[125]. Enfin, la jurisprudence admet, en vertu du principe de liberté contractuelle, que des différences existent entre les systèmes de participation prévus dans les contrats des différents salariés d'une même entreprise[126]. Cette liberté est toutefois soumise aux restrictions habituelles de la protection contre les discriminations, de la protection de la personnalité, de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit[127].

43. Il revient au salarié qui prétend obtenir le paiement d'une participation de rapporter la ***preuve*** de l'accord des parties sur le principe d'une telle rémunération[128]. Cette preuve pourra être apportée par tous moyens. Le cas échant, les juges procéderont à une interprétation de la convention ou du comportement des parties selon les principes jurisprudentiels dégagés sur le fondement de l'article 18 du Code des obligations[129]. Si l'employeur a proposé oralement une participation au salarié, ce dernier sera présumé l'avoir acceptée par le jeu de l'article 6 du Code des obligations s'il est établi que l'employeur ne devait pas s'attendre à un refus de sa part dans un laps de temps déterminé : on retiendra toujours la présomption d'acceptation lorsque la participation n'entraîne que des avantages pour le salarié. En revanche, on se montrera plus prudent lorsque les critères d'attribution de la participation sont complexes : le salarié a pu

[117] *Cf.* BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 87 ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 59.

[118] TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 507 ; PORTMANN, *Basler Kommentar,* N 5 *ad* art. 322d CO (dans le cas où la rémunération consiste principalement ou exclusivement en une participation).

[119] *Cf.* N. Vögeli Galli, note sous Arbeitsgericht-ZH, 24 avril 2000, *PJA* 2000. 1294.

[120] TF, 8 juillet 2002, 4C.160/2002, cons. 2a.

[121] CAPH-GE, 27 novembre 1984, X/468/83, cons. 3.

[122] Exemple au niveau cantonal dans TF, 28 avril 2008, 4A.97/2008.

[123] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 88 ; TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 508.

[124] *Cf.* notamment TF, 12 juillet 2010, 4A_223/2010, *JU-TRAV* 2010. 8 et *infra* n° 567.

[125] *Cf. infra* n° 504-506.

[126] TF, 28 mars 2007, 4C.41/2007 ; *cf.* également, sur le principe : TF, 17 décembre 2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 3.1.

[127] *Cf. infra* n° 378 et s.

[128] Voir un contentieux autour de cette question dans TF, 25 septembre 2007, 4A_114/2007 et TF, 3 juillet 2012, 4A_92/2012.

[129] TF, 10 janvier 2011, 4A_608/2010, cons. 2.4 ; pour les éléments de fait sur lesquels les juges cantonaux ont forgé leur interprétation : CAPH-GE, 28 septembre 2010, CAPH/157/2010. *Cf. infra* n° 98 et s.

s'abstenir de répondre précisément parce qu'il n'était pas parvenu à mesurer clairement la portée de l'offre[130].

44. Le paiement de la participation peut-il être soumis à la ***condition de fait***[131] que la trésorerie de la société le permette ? Les prud'hommes ont jugé, dans une espèce où l'employeur entendait ne payer une participation prévue contractuellement que dans l'hypothèse où le bénéfice, majoré des amortissements de l'exercice, était « suffisant », que la participation devait être payée, sans condition supplémentaire, sauf à en faire un prêt forcé du salarié à l'employeur alors que l'employeur pouvait se trouver incapable de jamais rembourser le salarié[132]. Il faut retenir de cet arrêt un peu maladroit tout simplement que l'employeur ne peut soumettre le paiement de la participation à des conditions de fait soit non prévues au contrat, soit insuffisamment déterminées (ce qui tend à revenir au même), soit ayant pour effet d'entraver les dispositions impératives protégeant la rémunération : libre disposition du salaire (CO, art. 323b, al. 3) et exigibilité de la participation (CO, art. 323, al. 3, art. 339)[133].

5° L'actionnariat salarié

45. L'actionnariat salarié participe du renouveau des rémunérations variables à l'heure actuelle. Nous lui consacrerons donc un chapitre spécifique (**Chapitre III**).

[130] *Cf.* TF, 28 mars 2007, 4C.41/2007, cons. 4.1 et *infra* n° 588 et s.

[131] Nous distinguons la ***condition de fait***, dont l'élément déclencheur est extérieur à la relation contractuelle elle-même (montant de chiffre d'affaires, nombre de clients apportés, situation économique), de la ***condition de droit,*** qui concerne directement la relation contractuelle (contrat non résilié par exemple). Sur le régime de la condition de droit, *cf. infra* n° 165 et s.

[132] CAPH-GE, 27 novembre 1984, X/468/83, cons. 3.

[133] *Cf. infra* n° 493 et s.

CHAPITRE I

LES RÉMUNÉRATIONS VARIABLES DISCRÉTIONNAIRES

« *Jus ex facto oritur.* »

Bartole

46. Le travail dépendant est appréhendé par le droit positif sous la forme d'une ***obligation réciproque***. Les deux parties échangent travail contre rémunération[134]. Ce dessaisissement simultané, dès lors qu'il est fondé sur une promesse mutuelle, n'est rien d'autre qu'un ***contrat***. Cependant, la figure juridique du contrat et de l'échange trait pour trait du travail contre la rémunération, legs de la conception romaniste, n'épuise pas juridiquement la relation du travail dépendant. Au sein même de la conception romaniste qui est prioritairement la nôtre, les rapports de travail tendent parfois à déborder le cadre strictement contractuel. Prenons l'exemple de l'attitude que nous appellerons de manière raccourcie ***paternaliste***, par laquelle l'employeur choisit volontairement de donner davantage que le simple contenu de sa promesse. Le sens exact du paternalisme n'est pas simple à circonscrire[135], mais l'histoire du droit du travail nous apprend qu'il arrive à nombre d'employeurs, par intérêt ou par conviction, de donner davantage à leurs salariés que ce qu'ils leur ont précédemment promis. En bref, la question d'un surplus de rémunération s'est souvent posée dans les relations de travail, tant et si bien que ce surplus a dû être appréhendé juridiquement.

---

[134] Idée que l'on retrouve, *mutatis mutandis,* en droit anglais (*cf.* Deborah LOCKTON, *Employment Law,* Palgrave Macmillan, Londres, 7e éd., 2010*,* p. 32 : « *The consideration within the contract is the promise to pay wages on the part of the employer, and the promise to provide his services on the part of the employee.* ») et en droit italien (*cf.* l'article toujours actuel sur ce point de Luigi Mengoni, « Le contrat de travail en droit italien », *Le Contrat de travail dans le droit des pays membres de la CECA,* Luxembourg, 1965, pp. 421 et s.).

[135] Frédéric Le Play, grand penseur du paternalisme, concevait cette doctrine comme un patronage des « *classes dirigeantes* » sur les « *classes vicieuses ou imprévoyantes* » (*cf.* Armand CUVILLIER, *Cours de philosophie,* Armand Colin, Paris, 1954, tome II, p. 352).

47. Aussi le droit de la rémunération du travail rend-il compte de ce phénomène en admettant que la rémunération consiste à la fois en des éléments qui relèvent de la promesse, donc de l'***obligatoire***, et en d'autres éléments qui relèvent d'un geste de l'employeur qui ne donne prise à aucune contrainte juridique. Prenant appui sur cette dichotomie primaire surgit une nouvelle façon d'appréhender la rémunération du travail : conscients de l'existence d'un espace de ***non obligatoire*** dans la relation de travail, certains employeurs voient dans les rémunérations variables le lieu propice à exercer une liberté retrouvée dans le cadre même de la contrainte qu'implique tout contrat[136]. De là à considérer qu'il s'agit pour eux de reconquérir le plus grand espace possible de liberté à l'intérieur du cadre contractuel, il n'y a qu'un pas qui sera franchi d'autant plus aisément qu'il semble s'accorder avec une gestion rationnelle des ressources de l'entreprise lesquelles sont, par définition, limitées et semblent donc réclamer, au moins dans une perspective capitaliste, flexibilité et liberté. La question prend corps dès lors que des structures de rémunérations variables conçues comme non obligatoires font l'objet d'un litige entre employeurs et salariés. L'employeur plaidera le discrétionnaire et donc l'absence d'obligation. Le salarié plaidera le contractuel pour se voir reconnaître une créance. Et le juge devra trancher. Or, le juge, dans notre système constitutionnel de distribution des pouvoirs[137], doit d'abord se conformer à la ***loi***.

48. La loi, en matière de rémunérations variables, ce sont les articles 322 à 322d du Code des obligations. Ces articles énoncent quelques règles générales — qui insistent d'ailleurs sur l'office du juge[138] —, mais restent relativement vagues sur les critères de distinction des différentes sortes de rémunérations variables. Un mélange de légalisme (réduit à une exégèse de l'article 322d) et de « libre création » (pour rappeler, en la déformant, une idée de François Gény[139]), ont conduit les juges à induire de la loi une typologie implicite des

---

[136] « *Le versement de [rémunérations] discrétionnaires […], qui ne revêtent pas un caractère obligatoire, échappe aux règles du droit des obligations dans la mesure où un tel paiement ne peut être analysé comme l'exécution d'une quelconque obligation souscrite par l'employeur au travers d'un engagement antérieur […]. Selon une distinction classique, le salarié n'est titulaire d'aucun droit de créance, même conditionnel, il n'a que des expectatives.* » (Patrick Morvan, « Le nouveau droit de la rémunération », *Dr. soc.* 2008. 643, spéc. 650).

[137] Notion que l'on doit à Montesquieu (Château de la Brède, 1689 – Paris, 1755), notamment dans son œuvre *L'Esprit des lois* (1748, 1e parution à Genève), où le philosophe distingue ce que nous retenons aujourd'hui sous les dénominations de fonction législative, fonction exécutive et fonction judiciaire, l'idée étant que, « *pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir* » (XI, 4). Dans cette perspective, le juge doit se contenter d'être « *la bouche qui prononce les paroles de la loi* » (XI, 6). On retrouve ces idées à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (« *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution.* ») et dans la triade que la Constitution fédérale consacre avec l'Assemblée fédérale (Cst., art. 148 *sqq.*), le Conseil fédéral (Cst., art. 174 *sqq.*) et le Tribunal fédéral (Cst., art. 188 *sqq.*).

[138] Le juge est nommé expressément deux fois dans ces quelques articles (CO, 322a, al. 2 et art. 322c, al. 2), et il est indirectement appelé à faire office de législateur entre les parties par le renvoi légal à la notion de « *salaire usuel* » (CO, art. 322, al. 1er) : ces éléments rappellent la description cardinale de l'office du juge, à l'alinéa 2 de l'article 1er du Code civil : « *À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.* » Le droit français est tout autant conscient de la nécessité de juger quels que soient les faits qui font l'objet du litige : « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.* » (C. civ., art. 4)

[139] François Gény (Baccarat, 1861 – Nancy, 1954) s'est opposé au fétichisme de la loi écrite et codifiée qui prévalait au XIXe siècle. Il a dit, contre Montesquieu, qu'il fallait renoncer « *à trouver dans la loi écrite une source complète et suffisante de solutions juridiques* » (GÉNY, *Méthodes,* p. 120 ; *cf.* MALAURIE, *Pensée juridique*, p. 270). Gény a entretenu une correspondance avec Eugen Huber (Oberstammheim, 1849 – Berne, 1923), le père du Code civil suisse de 1907 : tous deux se sont élevés de concert contre le culte des textes et Huber a réservé une place spéciale à la jurisprudence comme facteur d'élaboration du droit à l'article 1er du Code civil, consacrant d'ailleurs par là, selon les mots d'une lettre écrite à Gény, une tradition bien établie dans les cantons alémaniques où le juge a toujours joui d'une grande liberté à l'égard de la loi (Walter Yung, « François Gény et la jurisprudence en Suisse », *Le Centenaire du doyen François Gény, Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962,* Dalloz, Paris, 1963, p. 85). Le glossateur médiéval italien Accurse avait déjà ancré l'idée que l'interprétation des textes devait être rigoureuse mais non dépourvue d'une certaine liberté.

rémunérations variables dont nous avons proposé de synthétiser la *summa divisio* ainsi : il faut qu'une rémunération variable soit ***discrétionnaire*** ou ***obligatoire***[140].

49. Les rémunérations variables à tendance discrétionnaire peuvent être versées soit par l'***employeur***, comme les gratifications (**section I**), soit par des ***tiers***, comme les pourboires et les pots-de-vin (**section II**). Nous isolerons ensuite trois notions ***aux contours incertains*** : le bonus, les primes et le treizième salaire (**section III**).

[140] Cette distinction se retrouve d'ailleurs tant en droit suisse, en droit français et en droit allemand qu'en droit anglais lequel distingue les bonus dits contractuels (*contractual bonuses*) et les bonus dits discrétionnaires (*discretionary bonuses*) : *cf.* Nicole Vögeli Galli/Christine Hehli Hidber, « Bonuszahlungen : Möglichkeiten und Risiken. Eine Beurteilung nach schweizerischem und englischem Recht », *RSJ* 2001. 445-450, spéc. 448.

SECTION I

LES GRATIFICATIONS

50. Les rémunérations variables à tendance discrétionnaire versées par l'employeur sont qualifiées, en droit, de ***gratifications***. Deux points doivent être abordés : la ***qualification*** de gratification (**§ 1**) et les ***conditions*** affectant les gratifications (**§ 2**).

§ 1 – LA QUALIFICATION DE GRATIFICATION

Essai de définition générale

51. **Gratification, don et donation.** La nature de la gratification[141] se rapproche de celle du cadeau en ce sens que les deux institutions semblent relever de prime abord de la donation, c'est-à-dire la ***libéralité entre vifs***[142] : l'employeur verse un actif dans le patrimoine du salarié sans y être tenu contractuellement. La gratification se distingue cependant de la donation par son ***intention***. En effet, la qualification de donation implique une absence de contre-prestation directe (*cf.* CO, art. 239, al. 1er)[143]. Elle suppose un véritable appauvrissement du donateur au profit du donataire[144]. Or, si la donation peut encore être considérée comme un don, du point de vue juridique[145], la gratification n'est jamais qu'un

[141] Pour une étude étymologique du terme gratification, *cf.* Roger Morf, « Gratifikation und Freiwilligkeitsvorbehalt », *ArbR* 2012. 67, spéc. 69.

[142] La donation est considérée comme un contrat en droit suisse (CO, art. 239), à l'instar du droit allemand (BGB, § 518), alors qu'elle est qualifiée d'acte unilatéral en droit français (C. civ., art. 893-894).

[143] Cet alinéa dispose : « *La donation est la disposition entre vifs par laquelle une personne cède tout ou partie de ses biens à une autre* sans contre-prestation correspondante. [nous soulignons] »

[144] Sur cette question, *cf.* en droit français : 1e civ., 18 janvier 2012, n° 09-72542 et n° 11-12863, *BICC* 1er mai 2012, n° 621.

[145] Le don véritable — au sens philosophique — ne peut être perçu comme tel, sauf à perdre précisément sa qualité de don, comme le dit Jacques Derrida : « *Il suffit […] que l'autre perçoive le don, non seulement le perçoive au sens où, comme on le dit en français, on* perçoit *un bien, de l'argent ou une récompense, mais en perçoive la nature de don, perçoive le sens ou l'intention, le* sens intentionnel *du don, pour que cette simple* reconnaissance *du don* comme *don,* comme tel, *avant même de devenir* reconnaissance comme gratitude, *annule le don comme don. La simple identification du don semble le détruire*. » (Jacques DERRIDA, *Donner le temps (tome 1 : La fausse monnaie),* Galilée, « La philosophie en effet », Paris, 1998, chapitre 1, p. 26)

don toujours plus ou moins ***intéressé***[146]. Il n'y a pas de véritable *animus donandi* dans la gratification. D'ailleurs, il s'en faut que la jurisprudence considère la gratification comme un don ou même comme une donation : « *La gratification n'est pas une donation, mais une libre contre-prestation pour du travail fourni.* »[147] Cette jurisprudence est d'autant plus correcte que la « générosité intéressée » de l'employeur peut n'être rien d'autre qu'une « stratégie de rémunération ». Dans cette hypothèse, l'employeur propose volontairement un salaire de base moins élevé que ce qu'il serait en mesure d'offrir au salarié, tout en prévoyant dès l'origine de verser une gratification en sus de ce salaire de base. De plus, la gratification ne représente jamais un paiement de l'indu[148]. Elle n'est pas non plus une obligation naturelle[149].

52. **Genèse et histoire législative et jurisprudentielle.** Le législateur suisse a longtemps montré une grande réticence à réglementer la gratification. Elle n'a d'ailleurs fait son entrée dans le code à l'article 322d qu'à la faveur de la réforme de 1971. Ne figurant pas dans l'avant-projet rédigé par la commission d'experts[150], la réglementation de la gratification fut insérée dans le projet après la procédure de consultation pour « prévenir les litiges »[151], qui étaient alors nombreux[152]. Ils le sont tout autant, voire davantage, aujourd'hui[153]. La réglementation légale fut d'ailleurs critiquée dès l'origine et une commission d'experts de l'université de Bâle avait proposé un contre-projet qui présentait une définition et un régime plus complets de la gratification[154].

53. Le texte du projet de loi présente une teneur très semblable à celui qui a finalement été retenu. Hormis quelques modifications qui relèvent de la cosmétique, on retiendra tout de

---

[146] TF, 10 janvier 1980, *JAR* 1982. 204 ; Appellationshof-BE, 17 octobre 1974, *RSJB* 1976. 457, cons. 2. La doctrine a connu quelques hésitations à ce sujet : *cf.* par exemple : Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 71. Les choses sont plus claires aujourd'hui, *cf.* GEISER/MÜLLER, *Arbeitsrecht,* p. 150 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 3 *ad* art. 322d CO.

[147] CAPH-GE, 13 avril 2000, *JAR* 2001. 208. On retrouve cette idée en doctrine également : DUC/SUBILIA, *Droit du travail*, N 10 *ad* art. 322d CO ; Olivia GUYOT/Juliette JACCARD/Hans KERN/Roxane ZAPPELLA, *Le Contrat de travail,* Fédération des Entreprises Romandes, Genève, 2e éd., 2010, N 302.6 ; Margareta Baddeley, « Articles 239-252 », *Code des obligations I,* Helbing & Lichtenhahn, « Commentaire romand » (édit. Luc Thévenoz/Franz Werro), Genève, 2e éd., 2012, N 68 *ad* art. 239 CO. Le droit allemand adopte la même solution (Ulrich Preis, « § 611-615 BGB », *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht,* Beck, Munich, 11e éd., 2011, N 527 *ad* § 611 BGB). La question de la donation n'est pas non plus pertinente pour une indemnité de départ : TF, 27 mars 2006, 4C.6/2006, cons. 1.3.

[148] *Cf.* DELBRÜCK, *Die Gratifikation,* p. 25.

[149] En effet, l'obligation naturelle a un fondement (moral ou éthique) ; elle est bien une obligation, même si elle est privée de droit d'action pour son créancier (Pierre TERCIER/Pascal PICHONNAZ, *Le Droit des obligations,* Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2012, p. 73). BADDELEY exclut expressément les pourboires et les cadeaux d'usage du domaine des libéralités faites en exécution d'un devoir moral : Margareta Baddeley, « Articles 239-252 », *Code des obligations I,* Helbing & Lichtenhahn, « Commentaire romand » (édit. Luc Thévenoz/Franz Werro), Genève, 2e éd., 2012, N 82 *ad* art. 239 CO.

[150] *Cf.* Roger Morf, « Gratifikation und Freiwilligkeitsvorbehalt », *ArbR* 2012. 67, spéc. 68.

[151] *Message 1967*, p. 327 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, N 1 *ad* 322d CO.

[152] Notamment : Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 20 juin 1955, *DTA* 1959, n° 4 ; Praxis der Gewerbegerichte der Stadt Bern pro 1958, *DTA* 1959, n° 30 ; Praxis der Gewerbegerichte der Stadt Bern pro 1958, *DTA* 1959, n° 31 ; Appellationsgericht-BS, 13 mars 1959, *DTA* 1959, n° 51 ; Gewerbegericht-ZH, 24 janvier 1957, *DTA* 1960, n° 36 ; Gewerbegericht-ZH, 6 novembre 1958, *DTA* 1960, n° 63 ; Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 9 janvier 1960, *DTA* 1961, n° 19 ; Obergericht-LU, 11 avril 1960, *DTA* 1962, n° 3 ; Gewerbegericht-ZH, 13 avril 1962, *DTA* 1963, n° 34.

[153] *Cf.* Roger Rudolph, « Fokus Arbeitsrecht : Neuere Entwicklungen im Bonusrecht », *Trex* 2011. 92.

[154] Il consistait en ceci : « *(1) Als Gratifikation gilt jede an bestimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres, vom Arbeitgeber ausgerichtete Sondervergütung, die nicht von vornherein der Höhe nach vereinbart worden ist. (2) Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Ausrichtung einer angemessenen Gratifikation besteht, 1. wenn ihm eine solche vom Arbeitgeber zugesichert worden ist ; 2. wenn sie durch langjährige, regelmäßige und vorbehaltlose Auszahlung zur Gewohnheit geworden ist. (3) Endigt das Arbeitsverhältnis ohne Verschulden des Arbeitsnehmers, bevor der Anlass zur Ausrichtung der Gratifikation eingetreten ist, so hat er einen Anspruch auf einen verhältnismäßigen Teil davon, sofern im übrigen eine der Voraussetzungen des vorstehenden Absatzes erfüllt ist.* » (Groupe de travail de l'université de Bâle, « Kritische Stellungnahme zum Revisionsentwurf des Bundesrates vom 25. August 1967 über den Arbeitsvertrag », *RSJ* 1969. 49-55, spéc. 51)

même une différence intéressante entre la version du projet et la version définitive : la première énonce que « *le travailleur n'[…] a droit [à la gratification] que s'il en a été convenu ainsi* » alors que la seconde dispose que « *le travailleur y a droit lorsqu'il en a été convenu ainsi* ». Le législateur a manifestement été rebuté par une énonciation par trop restrictive des conditions dans lesquelles le salarié a droit à la gratification et il a choisi de remplacer « *ne… que* » par « *lorsque* ».

54. En définitive, ***l'alinéa 1er de l'article 322d du Code des obligations semble se borner à énoncer une tautologie juridique*** : la gratification n'est pas due lorsqu'elle n'est pas due, elle est due lorsqu'elle est due. AUBERT a parfaitement souligné que cet alinéa posait une évidence[155] ; SCHNEITER dit que cette norme légale a une simple fonction de définition (« *Definitionsnorm* »)[156] ; MORF estime qu'elle est d'une nature plus descriptive et classificatoire que normative[157]. Par une analyse linguistique de cet alinéa, on observe qu'il recèle en réalité deux présupposés législatifs distincts[158] : « *si l'employeur accorde en sus du salaire une rétribution spéciale à certaines occasions, telles que Noël ou la fin de l'exercice annuel* » et « *lorsqu'il en a été convenu ainsi* ». En grammaire, il serait plus logique de considérer que le premier présupposé législatif est temporel et le second conditionnel, ce qui reviendrait à réécrire l'alinéa ainsi : « Lorsque l'employeur accorde en sus du salaire une rétribution spéciale à certaines occasions, telles que Noël ou la fin de l'exercice annuel, et s'il a été convenu que le salarié y aurait droit, alors le salarié y a droit. »[159]

55. **Premiers éléments de définition.** Ainsi, l'article 322d du Code des obligations définit la gratification comme une « *rétribution spéciale* » (*Sondervergütung*) qui est accordée « *en sus du salaire* », « *à certaines occasions, telles que Noël ou la fin de l'exercice annuel* » (al. 1er)[160]. Passons en revue les trois éléments caractéristiques de la définition légale :

1° La gratification est une ***rétribution spéciale*** : le Tribunal fédéral explicite parfois ce terme en utilisant l'expression de « *complément extraordinaire* » (*ausserordentliche Zulage*)[161], pour bien souligner la différence entre la gratification et le salaire de base[162].

---

[155] AUBERT, *Commentaire romand,* N1 *ad* art. 322d CO : « *CO 322d I pose une évidence.* ». *Cf.* également Nathalie Bornoz, « Les critères de distinction entre les diverses rémunérations accessoires », *Panorama du droit du travail* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2009, pp. 37-53, spéc. p. 38.

[156] P. Schneiter *DTA* 2005. 243, comm. sous TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004 et TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004.

[157] MORF, *Lohn und besondere Vergütungsformen,* p. 265 (« *mehr beschreibender und klassifikatorischer als normativer Natur* ») ; Roger Morf, « Gratifikation und Freiwilligkeitsvorbehalt », *ArbR* 2012. 67, spéc. 68.

[158] Le présupposé législatif est la situation (*Voraussetzung*), à laquelle un effet de droit est attaché (*Rechtsfolge*) : Gérard CORNU, *Linguistique juridique,* Montchrestien, « Domat droit privé », Paris, 3e éd., 2005, pp. 263-310. CORNU précise que ces termes furent proposés par le philosophe allemand Rudolf Stammler (Alsfeld, 1856 – Wernigerode, 1938) et retenus par Henri Motulsky dans ses *Principes d'une réalisation méthodique du Droit privé*, Sirey, Paris, 1948, p. 18.

[159] Notre proposition rapprocherait d'ailleurs la version française de la version allemande de l'alinéa, dans laquelle le second présupposé législatif est introduit par *wenn*. Du point de vue sémantique, *wenn* apparaît comme un « opérateur d'hypothèse » : bien qu'on puisse, en contexte, lui attribuer un désigné conditionnel (si) ou un désigné temporel (lorsque), *wenn,* de par sa fonction dans l'énonciation, pose en général une relation de « contenant » à « contenu ». À l'origine, *wenn* est d'ailleurs plutôt temporel, puisqu'il est issu de *wann* (François SCHANEN/Jean-Paul CONFAIS, *Grammaire de l'allemand,* Nathan, « Université », Paris, 1989, pp. 495-496).

[160] La définition que le droit allemand donne de la gratification est sensiblement identique à celle du droit suisse : « *Die Gratifikation ist eine Leistung, die der Arbeitgeber aus bestimmten Anlässen (Weihnachten, Urlaub, Geschäfts- und Dienstjubiläen usw.) zusätzlich zur Arbeitsvergütung gewährt.* » (Günter SCHAUB/Ulrich KOCH/Rüdiger LINCK *et alii, Arbeitsrechts-Handbuch,* Beck, Munich, 2011, N 3 *ad* § 78).

[161] Le Tribunal fédéral utilise également le terme *Sondervergütung*, par exemple récemment dans TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 3.1.

[162] TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, N. 2 *ad* Art. 322d CO ; TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 509.

Dans les deux cas, un actif quitte le patrimoine de l'employeur, voire d'un tiers, pour venir s'inscrire dans celui du salarié. La gratification implique donc un ***transfert de propriété***. Nous verrons par la suite que ce transfert de propriété peut être compliqué par toutes sortes de conditions, licites ou illicites[163]. Les ***formes*** de la gratification ne sont pas limitées. La gratification consiste généralement en un versement ***en espèces*** venant s'ajouter au salaire payé au salarié. Mais elle peut aussi bien revêtir la forme d'une rémunération ***en nature***[164] et consister en l'octroi d'actions, d'options sur actions, ou de participation à un plan d'intéressement[165]. Elle peut aussi prendre la forme d'un versement sur un plan d'épargne-retraite complémentaire ou d'assurance décès-invalidité mis en place volontairement par l'employeur en faveur de ses salariés. Par exemple, l'employeur peut décider de payer un montant à titre de rachat des cotisations de deuxième pilier[166] ou les primes relatives à un contrat d'assurance conclu avec une société tierce[167].

2° La gratification est accordée ***en sus du salaire*** : en ce sens, la gratification implique toujours l'existence d'un salaire de base. La gratification est toujours l'***accessoire*** d'une autre rémunération. Elle n'a pas de vie purement indépendante. C'est bien ainsi que la gratification est apparue historiquement. Cependant, les rapports entre la gratification et le salaire de base se sont compliqués dans la pratique récente et la notion d'accessoriété de la gratification a acquis une nouvelle signification, qu'il conviendra d'analyser en détail[168].

3° La gratification est versée ***à certaines occasions*** : en pratique, on constate que la gratification est souvent versée à une ***date symbolique***, comme une fête (Noël, le nouvel an), un anniversaire (de l'entreprise, de l'entrée du salarié dans l'entreprise) ou une autre date pratique (la fin de l'exercice annuel) [169]. En général, l'employeur cherche à « marquer le coup » à l'occasion de son versement. Parfois, le Tribunal fédéral se borne à mentionner que la gratification est versée « *par exemple une fois par année* », sans préjuger du caractère symbolique ou non de la date de versement[170].

56. **Le sens de la gratification.** Les trois éléments de la définition légale de la gratification n'épuisent pas la définition de cette institution. En effet, la gratification, parce qu'elle est l'objet d'un transfert de propriété, repose toujours sur un ***motif***[171]. On considère généralement que le motif de la gratification est à la fois la reconnaissance par l'employeur des services accomplis par le travailleur salarié ou de sa fidélité à l'entreprise et une forme

---

[163] *Cf. infra* n° 165 et s.

[164] TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, *DTA* 2006. 186-188, *JAR* 2007. 160, cons. 2.1 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, N 4 *ad* Art. 322d CO. Sur cette notion, *cf.* STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 2 *ad* art. 322 CO.

[165] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, *SJ* 2006 I 45, *JAR* 2006. 329, *Pra* 2006. 655, *RJB* 2006. 430, note T. Koller, cons. 5.3. Pour un conflit sur la forme que devait revêtir la gratification résolu par l'interprétation objective de l'accord des parties, *cf.* TF, 16 mai 2013, 4A_721/2012, *DTA* 2013. 240, cons. 3.3.4.

[166] Ex. : TF, 28 février 2011, 4A_663/2010.

[167] Ex. : TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, cons. 4.1.

[168] *Cf. infra* n° 59 et s.

[169] Le Tribunal fédéral utilise les expressions « *certaines occasions* » ou « *bestimmte Anlässen* » : TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2 ; TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 1.2.1 ; TF, 1er mars 2006, 4C.395/2005, *DTA* 2006. 266-268, *JAR* 2007. 206, cons. 5.3 ; 9 mars 2010, 4A_637/2009, *DTA* 2010. 49-50, *JU-TRAV* 2010. 51, cons. 3.1 ; TF, 16 mai 2013, 4A_721/2012, *DTA* 2013. 240, cons. 3.

[170] TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, *DTA* 2006. 186-188, *JAR* 2007. 160, cons. 2.1 ; TF, 20 décembre 2011, 4A_705/2011, *DTA* 2012. 161, *JAR* 2012. 402, *JU-TRAV* 2012. 49, cons. 3 ; TF, 17 mai 2013, 4A_447/2012, cons. 2.2.

[171] TF, 10 janvier 1980, *JAR* 1982. 204. Si tel n'était pas le cas, elle entrerait dans la catégorie derridienne du don et serait par conséquent exclue du champ juridique (*cf. supra* nbp n° 145).

d'encouragement (la doctrine germanophone utilise le terme *Ansporn*) pour l'activité que le salarié déploiera dans l'avenir[172].

57. **Essai de définition.** À ce stade de l'analyse, nous proposons de définir la gratification comme « ***le transfert de la propriété d'un actif, issu du patrimoine de l'employeur ou d'un tiers en lien avec l'employeur et entrant dans le patrimoine du travailleur salarié, dont les formes ne sont pas limitées et qui vient s'ajouter, à titre accessoire, à une rémunération de base, généralement en vue d'exprimer une reconnaissance ou un encouragement à certaines dates symboliques ou pratiques*** ».

La double caractéristique de la gratification

58. La gratification présente un caractère ***accessoire*** (**A**) et un caractère ***non obligatoire*** (**B**).

A. Le caractère accessoire de la gratification

59. ***Non gratificatio, nisi remuneratio.*** L'article 322d dispose clairement que la gratification est accordée au travailleur salarié « *en sus du salaire* ». Littéralement, la loi autorise ainsi le salarié à réclamer une gratification dont le principe est convenu. Mais elle ne parle du caractère accessoire que pour désigner l'élément de rémunération en question. Elle ne dit rien d'une éventuelle proportion qu'un élément de rémunération devrait conserver pour prétendre être qualifié de gratification. L'idée de la loi est plutôt que la gratification revêt le caractère d'***accessoire*** du salaire[173], dans la mesure où elle est versée ***à l'occasion*** du contrat de travail. Comme le dit EGLI : « *À défaut de salaire, pas de gratification.* »[174]

60. En réalité, les conséquences du caractère accessoire de la gratification sont de deux ordres : la gratification ne peut représenter l'***unique rémunération*** du salarié (**1**) ; la gratification doit se maintenir dans un certain rapport de ***proportion*** à l'égard du salaire de base (**2**). Certains auteurs en tirent une ***troisième conséquence*** que nous étudierons à part (**3**).

---

[172] *Message 1967*, p. 327 ; auparavant déjà : Bericht 1956-1958 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1960. 177 ; par la suite : Bericht 1974 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1975. 228 ; Bericht 1976 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1977. 282, spéc. 283 ; plus récemment : CAPH-GE, 4 février 2002, C/63/2000 ; CAPH-GE, 30 juin 2010, CAPH/118/2010, cons. 5.3.1 ; CJ-GE, 30 mai 2012, CAPH/117/2012, cons. 3.3 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, N 4 *ad* Art. 322d CO ; TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 509 ; Wolfgang Portmann, « Die Arbeitsbedingungen der Bankgestellten. Eine Darstellung und Würdigung ausgewählter Aspekte », *DTA* 2005. 73, spéc. 78. Pour une synthèse plus ancienne des motifs de versement de la gratification, *cf.* Edwin SCHWEINGRUBER, *Commentaire du contrat de travail*, trad. Albert Laissue, Union syndicale suisse, Berne, 1975, pp. 70-71.

[173] *Cf.* TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2 ; TF, 15 mai 2012, 4A_26/2012, *JAR* 2013. 242, cons. 5.1.

[174] Hans-Peter Egli, « Les bonus vus sous l'angle juridique », *Employeur suisse* 26 février 2009. 39, spéc. 42.

1) Accessoriété et rémunération unique

61. Le contrat de travail est un contrat ***à titre onéreux*** : dès lors, le salarié ne s'engage que moyennant paiement d'une rémunération[175] laquelle revêt, juridiquement, un caractère obligatoire. Or, le caractère nécessaire de la rémunération du travail ne peut se concilier avec le caractère entièrement discrétionnaire de la rémunération[176]. En effet, le pur discrétionnaire rendrait la rémunération ***entièrement aléatoire***, ce qui est inconciliable avec le caractère onéreux du contrat de travail[177]. À cet égard, il convient de distinguer entre la rémunération variable contractuelle, laquelle peut représenter — à certaines conditions[178] — l'entier de la rémunération du salarié et la gratification[179]. Dans l'hypothèse d'une rémunération variable obligatoire, les critères de calcul de la rémunération sont plus ***objectifs*** ; le salarié les connaît ***à l'avance*** et il peut en ***faire contrôler*** la bonne application. À l'inverse, la gratification étant discrétionnaire, le salarié n'a aucune visibilité ni sur son octroi, ni sur son montant. C'est en cela qu'une rémunération uniquement discrétionnaire est contraire au caractère onéreux du contrat de travail.

2) Accessoriété et proportion

a. Principe

62. Une fois établie l'incompatibilité entre accessoriété et rémunération composée uniquement d'une gratification, le Tribunal fédéral prolonge le raisonnement, comme s'il identifiait une *fraus legis*[180] potentielle[181] : il n'est pas possible de contourner le principe de l'interdiction d'une rémunération uniquement discrétionnaire en stipulant un salaire de base minime et en faisant de la gratification éventuelle l'essentiel de la rémunération[182]. Il serait contraire

[175] *Cf. infra* n° 465 ; Christoph Senti, « Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation », *PJA* 2002. 669.

[176] TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, *DTA* 2003. 154-156, *JAR* 2004. 248, cons. 2.2 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 5.3.

[177] *Cf.* TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2.1 ; TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, cons. 2.2 ; TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 2.2 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 5.3 ; sur le caractère onéreux du contrat de travail, *cf.* REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 12 *ad* art. 319 CO.

[178] *Cf. infra* n° 365.

[179] *Cf.* Gewerbegericht-ZH, 2 décembre 1974, *JAR* 1980. 198.

[180] La *fraus legis* est un « *acte régulier en soi (en tout cas non sanctionné d'inefficacité) accompli dans l'intention d'éluder une loi impérative ou prohibitive et qui, pour cette raison, est frappé d'inefficacité par la jurisprudence ou par la loi* » (CORNU, *Vocabulaire juridique,* p. 480).

[181] Fraude à laquelle s'étaient manifestement adonnées les banques à la fin des années 1990. *Cf.* Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 66, lequel, face à ces abus, plaida précisément pour une interdiction de cette fraude (*cf.* p. 71 de l'article). Cet auteur invoquait alors comme fondement juridique l'article 27 du Code civil, avec pour effet de rendre nulle toute clause par laquelle l'employeur se réserverait le droit de modifier arbitrairement la rémunération (*cf.* p. 76 de l'article). Cette solution ne fut pas retenue par la jurisprudence. Sur cette question, *cf.* également SCHMID, *Betriebsrisiko*, p. 185.

[182] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2.1 ; TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, *DTA* 2003. 154-156, *JAR* 2004. 248, cons. 2.2 ; TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004, *DTA* 2005. 241-245,

au caractère onéreux du contrat de travail de ne prévoir qu'un salaire de base d'un montant infime et une gratification couvrant la plus grande partie de la rémunération. Si tel était le cas, la gratification, malgré que les parties fussent convenues de son caractère discrétionnaire, représenterait la véritable rémunération du travail accompli par le salarié ; elle sera alors en principe requalifiée en rémunération obligatoire[183]. Ce faisant, le Tribunal fédéral n'hésite pas à s'écarter de la volonté des parties, même lorsqu'elle est indubitable[184]. Le Tribunal fédéral dit parfois de manière plus raccourcie que la gratification doit, pour conserver son caractère de rémunération particulière, avoir une ***importance secondaire*** par rapport au salaire de base (*neben dem Lohn nur eine zweitrangige Bedeutung haben*)[185]. La position de la jurisprudence est également appuyée par une ***interprétation historique*** de la loi. En effet, le législateur, lorsqu'il a consacré le régime de la gratification discrétionnaire, ne pensait l'appliquer qu'à de faibles montants[186].

63. En toute hypothèse, le caractère accessoire de la gratification est tempéré par une applicabilité restreinte à l'hypothèse d'un ***versement régulier*** de la gratification. Ce n'est que lorsque le montant proportionnellement élevé par rapport au salaire de base est versé régulièrement dans cette mesure qu'il sera requalifié en salaire de base[187]. L'employeur reste donc libre de verser un montant proportionnellement élevé par rapport au salaire de base une ou deux fois[188], sans que ce montant ne perde sa qualification de gratification[189]. Dans cette hypothèse, la gratification n'est soumise à aucune limite maximale[190]. Ainsi,

---

comm. P. Schneiter, cons. 1.2.3 ; TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 2.2 ; TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 5.2 ; TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, *DTA* 2006. 186-188, *JAR* 2007. 160, cons. 2.1 ; TF, 8 mai 2007, 4A_23/2007, *DTA* 2007. 160-163, cons. 4.1 ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, cons. 4.1 ; TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.1.2 ; TF, 20 décembre 2011, 4A_705/2011, *DTA* 2012. 161, *JAR* 2012. 402, *JU-TRAV* 2012. 49, cons. 3 ; TF, 20 mars 2012, 4D_98/2011, *JAR* 2013. 196, cons. 2.4 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, *JAR* 2013. 293, cons. 8.2 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 3.2 et 5.3 ; TF, 16 mai 2013, 4A_721/2012, *DTA* 2013. 240, cons. 3 ; TF, 17 mai 2013, 4A_447/2012, cons. 2.2 ; *cf.* déjà dans une ancienne décision cantonale : Appellationskammer-ZH, 11 novembre 1912, *ZR* 1912. 226. *Cf.* dans la doctrine : STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 3 *ad* Art. 322d CO ; Matthias Staehelin, « Gesperrte Optionen — als Lohn unzulässig ? », *RSJ* 2005. 181 ; P. Schneiter *DTA* 2005. 242, comm. sous TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004 et TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004 ; Andreas Abegg, « Neues und Bewährtes vom Bundesgericht zur Abgrenzung von Lohn und Gratifikation und dem entsprechenden Anspruch pro rata temporis », *Jusletter* 12 octobre 2009 ; Frank Emmel, « Art. 319-362 », *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,* (Claire Huguenin/Markus Müller-Chen/Daniel Girsberger édit.), Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2012, N 1 *ad* art. 322d CO ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 4 *ad* art. 322d CO.

[183] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2.1 ; Roger Rudolph, « Fokus Arbeitsrecht : Neuere Entwicklungen im Bonusrecht », *Trex* 2011. 92, spéc. 94 (lequel observe justement la primauté de ce principe sur la volonté des parties : « *Der Parteiwille wird also in dieser Konstellation von der Bedingung der Akzessorietät übersteuert.* »).

[184] TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, p. 122.

[185] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 5.2 ; TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, *DTA* 2006. 186-188, *JAR* 2007. 160, cons. 2.1 ; TF, 26 mars 2009, 4A_28/2009, cons. 2.3 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 3.2.

[186] Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 70 ; P. Schneiter *DTA* 2005. 243, comm. sous TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004 et TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004.

[187] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 5.2 ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, cons. 4.1 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 3.2 ; TF, 17 mai 2013, 4A_447/2012, cons. 2.2.

[188] Obergericht-ZH, 14 septembre 2011, LA100002, cons. 3.3 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 4 *ad* art. 322d CO.

[189] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2.1 ; TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, *DTA* 2003. 154-156, *JAR* 2004. 248, cons. 2.2 ; TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 1.2.3 ; TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 2.2 ; TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, *DTA* 2006. 186-188, *JAR* 2007. 160, cons. 2.1 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, N 3 *ad* Art. 322d CO.

[190] TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 2.2.

l'employeur est toujours libre de verser, à titre plus ou moins exceptionnel, une grosse somme à ses salariés, sans risquer de devoir renouveler ce versement par la suite.

b. Application du principe

64. La ***détermination de la proportion admissible*** entre gratification et salaire de base dépend du montant de la rémunération totale. Le Tribunal fédéral considère que pour les rémunérations faibles, seule une petite proportion sera admissible, alors que cette proportion pourra être plus importante dans le cas des rémunérations élevées[191]. C'est l'idée d'une accessoriété non pas seulement juridique, mais ***économique***[192]. CRAMER explique la règle en faisant remarquer que le risque portant sur le montant de la gratification peut être d'autant plus élevé que l'influence du salarié sur le montant de sa rémunération est importante, ce qui revient à dire que cette part peut varier en proportion de sa rémunération totale[193]. Plusieurs auteurs ont alors construit leur propre échelle : DELBRÜCK propose entre 15 et 20 % de rémunération discrétionnaire, voire moins dans le cas des très faibles rémunérations et davantage dans le cas des fortes rémunérations[194], SCHMID autour de 15 %[195], MEIER autour 10 %[196] ; CRAMER propose pour les salaires situés entre le salaire médian brut suisse et les salaires élevés gagnés par 0,5 % des travailleurs en Suisse (soit environ CHF 300 000) une proportion de 15 à 20 %[197].

65. ***Concrètement***, le Tribunal fédéral a jugé qu'une gratification qui atteint régulièrement le montant de 30 000 francs par rapport à un salaire fixe de 130 000 francs reste dans une proportion admissible (un peu plus de 1/5^{e} de la rémunération de base pour un salaire plus élevé que le salaire moyen en Suisse)[198]. Dans une autre espèce le Tribunal fédéral a jugé que la proportion était admissible entre un salaire de 100 000 francs annuels (salaire qualifié de « *non modeste* ») et une gratification en représentant le quart[199]. Pour un salaire annuel de plus de 200 000 francs, la gratification d'une salariée a pu atteindre deux années de suite un montant un peu plus élevé que le salaire de base annuel, sans encourir la requalification : les juges cantonaux avaient constaté que le salaire de base payé n'était pas inférieur au salaire moyen dans la branche pour un poste du même genre ; le travailleur

---

[191] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2.1 ; TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 1.2.3 ; TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 2.2 ; TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 5.2 ; TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, *DTA* 2006. 186-188, *JAR* 2007. 160, cons. 2.1 ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, cons. 4.1 ; TF, 20 décembre 2011, 4A_705/2011, *DTA* 2012. 161, *JAR* 2012. 402, cons. 3 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 3.2 ; TF, 16 mai 2013, 4A_721/2012, *DTA* 2013. 240, cons. 3 ; TF, 17 mai 2013, 4A_447/2012, cons. 2.2.

[192] Nous empruntons l'idée d'« accessoriété économique » à DELBRÜCK, lequel utilise toutefois cette notion dans un autre sens : DELBRÜCK, *Die Gratifikation*, pp. 8-9.

[193] Conradin Cramer, « Der Bonus als Malus », *PJA* 2008. 539. L'introduction du concept de « risque » à propos d'une rémunération discrétionnaire par nature ne va pas sans poser quelques problèmes théoriques que nous laissons provisoirement de côté ; *cf. infra* n° 671 et s.

[194] DELBRÜCK, *Die Gratifikation*, pp. 76-77.

[195] SCHMID, *Betriebsrisiko,* p. 197.

[196] Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 72.

[197] CRAMER, *Der Bonus*, p. 109 ; cité par CCass.-SG, 11 février 2008, n° BZ.2006.90, *JAR* 2009. 569, cons. 7.

[198] TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, *DTA* 2003. 154-156, *JAR* 2004. 248.

[199] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2.1. Même constatation pour une gratification représentant le quart d'un salaire annuel de 75 000 francs (TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, *JAR* 2013. 293, cons. 8.4).

n'était donc pas péjoré par rapport à l'usage de la branche[200]. Il est également arrivé que le Tribunal fédéral se contente d'énoncer la règle de manière très générale, en considérant que la gratification perd son caractère accessoire dès lors qu'elle atteint régulièrement un montant « *plus élevé* » que le salaire de base[201]. Plus récemment, le Tribunal fédéral a confirmé que conservait un caractère accessoire une gratification versée trois années de suite, dès lors qu'elle avait représenté de 20 à 60 % du salaire de base qui s'élevait à 36 000 francs par an[202]. De même, des gratifications qui varient entre 30 % et 63 % des rémunérations fixes conservent un caractère accessoire par rapport à un salaire de base oscillant entre 200 000 et 300 000 francs, dès lors que le rapport moyen entre la gratification et le salaire de base est de 44 %[203]. En revanche, une gratification de 300 000 francs pour un salaire fixe de base de 200 000 francs empêche que le caractère accessoire soit conservé[204]. En définitive, le critère semble être peu ou prou celui de la moitié : dès lors que la gratification représente plus de la moitié de la rémunération totale versée au salarié, elle perd en toute hypothèse son caractère accessoire. La proportion descend autour du quart voire du cinquième de la rémunération totale lorsque celle-ci est moyenne ou modeste.

Enfin, le Tribunal fédéral juge désormais que « *lorsque le salaire suffit largement à un train de vie approprié du travailleur et qu'il représente en outre un multiple du salaire moyen, un montant supplémentaire doit être considéré comme une gratification quelle que soit son importance par rapport au salaire* »[205]. Ce revirement de jurisprudence est une réponse à la critique du principe qui avait été formulée depuis plusieurs années par la doctrine et quelques juridictions cantonales.

c. Critique du principe

66. Le systématisme du Tribunal fédéral dans l'application du principe de proportion avant son revirement de jurisprudence avait été critiqué par une partie de la doctrine, de différentes manières :

---

[200] TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 2.5. Ce fondement de l'***usage de la branche*** retenu par rapport au caractère accessoire de la gratification semble assez isolé. En revanche, sur l'importance de l'usage en rapport avec l'octroi de la gratification, *cf. infra* n° 133-135.

[201] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2.1 ; TF, 28 février 2006, 4C.426/2005, *DTA* 2006. 188-190, cons. 5.1 ; TF, 9 mars 2010, 4A_637/2009, *DTA* 2010. 49-50, *JU-TRAV* 2010. 51, cons. 3.1 ; TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, *JU-TRAV* 2011. 41, cons. 2.1.2 ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 69.

[202] TF, 9 mars 2010, 4A_637/2009, *DTA* 2010. 49-50, *JU-TRAV* 2010. 51, cons. 3.1. La gratification maximale représentait 39 % de la rémunération totale. Voir également : TC-VD, 19 mars 2012, *JAR* 2013. 557 : conserve un caractère accessoire une gratification représentant en moyenne 29 % d'un salaire annuel de 225 000 francs.

[203] TF, 15 mai 2012, 4A_26/2012, *JAR* 2013. 242, cons. 5.2.1.

[204] TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 1.2.4.

[205] TF, 17 mai 2013, 4A_447/2012, cons. 2.2. Voir également : TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 5.3 ; TF, 17 mai 2013, 4A_447/2012, cons. 2.2 ; Obergericht-ZH, 17 septembre 2013, NP120018, cons. 2b ; Thomas Geiser, « Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts », *PJA* 2014. 111 et s., spéc. 112.

1° Le défaut de base légale

REHBINDER/STÖCKLI, PORTMANN/STÖCKLI et REINERT ont souligné le défaut de base légale autorisant cette limitation de l'autonomie de la volonté[206]. Cette critique dit vrai, mais la quasi-totalité du droit des rémunérations variables manque de base légale. Les évolutions furent telles depuis 1971 que la jurisprudence fut contrainte d'innover à partir d'une interprétation large de l'article 322d.

2° La cible manquée de la protection

67. PORTMANN et REHBINDER/STÖCKLI arguent que cette jurisprudence entraîne une limitation inadmissible de l'autonomie de la volonté lorsque le salaire de base est ***en lui-même suffisamment important*** pour garantir que le travail du salarié soit bel et bien rémunéré[207]. CRAMER et EGLI estiment que cette jurisprudence ***protège plus souvent les salariés percevant des rémunérations élevées*** que les salariés percevant des rémunérations faibles[208] : en pratique, les gratifications représentant plus d'un salaire annuel seraient presque toujours versées à des personnes dont le salaire de base est déjà très élevé. Le cas où la rémunération d'un salarié tomberait au-dessous du minimum vital s'il ne touchait pas de gratification « *ne se [produirait] pas dans la réalité* »[209]. WYLER et CRAMER estiment même que le principe du caractère nécessairement accessoire de la gratification n'est tout simplement pas applicable aux salariés très bien payés[210], question que la jurisprudence avait laissée ouverte dans le cas d'un cadre ayant agi comme un investisseur acceptant de son plein gré le risque lié au placement qu'il effectuait[211].

68. Précédemment, le Tribunal fédéral avait déjà pris note de ces critiques dans une affaire mais sans les discuter, car il avait jugé qu'il ne serait pas équitable, dans cette espèce, de faire prévaloir la liberté contractuelle et de priver le travailleur de sa protection : le salaire fixe, certes confortable (CHF 263 000 en fin de contrat), n'avait représenté, en moyenne, que 15 % de la rémunération globale[212]. Le revirement de jurisprudence qui se dessine concerne les salariés dont la rémunération dépasse non seulement de beaucoup ce qui est nécessaire à un niveau de vie adéquat, mais encore se présente comme un multiple de la rémunération moyenne[213] ; en l'espèce, le salaire de base et la partie de la rémunération

---

[206] REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 1 *ad* art. 322d CO ; PORTMANN, *Basler Kommentar,* N 19 *ad* art. 322d CO ; PORTMANN/STÖCKLI, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, N 298 ; Peter Reinert, « Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht », *PJA* 2009. 7.

[207] PORTMANN, *Basler Kommentar,* N 19 *ad* art. 322d CO ; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 1 *ad* art. 322d CO.

[208] Conradin Cramer, « Der Bonus als Malus – Zur Überwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeitnehmer », *PJA* 2008. 535, spéc. 540.

[209] Hans-Peter Egli, « Les bonus vus sous l'angle juridique », *Employeur suisse* 26 février 2009. 39 spéc. 43.

[210] WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, p. 163 (déjà dans la version précédente de cet ouvrage datant de 2008 : pp. 169 et 810) ; CRAMER, *Der Bonus*, pp. 110-112. Voir synthèse dans : Pierre Gabus/Sandrine Rohmer, « Bonus et hauts salaires : liberté contractuelle ou protection du travailleur ? », *SJ* 2014 II 219, spéc. pp. 237-238.

[211] TF, 8 avril 2004, 4C.329/2003, *ATF* 130 III 495, cons. 4.2.2 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 4 *ad* art. 322d CO ; *cf. infra* n° 329.

[212] TF, 3 février 2009, 4A_511/2008, cons. 4.3.2.2.

[213] TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 5.3.

variable versée en espèces représentaient plus de deux millions de francs[214]. Ce « revirement », que le Tribunal fédéral a d'abord présenté lui-même comme une « précision », est toutefois à relativiser en ce sens que, du point de vue des faits, il ne contredit pas la règle de proportion établie antérieurement puisque le salarié avait perçu deux millions de francs comme salaire fixe et bonus en espèces et qu'il réclamait un million trois cents mille francs au titre d'un bonus en actions et trois cents mille francs au titre d'un « *longevity premium award* ». Au total, la rémunération en espèces est supérieure à la moitié de la rémunération totale. La différence provient de ce qu'une partie de cette rémunération était différée puisqu'elle était comprise dans le « bonus ». C'est néanmoins après avoir tenu compte de ce paiement que la Cour retient que le salarié n'a plus vocation à être protégé. La règle précédente n'aurait donc de toute façon pas été violée. Il faudra attendre une espèce dans laquelle la gratification dépasserait largement en proportion la rémunération octroyée pour pouvoir parler de véritable changement de règle.

69. Deux critères semblent donc émerger : le train de vie approprié et le multiple du salaire moyen. Dans un arrêt en allemand rendu quasi concomitamment, le Tribunal fédéral, de manière confuse, semble dans un premier considérant (cons. 3) ne mentionner que le premier de ces deux critères[215], avant de parler également du multiple du salaire moyen dans un second considérant (cons. 3.1). À notre sens, le critère le plus pertinent est celui du salaire médian suisse[216], soit la valeur de salaire telle que la moitié des salariés suisses gagne moins que cette valeur et l'autre moitié gagne davantage que cette valeur. Le salaire médian est en effet un critère objectif, plus pertinent que le salaire moyen, simple agrégat qui ne dit rien de la structure salariale du pays[217].

70. La Cour d'appel des prud'hommes du canton de Genève avait également choisi de suivre, en partie, la critique doctrinale : considérant qu'il n'existe plus de justification à protéger la gratification lorsque le salaire de base représente déjà en lui-même « *une compensation adéquate et suffisante des prestations fondamentales fournies par l'employé* », elle a jugé que conservait un caractère accessoire la gratification consistant en un bonus venant s'ajouter au salaire de base en fonction de circonstances étrangères à l'activité propre du salarié telles que le cours des matières premières ou les résultats de l'entreprise[218]. Ce faisant, la Cour d'appel préserve tout de même la condition du caractère accessoire de la gratification ; elle estime néanmoins que cette condition est respectée en l'espèce : les bonus conservent leur caractère accessoire dès lors qu'ils sont versés en sus d'un salaire de base élevé. En l'espèce, le montant des gratifications a oscillé sur cinq années entre 100 000 et 500 000 francs pour un salaire de base de 300 000 francs. La Cour d'appel prend soin de préciser trois éléments : premièrement, la proportion entre les gratifications versées et le montant du salaire de base reste dans le cadre admis par la doctrine à ce sujet ; deuxièmement, la variation du montant de la gratification était inhérente au caractère aléatoire des marchés des matières premières ; troisièmement, le salarié, en sa qualité de négociant, était conscient, à titre personnel, de ce phénomène de fluctuation extrême[219].

---

[214] TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 5.4.

[215] TF, 16 mai 2013, 4A_721/2012, *DTA* 2013. 240, cons. 3 : « *Sobald der eigentliche Lohn jedoch ein Mass erreicht, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, bildet die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn kein taugliches Kriterium mehr, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden.* »

[216] *Cf.* Alexandre Richa/David Raedler, « Le caractère accessoire du bonus », *GesKR* 2013. 409 ; WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* p. 165.

[217] *Cf.* nbp n° 240.

[218] CAPH-GE, 29 novembre 2010, CAPH/204/2010, cons. 4.1 et 4.2. Le Tribunal du travail de Zurich semblait récemment suivre une direction similaire : *Arbeitsgericht-ZH,* 18 décembre 2009, n° 080738, cons. 4.

[219] CAPH-GE, 29 novembre 2010, CAPH/204/2010, cons. 4.2.

Cette jurisprudence est donc moins révolutionnaire qu'elle n'en a l'air. Elle s'en tient à la condition de l'accessoriété et à celle de la proportion. On regrette néanmoins qu'elle soit ***incomplète*** sur le point de savoir à l'aune de quels critères doit être décidé si le salaire de base représente en lui-même une « compensation adéquate et suffisante » des prestations fournies par le salarié. On regrette également qu'elle soit ***imprécise*** lorsqu'elle énonce que les résultats de l'entreprise sont une circonstance étrangère à l'activité propre du salarié ; en effet, le salarié, en tant que membre de l'entreprise, contribue obligatoirement — en positif ou en négatif d'ailleurs — à ces résultats. L'affaire est montée au Tribunal fédéral, lequel a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel, sans traiter toutefois de la question du caractère accessoire de la rémunération[220].

3° L'abence de protection contre l'arbitraire

71. SCHNEITER a souligné que la protection du salarié devrait être dirigée plus spécialement contre l'***arbitraire*** de l'employeur, ce que ne permettait pas la mise en œuvre de la règle de la proportion[221], puisqu'elle se contente d'une disproportion mathématique sans examiner les motifs de l'employeur.

4° Le caractère excessif de la requalification

72. Il faut reconnaître à ces auteurs le mérite de mettre en évidence la radicalité de la sanction qui pèse sur la rémunération qui perd son caractère accessoire : la ***requalification en salaire de base***.

73. Un tribunal zurichois[222] a proposé une autre piste en faisant appel au ***principe de proportionnalité***. Cela revient à dire que le juge doit se contenter de réduire le caractère excessif de la gratification discrétionnaire, comme dans le cas d'une peine conventionnelle dont le montant serait trop élevé ou d'un contrat conclu pour une durée trop longue au regard de la protection de la personnalité contre les engagements excessifs. Ainsi le juge ne requalifierait en rémunération obligatoire que la part discrétionnaire de la rémunération qui est excessive, tout en maintenant la part admissible dans le régime de la rémunération discrétionnaire[223]. La requalification de la gratification en rémunération obligatoire pourrait ainsi n'être que ***partielle***, à l'image de la nullité partielle de l'article 20, alinéa 2, du Code des obligations[224] (*Teilumwandlung*)[225].

---

[220] TF, 21 mars 2011, 4A_29/2011.

[221] P. Schneiter, *DTA* 2005. 245, comm. sous TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004 et TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004.

[222] Obergericht-ZH, 14 mars 2006, n° LA040012, cons. 4.1.

[223] G. Aubert, sous TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, p. 123 ; solution approuvée par Roger Rudolph, « Fokus Arbeitsrecht : Neuere Entwicklungen im Bonusrecht », *Trex* 2011. 92, spéc. 94.

[224] G. Aubert, sous TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, p. 123. Dans le fond, c'est mettre en œuvre la notion de proportionnalité, notion dont on dit qu'elle « *ressurgit aujourd'hui, non plus comme idéal de proportion, mais comme méthode, comme procédé de recherche du juste. Si la quête du juste milieu est sans doute vaine, la proportionnalité doit permettre de s'en rapprocher. Le juge n'est plus tant l'homme du juste milieu que celui de la pesée et de la conciliation des intérêts ou valeurs en présence* » (Benoît GÉNIAUT, *La Proportionnalité dans les relations du travail, De l'exigence au principe,* Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, 2009, p. 1).

74. Une décision assez récente des prud'hommes zurichois a appliqué cette idée dans une espèce où la gratification, qui avait oscillé entre 550 000 et 600 000 francs pour un salaire de base de 280 000 francs, ne constituait pas une rémunération de la prestation du travailleur mais représentait un mécanisme de marché ayant un caractère très volatile. Selon les juges cantonaux, le salarié ne pouvait prétendre au paiement de sa gratification que dans la même mesure que le montant de son salaire fixe, soit à hauteur de 280 000 francs[226].

75. Récemment, le Tribunal fédéral a opéré un second revirement de jurisprudence, en admettant en principe la requalification partielle de la gratification en rémunération obligatoire[227]. La haute cour souligne également que la requalification de la gratification en rémunération obligatoire n'implique pas forcément sa requalification en rémunération fixe. La rémunération obligatoire peut aussi être variable, tant qu'elle est déterminée par des motifs objectifs et non selon la libre appréciation de l'employeur[228].

d. Réflexions sur la critique du principe

76. Ces différentes critiques et l'orientation prise par le Tribunal fédéral dans ses derniers arrêts sont pertinentes. Néanmoins, elles posent, en l'état, certains problèmes. La proposition de soustraire du champ d'application de la règle de l'accessoriété, pour l'entier de leur rémunération, les salariés les mieux payés reviendrait à démanteler le champ d'application historique du droit du travail. En effet, le droit suisse du travail ne distingue pas entre les différentes catégories de salariés (« *Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht unterscheidet nicht nach verschiedenen Arbeitnehmerkategorien* »)[229]. Ce faisant, le risque serait de remettre en cause un des critères du contrat de travail : le lien de subordination. En effet, la protection qui est aménagée en faveur du travailleur par le droit du travail se justifie classiquement par la situation de subordination dans laquelle le travailleur se trouve face à l'employeur et le fait que le travailleur, étant tenu d'obéir aux ordres de l'employeur, ne peut, juridiquement, avoir le dernier mot sur les décisions prises dans l'entreprise[230]. La protection n'est donc pas fonction du montant du salaire, mais de la situation de subordination juridique dans laquelle se trouve le salarié[231].

---

[225] Roger Rudolph, « Anwendbarkeit der Akzessorietätsrechtsprechung bei hohen Einkommen ; Rechtfolge und Berechnungsmethode bei fehlender Akzessorietät », *DTA* 2012. 243, spéc. 244 et 246 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 4 *ad* art. 322d CO ; Danthe, *Commentaire,* N 21 *ad* art. 322d CO.

[226] Arbeitsgericht-ZH, 13 décembre 2011, *DTA* 2012. 243, comm. R. Rudolph, *JAR* 2012. 588 ; Gili Fridland Svensson/Barbara Meyer, « Spitzenboni », *ECS* 3/14. 214.

[227] TF, 16 mai 2013, 4A_721/2012, *DTA* 2013. 240, cons. 3.1 (une nouvelle fois, le Tribunal fédéral se défend d'opérer un revirement et continue de parler de « précision » de jurisprudence).

[228] TF, 16 mai 2013, 4A_721/2012, *DTA* 2013. 240, cons. 3.2.

[229] TF, 1er octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004 (voir également 4P.149/2004, 4P.151/2004), *DTA* 2005. 23-26, *DTA* 2006. 100-105, comm. U. Sommer, *JAR* 2005. 275, cons. 3.3 ; BÄCHLER, *Vergütungen*, p. 90. *Cf.* également la distinction entre applicabilité du droit du travail et degré de protection requis : CRAMER, *Der Bonus,* p. 21.

[230] Sur le critère du contrat de travail, *cf. infra* n° 465 et s.

[231] L'analyse du champ d'application de la loi fédérale sur le travail confirme notre analyse : les dirigeants salariés sont exclus du champ d'application d'un certain nombre de normes protectrices, ***non pas parce qu'ils sont très bien payés***, mais parce qu'ils « *exercent une fonction dirigeante élevée* » (LTr, art. 3, d), étant observé qu' « *exerce une fonction dirigeante élevée quiconque dispose, de par sa position et sa responsabilité et eu égard à la taille de l'entreprise, d'un pouvoir de décision important, ou est en mesure d'influencer fortement des décisions de portée majeure concernant notamment la structure, la marche des affaires et le développement d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise* » (OLT 1, art. 9). Le Tribunal fédéral a donné des pistes d'explication, à propos de l'article 321c du Code

77. Il faut dire que la structure des entreprises change sans cesse et que le droit du travail positif, conceptualisé dans les années 1960, n'en a pas encore pris acte. De plus, le caractère particulier de la position du cadre dirigeant est régulièrement souligné par la jurisprudence. Le Tribunal fédéral a récemment jugé que l'embauche d'un membre de la direction suppose une confiance particulière dans sa rectitude et son honnêteté (« *ein besonderes Vertrauen in seine Aufrichtigkeit und Ehrlichkeit* »)[232]. Aussi, la réflexion devrait selon nous être menée dans le cadre d'une réforme complète du droit du travail, laquelle distinguerait le cas échéant les travailleurs — peu nombreux —, qui disposent d'un véritable pouvoir de négociation face à leur employeur, de la majorité des salariés qui sont dépourvus d'un tel pouvoir. Accepter, en l'état, une réglementation entièrement spéciale pour les salariés à hauts revenus reviendrait à favoriser quelques entreprises par rapport à d'autres au niveau de l'économie nationale. En effet, certaines entreprises, dès lors qu'elles rémunèrent fortement leurs salariés, pourraient ne pas respecter certaines règles protectrices du droit du travail, alors que des entreprises plus modestes, notamment les PME, seraient quant à elles sommées de respecter le droit du travail dans son intégralité. Or, la richesse d'une entreprise ne peut pas lui permettre de s'acheter une exonération d'appliquer une partie du droit du travail sous peine de voir renaître des régimes de privilèges contraires aux fondements mêmes de la démocratie.

78. Somme toute, les critères retenus par le Tribunal fédéral sont flous. Parler de « multiple du salaire moyen » est vague. D'ailleurs, la référence au salaire moyen est pour le moins étrange ; la notion de salaire médian est beaucoup plus adéquate pour calculer les différences de rémunération au sein d'un groupe de travailleurs. En outre, il faut avoir conscience que le recours au concept de niveau de vie (ou, encore plus subjectif de « train de vie ») répond à une conception communautaire de la relation de travail, dans laquelle le travailleur réapparaît en tant que personne physique là où la conception traditionnelle est la conception contractuelle qui imagine un marché du travail où le travailleur vend sa force de travail à l'employeur. Le Tribunal fédéral est familier de ce genre de confusion[233] (peut-être pour le plus grand bien des travailleurs), mais au total, le raisonnement manque de rigueur intellectuelle. Il faut donc trouver une solution qui s'applique de manière différenciée et qui permette de reprendre l'idée de *Teilumwandlung* dont la pertinence est certaine.

e. Une piste féconde : l'accessoriété différenciée

79. PEYER/SCHAUB ont proposé une piste nouvelle, initialement dans l'optique de concilier les exigences protectrices du droit du travail avec la souplesse de la politique de rémunération

---

des obligations, de la *ratio legis* de cette exemption : la rémunération des cadres dirigeants vise moins à compenser le nombre d'heures de travail effectuées que les tâches à accomplir en elles-mêmes. De plus, et ce second argument est plus convaincant, les dirigeants peuvent librement et dans une large mesure déterminer leur propre emploi du temps (TF, 8 janvier 2003, 4C.342/2002, *ATF* 129 III 171, cons. 2.1 ; *cf.* également Christoph Senti, « Nicht kompensierte Überstunden eines leitenden Angestellten. Verwirkung ? », *PJA* 2003. 723). En définitive, la rémunération élevée est plutôt une conséquence factuelle, voire à la rigueur, un indice juridique de la fonction dirigeante élevée : elle n'en est cependant ni la condition nécessaire ni le critère (sur cette question en droit français, avec une analyse sensiblement identique : *cf.* Soc., 31 janvier 2012, n° 10-24412, *BICC* 1er mai 2012, n° 632). Sur la notion de cadre dirigeant en droit du travail, *cf.* également Claus HUTTERLI, *Der leitende Angestellte im Arbeitsrecht,* Stämpfli, Berne, 1984.

[232] TF, 14 février 2011, 4A_569/2010, *DTA* 2011. 108, *JAR* 2012. 137. *Cf.* également : TF, 3 décembre 2009, 4A_333/2009, cons. 2.2.

[233] Par exemple *infra* n° 394 (discrimination à raison de l'âge).

voulue par le droit administratif, notamment la FINMA dans sa circulaire 2010/1[234] : l'idée consiste non pas à déterminer un pourcentage de part discrétionnaire sur la rémunération totale du salarié, mais à moduler la part discrétionnaire en fonction de paliers de rémunération prédéterminés. Selon les auteurs, le concept d'accessoriété différenciée permet de respecter en grande partie trois éléments fondamentaux de la circulaire de la FINMA : transparence, prévisibilité et flexibilité[235].

80. Concrètement, PEYER/SCHAUB proposent de constituer six zones de rémunération : la première zone (*unterster Lohnbereich*) va jusqu'au salaire minimum selon le chiffre 26 de la Convention relative aux conditions de travail du personnel bancaire, soit CHF 50'000 par an[236]. Pour cette zone, la part discrétionnaire peut s'élever à 8,3 %, soit l'équivalent d'un mois de salaire. La deuxième zone (*unterer Lohnbereich*) va du salaire minimum au salaire médian brut dans la branche du crédit, soit CHF 108'012[237]. Ils proposent une part discrétionnaire de 15 %[238]. La troisième zone (*mittlerer Lohnbereich*) va du montant précédent jusqu'au salaire médian brut d'un cadre moyen de la branche, soit CHF 171'432. Pour cette zone, ils proposent une part discrétionnaire de 25 %. La quatrième zone (*oberer Lohnbereich*) va du montant précédent jusqu'au salaire médian brut des hauts cadres de la branche, soit CHF 281'688, pour une part discrétionnaire de 33,3 %. Ainsi, la part discrétionnaire correspond à la moitié de la rémunération fixe. La cinquième zone (*oberster Lohnbereich*) va jusqu'au niveau du salaire maximum assurable selon l'article 79c en lien avec l'article 8, alinéa 1, de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle (LPP), soit CHF 842'400 en 2013 (CHF 820'080 dans l'article de PEYER/SCHAUB). La proportion monte ici à 50 %[239]. La sixième zone, au-delà de ce montant, n'offre plus de protection.

81. Cette idée nous semble intéressante et féconde : elle est plus précise que ne pourrait l'être un calcul global sur l'ensemble de la rémunération. De plus, elle respecte bien l'esprit de la jurisprudence protectrice du droit du travail, tout en permettant de dégager une part discrétionnaire la plus grande possible pour satisfaire aux exigences administratives. Cette solution est d'ailleurs utile pour l'ensemble des contrats de travail et pas seulement pour ceux de l'industrie bancaire analysée par PEYER/SCHAUB.

82. Nous proposons donc de reprendre ce schéma et de l'étendre à l'ensemble des travailleurs et des rémunérations. Pour ce faire, nous prendrons comme étalon le ***salaire médian suisse annuel***[240].

---

[234] Sur cette circulaire, *cf. infra* n° 124, 253-258, 300, 427, 509-513.

[235] Patrick Peyer/Roland Schaub, « Umsetzung des FINMA-Rundschreibens "Vergütungssysteme" bei Banken variable Vergütungen im Spannungsfeld zwischen Regulierung und Zivilrecht », *RSJ* 2011. 149-158, spéc. 149.

[236] Chiffre disponible sur le site internet de l'Association suisse des employés de banque : sbpv.ch.

[237] Selon l'enquête suisse sur la structure des salaires de l'Office fédéral de la statistique (PEYER/SCHAUB ont utilisé l'enquête de 2008, publiée en 2010, voir le site internet: bfs.admin.ch)

[238] Patrick Peyer/Roland Schaub, « Umsetzung des FINMA-Rundschreibens "Vergütungssysteme" bei Banken variable Vergütungen im Spannungsfeld zwischen Regulierung und Zivilrecht », *RSJ* 2011. 149-158, spéc. 156.

[239] Patrick Peyer/Roland Schaub, « Umsetzung des FINMA-Rundschreibens "Vergütungssysteme" bei Banken variable Vergütungen im Spannungsfeld zwischen Regulierung und Zivilrecht », *RSJ* 2011. 149-158, spéc. 157.

[240] Le salaire ***médian*** est une valeur centrale (et non moyenne) : il signifie que pour une moitié des postes de travail, le salaire se situe au-dessus de la valeur centrale, alors que pour l'autre moitié, il s'inscrit au-dessous de cette valeur. Pour la Suisse entière, en 2010, le salaire médian brut mensuel s'élevait à CHF 6'219 (CHF 5'582 pour les femmes et CHF 6'608 pour les hommes). Ce montant représente le salaire brut du mois d'octobre (y compris les cotisations sociales à la charge du salarié pour les assurances sociales, les prestations en nature, les versements réguliers de primes, de participations au chiffre d'affaires et de commission, ainsi que les allocations pour le travail en équipe et le travail le dimanche ou de nuit, 1/12 du 13e salaire et 1/12 des paiements spéciaux annuels). N'en font pas partie les allocations familiales et les allocations pour enfants (source : « Salaire mensuel brut (valeur centrale) selon les branches

Un tableau synthétise nos propositions :

économiques, la taille de l'entreprise et le sexe. Secteur privé et secteur public (Confédération, cantons, districts, communes, corporations) ensemble. Suisse 2010 », disponible dans l'Encyclopédie statistique de la Suisse, Office fédéral de la statistique, site internet : bfs.admin.ch).

Tableau n° 2 : L'échelle du caractère accessoire de la gratification

Pourcentage du salaire médian	**Montant du salaire de base (fixe ou variable) en CHF**	***Pourcentage maximal de la part discrétionnaire par rapport à la part contractuelle***	**Montant maximal de la part discrétionnaire calculé par tranche**	**Cumul de la part discrétionnaire maximale en CHF**	**Rémunération totale maximale (cumul parts discrétionnaires maximales et parts contractuelles) en CHF**	***Pourcentage de la part discrétionnaire cumulée par rapport à la rémunération totale***
Jusqu'à 50 %	En dessous de 36'000	*8,3 %*	**3'000**	**3'000**	39'000	*7,7 %*
De 50 % à 100 %	De 36'001 à 72'000	*15 %*	**5'400**	**8'400**	De 44'401 à 80'400	*De 10,5 % à 18,9 %*
De 100 % à 200 %	De 72'001 à 144'000	*25 %*	**18'000**	**26'400**	De 98'401 à 170'400	*De 15,5 % à 26,8 %*
De 200 % à 400 %	De 144'001 à 288'000	*50 %*	**72'000**	**98'400**	De 242'401 à 386'400	*De 25,5 % à 40,6 %*
De 400 % à 600 %	De 288'001 à 432'000	*75 %*	**108'000**	**206'400**	De 494'401 à 638'400	*De 32,3 % à 41,7 %*
De 600 % à 1'000 %	De 432'001 à 720'000	*100 %*	**288'000**	**494'400**	De 926'401 à 1'214'400	*De 40,7 % à 53,4 %*
Au-delà de 1'000 %	Au-delà de 720'000	*500 %*	**Montant du salaire de base – 720 000 x 5**	**494'400 + le montant obtenu dans la quatrième colonne**	Au-delà de 1'214'400	*Tendant vers 83,33 %*

Explications

Ce tableau vise à permettre aux employeurs et aux travailleurs de connaître le montant de la part discrétionnaire maximale qui peut être octroyée par rapport au montant de la rémunération obligatoire, en respectant le principe d'accessoriété tel qu'il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral tout en tenant compte des critiques formulées par la doctrine et la FINMA. Ce tableau peut être utilisé pour appliquer en l'état la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral. Mais on peut également l'utiliser pour appliquer la théorie de la *Teilumwandlung*, comme nous allons l'expliquer.

L'échelle des rémunérations est découpée en sept tranches, en fonction de leur rapport au salaire brut médian suisse :

— Dans la ***première colonne***, on voit le pourcentage par rapport au salaire médian, pourcentage qui sert de seuil pour chaque tranche. Dans la ***deuxième colonne*** sont indiqués les montants correspondants en francs suisses.

— La ***troisième colonne*** est le pourcentage de part discrétionnaire que nous estimons acceptable pour chaque tranche, conformément au principe d'accessoriété différenciée mis en avant par PEYER/SCHAUB. Nous estimons qu'un multiplicateur par cinq pour la dernière ligne est le mieux à même de concilier les différents intérêts en présence : il présente une souplesse importante pour l'employeur (pour un salaire de base d'un million de francs, la part discrétionnaire peut s'élever à 1 894 400 francs, pour un salaire de base de deux millions de francs, la part discrétionnaire peut s'élever à 6 894 400 francs), tout en garantissant une augmentation proportionnelle respectueuse de la logique qui préside à la jurisprudence du Tribunal fédéral (il faudra toujours augmenter le salaire de base un tant soit peu pour augmenter la part discrétionnaire). La ***quatrième colonne*** correspond au produit de la multiplication de ce pourcentage avec la différence entre les limites supérieures et inférieures de la tranche. Ce produit permet de connaître, pour chaque tranche, le montant maximal de rémunération qui peut être octroyé de manière discrétionnaire.

— La ***cinquième colonne*** présente, par addition des montants répertoriés dans la quatrième colonne, la somme maximale de part discrétionnaire par rapport à chaque tranche de rémunération obligatoire. Dans le système classique de la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsque la gratification dépasse ce montant, elle doit être entièrement requalifiée en salaire de base. En revanche, dans le système de la *Teilumwandlung*, seule la somme dépassant ce montant sera requalifiée en salaire de base.

— Les ***deux dernières colonnes*** permettent de déterminer si la part discrétionnaire octroyée par rapport à chaque tranche de rémunération obligatoire se situe dans les limites posées par la jurisprudence. La dernière colonne répertorie les pourcentages de part discrétionnaire par rapport à la rémunération totale. Le pourcentage le plus élevé correspond à l'hypothèse où le salarié aurait reçu le montant obligatoire le plus bas de la tranche avec la part discrétionnaire la plus élevée autorisée. Le pourcentage le moins élevé correspond à l'hypothèse où le salarié aurait reçu le montant obligatoire le plus élevé de la tranche avec la part discrétionnaire la plus élevée autorisée. Ces pourcentages se situent dans la ligne de ce qu'autorise la jurisprudence du Tribunal fédéral. Bien entendu, si le salarié reçoit une part discrétionnaire d'un montant inférieur au montant maximal autorisé de la part discrétionnaire par rapport à sa rémunération obligatoire, le pourcentage de cette part discrétionnaire se situera

automatiquement en dessous des pourcentages indiqués. Les pourcentages indiqués respectant le principe d'accessoriété, un pourcentage inférieur le respecte *a fortiori.*

D'après nos calculs, la dernière tranche tend vers une rémunération discrétionnaire de 83,33 %. Dans ce cas, nous nous éloignons de ce qu'exige le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence classique. Mais dans cette hypothèse, le salarié voit tout de même les 720'000 premiers francs qu'il gagne protégés de la même manière que tous les autres travailleurs du pays. En définitive, c'est par une augmentation proportionnelle plutôt que par une exclusion directe du champ de la protection que le salarié très bien payé bénéficie d'une protection moindre.

Ce tableau est évolutif en fonction de la progression des salaires en Suisse. Une réactualisation de la deuxième colonne tous les cinq ans nous paraît suffisante.

Comment utiliser ce tableau en pratique ?

1. Première étape : il faut déterminer le montant de la rémunération de base obligatoire, qu'elle soit fixe ou variable. Si elle est fixe, le calcul peut être fait dès le début de l'année. En revanche, si la rémunération de base est variable (par exemple sous forme de rémunération sur objectifs), il faudra atteindre la fin de la période de calcul prévue pour en connaître le montant définitif.

2. Deuxième étape : placer le curseur au niveau de la tranche dans laquelle se situe la rémunération obligatoire (2e colonne). En regardant la 5e colonne, on connaît immédiatement le montant de la part discrétionnaire maximale qui peut être octroyée tout en respectant le principe d'accessoriété[241].

[241] **Explication d'un défaut de ce tableau et justification de son maintien.** Ce tableau présente le défaut de fonctionner par tranches nominales et non par équation. Ainsi, toute nouvelle tranche de rémunération de base ouvre la possibilité pour l'employeur de verser une gratification correspondant en pourcentage au montant de rémunération de base le plus élevé de la tranche. Il s'agit d'un choix délibéré. D'une part, nous visons par ce tableau la sécurité juridique et une simplification du droit positif. Fournir une équation mathématique ne répondrait pas à cet objectif. Avec notre système, les employeurs peuvent se contenter de lire la deuxième colonne en regard de la cinquième pour savoir immédiatement ce qu'ils ont le droit de verser comme gratification. D'autre part, l'ouverture d'une plus grande possibilité de gratification par ce phénomène de tranche est à l'avantage des salariés qui n'auront donc pas lieu de s'en plaindre. Comme l'employeur reste libre de donner le montant qu'il souhaite dans le cadre de la flexibilité qu'offre la gratification, l'équilibre entre les parties se trouve respecté.

3) Une troisième conséquence ?

83. Certains auteurs tirent encore une troisième conséquence du caractère accessoire de la gratification : « *Comme il s'agit d'une prestation accessoire au salaire, l'employeur ne peut pas prendre en considération la gratification pour justifier avoir versé le salaire convenu ou le salaire minimum fixé par convention collective.* »[242] En réalité, c'est moins parce que la gratification est ***accessoire*** que parce qu'elle est une rémunération ***facultative*** que l'on peut imaginer que l'employeur ne doive pas tenir compte du montant versé à ce titre pour justifier de son respect du salaire minimum ou du salaire convenu. Il faut certes concéder à ces auteurs que le salarié ne doit pas être dans l'incertitude quant au paiement du salaire convenu — c'est alors le respect par l'employeur de ses obligations contractuelles qui est en jeu — ni même du salaire minimum — et c'est alors le respect par l'employeur de la réglementation collective qui est en jeu. En revanche, l'essentiel est que le salarié reçoive chaque mois au moins le ***salaire minimum applicable à sa situation***, quelle que soit la désignation des différents éléments de rémunération qui permettent d'atteindre ce minimum[243].

B. Le caractère discrétionnaire de la gratification

84. La gratification, en bonne théorie, présente un caractère ***précaire***, c'est-à-dire qu'elle n'est octroyée que grâce à une concession, toujours révocable dans l'avenir par celui qui l'a accordée[244]. *A contrario*, dès lors qu'il revêt un caractère obligatoire, un élément de rémunération ne peut plus être qualifié, *stricto sensu,* de gratification. La question que le praticien doit se poser pour identifier une gratification est donc la suivante : y a-t-il ou non une source d'obligation rendant l'élément de rémunération en question obligatoire ? Si la réponse est positive, c'est le régime des rémunérations obligatoires qui serait applicable ; si la réponse est négative, on demeurerait dans le régime de la gratification.

85. **Le temps comme facteur de complication.** Tout serait simple si l'on pouvait s'en tenir à cette règle binaire. Or, le régime se modifie sous l'effet du temps[245]. En effet, le caractère d'une rémunération peut varier dans le temps : de discrétionnaire, une rémunération variable peut devenir obligatoire. Une gratification peut perdre son caractère précaire si son versement finit par devenir régulier au cours du temps. Or, le régime d'une rémunération initialement discrétionnaire mais devenue obligatoire est différent de celui de la rémunération qui a toujours été discrétionnaire. En effet, une gratification peut perdre

[242] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 93.
[243] Idée que l'on retrouve en droit français : Soc., 7 mars 2012, n° 10-19073. *Cf. infra* n° 361-363.
[244] Selon la définition du terme « précaire » donnée par le *TLFI.*
[245] Certes, le temps nous apparaît prioritairement comme un ***temps construit,*** dont notre esprit apprécie l'écoulement (Armand CUVILLIER, *Cours de philosophie,* 2 tomes, Armand Colin, Paris, 1954, tome 1, p. 226). Sous cet aspect, le temps est d'ailleurs un des instruments qu'utilise l'esprit pour rationaliser le réel. Cependant, au-delà du ***temps newtonien***, temps « absolu, vrai et mathématique », il existe notamment un ***temps biologique***, lié aux rythmes organiques, et surtout un ***temps social***, dont Émile Durkheim disait : « *C'est le temps tel qu'il est objectivement pensé par tous les hommes d'une même civilisation.* » (Émile DURKHEIM, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Presses universitaires de France, Paris, 1912). C'est précisément ce temps social qui est au cœur de la réflexion doctrinale et jurisprudentielle sur les gratifications.

son caractère discrétionnaire quant au principe de son octroi (lequel deviendra obligatoire), mais le conserver quant à son montant (lequel continuera à être déterminé discrétionnairement). On voit alors le Tribunal fédéral[246] opérer une distinction entre la ***gratification entièrement discrétionnaire*** (*vollständig freiwillige Gratifikation*) — c'est-à-dire celle dont à la fois le principe d'octroi et le montant sont laissés à la discrétion de l'employeur — et la ***gratification dont le principe d'octroi est convenu entre les parties***, ***alors que la détermination du montant reste discrétionnaire*** (*vereinbarte Gratifikation* : « gratification convenue »)[247].

86. C'est que la gratification dont le principe est obligatoire n'est pas un concept légal : la loi se borne à consacrer le caractère obligatoire du versement dès lors qu'il y a engagement contractuel (CO, art. 322d). Une lecture *a contrario* de la loi semble autoriser le caractère facultatif du versement en l'absence de contrat. Or, la jurisprudence n'a promu la liberté que dans la fixation du montant d'une gratification dont le principe est acquis. Face à la lacune de la loi qui ne prévoit pas de voie médiane entre la gratification et la rémunération obligatoire, on aurait pu imaginer que les juges décident qu'en présence d'un versement obligatoire dans son principe, l'employeur n'ait pas non plus de liberté dans la fixation du montant. Les juges ont pourtant souhaité maintenir ici une part de subjectivité dans la détermination de ce genre de rémunération.

87. La typologie juridique ne peut donc se satisfaire d'une alternative entre gratification et rémunération variable obligatoire : elle doit faire place à une troisième sorte de rémunération, située à mi-chemin entre les deux premières. Comment la nommer ? La pratique n'est pas en manque d'imagination, dans le but d'appâter le salarié et de lui faire miroiter les perspectives financières les plus réjouissantes. Certains auteurs ont proposé le concept de « gratification *improprement dite* » (*unechte Gratifikation*)[248], repris à l'occasion par le Tribunal fédéral[249]. D'autres auteurs parlent de « gratification obligatoire » pour qualifier tant la gratification contractuelle que la rémunération obligatoire[250]. D'autres encore parlent de « fausse gratification »[251].

---

[246] Il convient de rester prudent lorsque l'on commente les arrêts du Tribunal fédéral. En effet, ce dernier ne distingue pas toujours explicitement entre la gratification entièrement discrétionnaire et la gratification dont seule la détermination du montant est discrétionnaire (*cf.* par exemple : TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, cons. 4.1 ; TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.2).

[247] TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, *DTA* 2003. 154-156, *JAR* 2004. 248, cons. 2.2 ; *cf.* TF, 4 septembre 2013, 4A_219/2013, cons. 3.1. Des auteurs avaient imaginé ne réserver la qualification de gratification qu'à la rémunération dont le montant n'est pas déterminé, peu important que son principe fût convenu ou non : *cf.* Groupe de travail de l'université de Bâle, « Kritische Stellungnahme zum Revisionsentwurf des Bundesrates vom 25. August 1967 über den Arbeitsvertrag », *RSJ* 1969. 49-55, spéc. 51.

[248] Daniel BRAND/Lucius DÜRR *et alii, Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht,* Cosmos Verlag, Muri-Bern, 1991, N 17 *ad* art. 322d CO ; PORTMANN, *Basler Kommentar*, N 12 *ad* art. 322d CO ; REHBINDER/ STÖCKLI, *Berner Kommentar*, N 1 et 11 *ad* art. 322d CO ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 2 *ad* art. 322d CO ; Patrick Peyer/Roland Schaub, « Umsetzung des FINMA-Rundschreibens "Vergütungssysteme" bei Banken variable Vergütungen im Spannungsfeld zwischen Regulierung und Zivilrecht », *RSJ* 2011. 149-158, spéc. 152 ; Thomas Geiser, « Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2010 », *PJA* 2011. 245 ; Roger Morf, « Gratifikation und Freiwilligkeitsvorbehalt », *ArbR* 2012. 67, spéc. 77.

[249] TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2.3.

[250] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 94.

[251] DUC/SUBILIA, *Droit du travail*, N 10 *ad* art. 322d CO. Certains auteurs isolent encore une autre sorte de gratification, la « gratification conditionnelle » (Nathalie Bornoz, « Les critères de distinction entre les diverses rémunérations accessoires », *in Panorama du droit du travail* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2009, pp. 37-53, spéc. p. 40), mais la condition n'est pas en soi un critère de distinction selon nous. Elle est une modalité qui peut affecter, en soi, aussi bien la gratification contractuelle que la rémunération variable obligatoire.

***

88. Pour notre part, nous proposons de distinguer :

1° la ***gratification bénévole*** : le ***critère*** de qualification de la gratification bénévole est l'absence de source d'obligation de cette rémunération quant à son principe d'octroi et quant à la détermination de son montant. Le ***régime*** de la gratification bénévole est la liberté de l'employeur dans le principe du paiement et dans la détermination du montant.

2° la ***gratification contractuelle*** : le ***critère*** de qualification de la gratification contractuelle est l'existence d'une source d'obligation quant au principe de cette rémunération, mais non quant à son montant. Le ***régime*** de la gratification contractuelle consiste en ceci qu'il existe une créance du salarié quant au versement d'une rémunération dont la fixation du montant relève en principe de la liberté tempérée[252] de l'employeur. Nous définissons la gratification contractuelle comme une forme de rémunération obligatoire dont le montant est variable et déterminé très largement par libre appréciation de l'employeur, et dont l'exigibilité est différée par rapport au salaire de base[253].

---

[252] *Cf. infra* n° 143 et s.

[253] **Quelques précisions sur le régime social des gratifications.**

1) Prévoyance professionnelle. La loi fédérale sur la prévoyance professionnelle prévoit que, dans le cadre du mécanisme du « salaire coordonné » (LPP, art. 8), doit être couvert le « salaire déterminant » au sens de l'AVS (LPP, art. 7, al. 2). Sur la notion de « salaire déterminant », *cf. supra* nbp 77. La réglementation précise toutefois que l'institution de prévoyance peut, dans son règlement, exclure du salaire coordonné les « éléments de salaire de nature occasionnelle » (OPP2, art. 3, al. 1). L'idée consiste à ne pas soumettre les éléments de rémunération présentant un caractère « irrégulier ou exceptionnel », afin de maintenir un degré de stabilité indispensable au bon fonctionnement du système de deuxième pilier (*Message LPP*, p. 191). Les éléments non pris en compte doivent être énumérés expressément (récemment : TF, 10 mars 2008, B 120/06). Le principe d'égalité de traitement doit être respecté entre les salariés (TF, 30 avril 2002, B 58/00, cons. 2d) et la protection ne doit pas être amoindrie par cette exclusion (TF, 3 juin 2004, B 118/03, cons. 6.2). Les éléments de salaire de nature occasionnelle ne doivent être admis que de manière restrictive. Selon la doctrine, la qualification ne joue aucun rôle en soi, seul compte le caractère régulier ou non de la prestation (Jürg Brechbühl, « Art. 7-10 », *Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité* (édit. Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter), « Commentaire », Stämpfli, Berne, 2010, N 45 *ad* art. 7 LPP). Cet auteur exclut donc toutes les gratifications du champ de la protection. Mais il ne faut pas omettre que le caractère régulier ou non peut participer de la qualification de la gratification (*cf. infra* n° 103 et s.). De plus, le fondement contractuel de l'octroi de l'élément de rémunération (fondement retenu par l'administration : Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 58 de l'Office fédéral des assurances sociales, N 357) fait souvent obstacle à son caractère irrégulier. Nous estimons donc que si les ***gratifications contractuelles*** ne peuvent en principe être exclues, les ***gratifications bénévoles*** peuvent l'être sur ce fondement. En revanche, une gratification qui dépasse 10 % du salaire ne pourra plus être considérée en principe comme occasionnelle (*cf.* également : TF, 4 mai 2011, 9C_120/2010). Quant aux primes, peuvent être exclues par le règlement les ***primes liées à la situation ou à la personne du salarié*** (*cf. infra* n° 246 et s.), lorsqu'elles ne sont pas régulières (comme une prime d'accueil, une prime de départ, une prime de mariage, de naissance, une prime d'ancienneté ponctuelle et même une prime de jubilé, etc.). En revanche, pour la prévoyance surobligatoire, les institutions sont en principe libres de prévoir l'exclusion de toutes les sortes de gratifications et de primes (TFA, 10 mars 2008, B 120/06, *RSAS* 2008. 365 ; TF, 14 avril 2009, 9C_387/2008, cons. 4.2), à condition de le faire par voie réglementaire (TF, 23 avril 2014, 9C_832/2013, cons. 3). Pour la fixation du salaire assuré *praenumerando*, voir : TF, 23 avril 2014, 9C_832/2013, publication ATF prévue, cons. 6.

2) Assurance-chômage. L'assurance-chômage détermine les prestations qu'elle sert à ses assurés en prenant comme étalon le concept de « *gain assuré* », lequel ne recouvre pas exactement la notion de « salaire déterminant » (TFA, 16 juin 2006, C 139/05, cons. 4). Aux termes de la loi, « *est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail* » (LACI, art. 23, al. 1er). Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (OACI, art. 37, al. 1er ; LACI, art. 23, al. 1er, dern. phr.) ; en revanche, il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'alinéa 1er

3° la ***rémunération obligatoire***, variable ou non : cette rémunération est parfois improprement appelée « gratification » par les parties, mais elle doit être qualifiée de rémunération obligatoire dès lors qu'existe une source d'obligation quant à son octroi et quant à son montant[254]. Son régime est, en principe[255], le régime général des rémunérations obligatoires[256].

89. Ce triptyque[257] permet de rendre compte de la formulation de l'article 322d du Code des obligations, qui se borne selon nous à exclure tout droit des salariés au paiement d'une rémunération dans l'hypothèse où il n'y a pas de convention des parties. L'article 322d peut ainsi être analysé comme le ***gardien de la liberté de l'employeur***, tant qu'aucune convention n'est intervenue. Pour rendre compte des règles issues de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine, il convient de distinguer le caractère obligatoire de la rémunération quant à son ***octroi*** (**1**) et quant à sa ***quotité*** (**2**).

1) L'octroi de la gratification

90. Le contentieux, protéiforme, se résume en général à l'opposition entre la thèse « donatrice », généralement invoquée par l'employeur (« la rémunération n'est rien d'autre qu'une gratification sur laquelle je conserve mon pouvoir discrétionnaire ») et la thèse

---

(OACI, art. 37, al. 2 ; TF, 21 octobre 2010, 8C_472/2010, cons. 4 ; règle reprise de la directive 99/2 – fiche 10/1 (Bulletin MT/AC 99/2) du Seco, en vigueur jusqu'au 30 juin 2003 ; *cf.* TF, 19 août 2004, 4C.195/03, cons. 4.1).

« Gain assuré » et gratifications. Cette réglementation légale n'est pas très explicite concernant les gratifications, en particulier les gratifications bénévoles. Un office fédéral avait même édicté, en 1992, une circulaire dans laquelle les gratifications étaient exclues du domaine du « gain assuré ». Le Tribunal fédéral censura cette interprétation de la loi ; il jugea que les gratifications font partie du « gain assuré », indépendamment du fait qu'elles puissent ou non faire l'objet d'une action en justice (TF, 19 août 1996, *ATF* 122 V 362, cons. 4d ; TF, 19 août 2004, 4C.195/03, cons. 5.2 ; TF, 21 décembre 2011, 8C_757/2011, cons. 3.2 et 3.3 ; *cf.* également : TF, 13 juin 1989, *ATF* 115 V 326, *CGSS* 1994. 184, cons. 6 ; TFA, 16 juin 2006, C 139/05, cons. 4.1). Cependant, seules peuvent être prises en compte les rétributions (et les gratifications en font partie) qui ont été effectivement allouées durant la période de référence (TFA, 7 mars 1995, *DTA* 1995. 80, cons. 2c ; TF, 19 août 1996, *ATF* 122 V 362, cons. 4d ; TF, 19 août 2004, 4C.195/03, cons. 5.2). Le salarié qui perçoit une gratification discrétionnaire à la fin d'une année civile ne peut prétendre à la voir comptabilisée dans la base de calcul qu'au prorata du nombre de mois retenus pour l'année à laquelle elle se rapporte dans le délai-cadre. Ainsi, une prime de 8000 francs perçue le 31 décembre ne comptera qu'à hauteur de 2667 francs lorsque le délai-cadre démarre le 1er septembre (TF, 21 octobre 2010, 8C_472/2010, cons. 5.2). Une rémunération variable telle qu'une gratification, une participation aux résultats ou une rémunération sur objectifs ne peut être considérée comme une « indemnité pour inconvénients liés à l'exécution du travail » (TFA, 16 juin 2006, C 139/05, cons. 3). Font partie de cette dernière catégorie les indemnités versées pour travail de nuit, travail par équipes, travail le dimanche, travail salissant, travail de chantier, etc. (TF, 13 juin 1989, *ATF* 115 V 326, *CGSS* 1994. 184 ; TFA, 16 juin 2006, C 139/05, cons. 3) Toutefois, un élément de rémunération variable, comme une prime exceptionnelle ou liée à des circonstances très particulières, sans modification notable des responsabilités du travailleur, ne représente pas un « salaire obtenu normalement » au sens de l'article 23 LACI ; il ne fait donc pas partie du gain assuré (TFA, 16 juin 2006, C 139/05, cons. 4.2).

[254] *Cf.* déjà dans Gewerbegericht-ZH, 24 janvier 1957, *DTA* 1960, n° 36 : « *Lorsque l'employeur s'engage à verser annuellement à l'employé une gratification d'un montant fixé en chiffres, il ne s'agit au fond pas d'une gratification mais d'une partie intégrante du salaire, et l'employeur est tenu de verser la somme même en cas de déconfiture.* » Voir plus récemment Obergericht-ZH, 29 juin 2012, *JAR* 2013. 588.

[255] Il existe une incertitude de la jurisprudence, à tort selon nous : *cf. infra* n° 159.

[256] Roger Morf, « Gratifikation und Freiwilligkeitsvorbehalt », *ArbR* 2012. 67, spéc. 79 ; Karin Meyer, « Pro-rata-Anspruch bei Boni zwingend? », *Revue de l'avocat*, 5/2013. 216.

[257] On pourrait y ajouter une ***quatrième figure***, un peu particulière, celle de la rémunération dont le principe d'octroi demeure discrétionnaire mais dont le montant est déterminé de manière obligatoire. Ainsi de l'employeur qui ne prendrait aucun engagement sur le principe de la gratification mais promettrait, dans l'hypothèse où il accorderait la gratification, de ne la verser qu'à un montant déterminé. Cette forme de rémunération variable est moins fréquente et la pratique connaît plutôt la forme de la rémunération en fonction d'objectifs (*cf. infra* n° 266 et s.).

« contractualiste » que soulève le salarié (« cette rémunération, prévue contractuellement, m'est due »).

Le raisonnement est compliqué par ceci que l'on reconnaîtra l'existence d'une gratification plutôt par défaut d'accord. Aussi la meilleure méthode consiste-t-elle à identifier les sources de la rémunération obligatoire et à les passer en revue pour identifier la présence ou l'absence de chacune d'elles au sein d'une relation de travail donnée.

91. Cinq sources sont envisageables. Les trois premières seront étudiées en détail ici, par ordre croissant du nombre d'acteurs concernés : l'***engagement unilatéral*** (**a**), le ***contrat*** (**b**) et l'***accord collectif*** (**c**). Les deux autres sources sont :

— la ***loi***, qui peut devenir source de rémunération dans toutes les circonstances où la liberté contractuelle est limitée pour des impératifs de protection[258] ;

— l'***usage.*** En droit suisse, on ne distingue pas spécifiquement l'usage comme source de rémunération[259], mais on en fait plutôt une modalité de naissance d'une obligation contractuelle[260].

a. L'engagement unilatéral

92. L'employeur peut être lié par une ***promesse expresse*** faite lors de la conclusion du contrat ou même par une proposition de rémunération formulée dans l'offre d'emploi dès lors que le salarié a pu, de bonne foi, considérer que cette rémunération faisait partie des conditions d'engagement[261]. Ainsi, l'employeur peut, dans le cadre de la négociation contractuelle ou de manière unilatérale, s'engager à payer certains montants au salarié, par exemple les ***frais d'écolage*** de ses enfants[262]. L'engagement de l'employeur s'adresse potentiellement à un travailleur en particulier ou à un groupe, voire à l'ensemble des travailleurs de l'entreprise. Lorsque l'employeur annonce lors d'une ***soirée du personnel*** qu'une gratification correspondant à un mois de salaire sera octroyée, c'est l'ensemble des salariés qui peut se prévaloir de cet engagement, indépendamment du point de savoir si chacun d'entre eux était physiquement présent lors de l'annonce[263]. L'engagement unilatéral s'interprète selon les règles générales d'interprétation[264].

---

[258] *Cf. infra* n° 350 et s. (partie II)

[259] On trouve toutefois la trace d'une bipartition contrat/usage chez VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, p. 84.

[260] On observe ici une différence intéressante de conception entre le droit suisse et le droit français : ce dernier admet qu'il puisse exister un usage entre les parties, alors que le droit suisse n'envisage généralement l'usage qu'à un niveau plus général, partiellement extérieur aux parties. Ce que le droit français appelle l'« usage » entre les parties, sera en droit suisse appréhendé sur le mode de la naissance de l'obligation contractuelle. Plusieurs droits africains imitent le droit français sur ce point (*cf.* par exemple : Ccass sénagalaise, 27 juillet 1994, n° 60, *Nouvelles savonneries de l'Ouest africain* ; Ccass burkinabè, 17 juillet 2001, 2001 cass 142 JB).

[261] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 94.

[262] Ex. : TF, 12 janvier 2011, 4A_474/2010, *DTA* 2011. 112, *JAR* 2012. 121.

[263] TF, 19 décembre 2000, 4C.277/2000, *ATF* 127 III 86, *JAR* 2001. 177, cons. 3c.

[264] *Cf. infra* n° 98 et s.

93. Si l'employeur annonce la mise en place d'un ***pool de bonus***[265], les travailleurs peuvent prétendre à une répartition intégrale du montant annoncé[266]. À défaut, c'est au juge que reviendra la tâche de procéder à cette répartition s'il en est saisi par les salariés lésés[267]. À l'inverse, le travailleur ne peut tirer aucun droit de la simple existence d'un pool de bonus dont la répartition entre les différentes branches de l'entreprise relève d'une décision stratégique de la direction[268].

94. Lorsqu'un ***règlement du personnel*** évoque différentes sortes de primes et de bonus, sous forme d'augmentation de salaire ou de paiement discrétionnaire, et renvoie pour les détails à un autre document qui ne voit jamais le jour, il n'y a pas, selon le Tribunal fédéral, d'accord sur le caractère obligatoire d'une gratification[269]. Pour que cette solution soit convaincante juridiquement, il faut considérer la clause du règlement du personnel comme un pur *instrumentum* sans force obligatoire. Cependant, on peut se demander s'il n'y a pas dol de l'employeur (CO, art. 28)[270]. En effet, au moment où le salarié s'engage, il compte sur le fait que l'employeur va produire le document promis. Mais il s'agit aussi de déterminer sur laquelle des parties doit reposer la carence de l'employeur. Est-il convaincant de faire supporter au salarié les conséquences de la carence de l'employeur ? Une telle solution heurterait de plein fouet le principe de bonne foi et d'interdiction des comportements contradictoires. L'employeur ne pourrait refuser de verser une rémunération dont le principe était acquis, sous prétexte qu'il a négligé de rédiger le document qui devait en préciser les modalités. Cette solution implique toutefois de reconnaître au juge la faculté de compléter la lacune contractuelle. En effet, le juge devra alors déterminer en équité le montant de la rémunération à percevoir par le salarié au titre de la gratification contractuelle. Il le fera en appliquant les principes dégagés au sujet de la détermination du montant de la gratification contractuelle[271].

[265] Sur la notion de « pool », *cf.* le paragraphe 15 de la circulaire 2010/1 de la FINMA. Cette dernière prône une réduction du pool global en cas de mauvaise marche des affaires. Ceci pose un problème du point de vue du droit des obligations (Julien Waeber, « Circulaire FINMA 2010/1 sur les systèmes de rémunération : des obstacles en droit civil? », *RSDA* 2012. 119, spéc. 128). L'employeur soumis à la réglementation de la FINMA devra donc veiller à ne jamais prendre d'engagement unilatéral par l'annonce d'un pool global avant la fin de l'exercice.

[266] Une décision anglaise a considéré que l'employeur pouvait s'engager non seulement à l'égard de chaque salarié individuellement, mais aussi par la mise en place d'un « pool de bonus », qui doit revenir aux travailleurs, même si son montant n'est annoncé que de manière globale et qu'il est précisé qu'aucun bonus individuel n'est garanti : High Court of Justice, 9 mai 2012, *Attrill & Others v. Desdner Kleinwort Limited & Commerzbank AG*. La question posée était de savoir si la déclaration de l'employeur devait être considérée comme fondant une obligation contractuelle ou n'était contraignante que moralement (*binding in honour only*) (cons. 109). Le juge Owen cite la réflexion du chancelier : « *I see no reason why a promise of a guaranteed minimum bonus pool cannot be contractually binding even though individual employees cannot at that time point to an entitlement to a specific bonus payable out of it.* » (cons. 122). *Cf.* « Des banquiers britanniques récupèrent leur bonus en justice », *Le Monde* 9 mai 2012. Ce jugement fut récemment confirmé en appel (« Commerzbank condamnée à verser leurs bonus à des banquiers », *Le Monde* 26 avril 2013).

[267] Pratiquement, le juge devra d'abord établir la part de chaque salarié sur le pool de bonus. Sous peine de statuer *ultra petita* ou en contradiction avec le principe selon lequel nul ne plaide par procureur, il ne pourra toutefois ordonner le versement de la gratification qu'aux salariés qui l'auront saisi directement.

[268] *Cf.* TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 4.2 (argumentation de la cour cantonale).

[269] TF, 21 mars 2011, 4A_29/2011.

[270] Le dol peut porter sur des faits futurs, présentés comme sûrs par l'employeur, alors qu'il sait pertinemment qu'ils ne se produiront pas (SCHMIDLIN, *Commentaire romand,* N 16 *ad* art. 28 CO).

[271] *Cf. infra* n° 140 et s. Pour un exemple où les juges ont calculé le montant dû au titre de la rémunération variable malgré l'absence du règlement promis, voir CAPH-GE, 16 décembre 2008, CAPH/219/2008, cons. 3.3.

b. Le contrat

95. Les parties peuvent bien nommer dans le contrat un élément de rémunération de la manière qu'elles veulent. Mais quand il s'agit de déterminer le régime juridique d'une rémunération, il est nécessaire de passer par l'étape de la ***qualification juridique***. Ici comme ailleurs en matière contractuelle (*cf.* CO, art. 18), le juge n'a pas à s'en tenir la dénomination choisie par les parties ; il requalifiera au besoin l'élément de rémunération[272]. La qualification sera opérée *in concreto*[273], « *au vu des circonstances pertinentes* »[274].

96. En pratique, trois phénomènes se produisent :

1° ce que les parties ont conçu comme une gratification bénévole en est bel et bien une ;

2° ce que les parties ont conçu comme une gratification bénévole n'en est pas une dès l'origine ;

3° ce qui était une gratification bénévole à l'origine a changé de nature : d'entièrement discrétionnaire, elle est devenue gratification contractuelle ou rémunération obligatoire.

97. La complexité de la question provient du phénomène suivant : l'accord énonçant qu'une somme sera versée à titre complémentaire de la rémunération de base en récompense de la satisfaction obtenue n'est soumis à ***aucune règle de forme***. Par conséquent, l'accord peut être tout autant ***exprès*** (**1°**) que ***tacite*** (**2°**)[275]. Le salarié étant demandeur à l'action en paiement de la gratification, c'est sur lui que pèse le ***risque de la preuve*** de l'accord[276].

---

[272] Cette règle se retrouve implicitement dans l'arrêt du Tribunal fédéral du 1er novembre 1983, *ATF* 109 II 447, *JT* 1984 I 222, *SJ* 1984. 448, *JAR* 1985. 141, *Quatre cents arrêts*, n° 105, cons. 5c, et dans toutes les décisions qui ont suivi cet arrêt.

[273] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2 ; TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, *DTA* 2005/1. 27-30, cons. 2.1 ; TF, 8 mai 2007, 4A_23/2007, *DTA* 2007/3. 160-163, cons. 4.1 ; TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2 ; TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.1.2.

[274] TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, cons. 4.1.

[275] *Message 1967,* p. 328 ; TF, 6 décembre 1995, 4C.359/1995, *JAR* 1997. 124*,* cons. 2b ; TF, 20 mars 2012, 4D_98/2011, *JAR* 2013. 196, cons. 2.4 ; Obergericht-LU, 11 avril 1960, *DTA* 1962, n° 3 ; *cf.* également, en toute hypothèse : CO, art. 1er, al. 2.

[276] Et non pas forcément la ***charge*** de la preuve. En effet, dans la procédure prudhomale, le tribunal établit les faits d'office lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas 30 000 francs (CPC, art. 247, al. 2, b). On appelle ce procédé « maxime inquisitoire » (*cf.* Jacques Haldy, « Les procédures spéciales », *Le Code de procédure civile. Aspects choisis,* Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2011, pp. 131-152, spéc. p. 139). *Cf.* en matière de rémunération du travail à domicile : TF, 3 juillet 2012, 4A_92/2012, cons. 5. Pour une affaire où le salarié a échoué à rapporter la preuve nécessaire à fonder ses prétentions salariales, voir TF, 14 mai 2012, 4A_743/2011, cons. 3.7.

1° L'accord exprès

98. Il y a accord exprès dès lors que les volontés de contractants capables se sont rencontrées — sans vice du consentement — sur un objet déterminé, possible et licite[277]. L'accord exprès peut être ***écrit*** ou ***oral***[278].

99. **Les règles générales d'interprétation.** Il arrive qu'un accord exprès existe avec certitude. Cependant, l'accord demeure parfois ***implicite*** sur l'étendue de l'engagement pris par l'employeur. Ou alors les parties s'opposent sur le sens de l'accord. Dans ces hypothèses, il faut procéder à l'interprétation de la volonté des parties selon les règles générales d'interprétation des contrats dégagées par la jurisprudence[279]. Ces règles déroulent un cheminement progressif que nous synthétisons ainsi :

— La première étape consiste à ***identifier*** toutes les sources de l'accord : contrat formel, échanges de lettres, de courriels, enregistrement ou reconstitution de conversations, notamment par témoins, etc. Bien entendu, le principal problème pratique est ici un problème de ***preuve***.

100. — La deuxième étape consiste à déterminer si les termes[280] de l'accord sont ***clairs*** et ne peuvent se comprendre que d'une seule manière. Cependant, il ne suffit pas de s'en tenir systématiquement à ce critère car l'interprétation purement littérale des conventions est prohibée par la loi (*cf.* CO, art. 18, al. 1er) : même si la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu[281]. Par exemple, les dispositions des parties sur le paiement de la gratification en cas de ***suspension*** du contrat de travail ou de ***résiliation*** en cours d'année sont moins pertinentes, pour déterminer son caractère discrétionnaire ou convenu, que de chercher à savoir si les parties ont lié le paiement de la gratification à l'atteinte de certains ***objectifs***[282].

101. Le juge commencera donc par opérer une ***interprétation subjective*** : il s'efforcera de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (CO, art. 18, al. 1er)[283]. Déterminer ce qu'un

---

[277] Sur l'***objet*** et les ***vices du consentement,*** *cf. infra* n° 472 et s. (rémunération variable et formation du contrat)

[278] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2 ; TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2 ; TF, 15 mai 2012, 4A_26/2012, *JAR* 2013. 242, cons. 5.1.

[279] *Cf.* par exemple, TF, 1er octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004 (voir également 4P.149/2004, 4P.151/2004), *DTA* 2005. 23-26, *DTA* 2006. 100-105, comm. U. Sommer, *JAR* 2005. 275, cons. 2.1 ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert ; TF, 6 juin 2011, 4A_152/2011 et 4A_156/2011, cons. 4.1 ; TF, 5 mars 2012, 4A_380/2011, cons. 4.3 ; TF, 3 avril 2012, 4A_716/2011, *DTA* 2012. 248, *JAR* 2013. 221, cons. 3.2 ; TF, 15 mai 2012, 4A_26/2012, *JAR* 2013. 242, cons. 4.1 ; TF, 2 août 2012, 4A_245/2012, cons. 3.2.

[280] Qu'il s'agisse d'un discours ou d'un texte.

[281] En matière de gratification : TF, 4 août 2006, 4C.112/2006, cons. 4.2 ; en matière de provision : TF, 14 octobre 2002, 4C.247/2002, *ATF* 129 III 118, *JT* 2003 I 144, *JAR* 2003. 210, cons. 2.5 ; en droit du travail : TF, 5 août 2005, 4C.448/2004, *ATF* 131 III 606, cons. 4.2 ; en général, les arrêts publiés : TF, 5 juillet 2001, *ATF* 127 III 444, cons. 1b ; TF, 24 avril 2004, 4C.20/2004, *ATF* 130 III 417, cons. 3.2.

[282] TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, *DTA* 2003. 154-156, *JAR* 2004. 248 ; TC-VS, 5 avril 2005, *RVJ* 2006. 179, cons. 3b.

[283] Synthétisant la jurisprudence antérieure : TF, 19 août 2002, 4C.145/2002, *ATF* 128 III 419, cons. 2.2 ; TF, 12 décembre 2003, 4C.283/2003 ; TF, 5 août 2005, 4C.448/2004, *ATF* 131 III 606, cons. 4.1 ; TF, 30 juillet 2004,

cocontractant savait et voulait au moment de conclure un contrat relève du pouvoir d'appréciation des faits par les juges cantonaux[284]. Chacune des parties supporte la charge de la preuve de la volonté qu'elle prétend avoir eue ou qu'elle prête à l'autre partie[285]. On ne s'écartera pas, cependant, du sens littéral du texte adopté par les parties lorsqu'il n'existe aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté[286]. Une interprétation selon la lettre s'impose également lorsque les parties sont expérimentées en affaires et familières des termes techniques utilisés[287]. En revanche, lorsque le salarié écrit à l'employeur pour lui indiquer ses attentes en matière de montants et de structure de sa rémunération variable, mais qu'il signe ensuite une clause différente, il se voit lié par sa signature, sans pouvoir invoquer sa propre lettre en vue d'interpréter différemment la clause : dès lors que les parties ont signé une autre clause que celle prévue par le salarié, il n'est pas arbitraire de juger qu'il n'y a pas de volonté commune sur la proposition du salarié[288].

102. — En troisième lieu, si la volonté réelle des parties ne peut être établie ou si les volontés intimes divergent, le juge procédera à une ***interprétation objective***, c'est-à-dire qu'il interprétera les déclarations et le comportement des parties selon le ***principe de confiance***[289], ce qui revient à rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise, de bonne foi, en fonction de l'ensemble des circonstances[290]. Ce faisant, le juge imagine ce qu'il aurait compris de la déclaration de chacune des parties : « *L'interprétation selon le principe de [...] confiance consiste à rechercher comment les parties, lorsque leur accord s'est formé, pouvaient comprendre de bonne foi les clauses adoptées par elles, en fonction du contexte dans lequel elles ont traité.* »[291] Ce principe permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement et ce, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime[292]. Les circonstances déterminantes sont celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté, à l'exclusion des événements postérieurs[293]. Lorsque l'auteur de la clause ou de l'avenant peut être

---

4C.189/2004, cons. 1 ; TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, *DTA* 2006. 186-188, *JAR* 2007. 160, cons. 2.4 ; TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.1.1 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 6.4. Pour un exemple sous l'empire du droit du travail antérieur à la réforme de 1971, voir Gewerbegericht-ZH, 6 novembre 1958, *DTA* 1960, n° 63.

[284] TF, 19 août 2002, 4C.145/2002, *ATF* 128 III 419, cons. 2.2 ; TF, 5 août 2005, 4C.448/2004, *ATF* 131 III 606, cons. 4.1 ; TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, *DTA* 2006. 186-188, *JAR* 2007. 160, cons. 2.4.

[285] TF, 20 juin 2006, 4C.330/2005, *ATF* 132 III 626, cons. 3.1 ; TF, 21 décembre 2009, 4A_526/2009, cons. 1.2.3.

[286] En matière de gratification : TF, 4 août 2006, 4C.112/2006, cons. 4.2 ; en matière de provision : TF, 14 octobre 2002, 4C.247/2002, *ATF* 129 III 118, *JT* 2003 I 144, *JAR* 2003. 210, cons. 2.5 ; en général : TF, 17 mai 2002, 5C.228/2001, *ATF* 128 III 265, cons. 3a ; TF, 24 avril 2004, 4C.20/2004, *ATF* 130 III 417, cons. 3.2.

[287] En matière de gratification : TF, 4 août 2006, 4C.112/2006, cons. 4.2 ; en droit du travail : TF, 5 août 2005, 4C.448/2004, *ATF* 131 III 606, cons. 4.2 ; en général : TF, 23 septembre 2003, 4C.136/2003, *ATF* 129 III 702, cons. 2.4.1.

[288] TF, 11 février 2009, 4A_506/2008, cons. 4.

[289] *Cf.* Danthe, *Commentaire,* N 13 *ad* art. 322d CO.

[290] TF, 15 janvier 1997, *ATF* 123 III 16, cons. 4b (posant clairement le principe de confiance) ; TF, 7 décembre 1999, *ATF* 126 III 59, cons. 5b (synthétisant la jurisprudence antérieure) ; TF, 8 juillet 2002, 4C.160/2002, cons. 2a ; TF, 24 janvier 2003, 4C.325/2002, cons. 2.1 ; TF, 5 août 2005, 4C.448/2004, *ATF* 131 III 606, cons. 4.1 ; TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, *DTA* 2006. 186-188, *JAR* 2007. 160, cons. 2.4 ; TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.1.1 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 6.4.

[291] Arrêts de principe publiés récemment : TF, 20 mars 2009, 4A_595/2008, *ATF* 135 III 295, cons. 5.2 ; TF, 6 avril 2010, 4A_47/2010, *ATF* 136 III 186, cons. 3.2.1 (contrat de bail) ; TF, 24 septembre 2010, 4A_357/2010, cons. 4.

[292] En matière de gratification : TF, 4 août 2006, 4C.112/2006, cons. 4.2 ; TF, 11 février 2009, 4A_506/2008, cons. 3.2 ; TF, 8 octobre 2009, 4A_311/2009, *DTA* 2010. 33, cons. 3.1 ; en général : TF, 14 octobre 2002, 4C.247/2002, *ATF* 129 III 118, *JT* 2003 I 144, *JAR* 2003. 210, cons. 2.5 ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, *ATF* 129 III 664, *JT* 2004 I 60, cons. 3.1 ; TF, 27 avril 2004, 4C.20/2004, *ATF* 130 III 417, cons. 3.2 ; TF, 5 août 2005, 4C.448/2004, *ATF* 131 III 606, cons. 4.1.

[293] En matière de gratification : TF, 4 août 2006, 4C.112/2006, cons. 4.2 ; en général et reprenant la jurisprudence antérieure : TF, 4 novembre 1986, *ATF* 112 II 337, cons. 4a ; TF, 14 juillet 1992, *ATF* 118 II 365, cons. 1.

clairement identifié, le juge ne manquera pas d'appliquer le principe général de droit des obligations de l'interprétation *contra stipulatorem*[294]. Enfin, lorsque l'une des parties connaît le sens que l'autre partie attribue à une clause spécifique, elle ne peut pas faire valoir de bonne foi qu'objectivement, un sens différent devrait être préféré[295] : sa proposition d'interprétation sera donc rejetée. L'application du principe de confiance est une ***question de droit*** que le Tribunal fédéral revoit librement[296].

103. **Orientation de l'interprétation en matière de gratification.** Le Tribunal fédéral donne, en matière de gratification, une orientation spécifique aux règles générales d'interprétation[297] : le juge devra être particulièrement attentif à l'étendue du pouvoir d'appréciation que l'employeur entend se réserver quant à la détermination du montant de la gratification[298]. Le Tribunal fédéral est même allé jusqu'à dire que « *le pouvoir d'appréciation que [l'employeur se réserve] quant à la détermination du montant [d'un] bonus, est une circonstance caractérisant la gratification* »[299].

104. Le critère principal est celui de savoir si l'employeur ***s'est réservé le droit*** de décider discrétionnairement de l'octroi et/ou du montant de la rémunération en question ***ou s'il a admis*** — explicitement ou implicitement — que le principe de la rémunération (voire son montant) serait acquis ou déterminé en fonction de critères objectifs[300]. Ce raisonnement reste valable même si l'employeur a versé un montant finalement plus élevé que ce qui serait résulté de la simple application mathématique des critères objectifs prévus par la clause[301]. Il y a gratification et non rémunération obligatoire lorsque le versement d'un « bonus » est lié à la réalisation d'objectifs (notamment relatifs au maintien ou à l'amélioration de la capacité d'innovation), mais que la réglementation laisse à l'employeur un large pouvoir d'appréciation quant à la formulation des objectifs, au degré de réalisation de ceux-ci et au montant du bonus[302]. Le salarié qui, à l'occasion de la signature d'un avenant à son contrat de travail, a vu sa rémunération de base fixe augmenter de 75 % ne peut plus s'attendre de bonne foi à recevoir en sus de cette rémunération fixe une gratification dès lors que toute référence à un quelconque bonus a été ***supprimé de l'avenant*** et ce, malgré le renvoi opéré pour le surplus par l'avenant au contrat d'origine, lequel prévoyait un « bonus »[303].

---

[294] TF, 1er novembre 1983, *Quatre cents arrêts,* n° 101 ; TF, 14 décembre 1994, *JAR* 1995. 214 ; TF, 6 décembre 1995, *JAR* 1997. 124, cons. 2b ; TF, 26 juin 2009, 4A_200/2009, cons. 3 et 5.2 ; Appellationshof-BE, 8 mars 1995, *JAR* 1996. 150, cons. 2b ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, N 3 *ad* art. 322d CO ; *cf.* REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 4 *ad* art. 322d CO.

[295] TF, 1er avril 2005, 4C.467/2004, cons. 3.

[296] TF, 5 août 2005, 4C.448/2004, *ATF* 131 III 606, cons. 4.1 ; TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, *DTA* 2006. 186-188, *JAR* 2007. 160, cons. 2.4 ; TF, 26 mars 2009, 4A_28/2009, cons. 2.2 ; TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.1.1 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 6.4.

[297] Ce faisant, il se situe dans la lignée de décisions cantonales déjà anciennes (*cf.* par exemple, Praxis der Gewerbegerichte der Stadt Bern pro 1958, *DTA* 1959, n° 30).

[298] TF, 13 juillet 2007, 4A_115/2007, *DTA* 2007. 249-253, cons. 4.3.3 ; TF, 26 mars 2009, 4A_28/2009, cons. 2.3 ; *cf.* TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 3. Les prud'hommes genevois avaient jugé que « *plus l'engagement de paiement, le montant et l'échéance sont établis avec précision, plus la rétribution revêt le caractère d'une partie intégrante du salaire* » (CAPH-GE, 12 mars 1991, *JAR* 1992. 131, cons. 3).

[299] TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.2.

[300] Appellationshof-BE, 8 mars 1995, *JAR* 1996. 151 ; CJ-GE, 30 mai 2012, CAPH/117/2012 (avec recours : TF, 1er novembre 2012, 4A_400/2012) ; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 4 *ad* art. 322d CO ; Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 65.

[301] TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, cons. 2.3.

[302] TF, 13 juillet 2007, 4A_115/2007, *DTA* 2007. 249-253, cons. 4.4.

[303] TF, 4 août 2006, 4C.112/2006, cons. 4.3.

105. **Principes d'identification de la gratification. a.** *A priori,* on pourrait penser que la gratification bénévole se trouve ***en dehors de tout accord*** entre les parties. Elle serait ce sur quoi les parties ne se sont jamais mises d'accord et, en quelque sorte, toujours inattendue. Et la jurisprudence affirme qu'une rétribution dont le montant et l'échéance inconditionnelle sont fixés d'avance par le contrat de travail n'est pas une gratification[304]. Ou encore qu'un « montant », dès lors qu'il est déterminé à l'avance (*im Voraus festgesetzt*)[305] et fermement convenu (*fest vereinbart*), ne peut être une gratification[306].

106. Lorsqu'un contrat de travail 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 une rémunération obligatoire et non pas une gratification. Par exemple, une somme de 150 000 francs garantie au salarié par avenant à son contrat de travail lui est due, dès lors que l'employeur n'avait soumis le versement de ce montant à aucune condition spécifique. L'employeur ne pouvait donc se dégager de sa déclaration, bien que le salarié ne l'ait pas satisfait au point qu'il avait décidé de le licencier. La condition de présence du salarié dans l'entreprise à laquelle l'employeur avait subordonné le paiement de cette somme est sans effet[307].

107. Il faut également qualifier de rémunération obligatoire, en l'occurrence de rémunération sur objectifs, et non de gratification la rétribution convenue au cas où un ***objectif précis est atteint***[308], par exemple un « bonus » dépendant de critères objectifs fondés sur la rentabilité du travailleur[309] ou sur le nombre d'heures facturées à des clients par le salarié[310] ou encore sur d'autres résultats[311]. Une clause simplement intitulée « 13e mois (gratification) » donne en principe le droit au salarié de considérer qu'il s'agit d'une rémunération obligatoire[312]. Il en va de même pour un « *profit sharing* » lorsqu'il est clairement décrit comme une participation aux résultats[313].

---

[304] TF, 1er novembre 1983, *ATF* 109 II 447, *JT* 1984 I 222, *SJ* 1984. 448, *JAR* 1985. 141, *Quatre cents arrêts*, n° 105, cons. 5c ; TF, 11 octobre 1994, 4C.47/1994, *JAR* 1995. 102, cons. 2 ; TF, 6 décembre 1995, *JAR* 1997. 124, cons. 2a ; TF, 19 décembre 2000, 4C.277/2000, *ATF* 127 III 86, *JAR* 2001. 177, cons. 3b (non publié) ; TF, 13 septembre 2002, 4C.178/2002, cons. 4 ; TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, *DTA* 2006. 186-188, *JAR* 2007. 160, cons. 2.1 ; Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 11 janvier 1954, *BJM* 1955. 183 ; Bericht 1972 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1973. 278 ; Bericht 1973 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1974. 248, spéc. 249 ; TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 510.

[305] Au passage, relevons qu'un auteur s'est interrogé sur le point de savoir si le complément de temps « à l'avance » (« *im Voraus* ») devait concerner tant le principe que le montant de la gratification (R. Hirsiger, note sous TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *PJA* 2010. 1336, 2a) ; en réalité, ce sont les faits qui l'enseigneront.

[306] TF, 1er novembre 1983, *ATF* 109 II 447, *JT* 1984 I 222, *SJ* 1984. 448, *JAR* 1985. 141, *Quatre cents arrêts*, n° 105, cons. 5c ; TF, 19 décembre 2000, 4C.277/2000, *ATF* 127 III 86, *JAR* 2001. 177, cons. 3b (non publié) ; TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2 ; TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, *DTA* 2005/1. 27-30, cons. 2.1 ; TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 2.2 ; TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2 ; TF, 15 mai 2012, 4A_26/2012, *JAR* 2013. 242, cons. 5.1 ; *cf.* également CAPH-GE, 12 mars 1991, *JAR* 1992. 131.

[307] TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, *DTA* 2006. 186-188, *JAR* 2007. 160, cons. 2.1.

[308] TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, *DTA* 2003. 154-156, *JAR* 2004. 248, cons. 2.2 ; TC-VS, 5 avril 2005, *RVJ* 2006. 179, cons. 3b.

[309] TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, cons. 2.3.

[310] Gewerbliches Schiedsgericht-BS, *Rechenschaftsgericht 1998/1999,* p. 30.

[311] TF, 1er mars 2006, 4C.395/2005, *DTA* 2006. 266-268, *JAR* 2007. 206, cons. 5.3 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 3 ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 71.

[312] Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 16 octobre 1980, *JAR* 1981. 253. Le salarié pourra exiger le paiement *pro rata temporis* de son treizième mois en cas de départ en cours d'année, sauf si cette solution devait être expressément exclue.

[313] CAPH-GE, 5 février 2009, CAPH/21/2009, cons. 2.2.

108. **b.** Pourtant, les choses sont plus complexes que cela. En effet, l'employeur peut indiquer dans le contrat (ou oralement)[314] qu'il n'exclut pas de verser une gratification ; il s'agira alors soit d'une gratification bénévole, si l'accord prévoit que la gratification est entièrement facultative[315], soit d'une gratification contractuelle, si l'accord prévoit que la gratification est obligatoire dans son principe[316]. En effet, l'octroi d'une gratification bénévole ne doit pas être obligatoirement une « surprise » pour le salarié et l'employeur peut prévoir contractuellement qu'il n'exclut pas d'en verser une. Aussi arrive-t-il que l'employeur stipule qu'il paiera au salarié une gratification — dont le montant sera déterminé discrétionnairement — si le salarié lui donne satisfaction, ce qui sera décidé à bien plaire. En bref, « *l'employeur peut réserver le caractère facultatif, aléatoire et variable d'une gratification* »[317].

109. Bien plus, une rémunération, même qualifiée de *Mitarbeiter Gewinnbeteiligung*, peut ne représenter qu'une gratification bénévole dès lors que le salarié ***avait bien conscience*** du fait qu'une somme ne lui serait versée qu'en fonction de l'appréciation que l'employeur portait sur lui et non en fonction du résultat réalisé par la société[318]. En définitive, lorsque la volonté de l'employeur est claire, elle semble prévaloir sur toute autre considération.

110. **c.** L'accord peut porter sur une rémunération due ***dans la durée*** ou ***de manière ponctuelle***, une seule année par exemple[319]. La forme de la gratification ne change pas les règles : l'employeur qui entend verser une gratification bénévole, non pas en monnaie, mais en nature (***actions*** ou ***options sur actions*** de l'entreprise ou du groupe auquel appartient l'entreprise) devra veiller à ne jamais laisser entendre implicitement qu'il s'agit d'une gratification contractuelle ou d'une rémunération obligatoire[320].

111. **d.** Le critère tiré du caractère obligatoire ou non de la rémunération permet de distinguer la gratification bénévole de la rémunération obligatoire, mais il est inopérant lorsqu'il s'agit de distinguer la ***gratification contractuelle*** de la rémunération obligatoire[321]. Pour distinguer entre ces deux formes de rémunération, il faudra encore identifier s'il y a accord sur le montant ou sur la détermination du montant. Le contrat qui prévoit l'existence d'un « bonus annuel à déterminer librement par la direction » prévoit en réalité une ***gratification contractuelle***[322]. Lorsque le contrat prévoit le principe d'une gratification, ses conditions d'attribution et un montant maximal, il n'y a accord que sur une gratification contractuelle

---

[314] Roger Morf, « Gratifikation und Freiwilligkeitsvorbehalt », *ArbR* 2012. 67, spéc. 75.

[315] TF, 21 mars 2011, 4A_29/2011, cons. 1.2.

[316] La Cour de cassation française a expressément reconnu dans une affaire récente que la mention au contrat ne confère pas nécessairement à une prime un caractère obligatoire (Soc., 10 octobre 2012, n° 11-15296, *Gaz. Pal.* 25 octobre 2012. 12, note X. Carsin). Le droit anglais peut être plus sévère : les juges britanniques ont considéré dans une affaire que l'employeur qui a mentionné au contrat qu'il envisageait la possibilité de verser discrétionnairement un élément de rémunération ne pourra plus en faire un élément de rémunération entièrement discrétionnaire et le juge doit tenir compte de cette rémunération notamment pour calculer le dommage du salarié en cas de licenciement du salarié (Court of Appeal of England and Wales, 14 octobre 2004, *Horkulak v. Cantor Fitzgerald International* (2004) IRLR 942 ; Deborah LOCKTON, *Employment Law,* Palgrave Macmillan, Londres, 7e éd., 2010, p. 57).

[317] TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 509. Cette possibilité n'est pas complètement satisfaisante juridiquement, car on peut se demander si la perspective de rémunération ainsi présentée au salarié n'est pas déterminante de son consentement à s'engager au service de l'employeur (Xavier Carsin, note sous Soc., 10 octobre 2012, n° 11-15296, *Gaz. Pal.* 25 octobre 2012. 12). Si le salarié parvenait à prouver ce fait, la gratification serait à notre sens une gratification contractuelle, puisqu'elle serait entrée dans le domaine de l'accord des parties.

[318] TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.2.

[319] TF, 19 décembre 2000, 4C.277/2000, *ATF* 127 III 86, *JAR* 2001. 177, cons. 3c (non publié dans l'*ATF*).

[320] Pour un exemple, voir TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 6.2.

[321] TC-VS, 5 avril 2005, *RVJ* 2006. 179, cons. 3b ; Christoph Senti, « Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation », *PJA* 2002. 669, spéc. 678.

[322] TF, 2 mai 2011, 4A_73/2011, *JAR* 2012. 211, cons. 4.

et non sur une rémunération obligatoire[323]. Le fait que la détermination du montant de l'élément de rémunération soit en partie liée à l'atteinte d'un certain résultat de l'entreprise ne le transforme pas forcément en rémunération obligatoire dès lors que la liberté d'appréciation que l'employeur s'est réservée est importante[324]. Au contraire, lorsque l'employeur annonce le versement d'un montant déterminé si une condition est remplie, il n'a plus la possibilité de moduler ce montant et doit le verser en entier[325].

112. **e.** Lorsque l'employeur entend opérer par ***combinaison*** de différentes sortes de rémunérations variables, il devra veiller à en faire ressortir clairement les distinctions, de sorte qu'elles soient « perceptibles » pour son destinataire[326].

2° L'accord tacite

113. Les parties peuvent se mettre d'accord de manière tacite sur le caractère obligatoire d'une rémunération variable[327]. En effet, le contrat de travail n'est pas soumis, de manière générale, à l'observation d'une forme particulière (CO, art. 320, al. 1er). Les parties peuvent certes en prévoir une (CO, art. 16, al. 1er), mais si tel n'est pas le cas, l'employeur ne peut invoquer la nécessité du respect d'une forme pour empêcher la constatation d'un accord tacite[328]. Inversement, les parties peuvent également se mettre d'accord tacitement sur le caractère non obligatoire d'une gratification[329].

114. Il y a accord, selon les règles générales du droit des obligations, dès lors qu'une acceptation a répondu à une offre (*cf.* CO, art. 1er et art. 2, al. 1er), soit en matière de gratification, lorsque le salarié accepte l'offre d'un versement de rémunération de la part de l'employeur[330]. La détermination d'un accord tacite doit être tranchée *in concreto*[331].

115. Divers indices permettent de révéler un accord tacite sur le caractère obligatoire d'une rémunération : ***actes concluants*** (α), ***caractère inopérant d'une clause de style*** (β), inclusion de la gratification dans ***l'assiette de cotisation*** aux assurances sociales non obligatoires (γ), ***usage*** (δ).

---

[323] TF, 26 mars 2009, 4A_28/2009, cons. 2.1 et 2.4 : cette gratification contractuelle ne sera pas due *pro rata temporis* en cas de résiliation du contrat en cours d'année à moins que l'employeur ne s'y soit engagé spécifiquement (CO, art. 322d, al. 2). *Cf. infra* n° 643 et s.

[324] TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 4.3.

[325] TF, 4 septembre 2013, 4A_219/2013, cons. 3.3.

[326] TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert. *Cf. infra* n° 484 et s. (devoir d'information de l'employeur)

[327] La notion d'accord tacite fut envisagée depuis très longtemps par le Tribunal fédéral, *cf.* TF, 22 novembre 1912, *ATF* 38 II 623, sur le modèle très général du droit allemand (BGB, § 612 : « *Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.* », alinéa qui rappelle peu ou prou notre article 320, alinéa 2, mais dont le champ d'application a été étendu, *cf.* Ulrich Preis, « § 611-615 BGB », *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht,* Beck, Munich, 11e éd., 2011, N 2 *ad* § 612 BGB) ; Wilhelm BIRCHMEIER, *Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im schweizerischen Obligationenrecht,* Buchdruckerei J. Dossenbach, Baar, 1926, pp. 11 et 26.

[328] TF, 25 octobre 2005, 4C.157/2005, cons. 3.

[329] TF, 21 mars 2011, 4A_29/2011, cons. 1.2.

[330] *Cf.* TF, 6 décembre 1995, 4C.359/1995, *JAR* 1997. 124*,* cons. 2b.

[331] *Message 1967,* p. 328 ; TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2 ; pour un exemple : Arbeitsgericht Kulm, 22 juin 1982, *JAR* 1983. 98.

α. L'accord tacite par actes concluants

116. **Principe.** Un accord tacite peut intervenir par actes concluants (*schlüssiges Handeln*)[332]. La jurisprudence et la doctrine l'ont admis de manière régulière depuis très longtemps[333]. Le Conseil fédéral a approuvé cette jurisprudence dans son Message de 1967 et consacré le principe selon lequel la gratification versée « *pendant de longues années, régulièrement et sans réserve* » perd son caractère discrétionnaire pour devenir objet d'un accord tacite entre les parties[334].

117. **Fondement.** On considère généralement que le fondement de la reconnaissance en droit d'un accord par actes concluants est le ***principe de confiance***[335] : lorsque l'employeur, sans réserve et plusieurs fois, octroie une somme au salarié, ce dernier est légitimé à considérer que l'employeur ne cessera pas de renouveler son geste. Un auteur estime que c'est une question de prévisibilité pour le salarié, les moyens qu'il a d'organiser sa vie provenant généralement des revenus de son travail[336]. Dans ce cas, une ***simple habitude entre les parties***[337] peut entraîner une modification du contrat[338], ce qui revient à donner à

[332] *Cf.* STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, N 9 *ad* art. 322d CO.

[333] TF, 22 janvier 2002, 4C.263/2001, cons. 4b ; TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2 ; TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2 ; TF, 15 mai 2012, 4A_26/2012, *JAR* 2013. 242, cons. 5.1 ; Bericht 1956-1958 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1960. 177 ; Praxis der Gewerbegerichte der Stadt Bern pro 1958, *DTA* 1959, n° 30 ; Zivilgericht-BS, 23 décembre 1960, *BJM* 1961. 7 (rappelant des décisions cantonales antérieures non publiées : Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 11 janvier 1954 ; Gewerbegericht-ZH, 6 novembre 1958) ; Gewerbegericht-ZH, 13 avril 1962, *DTA* 1963, n° 34 ; Obergericht-AG, 27 novembre 1975, *AGVE* 1975. 58 ; CJ-GE, 1er février 2011, *JAR* 2012. 447, cons. 3.2 ; Hugo OSER/Wilhelm SCHÖNENBERGER, *Das Obligationenrecht, 1. Teil, Zürcher Kommentar,* Schulthess, Zurich, 2e éd., 1929 : N 19-20 *ad* art. 330 CO : « *[…D]ie Gratifikation [stellt] wohl ursprünglich eine freiwillige Leistung [dar], aber dann, wenn sie langjährig, regelmässig und vorbehaltlos ausgerichtet wird, ein Rechtsanspruch auf Gewährung entsteht, auch wenn sie nicht ausdrücklich in irgendeiner Form zum festen Lohnbestandteil erklärt worden ist*. »

[334] *Message 1967,* p. 328. Une partie de la doctrine avait même proposé à l'époque d'inscrire ces éléments dans la loi elle-même : Groupe de travail de l'université de Bâle, « Kritische Stellungnahme zum Revisionsentwurf des Bundesrates vom 25. August 1967 über den Arbeitsvertrag », *RSJ* 1969. 49-55, spéc. 51 et *cf. supra* nbp 154 pour le texte de la proposition.

[335] TF, 6 décembre 1995, 4C.359/1995, *JAR* 1997. 124*,* cons. 2b ; TF, 20 mars 2012, 4D_98/2011, *JAR* 2013. 196, cons. 2.4 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, *JAR* 2013. 293, cons. 8.2 ; CAPH-GE, 13 mai 1997, *JAR* 1998. 148 ; CAPH-GE, 26 novembre 2009, CAPH/167/2009, cons. 3b ; DELBRÜCK, *Die Gratifikation*, p. 60 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, N 9 *ad* art. 322d CO ; Thomas Geiser, « Boni zwischen Privatrecht und öffentlichem Interesse », *recht* 2009. 115, spéc. 117. Certains auteurs indiquent qu'on considère parfois que le fondement de l'obligation résiderait dans un ***usage de l'entreprise*** (*cf.* PORTMANN/STÖCKLI, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, N 296). Le fondement de l'usage doit selon nous être distingué et traité à part (*cf. infra* n° 133 et s.). Le droit allemand fut le premier à mettre au jour ce principe de confiance, peut-être guidé en cela par la formulation du § 242 du BGB (« *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.* ») : BGH, 7 juin 1984, *Entscheidungen des Reichgerichts und des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 91. 324 ; BAG, 31 octobre 1984, *Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts* BetrAVG § 1 Betriebliche Übung Nr. 1 ; Ulrich Preis, « § 611-615 BGB », *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht,* Beck, Munich, 11e éd., 2011, N 220a *ad* § 611 BGB).

[336] P. Schneiter *DTA* 2005. 243, comm. sous TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004 et TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004.

[337] On doit donc considérer qu'il existe deux types d'« usage » en droit du travail : l'usage au sens classique de ***pratique généralisée*** en un lieu et un temps déterminés et l'usage au sens d'***habitude entre deux parties***. La doctrine plus ancienne liait usage individuel et usage collectif, en soulignant le fait que l'employeur verse parfois une gratification pour se conformer à un usage de sa profession : Edwin SCHWEINGRUBER, *Commentaire du contrat de travail*, trad. Albert Laissue, Union syndicale suisse, Berne, 1975, p. 70.

[338] Gabriel Aubert, « L'usage en droit du travail », *DTA* 2001. 95.

l'usage postérieur la prépondérance juridique, en tant que nouvelle clause contractuelle, sur les prévisions antérieures[339].

118. **Mécanisme.** Il fallait déterminer le caractère fixe ou variable de la rémunération et le ***nombre de répétitions*** nécessaires pour que la confiance naisse de manière légitime. À l'égard de la ***fixité,*** les prud'hommes cantonaux avaient évoqué la nécessité d'une gratification « *d'un montant plus ou moins constant* »[340]. Mais le Tribunal fédéral n'a pas retenu cette exigence[341]. Prenant exemple sur la doctrine allemande[342], le Tribunal fédéral a fixé à ***trois*** le nombre de répétitions nécessaires pour que la confiance naisse légitimement[343], quel que soit le montant octroyé. Il s'inscrivait ainsi dans la continuité de solutions jurisprudentielles cantonales[344], lesquelles ont d'ailleurs continué à appuyer cette solution par la suite[345]. Les trois versements doivent intervenir sans interruption, c'est-à-dire — pour une gratification annuelle — « *trois années consécutives* »[346]. Le Tribunal fédéral a parfois dit que la gratification est considérée comme convenue lorsque l'employeur l'a versée « *durant plus de trois années consécutives* »[347]. Littéralement, cette formule signifie que quatre années sont nécessaires et non pas trois. Il ne faut pas y voir une autre règle. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral s'est contenté, à un stade de son raisonnement, de parler de « *plusieurs années consécutives* »[348]. Littéralement, cette solution signifie que deux années sont suffisantes. À mon sens, il faut y voir une volonté du Tribunal fédéral de recentrer la règle sur son principe d'origine : la ***protection de la***

---

[339] La doctrine allemande ne s'y trompe pas qui qualifie ce mécanisme de *Vertragstheorie* (Ulrich Preis, « § 611-615 BGB », *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht,* Beck, Munich, 11e éd., 2011, N 220a *ad* § 611 BGB).

[340] Praxis der Gewerbegerichte der Stadt Bern pro 1958, *DTA* 1959, n° 31 ; CAPH-GE, 12 mars 1991, *JAR* 1992. 131. Le critère de la fixité se retrouve en droit français (*cf.* notamment : Soc., 13 mars 1996, n° 93-40782).

[341] Le critère de la fixité garde sa pertinence pour évaluer si le montant de la gratification reste discrétionnaire, *cf. infra* n° 141 et s.

[342] Ulrich Preis, « § 611-615 BGB », *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht,* Beck, Munich, 11e éd., 2011, N 220 *ad* § 611 BGB ; Nicole Vögeli Galli/Christine Hehli Hidber, « Bonuszahlungen : Möglichkeiten und Risiken. Eine Beurteilung nach schweizerischem und englischem Recht », *RSJ* 2001. 445, spéc. 447.

[343] Cette règle semble avoir connu une existence également en droit anglais : *cf. Noble Enterprises Ltd v. Lieberum,* Employment Appeals Tribunal, 23 juin 1998 ; Nicole Vögeli Galli/Christine Hehli Hidber, « Bonuszahlungen : Möglichkeiten und Risiken. Eine Beurteilung nach schweizerischem und englischem Recht », *RSJ* 2001. 445, spéc. 449. On la retrouve également, mais de manière moins nette, en droit français : *cf.* Soc., 20 mars 2007, n° 05-43834 (il faut au minimum trois ans pour reconnaître le caractère de constance à un usage). Le Code du travail albanais consacre expressément cette règle : « *Toutefois, lorsqu'il verse une gratification trois années de suite, l'employeur est réputé s'engager à continuer de la verser à l'avenir. Dans ce cas, la gratification est due pour tout le temps que les rapports de travail y donnant droit continuent.* » (art. 114, al. 2).

[344] CAPH-GE, 5 octobre 1993, *JAR* 1994. 145 (les prud'hommes genevois avaient parlé d'une « *longue période* ») ; Obergericht-BL, 15 mars 1994, *JAR* 1995. 107 ; Appellationshof-BE, 8 mars 1995, *JAR* 1996. 150, cons. 2b ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 6 *ad* art. 322d CO. Précédemment, les décisions cantonales parlaient d'un « temps plus ou moins long » (par exemple, Bericht 1956-1958 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1960. 177 : « *während längerer Zeit* »). *Cf.* Theo GUHL, *Das Schweizerische Obligationenrecht,* Schulthess, Zurich, 9e éd. remaniée par Alfred Koller, Anton Schnyder et Jean Nicolas Druey, 2000, p. 477.

[345] CAPH-GE, 13 mai 1997, *JAR* 1998. 148 ; Obergericht-LU, 17 avril 1998, *JAR* 1999. 156 ; CJ-GE, 1er février 2011, *JAR* 2012. 447, cons. 3.2.1.

[346] TF, 7 octobre 1997, 4P.284/1996, cons. 2a ; TF, 22 janvier 2002, 4C.263/2001, cons. 4b ; TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2 ; TF, 24 janvier 2003, 4C.325/2002, cons. 3.1 ; TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, *DTA* 2003. 154-156, *JAR* 2004. 248, cons. 2.2 ; TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, *DTA* 2005. 27-30, cons. 2.1 ; TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 2.2 ; TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 5.2 ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, cons. 4.1 ; TF, 11 février 2009, 4A_506/2008, cons. 3.1 ; TF, 9 mars 2010, 4A_637/2009, *DTA* 2010. 49-50, *JU-TRAV* 2010. 51, cons. 3.1 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, *JAR* 2013. 293, cons. 8.2 ; admis également par les juridictions cantonales, notamment TC-VS, 5 avril 2005, *RVJ* 2006. 179, cons. 3a ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 70 ; Roger Morf, « Gratifikation und Freiwilligkeitsvorbehalt », *ArbR* 2012. 67, spéc. 83.

[347] *Cf.* par exemple : TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.1.2 ; TF, 15 mai 2012, 4A_26/2012, *JAR* 2013. 242, cons. 5.1.

[348] TF, 20 mars 2012, 4D_98/2011, *JAR* 2013. 196, cons. 2.4. Plus loin dans le considérant, le Tribunal fédéral retombe sur la règle des « trois ans ».

confiance. Le nombre d'années n'est pas un critère indépendant ; il doit toujours se lire en regard de la protection de la confiance du salarié. D'autres éléments pourront donc être pris en compte pour déterminer si cette confiance mérite, dans chaque espèce, d'être protégée et à partir de quel stade.

119. Le cadre posé par le Tribunal fédéral est globalement assez favorable au salarié, d'autant que la Haute cour précise qu'en cas d'incertitude et lorsque la responsabilité de l'imprécision de la situation incombe à l'employeur, il faut opter en faveur d'un accord[349]. Toutefois, le Tribunal fédéral n'hésite pas à tenir compte de certaines ***circonstances spéciales*** pour refuser la requalification en rémunération obligatoire, comme le fait que le salarié qui réclamait une gratification soi-disant convenue fût le fils du gérant de l'entreprise, et qu'il eût ainsi pu être favorisé par ce dernier sur ce fondement-là, ce qui ne l'autorisait plus à croire que le nouveau gérant — sans liens familiaux avec lui — en ferait autant[350].

120. Le fait que le principe de la gratification soit acquis ne préjuge pas automatiquement du montant dû à ce titre. Si l'employeur a versé des montants variables chaque année, il y aura ***gratification contractuelle*** et non rémunération obligatoire : le montant devra être déterminé selon les règles générales applicables aux gratifications convenues[351].

121. *A contrario*, l'absence de réaction du salarié un an après la fin des rapports de travail peut être un indice suivant lequel il avait accepté que son employeur ne lui verserait pas de gratification au titre de sa dernière année de travail[352]. Ce type d'absence de réaction ne doit cependant conduire à la reconnaissance d'une acceptation tacite de modification de la rémunération en défaveur du salarié qu'aux conditions restrictives posées par la jurisprudence à cet égard[353].

122. **Réserve du caractère discrétionnaire.** Il n'y a pas accord tacite lorsque l'employeur formule la réserve du caractère discrétionnaire du versement qu'il opère[354]. Cette règle reste valable même si l'employeur verse chaque année une gratification correspondant exactement à un mois de salaire[355].

123. La formulation de la réserve n'est soumise à aucune règle de ***forme***[356] ; on conseillera néanmoins à l'employeur, dans un souci de constitution de preuve, de choisir la forme écrite[357]. La réserve peut valablement figurer dans le contrat ou dans le règlement intérieur ou d'entreprise, mais elle est généralement insuffisante dans ce cas : l'employeur doit renvoyer aux stipulations contractuelles ou réglementaires lors de chaque versement[358]. Ce renvoi doit être clair et précis pour qu'aucun doute ne naisse dans l'esprit du salarié[359].

---

[349] TF, 25 novembre 1987, KUHN/KOLLER, vol. 2, 4e partie, chap. 3.4.1, pp. 5 et 6 ; TF, 6 décembre 1995, 4C.359/1995, *JAR* 1997. 124, cons. 2b ; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar*, N 4 *ad* art. 322d CO.

[350] TF, 9 mars 2010, 4A_637/2009, *DTA* 2010. 49-50, *JU-TRAV* 2010. 51, cons. 3.3.

[351] TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 2.2 ; *cf. infra* n° 141 et s.

[352] TF, 21 mars 2011, 4A_29/2011, cons. 1.2.

[353] TF, 6 décembre 1995, 4C.359/1995, *JAR* 1997. 124, cons. 3b et *cf. infra* n° 589 et s.

[354] On retrouve cette règle en droit allemand : BAG, 4 septembre 1985, *Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts* BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 22 ; Ulrich Preis, « § 611-615 BGB », *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht,* Beck, Munich, 11e éd., 2011, N 222 *ad* § 611 BGB.

[355] CAPH-GE, 17 mars 1982, *Quatre cents arrêts,* n° 107.

[356] *Cf.* WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, p. 160.

[357] *Cf.* CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 69 ; Danthe, *Commentaire,* N 23 *ad* art. 322d CO.

[358] STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, N 10 *ad* art. 322d CO ; *cf.* CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 70.

[359] *Cf.* DELBRÜCK, *Die Gratifikation*, p. 77.

S'inspirant d'une solution consacrée initialement par le droit allemand[360], le Tribunal fédéral accorde néanmoins une soupape de sécurité à l'employeur distrait : l'oubli de formulation d'une réserve, qui serait intervenu par une ***inadvertance*** de l'employeur, ne permettra pas au salarié de voir la gratification bénévole immédiatement requalifiée en gratification contractuelle ou en rémunération obligatoire[361].

124. La réglementation sur les rémunérations mise en place par la ***FINMA*** risque de conduire à renouveler la réflexion sur le principe de confiance : le salarié, à condition qu'il ait connaissance de la circulaire, ne pourrait plus se prévaloir de sa bonne foi en cas de versement répété sans réserve, dans les hypothèses où la circulaire impose à l'employeur de supprimer un élément de rémunération dans certaines circonstances[362].

β. L'accord tacite en raison du caractère inopérant d'une clause de style

125. **Principe.** Une partie de la doctrine a également vu l'existence d'un accord tacite lors même que l'employeur répète, année après année, la réserve du caractère discrétionnaire de la rémunération. La réserve devient alors une pure clause de style[363] : elle est exprimée sans être véritablement pensée ou voulue[364].

126. **Fondement.** La jurisprudence, après l'avoir refusé[365], a acquiescé à ce raisonnement[366] qu'elle considère comme une application particulière de l'interprétation des déclarations de volontés des parties selon le ***principe de confiance***[367]. Aussi la réserve du caractère discrétionnaire n'aura-t-elle aucune portée juridique si elle ne représente qu'une formule

[360] DUC/SUBILIA, *Droit du travail*, N 14 *ad* art. 322d CO ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, N 9 *ad* art. 322d CO. Pour le droit allemand, voir Günter SCHAUB/Ulrich KOCH/Rüdiger LINCK *et alii, Arbeitsrechts-Handbuch,* Beck, Munich, 2011, N 26 et s. *ad* § 78.

[361] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2.2.

[362] Benoît Chappuis, « Bonus des dirigeants : la jurisprudence du Tribunal fédéral à l'épreuve des règles de la FINMA », *La Pratique contractuelle 2* (édit. Pascal Pichonnaz/Franz Werro), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2011. 91-120, spéc. 117 : « *La réglementation de la circulaire empêche l'employé de croire de bonne foi que le paiement d'un bonus récurrent transforme ce dernier en une obligation salariale.* »

[363] En allemand : « *leere Floskel* ». Une décision genevoise parle de « *formule vide* » (CJ-GE, 1er février 2011, *JAR* 2012. 447, cons. 3.2.3).

[364] DELBRÜCK, *Die Gratifikation*, p. 85 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, N 5 *ad* 322d CO ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 10 *ad* art. 322d CO ; VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, p. 104 ; Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 73. *Contra* : REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 8 *ad* art. 322d CO (REHBINDER avait dans une précédente édition laissé la question ouverte). Ce principe est entré en droit suisse par le truchement de la doctrine allemande, laquelle avait eu à se déterminer à l'égard de formulations maladroites d'employeurs exprimant de manière contradictoire qu'ils entendaient maintenir au cours du temps la gratification octroyée « dans la mesure du possible ». L'incertitude que faisait ainsi planer l'employeur sur la rémunération du travailleur devait cesser. *Cf.* l'exemple donné par EBERLE : « *Aus reinen Rechtsgründen wird dieses Festgeschenk ohne Rechtsanspruch für die Zukunft gegeben, im übrigen aber mit dem Willen der jährlichen Wiederholung im Rahmen des Möglichen.* » (Rainer Eberle, *Die betriebliche Übung,* thèse Heidelberg, 1971, p. 86)

[365] Arbeitsgericht-ZH, *JU-TRAV* 1990. 11.

[366] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2.3 ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, cons. 4.1 ; TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.1.2 ; TF, 15 mai 2012, 4A_26/2012, *JAR* 2013. 242, cons. 5.1 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, *JAR* 2013. 293, cons. 8.2.

[367] Jurisprudence développée sur le fondement de l'article 18, alinéa 1er, du Code des obligations : TF, 6 mars 2000, *ATF* 126 III 119, *JT* 2000 I 630, *JAR* 2001. 195, *RJB* 2002. 317, comm. W. Wiegand, cons. 2a ; TF, 5 juillet 2001, *ATF* 127 III 444, *JT* 2002 I 213, cons. 1b ; TF, 17 mai 2002, *ATF* 128 III 265, *JT* 2003 I 113, cons. 3a. *Cf.* Danthe, *Commentaire,* N 24 *ad* art. 322d CO.

vide et que l'employeur, par son comportement, montre qu'il se sent obligé de verser une somme spécifique au salarié [368], phénomène que l'on nomme en allemand le « *Verpflichtungsbewusstsein* ».

127. **Mécanisme.** Y a-t-il une ***durée*** précise au-delà de laquelle la réserve devient une formule vide ? Le Tribunal fédéral a d'abord utilisé l'expression, en allemand, de « *décennies* » (au pluriel)[369]. Par la suite, le Tribunal fédéral ne s'est plus attaché à un critère de nombre d'années spécifiques ; il a déclaré, en énonçant cette règle de manière tout à fait générale : « *Selon les circonstances, la gratification peut être due alors même que, d'année en année, l'employeur a exprimé et répété une réserve à ce sujet* »[370]. De manière encore plus abrupte, le Tribunal fédéral a jugé que « *fréquemment, des déclarations verbales ou le comportement des parties peuvent impliquer le caractère obligatoire de la gratification, malgré la lettre diamétralement opposée du contrat de travail* »[371]. Le Tribunal fédéral a même jugé tout simplement que « *selon la jurisprudence, [la] réserve peut se révéler inopérante* » : dans cette affaire, il a considéré que la réserve était tombée après cinq versements avec réserve, mais le caractère accessoire de la gratification était également douteux en l'espèce[372]. Dans une décision subséquente, le Tribunal fédéral a donné un chiffre plus précis : « *au moins dix ans* » ; il a précisé qu'une omission de formulation de la réserve ne devait pas porter préjudice à l'employeur[373]. Mais dans un arrêt rendu postérieurement, le Tribunal fédéral a précisé sa jurisprudence en énonçant que « *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* », laissant planer l'idée qu'une durée de huit ans ne pouvait pas apparaître en soi comme clairement suffisante[374]. Le Tribunal fédéral opère donc manifestement un recadrage du régime de la reconnaissance du caractère inopérant d'une clause de style, en faveur de l'employeur.

128. **Critique doctrinale.** S'opposant aux effets de l'identification par le juge d'une clause de style inopérante, EGLI invoque le risque que l'employeur, puni par sa « générosité », ne soit, du fait de cette règle, découragé de verser toute gratification[375]. L'auteur souligne que « *le principe de bonne foi ne permet pas d'assimiler des prestations facultatives à une volonté de s'obliger* ». Il convoque l'exemple d'une personne qui, alors même qu'elle aurait versé pendant des années de l'argent à la Croix-Rouge à Noël, ne pourrait jamais être contrainte de poursuivre ses versements. Mais raisonner ainsi, c'est perdre de vue la nature même de la gratification. Nous l'avons dit[376], la gratification n'est pas une donation. Elle est toujours versée en contrepartie de l'existence d'un contrat de travail et la générosité de l'employeur n'est jamais qu'une « générosité intéressée ». D'ailleurs, cet auteur reconnaît lui-même qu'il est difficile d'exiger du salarié qu'il adapte son niveau de vie en fonction de son salaire fixe du fait que sa gratification pourrait un jour être

[368] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2.3 ; TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, *DTA* 2005. 27-30, cons. 2.1 ; Alexandre Richa/David Raedler, « Le "bonus" soumis à une condition objective », *GesKR* 2012. 524, spéc. p. 528.

[369] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2.3 : « *Jahrzehntelang* ». Après avoir abandonné cette expression, il l'a exhumée récemment : TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, *JAR* 2013. 293, cons. 8.2.

[370] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 5.2.

[371] TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, *DTA* 2005. 27-30, cons. 2.1.

[372] TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 1.2.4. Le Tribunal fédéral opère parfois par combinaison, voire mélange de fondements juridiques, pour reconnaître un droit au salarié.

[373] TF, 15 mai 2012, 4A_26/2012, *JAR* 2013. 242, cons. 5.2.1. Voir également : Arbeitsgericht-ZH, 20 mars 2012, *JAR* 2013. 606 (six années consécutives ne sont en tout cas pas suffisantes).

[374] TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, *JAR* 2013. 293, cons. 8.4.

[375] Hans-Peter Egli, « Les bonus vus sous l'angle juridique », *Employeur suisse* 26 février 2009. 39, spéc. 42.

[376] *Cf. supra* n° 51.

supprimée sans aucune compensation[377]. On voit donc que la bonne foi et le principe de confiance sont utilisés ici comme les moyens juridiques de contrer le pouvoir que risque de prendre, arbitrairement, une personne sur une autre dans le cadre contractuel[378]. REHBINDER/STÖCKLI, PORTMANN et HIRSIGER se sont opposés plus généralement à ce qu'une réserve expresse du caractère facultatif de la gratification puisse être interprétée contre son texte[379].

129. **Tempéraments.** Ces critiques doctrinales sont en partie désamorcées par la manière nuancée dont les juges appliquent ce mécanisme, comme en témoignent les tempéraments qui y sont apportés.

a. Le premier tempérament repose sur l'idée que l'obligation de l'employeur est reconnue sur un fondement de ***bonne foi*** : la croyance légitime du salarié en la poursuite du versement de la gratification. Le même fondement de bonne foi peut amener le juge à considérer que la rémunération n'est pas due, nonobstant le fait que la clause est de style, si des circonstances spéciales le justifient. Ce qui avait amené certains auteurs à considérer qu'il fallait, au-delà de la simple répétition de la réserve, examiner d'autres circonstances pertinentes[380]. Il s'agit d'une décision ***en équité***. Le Tribunal fédéral a donc identifié un élément objectif afin d'aider le juge dans cette tâche d'équité.

b. L'***élément objectif*** a été mentionné de façon intermittente par le Tribunal fédéral[381] : il faut que l'employeur ait versé le montant litigieux alors qu'il aurait eu des motifs de ne pas le faire (par exemple, affaires en berne[382], mauvaise prestation de travail du salarié) — ce qu'il revient d'ailleurs au salarié d'alléguer[383]. Le versement d'une gratification alors qu'il serait légitime d'y renoncer témoigne de la « conscience d'être obligé » de l'employeur à l'égard de son salarié (*Verpflichtungsbewusstsein*)[384]. Ce tempérament est expressément approuvé par STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH[385].

130. **Exceptions aux tempéraments.** Mais les juges ne s'appuient pas toujours sur le *Verpflichtungsbewusstsein*. Il est arrivé qu'ils admettent la présence d'un accord sans *Verpflichtungsbewusstsein* lorsque le salarié pouvait, de bonne foi, comprendre que l'employeur n'entendait ne se réserver le pouvoir de décider ***que du montant de la gratification***, laquelle était néanmoins définitivement acquise dans son principe. Ainsi,

---

[377] Hans-Peter Egli, « Les bonus vus sous l'angle juridique », *Employeur suisse* 26 février 2009. 39, spéc. 42.

[378] Sur la question de l'arbitraire dans la suppression d'une gratification, voir Appellationsgericht-BS, 13 mars 1959, *DTA* 1959, n° 51.

[379] REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 8 *ad* art. 322d CO ; PORTMANN, *Basler Kommentar,* N 11 *ad* art. 322d CO ; HIRSIGER, *Zielvereinbarung,* p. 156.

[380] DELBRÜCK, *Die Gratifikation*, pp. 83-85 ; N. Vögeli Galli, note sous Arbeitsgericht-ZH, 18 avril 2000, *PJA* 2000. 1294 ; Nicole Vögeli Galli/Christine Hehli Hidber, « Bonuszahlungen : Möglichkeiten und Risiken. Eine Beurteilung nach schweizerischem und englischem Recht », *RSJ* 2001. 445, spéc. 447.

[381] Se prononçant contre la généralisation de ce tempérament : Roger Morf, « Gratifikation und Freiwilligkeitsvorbehalt », *ArbR* 2012. 67, spéc. 86.

[382] Par exemple, en raison de la crise de 2008 : CJ-GE, 1er février 2011, *JAR* 2012. 447, cons. 3.2.4. Une situation économique simplement qualifiée de « peu réjouissante » ne suffit pas (TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 et 4A_174/2012, *JAR* 2013. 293, cons. 8.4).

[383] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2.3.

[384] TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, *JAR* 2013. 293, cons. 8.2 ; Hans-Peter Egli, « Les bonus vus sous l'angle juridique », *Employeur suisse* 26 février 2009. 39, spéc. 42. **Critique de l'élément objectif du tempérament.** Aller au bout de la logique intellectuelle retenue par le Tribunal fédéral revient à dire que ce n'est que dans l'hypothèse où l'employeur donne, alors qu'il ne devrait pas donner, tout en disant qu'il ne donne qu'à bien plaire, que la réserve sera devenue inopérante. Lorsqu'on analyse cette solution, on en vient à se demander si la jurisprudence n'est pas en train de décrire un employeur très mauvais gestionnaire, voire schizophrène, ce qui n'est bien évidemment pas souhaitable. À ce compte-là, on se demande si le fondement de la bonne foi ne serait pas suffisant.

[385] STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 5 *ad* art. 322d CO.

lorsque l'employeur avait versé durant plusieurs années consécutives une rémunération appelée « bonus » — rémunération qui avait progressé d'année en année en fonction de la rentabilité du salarié au sein de l'entreprise —, une cour cantonale pouvait constater souverainement et sans encourir le reproche d'arbitraire que la réserve — qui portait tant sur le principe que sur la quotité et avait été exprimée par l'employeur lors de chaque versement de « bonus » — devait être comprise de bonne foi par le salarié comme ne portant en réalité que sur la quotité de l'élément de rémunération[386]. En résumé, lorsque les sommes versées augmentent régulièrement chaque année de façon corrélée à la performance du salarié, ce dernier peut être fondé à comprendre que la réserve de l'employeur ne porte que sur le calcul de la quotité de la somme qu'il verse et non sur le principe de la rémunération.

131. Par ailleurs, la réserve de l'employeur peut ne porter que ***sur une partie seulement*** de la somme versée : ainsi, lorsque la rémunération en question se divise en une gratification bénévole et une gratification contractuelle ou une rémunération obligatoire[387], le salarié peut être amené à comprendre que la réserve ne porte que sur la gratification bénévole et non sur la gratification contractuelle ou sur la rémunération obligatoire même si l'employeur ne le précise pas[388].

132. **Exception aux exceptions aux tempéraments.** Malgré l'identification par le juge d'un accord tacite sur le principe de la gratification, l'employeur peut encore s'exonérer du paiement en prouvant que le versement de la gratification est par ailleurs soumis à ***condition***, expresse ou tacite[389]. En bonne logique juridique, l'employeur devra alors prouver que le salarié connaissait cette condition, ou ne pouvait, de bonne foi, l'ignorer. À l'inverse, l'employeur ne pourra plus soumettre à condition une rémunération dont il était contractuellement prévu qu'elle ne soit octroyée que si le salarié avait réalisé certains objectifs, dès lors que l'employeur avait versé pendant plusieurs années le montant prévu même en l'absence de réalisation des objectifs fixés[390].

γ. L'accord tacite par usage

133. L'usage joue « *depuis longtemps un rôle considérable en droit du travail* »[391]. Il peut intervenir au sein d'une ***entreprise*** ou au sein d'une ***branche***[392]. Or, le droit des

[386] TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, *DTA* 2005. 27-30, cons. 2.2.

[387] Comme on le voit dans la pratique avec la distinction fréquente entre « bonus discrétionnaire » et « bonus structuré ».

[388] TF, 24 janvier 2003, 4C.325/2002, cons. 3.3 ; TF, 6 juin 2006, 4C.97/2006, *DTA* 2006. 271-272, *JAR* 2007. 270, cons. 2.

[389] TF, 24 janvier 2003, 4C.325/2002, cons. 3.1 (arrêt consacrant un avis doctrinal : STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 25 *ad* art. 322d CO).

[390] TF, 8 mai 2007, 4A_23/2007, *DTA* 2007/3. 160-163, cons. 4.3. Il arrive parfois que ce ne soit non pas le salarié qui cherche à démontrer l'existence d'un accord tacite entre l'employeur et lui-même, mais l'employeur qui souhaite prouver que son salarié a accepté le système de rémunération qu'il a mis en place. Il s'agit là d'une question relative à la modification de la rémunération variable : *cf. infra* n° 570 et s.

[391] Gabriel Aubert, « L'usage en droit du travail », *DTA* 2001. 95-102, spéc. 95. Une loi cantonale genevoise de 1900 — qui fut peut-être la première en Europe à donner effet aux ancêtres des CCT — fixait déjà « le mode d'établissement des tarifs d'usage entre patrons et ouvriers » (*cf.* TF, 20 septembre 1900, *ATF* 26 I 318 ; Maurice Battelli, « Les lois genevoises de 1900 et 1904 sur les tarifs d'usage et les conflits collectifs de travail », *Mélanges d'histoire économique et sociale en hommage au professeur Antony Babel,* Genève, 1963, pp. 343 *sqq*.).

rémunérations variables se contente, pour identifier l'existence d'un usage, de critères moins stricts. En effet, le fondement de la reconnaissance du caractère obligatoire de l'usage est la protection de la ***bonne foi***.

134. ***1° L'usage dans l'entreprise.*** Le Conseil fédéral a consacré l'usage d'entreprise en matière de gratification, cette dernière acquérant un caractère contractuel dès lors que son versement relève d'une pratique ***répétée*** année après année et concerne un ***grand nombre*** de travailleurs[393]. Ces deux critères sont les indices qu'une confiance du salarié dans le caractère obligatoire d'une rémunération a pu naître de façon légitime. Par exemple, s'il est d'usage dans l'entreprise de verser une part proportionnelle de la gratification lorsqu'un salarié quitte l'entreprise avant la date habituelle de versement de la gratification, on considérera que le salarié pouvait, de bonne foi, s'attendre à en bénéficier sous cette modalité[394]. À l'inverse, le salarié ne devra pas s'attendre à toucher une prime de départ ou une gratification pour la période allant de la date de résiliation du contrat à la fin effective des rapports de travail si l'employeur n'a accordé que rarement, à quelques salariés déterminés, une telle rémunération, alors que l'immense majorité des salariés quittant l'entreprise n'y a pas eu droit[395]. La jurisprudence et la doctrine traitent généralement cette question en lien avec celle de l'égalité de traitement ; nous procéderons de même[396].

135. ***2° L'usage dans la branche.*** Si l'on admet que la coutume, du fait de l'*opinio necessitatis,* donne la clef de l'interprétation de stipulations contractuelles peu claires, le salarié est légitimé à démontrer qu'il ne pouvait comprendre autrement que comme une rémunération obligatoire, du fait d'une pratique généralisée dans la branche à laquelle appartient l'entreprise, l'élément de rémunération que son employeur présentait pourtant comme discrétionnaire[397].

δ. L'indice de l'inclusion de la gratification dans l'assiette de cotisation aux assurances sociales non obligatoires

136. La gratification, dès lors qu'elle a été versée au salarié, doit être soumise aux ***cotisations sociales obligatoires*** (RAVS, art. 7)[398]. Elle sera également soumise à l'***impôt*** sur le

---

[392] Le droit français considère que l'usage suppose une pratique générale, constante et fixe, ces trois caractères devant nécessairement être présents concomitamment. Une prime annuelle dont le montant a toujours été supérieur à 4 % de la rémunération annuelle du salarié remplit le caractère de fixité de l'usage (Soc., 27 juin 2007, n° 06-42987). Il en va de même d'une prime versée pendant dix ans et équivalant au montant d'un salaire mensuel (Soc., 14 juin 2006, n° 04-48210). Le droit suisse semble imiter sur ce point plutôt le droit allemand : *cf.* BAG, 12 octobre 2011, 10 AZR 746/10, *NZA* 2012. 450, cons. 50.

[393] *Message 1967,* p. 328 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 11 *ad* art. 322d CO ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, N 5 *ad* art. 322d CO.

[394] AUBERT, *Commentaire romand,* N 9 *ad* art. 322d CO.

[395] Arrêts posant le principe : TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 3.2 ; TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.2 ; TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.2 ; *cf.* également *infra* n° 400 et s.

[396] *Cf. infra* n° 400 et s.

[397] TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, *DTA* 2003. 154-156, *JAR* 2004. 248, cons. 3.4 (en l'espèce, refus). En revanche, lorsqu'il comble une lacune du contrat (*cf. infra* n° 619), le juge doit se fonder sur l'usage de l'entreprise et non pas sur un usage généralisé de la branche (TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, cons. 8.3). Pour une appréciation critique de cette jurisprudence, *cf. infra* n° 620.

[398] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 93. *Cf. supra* nbp n° 77.

revenu (LIFD, art. 17, al. 1er)[399]. En soi, le point de savoir si un élément de rémunération est soumis à la perception d'impôts et de charges sociales n'est donc pas complètement pertinent pour sa qualification[400], puisque tant la gratification que la rémunération obligatoire sont imposables en tant que produits de l'activité dépendante[401]. En revanche, il peut arriver que les parties stipulent expressément que la gratification sera également soumise à prélèvement en vue de financer des assurances sociales non obligatoires (indemnités journalières en cas de maladie, assurance-accidents prise en charge par l'employeur, partie surobligatoire de la prévoyance professionnelle)[402]. Le juge peut voir dans une telle stipulation un indice en faveur d'une rémunération obligatoire[403]. En effet, on peut généralement déduire du fait que les parties ont inclus la prétendue gratification dans le système des assurances sociales non obligatoires leur volonté de maintenir cette rémunération en cas de suspension du contrat de travail : cette partie de la rémunération est donc présumée représenter pour elles une rémunération sur laquelle le salarié doit pouvoir compter, donc une rémunération obligatoire. Cette présomption simple cède devant la preuve contraire. En revanche, le fait qu'un élément de rémunération figure sur le bulletin de paie, même sous la rubrique « éléments de salaire », n'exclut nullement que les parties ne lui aient accordé qu'un caractère facultatif[404].

c. L'accord collectif

L'accord collectif peut être source de rémunération obligatoire. C'est généralement le cas par le biais d'un salaire minimum conventionnel[405] ou de l'instauration par convention collective de primes particulières ou d'un treizième mois[406]. Par exemple, la Convention nationale pour le secteur principal de la construction prévoit en son article 49 que les travailleurs ont droit, dès la prise d'emploi, à un 13e mois de salaire, versé au prorata si les rapports de travail s'interrompent au cours de l'année civile[407]. Il en va de même de la Convention collective romande du second-œuvre (art. 19)[408]. Quant à la Convention collective nationale pour les hôtels, restaurants et cafés, elle ne garantit un droit à une prime équivalant à un demi-mois de salaire qu'après le sixième mois de travail, un treizième mois complet n'étant octroyé qu'après deux années complètes (art. 12)[409].

---

[399] *Cf.* également, l'article 7 LHID.

[400] Le Tribunal fédéral a toutefois tenu compte de cet élément comme un indice intéressant : TF, 28 février 2006, 4C.426/2005, cons. 5.1.

[401] TC-VS, 5 avril 2005, *RVJ* 2006. 179, cons. 3b.

[402] *Cf.* Danthe, *Commentaire,* N 28 *ad* art. 322d CO.

[403] TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, *DTA* 2003. 154-156, *JAR* 2004. 248 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, N 6 *ad* art. 322d CO ; Nathalie Bornoz, « Les critères de distinction entre les diverses rémunérations accessoires », *Panorama du droit du travail* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2009, pp. 37-53, spéc. p. 51.

[404] TF, 21 mars 2011, 4A_29/2011, cons. 1.2 ; Danthe, *Commentaire,* N 27 *ad* art. 322d CO. Sur l'interprétation du certificat de salaire, *cf.* TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JAR* 2011. 209, cons. 2.1 et *infra* n° 147 et 538.

[405] *Cf. infra* n° 355 et s.

[406] *Cf. infra* n° 259 et s.

[407] Convention étendue par Arrêté du Conseil fédéral du 10 novembre 1998. D'autres suppléments de salaire sont prévus dans certaines circonstances aux articles 52 et suivants de la convention.

[408] Article étendu par Arrêté du Conseil fédéral du 7 mars 2013.

[409] Article étendu par Arrêté du Conseil fédéral du 19 novembre 1998.

2) La quotité de la gratification

137. La liberté de l'employeur en matière de gratification, étant donné la nature ***discrétionnaire*** de cette institution, ne devrait pas être plus restreinte dans la détermination de sa quotité que dans son octroi[410]. Le Conseil fédéral avait d'ailleurs estimé que la variabilité du montant de la gratification (même convenue) était signe que l'employeur entendait préserver sa liberté d'appréciation en la matière[411]. Dans cette logique, l'employeur resterait libre de déterminer — discrétionnairement — le montant de la gratification contractuelle, quand bien même cette dernière fût due dans son principe[412]. Inversement, il faut rappeler qu'on ne peut déduire du seul caractère variable d'une rémunération qu'il s'agit d'une gratification[413]. Mais la réponse à la question de détermination de la quotité de la gratification ne peut être résolue correctement sans que l'on tienne compte de la classification tripartite que nous avons établie : ***rémunération obligatoire*** (**a**), ***gratification bénévole*** (**b**) et ***gratification contractuelle*** (**c**).

a. La quotité de la rémunération obligatoire

138. La rémunération obligatoire étant celle dont tant le ***principe*** que la ***quotité*** font l'objet d'une obligation, son montant sera déterminé en fonction de la convention des parties, à la manière de la rémunération aux pièces, à la tâche[414], sur objectifs[415] ou de la participation[416].

b. La quotité de la gratification bénévole

139. La quotité de la gratification bénévole peut être déterminée ***discrétionnairement*** par l'employeur, sauf à respecter en toute hypothèse les ***limites à la liberté contractuelle*** applicables à toutes les rémunérations variables[417].

[410] *Cf. Message 1967,* p. 327.
[411] *Message 1967,* p. 328. Ce qui rappelle le caractère de fixité, nécessaire en droit français à la reconnaissance d'un usage obligatoire pour l'employeur (*cf. supra* nbp 340).
[412] TF, 24 janvier 2003, 4C.325/2002, cons. 3.1.
[413] *Inter multa* : TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, *DTA* 2005. 27-30, cons. 2.1.
[414] *Cf. supra* n° 30 et s.
[415] *Cf. infra* n° 266 et s.
[416] *Cf. supra* n° 36 et s.
[417] *Cf. infra* n° 350 et s. (Partie II)

c. La quotité de la gratification contractuelle

140. La question est plus délicate en ce qui concerne la ***gratification contractuelle.*** En effet, la nature de cette institution veut qu'elle ne soit obligatoire que dans son principe d'octroi. Aussi un auteur a-t-il envisagé que l'employeur pût se libérer de son obligation de payer la gratification contractuelle par le versement d'un franc symbolique[418]. Cette solution, contraire à un siècle de jurisprudence du Tribunal fédéral[419], revient à annihiler le caractère obligatoire de l'octroi de la gratification contractuelle ; elle doit donc être rejetée en droit suisse[420]. La fin de l'abstention du juge dans ce domaine fut donc scellée de longue date de même que, corrélativement, la fin du *quod placuit* de l'employeur en la matière[421]. Il n'est donc plus le *princeps legibus solutus* qu'il pouvait prétendre être autrefois[422]. Nous proposons de synthétiser l'évolution de la jurisprudence en distinguant un ***principe*** (**1°**), des ***tempéraments*** (**2°**) et une ***exception*** que nous allons critiquer (**3°**).

1° Le principe : la flexibilité

141. Le Tribunal fédéral, suivant en cela des avis doctrinaux[423], juge de façon bien établie que l'employeur « *jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer* » au titre de la gratification contractuelle[424]. C'est que le critère de distinction entre le régime de la gratification et celui des différentes formes de rémunérations variables obligatoires serait, selon le Tribunal fédéral[425], la « *flexibilité* ». Cette flexibilité provient de ce que « *la*

---

[418] Hans-Peter Egli, « Les bonus vus sous l'angle juridique », *Employeur suisse* 26 février 2009. 39, spéc. 40.

[419] *Cf.* deux décisions, à cent treize ans d'intervalle: TF, 6 mars 1897, *Aluminium-Industrie-Gesellschaft, ATF* 23 I 265, cons. 2 ; TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2.

[420] À l'inverse, le droit français considère que le salarié ne dispose pas d'un droit minimum au titre d'un « bonus » si son montant n'est pas fixé contractuellement et qu'il est stipulé que son appréciation est laissée à la discrétion de l'employeur (Soc., 3 mai 2007, n° 06-40520).

[421] « *Quod principi placuit legis habet vigorem.* » (ce qui plaît au prince a force de loi) Il s'agit d'un principe repris du droit romain par Accurse, célèbre glossateur du XIII^{e} siècle. Cette conception était particulièrement visible dans une décision bernoise : « *Es steht nicht im Ermessen des Gerichtes, die Höhe der Leistungsprämie zu bestimmen.* » (Arbeitsgericht-BE, 14 août 1978, *JAR* 1980. 193) *Cf.* également : Paul SCHWARTZ, *Einführung in die Praxis des Dienstvertragsrechts,* Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1949, p. 44.

[422] Le *princeps legibus solutus* est un principe repris du droit romain par Accurse : il signifie que le prince est au-dessus des lois.

[423] STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 15 *ad* art. 322d CO ; REHBINDER/ STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 16 *ad* Art. 322d CO.

[424] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 5.2 ; TF, 25 octobre 2005, 4C.157/2005, cons. 3 ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, cons. 4.1 ; TF, 9 mars 2010, 4A_637/2009, *DTA* 2010. 49-50, *JU-TRAV* 2010. 51, cons. 3.1 ; TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, *JAR* 2012. 339, cons. 9.6 ; TF, 20 décembre 2011, 4A_705/2011, *DTA* 2012. 161, *JAR* 2012. 402, cons. 3 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 3.1 ; Obergericht-ZH, 31 janvier 2014, LA130035, cons. 2. On trouve déjà la trace de cette conception dans d'anciennes décisions cantonales : *cf.* notamment, Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 11 janvier 1954, *BJM* 1955. 183 ; solution toujours en vigueur dans cette juridiction : Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 2 décembre 2010, *JAR* 2011. 428.

[425] TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, cons. 4.1 ; TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.1.2.

gratification dépend, au moins partiellement, du bon vouloir de l'employeur »[426] (*hängt immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitsgebers ab*)[427]. Précédemment, le Tribunal fédéral disait — de façon moins précise — que la gratification dépend de la « volonté » de l'employeur[428]. Ce dernier peut donc attribuer des montants variables, en fonction de la ***qualité de la prestation de travail***[429], de la ***marche des affaires***[430] et d'***autres critères*** qu'il lui est loisible de déterminer librement[431]. En particulier, le ***rendement*** et l'***assiduité*** du salarié sont des critères admissibles[432].

142. Certains auteurs ont proposé que le montant soit déterminé selon les ***usages*** de la branche, de la profession ou de l'entreprise[433]. Les usages de la branche sont bien un indicateur mais ne sauraient selon nous constituer un critère définitif. D'autres affirment qu'« *on admet communément que la part […] destinée à récompenser la fidélité représente un tiers de [la gratification]* »[434], ce que certains employeurs n'ont pas hésité à stipuler dans des clauses contractuelles, donnant effectivité à cette répartition[435]. Le Tribunal fédéral a récemment entériné cette pratique[436]. Selon ces auteurs, le salarié infidèle — celui qui quitte son employeur — peut voir sa gratification contractuelle réduite à hauteur d'un tiers du fait de ce départ. Il ne faut pas y voir une règle mathématique et absolue : c'est une appréciation *in concreto* qui déterminera le pourcentage de réduction admissible au cas par cas[437].

---

[426] TF, 19 décembre 2000, 4C.277/2000, *ATF* 127 III 86, *JAR* 2001. 177, cons. 3b (non publié) ; TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 5.2 ; TF, 25 octobre 2005, 4C.157/2005, cons. 3 ; TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, *DTA* 2006. 186-188, *JAR* 2007. 160, cons. 2.1 ; TF, 8 mai 2007, 4A_23/2007, *DTA* 2007/3. 160-163, cons. 4.1 ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, cons. 4.1 ; TF, 11 février 2009, 4A_506/2008, cons. 3.1 ; TF, 9 mars 2010, 4A_637/2009, *DTA* 2010. 49-50, *JU-TRAV* 2010. 51, cons. 3.1 ; TF, 15 mai 2012, 4A_26/2012, *JAR* 2013. 242, cons. 5.1.

[427] *Inter multa* : TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 2.2 ; TF, 26 mars 2009, 4A_28/2009, cons. 2.3 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 3.1.

[428] TF, 1er novembre 1983, *ATF* 109 II 447, *JT* 1984 I 222, *SJ* 1984. 448, *JAR* 1985. 141, *Quatre cents arrêts*, n° 105, cons. 5c ; TF, 6 décembre 1995, 4C.359/1995, *JAR* 1997. 124, cons. 2a ; TF, 22 janvier 2002, 4C.263/2001, cons. 4b ; TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2 ; TF, 6 avril 2005, 4C.473/2004, cons. 3.2.

[429] TF, 22 janvier 2002, 4C.263/2001, cons. 4b.

[430] Voir en particulier pour une réflexion sur cet élément : TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 4.3.

[431] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 2 ; TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, *DTA* 2003. 154-156, *JAR* 2004. 248, cons. 2.3 ; TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, *DTA* 2005/1. 27-30, cons. 2.1 ; TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 5.2 ; TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, *DTA* 2006. 186-188, *JAR* 2007. 160, cons. 2.1 ; TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2 ; TF, 15 mai 2012, 4A_26/2012, *JAR* 2013. 242, cons. 5.1 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 3.1 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 4 *ad* art. 322b CO. Le critère de la marche des affaires fut retenu depuis des décennies par les juridictions cantonales : *cf.* notamment : Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 16 mars 1953, *BJM* 1954. 56.

[432] *Cf.* CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 73.

[433] Wilhelm BIRCHMEIER, *Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im schweizerischen Obligationenrecht,* Buchdruckerei J. Dossenbach, Baar, 1926, p. 25 ; DELBRÜCK, *Die Gratifikation*, p. 56 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 14 *ad* art. 322d CO ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, N 7 *ad* art. 322d CO ; VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, p. 105 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 95.

[434] REHBINDER/ STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 14 *ad* Art. 322d CO ; *cf.* WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, p. 167 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 6 *ad* art. 322d CO ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 78 ; DUC/SUBILIA, *Droit du travail*, N 24 *ad* art. 322d CO. Le raisonnement de ces auteurs est conforté par certaines décisions cantonales : *cf.* Bericht 1972 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1973. 278, spéc. 279 ; Bericht 1973 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1974. 248, spéc. 249 ; Arbeitsgericht-ZH, 15 décembre 2009, *JAR* 2010. 681. Une ancienne jurisprudence cantonale était allée jusqu'à considérer que la moitié de la gratification récompensait la fidélité : Arbeitsgericht de la ville de Berne, 30 janvier 1978, *JAR* 1980. 194.

[435] Pour un exemple, *cf.* TF, 19 août 2009, 4A_325/2009.

[436] TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, *JAR* 2012. 339, cons. 11.

[437] *Cf.* notamment : Obergericht-BL, 11 janvier 1994, *JAR* 1995. 304, cons. 3.

2° Les tempéraments

143. La jurisprudence a retenu l'idée selon laquelle le cocontractant qui se serait réservé le droit de faire varier[438] unilatéralement la quotité d'un élément de rémunération dû dans son principe ne pût procéder à cette modification que ***de manière raisonnable*** (*nach billigem Ermessen*)[439] et sans ***abus de droit***[440]. Consacrée par la jurisprudence initialement en matière de servitude puis de contrat de franchise, l'interdiction de la modification unilatérale abusive s'inspire de la doctrine la plus autorisée[441]. Elle revient à ***prohiber l'arbitraire***[442] et à garantir une forme d'équité. Il en découle au profit du travailleur le droit de faire contrôler par le juge le montant versé : ainsi, ***le salarié peut faire contrôler judiciairement le montant versé par l'employeur au titre de la gratification contractuelle et le faire corriger si l'employeur a fait preuve d'iniquité manifeste***[443].

144. On observe ici une forme de contamination du principe de protection de la confiance, dont le domaine d'application effectif s'étend du principe d'octroi de la gratification[444] à la détermination de son montant. Si l'on veut bien se rappeler que la protection de la confiance est l'une des formes par lesquelles la bonne foi est protégée et l'abus de droit sanctionné, on ne peut que reconnaître que cette jurisprudence s'ancre dans les principes les plus cardinaux du droit privé suisse, principes qui ont vocation à l'irriguer tout entier, comme en témoigne la position éminente que leur a attribuée le législateur historique en ouverture du Code civil.

145. Les deux éléments que le salarié peut faire sanctionner sont la ***protection de la confiance*** (α) et la ***garantie de l'équité*** (β).

---

[438] Nous employons le terme de « variation » pour indiquer toute modulation (à la hausse comme à la baisse) dans le montant de la gratification contractuelle, les litiges survenant bien entendu lorsque cette variation est opérée à la baisse.

[439] TF, 9 mars 1967, *Bourgeoisie de Chermignon, ATF* 93 II 185, cons. 4 ; TF, 26 mars 1992, *Marie-Thérèse B., ATF* 118 II 157, *JT* 1993 I 648, cons. 4b/bb. Ce fondement est repris du droit allemand : Ulrich Preis, « § 611-615 BGB », *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht,* Beck, Munich, 11e éd., 2011, N 537 *ad* § 611 BGB.

[440] Le droit anglais présente dans un arrêt une idée semblable, mais conceptualisée différemment : l'employeur qui mentionne un élément de rémunération dans le contrat, même en indiquant qu'il s'agit d'un élément discrétionnaire, doit exercer la discrétion dont il se prévaut de manière rationnelle et de bonne foi (« *in a rational and bona fide way* ») : Court of Appeal of England and Wales, 14 octobre 2004, *Horkulak v. Cantor Fitzgerald International* (2004) IRLR 942.

[441] Andreas VON TUHR/Hans PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Schulthess, Zurich, 3e éd., 1979, tome I, p. 191 ; Claire Huguenin/Arnold Rusch, « Einseitige Änderungsrechte in allgemeinen Geschäftsbedingungen – das trojanische Pferd im Vertrag », *RSDA* 2008. 37, spéc. 48.

[442] *Cf.* WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* p. 169 (montant fixé de manière arbitrairement trop basse, de façon totalement insoutenable). La notion d'arbitraire est invoquée depuis très longtemps en matière de gratification, *cf.* Appellationsgericht-BS, 13 mars 1959, *DTA* 1959, n° 51.

[443] *Cf.* Thomas Geiser, « Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn », *PJA* 2001. 382, spéc. 391. La justiciabilité de la gratification contractuelle ressort également de la systématique du Code des obligations, notamment de l'alinéa 2 de l'article 2 qui dispose : « *À défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire.* » Cette solution est ancienne en droit suisse, *cf.* Andreas VON TUHR/Hans PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Schulthess, Zurich, 3e éd., 1979, tome I, p. 190. La règle est également reprise en partie du droit allemand (BGB, § 315): « *Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.* » (3) « *Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen ; das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird.* » Pour un cas d'application de ces règles en droit allemand concernant un « pool de bonus », *cf.* BAG, 12 octobre 2011, 10 AZR 746/10, *NZA* 2012. 450 et BAG, 12 octobre 2011, 10 AZR 649/10, *NZA* 2012. 464. *Cf.* également en doctrine allemande : Alfred Söllner, « Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsrecht », *Abhandlungen der geistes- und sozialwissenschaftlichen Klasse*, Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz, 1966, n° 1, pp. 9 et s. et pp. 118 et s.

[444] *Cf. supra* n° 116 et s.

α. La protection de la confiance

146. **La cohérence du comportement.** Ici l'application du principe commande que l'employeur qui s'est réservé la possibilité de faire varier le montant de la gratification contractuelle à certaines conditions se voie lié par cette déclaration, qu'il doit dès lors respecter. Il s'agit là d'une application particulière du principe général d'interdiction des comportements contradictoires : il y a violation de la bonne foi (prise sous son aspect de protection de la confiance : *Treu und Glauben*) lorsqu'une personne agit en contradiction avec son comportement précédent dès lors que ce comportement avait fondé une attente légitime[445]. *A contrario*, si le comportement n'a pu fonder aucune attente légitime, n'agit pas de manière contraire à la bonne foi celui qui exploite une situation peu claire pour faire valoir au mieux ses droits[446].

147. Les critères de détermination du montant de la gratification contractuelle sont parfois explicités par la ***convention*** des parties. Le cas échéant, cette dernière sera ***interprétée*** par le juge selon le principe de confiance. Une formulation générale indiquant qu'une gratification sera réduite « si justifié » (*bei begründeten Ausnahmefällen*) implique par exemple que l'employeur rapporte la preuve qu'il existe réellement des motifs objectifs de réduction[447]. Une cour cantonale, après avoir procédé à une interprétation de la convention des parties selon le principe de confiance, a admis qu'aucune somme ne fût versée au titre de la gratification contractuelle dès lors que l'entreprise avait connu des ***pertes*** durant la période de référence, car ce critère avait été retenu par les parties pour la fixation du montant de la gratification[448]. En revanche, le Tribunal fédéral a jugé que n'encourait pas le reproche d'arbitraire la Cour cantonale ayant jugé que l'employeur, en disant qu'il se réservait le droit de faire varier le montant de la gratification pour des raisons de stratégie d'entreprise (*aus kaufmännischer Vorsicht*), ne s'était réservé par là le droit de faire varier le montant de la gratification que pour des ***motifs objectifs*** et non « à sa guise » (*aus reinem Gutdünken*)[449].

148. La confiance du salarié dans le montant d'une gratification contractuelle peut aussi naître du fait que l'employeur ait inscrit sur le certificat de salaire une somme annuelle d'un montant plus élevé que la somme des rémunérations mensuelles déjà versées. De ce fait, la confiance peut légitimement naître dans l'esprit du salarié qu'une gratification d'un montant déterminé lui sera versée[450]. En effet, lorsque l'employeur indique par des actes

[445] Arrêt de principe : TF, 9 novembre 1989, *ATF* 115 II 331, cons. 5a ; R. Hirsiger, note sous TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *PJA* 2010. 1336, 2a.

[446] TF, 9 novembre 1989, *ATF* 115 II 331, cons. 5a ; R. Hirsiger, note sous TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *PJA* 2010. 1336, 2c.

[447] TF, 21 juin 2007, 4C.69/2007, cons. 3.1.

[448] TF, 26 février 2010, 4A_549/2009 : le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur la validité du raisonnement mené par la cour cantonale, le recours du salarié ayant été jugé irrecevable pour une question procédurale.

[449] TF, 19 août 2009, 4A_325/2009, cons. 1.1 ; *cf.* inaugurant cette idée il y a plusieurs décennies : Bericht 1974 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1975. 228.

[450] TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2.2 et 2.3.3.

concluants quel sera le montant de la gratification, le salarié est légitimé à croire que ce montant lui sera bel et bien versé[451].

149. **La transparence des critères.** De plus, le Tribunal fédéral a précisé récemment que les critères convenus ne pouvaient servir à fonder une variation de la gratification contractuelle qu'à la condition d'être ***connus*** du salarié ou tout au moins admissibles par ce dernier au titre de la bonne foi[452]. Toujours est-il qu'une variation de la gratification contractuelle, fondée sur la mauvaise qualité de la prestation de travail ou la mauvaise marche des affaires de l'entreprise ne sera possible que si le salarié connaissait — ou ne pouvait ignorer sur le fondement de la bonne foi (hypothèse à vérifier *in concreto*) — que ces éléments étaient des critères de variation de sa gratification contractuelle[453].

150. **La réalité et la pertinence des motifs de variation de la gratification contractuelle.** Mener la logique de la jurisprudence à son terme reviendrait à obliger l'employeur à démontrer l'existence d'un motif de variation du montant de la gratification contractuelle[454]. Une juridiction cantonale estime ainsi qu'il appartient à l'employeur qui réduit la gratification de démontrer le sérieux et la réalité des motifs de réduction qu'il invoque : c'est donc à lui de prouver les mauvais résultats de l'entreprise[455]. D'autres juges décident que c'est également à l'employeur de rapporter la preuve objective des mauvaises prestations du salarié[456]. Cette preuve ne serait pas rapportée lorsque le salarié pourrait se prévaloir d'un certificat de travail ne faisant aucune mention de prestations insuffisantes[457]. En outre, quand un montant sensiblement identique est versé plusieurs années de suite, l'employeur ne peut valablement le réduire, pour un exercice donné, que s'il est en mesure d'établir un changement significatif de circonstances[458]. À notre avis, il convient toutefois de laisser au juge la même liberté d'appréciation que dans le cadre de l'analyse du caractère abusif ou non d'un licenciement[459].

151. Il faut cependant admettre que l'employeur ne peut pas prendre prétexte d'une absence de prestation de travail dont il est lui-même responsable pour réduire la gratification contractuelle[460]. Il en va de même lorsque la prestation du salarié est inférieure aux attentes, mais par le fait de l'employeur qui, par exemple, ne l'a pas mis en mesure de donner sa pleine puissance de travail. Cependant, en cas d'empêchement non fautif de

---

[451] R. Hirsiger, note sous TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *PJA* 2010. 1336, 2a).

[452] TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2.3.1.

[453] TF, 7 octobre 1997, 4P.284/1996, cons. 2a ; TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2.

[454] TF, 7 octobre 1997, 4P.284/1996, cons. 2a ; TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2.2.

[455] Bericht 1976 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1977. 282, spéc. 283 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 21 *ad* art. 322d CO.

[456] CAPH-GE, 13 avril 2000, *JAR* 2001. 208 ; la Cour utilise la formule suivante : « *Les bons résultats se présument.* »

[457] Bericht 1976 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1977. 282, spéc. 284.

[458] TC-VD, 3 septembre 2010, *JAR* 2011. 607, cons. I.b.bb ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, N 7 *ad* art. 322d CO.

[459] *Cf.* TF, 6 mars 2001, 4P.205/2000, *JAR* 2002. 238, cons. 3a ; TF, 15 novembre 2010, 4A_430/2010, *DTA* 2011. 31-35, cons. 2.1.3

[460] TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2.3.1.

travailler, la gratification contractuelle peut en principe varier de manière à tenir compte de cet élément[461], puisqu'il s'agit d'un élément extérieur à l'action de l'employeur.

152. Le fait pour le salarié de préparer une ***activité concurrente*** à celle de son employeur, mais dans le respect des règles posées par la loi et la jurisprudence sur le devoir de fidélité et les clauses de non-concurrence, n'est pas un motif justifié autorisant l'employeur à faire varier défavorablement le montant de la gratification contractuelle ou à la supprimer[462].

153. **Le régime spécial des heures supplémentaires.** Les heures supplémentaires connaissent un régime spécial de protection de la confiance du salarié à l'égard du montant de la gratification contractuelle. Pour comprendre ce régime, il faut rappeler que le droit du travail prévoit en principe le paiement majoré des heures effectuées, sans repos compensateur, en sus de l'horaire de travail habituel (CO, art. 321c, al. 3). Il autorise toutefois la prise en compte forfaitaire de ces heures supplémentaires dans l'économie générale du contrat de travail[463]. Cette possibilité est soumise à une condition formelle — clause écrite spécifique du contrat, d'une convention collective ou d'un contrat-type[464] — et à une condition matérielle : une rémunération globale en elle-même « *suffisamment élevée* » pour être en mesure d'inclure forfaitairement une rémunération équitable des heures supplémentaires[465], c'est-à-dire une rémunération en tout cas supérieure au salaire minimum horaire éventuellement applicable[466]. La rémunération forfaitaire des heures supplémentaires, comme toute clause contractuelle, peut certes être battue en brèche par la ***théorie de l'imprévision*** : lorsque le nombre d'heures supplémentaires accomplies par le salarié excède ce qui était prévisible lors de la conclusion du contrat, l'employeur ne peut plus se prévaloir de l'économie générale du contrat pour refuser une rémunération spécifique de ces heures supplémentaires, une disproportion grave ayant affecté les prestations des parties au contrat[467].

154. Une gratification contractuelle peut alors jouer un rôle compensatoire pour permettre à l'employeur de continuer à se prévaloir d'une clause de rémunération forfaitaire des heures supplémentaires d'un salarié[468]. De la sorte, l'employeur augmente ou diminue le montant de la gratification contractuelle en fonction du nombre d'heures supplémentaires effectuées par le salarié au cours d'une période donnée. Cette solution n'est selon nous acceptable que si elle met en œuvre une ***gratification contractuelle***, dont le montant varie en fonction de la charge de travail, mais non une simple gratification bénévole : lorsque le salarié a fourni des heures supplémentaires sans en réclamer immédiatement le paiement, l'employeur ne peut le refuser par la suite au motif que le paiement des heures supplémentaires ne serait constitutif que d'une gratification bénévole[469]. Il faut encore distinguer le ***travail supplémentaire***, fourni au-delà de la limite maximale de l'article 9 de la loi sur le travail et obligatoirement rémunéré spécifiquement selon l'article 13 de la même loi, lequel ne peut

---

[461] *Cf.* TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, cons. 2.2 (indirectement) ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 78. Ceci peut toutefois poser problème à l'égard de la lutte contre les discriminations ; *cf. infra* n° 378 et s.

[462] TF, 21 juin 2007, 4C.69/2007, cons. 3.1.

[463] TF, 2 septembre 1998, *ATF* 124 III 469, cons. 3a ; TF, 2 mai 2011, 4A_73/2011, *JAR* 2012. 211, cons. 4 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, *JAR* 2013. 293, cons. 4.1 et 6.1 ; TF, 19 février 2013, 4A_611/2012 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, N 5 *ad* art. 321c CO.

[464] CO, art. 321c, al. 3, *i. f.* ; TF, 2 mai 2011, 4A_73/2011, *JAR* 2012. 211, cons. 4 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, *JAR* 2013. 293, cons. 4.3.3.

[465] TF, 2 mai 2011, 4A_73/2011, *JAR* 2012. 211, cons. 4 ; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, p. 107.

[466] TF, 2 mai 2011, 4A_73/2011, *JAR* 2012. 211, cons. 4 ; GEISER/MÜLLER, *Arbeitsrecht*, p. 121-124.

[467] La clause dite *clausula rebus sic stantibus* (*cf.* CC, art. 2) ; TF, 24 avril 2001, *Migros, ATF* 127 III 300, cons. 5b ; TF, 28 octobre 2008, 4A_299/2008, *ATF* 135 III 1, cons. 2.4 ; TF, 2 mai 2011, 4A_73/2011, *JAR* 2012. 211, cons. 4.

[468] TF, 2 mai 2011, 4A_73/2011, *JAR* 2012. 211.

[469] TF, 27 juin 1960, *La Sablière du Cannelet, ATF* 86 II 155, cons. 2.

être considéré comme compris dans un autre élément de rémunération comme une gratification ou n'importe quelle autre rémunération variable[470].

β. La garantie d'équité

155. La protection de la confiance que nous venons d'étudier en détail n'est qu'un cas d'application d'un principe plus général, sur lequel jurisprudence et doctrine se fondent parfois directement : l'***équité***.

L'employeur ne peut se soustraire à l'obligation de verser une gratification contractuelle en déterminant sa quotité de manière volontairement basse ou quasiment minime : il doit déterminer le montant de la gratification contractuelle ***de manière équitable*** (*nach billigem Ermessen*)[471]. Certes, le Tribunal fédéral se contente parfois de dire qu'en cas de gratification contractuelle, l'employeur est tenu de procéder à un versement, en jouissant d'une « certaine liberté » dans la fixation du montant à allouer[472], mais la solution retenue en droit positif, qui s'inspire expressément de REHBINDER/STÖCKLI et de PORTMANN[473], est le tempérament de la liberté de l'employeur en matière de détermination du montant de la gratification contractuelle par l'« équité »[474].

156. La « liberté d'appréciation » laissée à l'employeur (*freies Ermessen*) est donc devenue « ***une certaine*** liberté d'appréciation » (*ein gewisses Mass von freiem Ermessen*)[475], tempérée par la protection du salarié ***contre l'arbitraire*** (*willkürlich*)[476]. Le choix d'attribuer ou non la gratification contractuelle et la détermination de son montant ne doivent pas être arbitraires[477]. Ce régime présente le même objectif que la protection générale contre toute discrimination arbitraire[478].

---

[470] TF, 23 août 2012, 8C_844/2011, *ATF* 138 I 356, cons. 5.4.5.1.

[471] TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2.3. *Cf.* de manière générale : Andreas VON TUHR/Hans PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Schulthess, Zurich, 3e éd., 1979, tome I, p. 191 ; invoquant le standard de l'*arbitrium boni viri* : Wilhelm BIRCHMEIER, *Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im schweizerischen Obligationenrecht,* Buchdruckerei J. Dossenbach, Baar, 1926, p. 25.

[472] Par exemple : TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.1.2.

[473] REHBINDER/ STÖCKLI, *Berner Kommentar*, N 10 et 17 *ad* art. 322d CO ; PORTMANN, *Basler Kommentar*, N 13 *ad* art. 322d CO.

[474] Un auteur avait proposé un autre fondement juridique, non retenu par la jurisprudence : la protection de la personnalité du salarié (CO, art. 328) : Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 76-77. Dans un premier temps, le Tribunal se référait à la notion de « condition purement potestative » (TF, 6 mars 1897, *Aluminium-Industrie-Gesellschaft, ATF* 23 I 265, cons. 2).

[475] *Cf.* Thomas Geiser, « Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2010 », *PJA* 2011. 245. Dans une décision récente, le Tribunal fédéral a utilisé l'expression « *ein gewisses Ermessen* », abandonnant jusqu'à la notion de liberté (TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, *JAR* 2012. 339, cons. 9.6).

[476] *Cf.* TC-FR, 4 janvier 2008, *JAR* 2009. 484.

[477] Cette logique semble avoir été adoptée depuis un certain temps déjà en droit anglais**,** par exemple dans High Court of Justice, 16 octobre 1996, *Clark v. BET Plc,* 1997 IRLR 348 ; *cf.* Nicole Vögeli Galli/Christine Hehli Hidber, « Bonuszahlungen : Möglichkeiten und Risiken. Eine Beurteilung nach schweizerischem und englischem Recht », *RSJ* 2001. 445, spéc. 449.

[478] *Cf.* Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 73. *Cf. infra* n° 397 et s. Le Tribunal fédéral lie parfois les deux éléments : « *Dabei darf [der Arbeitgeber] jedoch nicht willkürlich, d. h. aus sachfremden Gründen, einen Arbeitnehmer schlechter stellen als die übrigen.* » (TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, *JAR* 2012. 339, cons. 9.6)

157. La garantie d'équité doit également guider l'action du juge, lorsque c'est à lui, dans l'hypothèse où l'employeur devait refuser purement et simplement de verser une gratification pourtant due dans son principe, qu'il revient d'en fixer le montant. Comme le soulignait AUBERT[479], il doit le déterminer *ex æquo et bono*. Ce montant peut d'ailleurs ne pas dépasser zéro, si les conditions posées par les parties à une rémunération — conditions le cas échéant interprétées objectivement par le juge — ne sont pas remplies[480]. Notons qu'EGLI s'oppose à toute intervention du juge en arguant que l'employeur qui a versé des gratifications d'importance variable au fil des ans entendait précisément conserver sa liberté de décision dans la détermination du montant de la gratification, voire ne verser aucune gratification en cas de mauvaise situation économique[481]. Cette critique concerne en réalité une autre question : celle du ***principe d'octroi*** de la gratification. Comme le Tribunal fédéral n'a pas retenu le critère de la fixité du montant de la gratification pour reconnaître à cette dernière un caractère contractuel dans son principe, elle n'est pas opérante pour décider de l'office du juge lorsque l'employeur refuse de verser une rémunération dont la qualification de gratification contractuelle est acquise.

158. Pourtant, la jurisprudence ***manque de précision*** en la matière. En effet, le Tribunal fédéral opère parfois une confusion entre gratification contractuelle et rémunération variable obligatoire. D'un côté se pose la question de la détermination du montant de la gratification contractuelle, qui est simplement acquise dans son principe, sans qu'aucun accord spécifique n'existe sur cette quotité. D'un autre côté se pose la question du droit de l'employeur de faire varier une rémunération obligatoire. Nous proposons dès lors la solution juridique suivante : en présence d'une ***gratification contractuelle***, l'employeur doit en déterminer le montant de façon équitable ; en présence d'une ***rémunération variable obligatoire***, l'employeur ne peut la faire varier que dans les conditions de la modification de la rémunération (c'est-à-dire grossièrement par un contrat modificatif ou en appliquant au besoin la théorie de la *Änderungskündigung*[482]) ou en fonction de critères objectifs dans le cadre de la rémunération sur objectifs[483].

3° L'exception et sa critique

159. Lorsqu'il s'est engagé à verser au salarié, pour une année donnée, une rémunération d'un montant spécifique, l'employeur est lié par cette promesse. On se trouve alors en présence d'une rémunération obligatoire tant sur le principe d'octroi que sur le montant, et non en présence d'une gratification[484]. Cependant, deux arrêts, rendus à une décennie d'intervalle, sont venus troubler ce principe simple et clair. C'est ainsi que le Tribunal fédéral — sans pourtant l'appliquer au cas d'espèce — a jugé une première fois, suivant en cela une

[479] AUBERT, *Commentaire romand* (édition de 2003), N 6 *ad* art. 322d CO.

[480] Voir le raisonnement de la cour cantonale dans l'arrêt du Tribunal fédéral du 26 février 2010 (4A_549/2009), la juridiction fédérale ne s'étant pas prononcée sur la question pour une raison procédurale.

[481] Hans-Peter Egli, « Les bonus vus sous l'angle juridique », *Employeur suisse* 26 février 2009. 39, spéc. 41.

[482] *Cf. infra* n° 609 et s.

[483] *Cf. infra* n° 266 et s.

[484] En effet, le principe de confiance peut engendrer non pas seulement une gratification contractuelle, mais également une rémunération obligatoire, dès lors que tant le principe d'octroi que le montant sont convenus de manière tacite (arrêt de principe : TF, 6 décembre 1995, 4C.359/1995, *JAR* 1997. 124, cons. 2b).

décision cantonale[485] et l'avis de STAEHELIN et de REHBINDER/STÖCKLI[486], que l'employeur pouvait se voir délier de son obligation de verser une rémunération devenue entièrement obligatoire, alors qu'elle avait été précédemment conçue comme une gratification contractuelle, dès lors que le salarié aurait violé, ***fautivement et de manière grave*****,** son devoir de diligence et de fidélité[487]. Le Tribunal fédéral mettait alors l'accent sur l'intensité de la faute que devait avoir commise le salarié, intensité faible en l'espèce. Dix ans plus tard, le Tribunal fédéral a exhumé cette règle, l'a modifiée et a indiqué qu'à ses yeux, l'employeur était lié par sa promesse d'octroyer une rémunération obligatoire même initialement conçue comme une gratification, à moins que le salarié n'ait ***grossièrement violé ses obligations contractuelles*** (*sofern der Arbeitnehmer seine vertraglichen Pflichten nicht grob verletzt*)[488]. À nouveau, la Haute cour considère néanmoins que le principe qu'elle énonce ne s'applique pas à l'espèce dont elle connaît.

160. L'exception énoncée par la jurisprudence semble donc apparaître comme un ***obiter dictum***, ces deux affaires ayant été jugées en formation extraordinaire de cinq juges, signe probable de la divergence de vues qui a dû régner au sein de la première Cour de droit civil[489]. Pourtant, cette exception jurisprudentielle vient contredire le système mis en place depuis plusieurs décennies en matière de gratification. En effet, il est de jurisprudence constante depuis au moins trente ans que, dès lors qu'il y a accord tant sur le principe d'octroi que sur la quotité d'un élément de rémunération — quelle que soit par ailleurs la dénomination retenue par les parties ou leur conception initiale —, cette rémunération est due selon le régime général du salaire obligatoire. HIRSIGER n'a d'ailleurs pas manqué de relever l'incohérence de ces deux *obiter dicta* du Tribunal fédéral[490].

161. En bref, c'est le lieu de rappeler que le salarié est soumis à une ***obligation de moyens*** et que sa responsabilité contractuelle ne peut être engagée qu'aux conditions spécifiques des articles 321a et suivants du Code des obligations. Une compensation entre le dommage causé par le salarié à l'employeur et la rémunération due par ce dernier à quelque titre que ce soit est bien entendu envisageable[491]. Mais la rémunération obligatoire n'en reste pas moins due indépendamment de la qualité de la prestation de travail ou de la marche des affaires[492]. C'est sur le fondement de la responsabilité contractuelle qu'il faudra juger si l'employeur peut réclamer une somme spécifique au salarié, somme qu'il compensera avec une éventuelle créance, selon les règles spécifiques de la compensation en droit du travail[493].

162. En somme, l'exception apportée ici par la jurisprudence ne pourrait être valable qu'à la condition qu'une nouvelle catégorie de rémunération soit créée, sorte de rémunération obligatoire conditionnelle. Il s'agirait d'une forme de rémunération dont le versement

---

[485] Obergericht-BS, 20 juin 1995, *JAR* 1996. 235 (suppression de la gratification contractuelle pour « absence de morale au travail » - « *mangelnde Arbeitsmoral* » - en l'espèce, le salarié était souvent absent et s'impliquait très peu dans son travail).

[486] STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 23 *ad* art. 322d CO ; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 16 *ad* art. 322d CO.

[487] TF, 19 décembre 2000, 4C.277/2000, *ATF* 127 III 86, *JAR* 2001. 177, cons. 3c (non publié dans l'*ATF*).

[488] TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2 (dans la traduction proposée par le *JT*, l'adjectif « *grob* » a disparu, ce qui revient à modifier la règle posée par le Tribunal fédéral).

[489] *Cf.* art. 20, al. 1 et 2, LTF : « *En règle générale, les cours statuent à trois juges. Elles statuent à cinq juges si la cause soulève une question juridique de principe ou si un juge en fait la demande*. »

[490] R. Hirsiger, note sous TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *PJA* 2010. 1336.

[491] REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 16 *ad* art. 322d CO.

[492] R. Hirsiger, note sous TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *PJA* 2010. 1336.

[493] *Cf. infra* n° 535.

serait soumis à la condition expresse que le salarié n'ait pas violé grossièrement ses obligations. À la différence de la rémunération sur objectifs classique, laquelle exige un certain résultat du salarié[494], la rémunération obligatoire conditionnelle se contenterait du respect par le salarié de son obligation de moyens. En ce sens, elle présenterait un caractère forfaitaire qui la rapprocherait de la prime. Une telle rémunération obligatoire conditionnelle doit-elle trouver sa place en sus des règles sur la responsabilité du salarié et de celles sur la rémunération variable obligatoire ? Ne doit-on pas considérer que l'employeur qui veut se réserver la faculté de sanctionner financièrement un salarié grossièrement négligent dispose des moyens de le faire en combinant la rémunération sur objectifs et la responsabilité contractuelle du salarié, ou alors en n'octroyant pas de gratification bénévole ou en diminuant le montant attendu de la gratification contractuelle[495] ?

163. Cette construction doit encore être rejetée pour une autre raison. En effet, le Tribunal fédéral juge qu'une rémunération obligatoire ne peut être conditionnelle. Il y aurait donc une contradiction interne de la jurisprudence du Tribunal fédéral si l'on devait reconnaître une efficacité juridique à ces *obiter dicta*. En outre, la suppression d'un élément de rémunération obligatoire par libre appréciation de l'employeur peut s'analyser en une ***sanction pécuniaire***[496], laquelle est soumise à un régime spécifique.

164. En bref, selon nous, une rémunération variable devenue obligatoire ne peut plus être soumise à condition, même si elle était précédemment conçue comme une gratification.

§ 2 – LES CONDITIONS AFFECTANT LES GRATIFICATIONS

« *Seul est libre qui use de sa liberté.* »

Préambule de la Constitution fédérale

165. Certains employeurs mettent en place des structures financières par l'entremise desquelles ils versent des éléments de rémunération à leurs salariés à titre obligatoire ou discrétionnaire. Ces structures prennent la forme de plans d'intéressement[497], de fonds spéciaux gérés par des *trusts* en faveur des salariés[498] ou de toute autre structure ou montage financier que la pratique peut inventer. La réglementation de ces structures prévoit généralement une période de ***blocage*** ou d'indisponibilité des fonds. De plus, il est souvent prévu que le salarié ***perdra*** toute prérogative sur les sommes investies en son nom s'il quitte l'entreprise avant un certain délai ou s'il se comporte de manière jugée nuisible à

[494] *Cf. infra* n° 266 et s.

[495] *Cf.* Alexandre Richa/David Raedler, « Le "bonus" soumis à une condition objective », *GesKR* 2012. 524, spéc. 536, qui précisent en outre que cette jurisprudence n'est d'aucun secours pour concilier les exigences de la FINMA dans sa circulaire 2010/1 et le droit du travail, du moins en ce qui concerne la rémunération variable obligatoire.

[496] Pour le régime des sanctions pécuniaires, *cf. infra* n° 613 et s.

[497] Pour la définition du plan d'intéressement, *cf. infra* n° 324 et s.

[498] Pour un exemple : TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, *DTA* 2005/1. 27-30 ; TF, 25 octobre 2004, 4C.212/2004.

l'entreprise (*Verfallsklausel*)[499]. Il est parfois prévu que le salarié doive rembourser les sommes qu'il a précédemment reçues[500]. Ce genre de clauses vise à offrir à l'employé un élément de rémunération supplémentaire tout en permettant à l'employeur de s'assurer que la somme ne sera pas versée « dans le vide » à un salarié qui quitte l'entreprise juste après son embauche (dans le cas d'un *signing bonus*) ou avant une certaine période (dans le cas d'un *fidelity bonus*)[501].

166. En termes juridiques, un blocage équivaut à une ***condition suspensive***[502] et une perte équivaut à une ***condition résolutoire***[503]. Ces deux modalités posent divers problèmes juridiques qui seront examinés successivement[504].

167. **Champ d'application.** En principe, ***seule la gratification peut être soumise à condition***[505]. En effet, elle est un élément de rémunération facultatif, c'est-à-dire que le

[499] Clauses parfois qualifiées par la pratique de clauses de « *good leaver* » et ayant pour objet d'inciter le salarié à adopter certains comportements favorables à l'entreprise au moment de la rupture du contrat. Pour un exemple : TPH-GE, 5 août 1998, *JAR* 2001. 404.

[500] La pratique utilise parfois le terme de *clawback* (mot anglais composé de *claw*, la « griffe », et de *back*, l'« arrière », signifiant le fait de récupérer quelque chose).

[501] Alexandre Richa/David Raedler, « Le "bonus" soumis à une condition objective », *GesKR* 2012. 524, spéc. p. 530.

[502] La condition est conçue comme la « *modalité de l'obligation subordonnant la formation ou la résolution de celle-ci à la survenance d'un événement futur et incertain* » (CORNU, *Vocabulaire juridique*, p. 227). L'article 151 du Code des obligations définit la condition suspensive de la manière suivante : « *Le contrat est conditionnel, lorsque l'existence de l'obligation qui en forme l'objet est subordonnée à l'arrivée d'un événement incertain. Il ne produit d'effets qu'à compter du moment où la condition s'accomplit, si les parties n'ont pas manifesté une intention contraire*. » En doctrine, on dit généralement que la condition suspensive est l'événement ***futur et incertain*** dont on fait dépendre la ***naissance*** d'une obligation (CORNU, *Vocabulaire juridique*, p. 1006). Dans les hypothèses que nous évoquons, la condition suspensive affecte uniquement la clause portant sur la rémunération variable. Le Tribunal fédéral définissant le droit d'option comme la faculté pour le bénéficiaire de former ou de prolonger directement, par une déclaration de volonté, un rapport d'obligation déjà conclu, il considère que le contrat contenant un tel droit est soumis à condition suspensive au sens de l'article 151, alinéa 1, du Code des obligations (TF, 23 avril 2009, 4A_398/2007, *ATF* 135 III 433, *JT* 2009 I 479, cons. 3).

[503] *Cf.* DUC/SUBILIA, *Droit du travail*, N 31 *ad* art. 322d CO ; *cf.* également Dimitri SANTORO, *Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag,* Stämpfli, Berne, 2001, p. 103. La condition résolutoire est un événement ***futur et incertain*** qui, s'il survient, entraîne la ***disparition*** de l'obligation avec ou sans effet rétroactif (l'effet rétroactif impliquant que le créancier doive rembourser ce qu'il avait reçu). L'article 154 du Code des obligations précise le régime de la condition résolutoire en droit suisse : « *Le contrat dont la résolution est subordonnée à l'arrivée d'un événement incertain cesse de produire ses effets dès le moment où la condition s'accomplit.* » L'alinéa 2 de cet article indique qu' « *il n'y a point, dans la règle, d'effet rétroactif* ».

[504] La condition est une ***notion délicate à manier***. En effet, par le mécanisme de l'*exceptio non adimpleti contractus*, on pourrait considérer que toute obligation bilatérale est conditionnelle : je ne te dois mon obligation qu'à la condition que tu accomplisses la tienne à mon égard. De la même manière, en droit français, la notion de cause amène l'idée de condition : je ne m'engage à acquitter ma dette qu'en raison de quelque chose, qu'à condition que tu me fournisses quelque chose de satisfaisant en retour. On retrouve une idée similaire par l'institution de la *consideration* en droit anglais. Par ailleurs, la rémunération sur objectifs est une rémunération par nature conditionnelle, subordonnée à l'atteinte de certains objectifs par le salarié, tout comme la participation ou la provision. La différence réside en ceci que la condition que nous traitons ici affecte ***l'existence même*** de l'obligation alors que le caractère conditionnel des autres rémunérations variables concerne le ***contenu*** de l'obligation : le principe de l'obligation demeure même si le salarié n'a pas atteint les objectifs assignés ou que l'entreprise n'a pas produit de bénéfices. La doctrine utilise parfois la notion de « gratification conditionnelle » pour renvoyer non pas à une condition au sens strict, mais aux critères à atteindre pour que s'ouvre le droit à une rémunération (par exemple : David Aubert, « La modification du contrat de travail et plus spécifiquement du règlement d'entreprise », *Panorama du droit du travail* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2009, pp. 21-35, spéc. p. 32 ; Alexandre Richa/David Raedler, « Le "bonus" soumis à une condition objective », *GesKR* 2012. 524, spéc. p. 530). Selon notre typologie, il s'agit dans ce cas non pas d'une gratification mais d'une rémunération sur objectifs (*cf. infra* n° 266 et s.).

[505] TF, 11 octobre 1994, 4C.47/1994, *JAR* 1995. 102 ; TF, 22 janvier 2002, 4C.263/2001, cons. 4b ; TF, 1er avril 2005, 4C.467/2004, cons. 3 ; TF, 28 février 2006, 4C.426/2005, *DTA* 2006. 188-190, cons. 5.1 ; TF, 1er mars 2006, 4C.395/2005, *DTA* 2006. 266-268, *JAR* 2007. 206, cons. 5.3. ; TF, 13 juillet 2007, 4A_115/2007, *DTA* 2007. 249-253, cons. 4.3.1 ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, cons. 4.1 ; TF, 26 mars 2009, 4A_28/2009, cons. 2.4 ; TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.2 ; TF, 15 mai 2012, 4A_26/2012, *JAR* 2013. 242, cons. 5.2.1 ; TF, 4 septembre 2013, 4A_219/2013, cons. 3.1 ; Obergericht-ZH, 21 juillet 1982, *JAR* 1983. 96 ; CAPH-GE, 10 janvier 1986, *JAR* 1987. 165, cons. 5 ; AUBERT, *Commentaire romand,* N 8 *ad* art. 322d CO ; CARRUZZO,

caractère obligatoirement rémunéré de la prestation de travail dépendant (CO, art. 320, al. 2) se satisfait d'une rémunération de base. Le salarié ne jouit pas d'une prétention au paiement d'une gratification du seul fait de sa position contractuelle[506]. *A contrario*, les rémunérations variables obligatoires ne peuvent être soumises à condition, car elles sont une contrepartie contractuelle[507], sauf cas tout à fait particulier[508].

168. En toute hypothèse, l'employeur doit d'abord prouver que le salarié a accepté la condition, laquelle doit faire l'objet d'un accord entre les parties[509], puisque la condition fait obstacle à la naissance de la créance déduite en justice par la partie demanderesse ou entraîne son extinction[510].

A. Condition suspensive

169. C'est généralement dans le cadre de la transmission d'actions ou de droits d'option sur actions qu'une période de blocage est instituée[511]. Les modalités du plan d'intéressement comportent alors un délai pendant lequel chaque lot de titres en voie d'acquisition est seulement promis au bénéficiaire du plan, sans que celui-ci ne puisse en disposer[512]. On trouve également des conditions suspensives stipulant que le salarié ne recevra les titres promis ou leur contre-valeur qu'à la condition d'être encore au service de l'entreprise ou du groupe à l'issue du délai indiqué ; le salarié est déchu de toute prétention si cet événement ne survient pas[513].

La Rémunération, p. 73 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 2 *ad* art. 322d CO ; Julien Waeber, « Circulaire FINMA 2010/1 sur les systèmes de rémunération : des obstacles en droit civil ? », *RSDA* 2012. 119, spéc. 128.

En théorie, tant la gratification bénévole que la gratification contractuelle peuvent être soumises à condition. On peut toutefois se demander s'il y a un sens à parler de condition pour une ***gratification bénévole*** : en effet, cette sorte de gratification étant soumise au bon vouloir de l'employeur, elle est hors du champ du conditionnel, lequel suppose une obligation : le pur discrétionnaire au contraire n'implique aucune obligation qui puisse être affectée d'une condition. On pourrait imaginer l'hypothèse d'un employeur qui eût indiqué au salarié, à titre de simple information, qu'il envisageait la possibilité d'octroyer une gratification bénévole, mais uniquement à telle condition précise : la condition ne représenterait dans ce cas qu'une hypothèse d'ouverture à la gratification bénévole dont le principe resterait discrétionnaire. Hormis cette hypothèse, on verra que les règles présentées dans cette section sont pertinentes pour la gratification bénévole dès lors qu'elle a été effectivement octroyée et versée, par hypothèse, dans une structure d'investissement.

[506] On insistera donc, pour qualifier la rémunération variable en question, sur le critère du caractère accessoire de la rémunération : *cf. infra* n° 59 et s.

[507] Arrêt de principe : TF, 1er novembre 1983, *ATF* 109 II 447, *JT* 1984 I 222, *SJ* 1984. 448, *JAR* 1985. 141, *Quatre cents arrêts*, n° 105, cons. 5c ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, cons. 5.1.

[508] C'est ainsi qu'un arrêt relatif à la fonction publique a admis la condition suspensive attachée à une ***adaptation au renchérissement par compensation annuelle***. Il s'agissait d'une affaire concernant le canton de Bâle-Campagne, qui avait prévu une allocation supplémentaire unique en vue de compenser le renchérissement. Il avait alors été jugé qu'était valable la condition selon laquelle le fonctionnaire devait être encore au service de l'État à la fin de la période déterminante pour le calcul de l'allocation (TF, 11 décembre 1974, *ATF* 100 Ia 322, cons. 4d). Il s'agit donc d'un cas tout à fait particulier d'une condition admise à l'égard d'une prime de droit public ayant vocation à maintenir le salaire réel du salarié, puisque le salaire nominal est affecté par l'inflation.

[509] *Cf. infra* n° 570 et s. sur la question de la modification de la rémunération variable. L'employeur ne peut considérer qu'il y a accord tacite du salarié que si l'offre de modification lui est entièrement favorable (TF, 25 octobre 2004, 4C.212/2004, cons. 2.2).

[510] TF, 9 mars 1998, 4C.195/1997, cons. 2c.

[511] Pour la définition des options sur actions et leur régime, *cf. infra* n° 322 et s.

[512] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 3.

[513] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 3.

170. L'idée qui préside à l'instauration de telles conditions suspensives consiste à inciter le salarié à poursuivre ses rapports de travail avec l'entreprise qui l'emploie (à le fidéliser) et à accomplir ses tâches de façon à accroître la valeur de l'entreprise et de ses actions (à le motiver en vue d'objectifs spécifiques). Selon la jurisprudence, le salarié serait ainsi « *attaché à l'entreprise* » et « *associé aux objectifs de la direction et des actionnaires* »[514].

171. Le régime des conditions suspensives connaît une licéité de ***principe*** (**1**), assortie de ***tempéraments*** (**2**).

1) La licéité de la condition suspensive

172. Le principe veut que la gratification contractuelle puisse être assortie de conditions suspensives, comme la présence du salarié à une date déterminée (ce que souligne l'alinéa 2 de l'article 322d). Parfois, il est précisé que le salarié doit non seulement être encore au service de l'employeur, mais ***ne doit pas avoir donné sa démission*** avant une date déterminée[515]. Cette pratique est aujourd'hui également admise. Des juridictions cantonales et des auteurs s'y étaient pourtant opposés, en faisant notamment valoir que le texte de la loi ne faisait aucune différence entre les démissionnaires et les non-démissionnaires[516]. À notre sens, une distinction entre salariés démissionnaires et non-démissionnaires peut être opérée, car c'est alors le salarié lui-même qui, en démissionnant, renonce à un avantage[517].

173. **Présence du salarié à la date d'échéance ou de versement ?** Un élément de rémunération correspondant à une période intégralement travaillée et subordonné à une condition de présence à la date de son ***échéance*** peut-il être également soumis à la condition supplémentaire de la présence à la date de son ***versement*** ? Si les deux conditions sont prévues dans l'acte initial, il n'y a pas de problème[518]. Seule compte la survenance du second événement (présence à la date de versement). En revanche, le paiement ne peut être soumis après coup à une seconde condition. Ainsi, lorsque le paiement de la prime est décalé au-delà de son échéance, il peut arriver que l'employeur doive payer une rémunération à un salarié qui a déjà quitté l'entreprise ou est démissionnaire au moment de la date de versement[519].

---

[514] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 3 ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 80. Cette analyse jurisprudentielle paraît quelque peu rapide et imprécise : le salarié n'est pas « *attaché* » à l'entreprise — l'attachement relève du for intérieur et le salarié conserve le droit de démissionner — ; il ne s'agit ici que de considérations financières : la rémunération a simplement vocation à augmenter à mesure que la fidélité à cette entreprise augmente. Par ailleurs, le salarié ne sera « *associé* » aux objectifs de la direction et des actionnaires qu'à la condition que ces objectifs lui soient exposés — et surtout, qu'il les fasse siens. C'est tout l'enjeu de la participation des salariés aux décisions de l'entreprise (*cf. infra* nbp 899).

[515] STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 4 *ad* art. 322d CO ; Danthe, *Commentaire,* N 32 *ad* art. 322d CO. La relation contractuelle est considérée comme en voie de résiliation dès la réception de la déclaration de résiliation et non dès le départ rétroactif du délai de résiliation (STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 19 *ad* art. 322d CO).

[516] Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 20 juin 1955, *DTA* 1959, n° 4 ; DELBRÜCK, *Die Gratifikation*, p. 87.

[517] Concernant le licenciement du salarié, *cf. infra* n° 180 et s.

[518] Il faut cependant interpréter l'acte conformément aux règles pertinentes : TF, 24 janvier 2003, 4P.219/2002, cons. 2.5.

[519] Obergericht-AG, 15 septembre 1978, *JAR* 1980. 130 ; Arbeitsgericht-BE, 21 mai 1979, *JAR* 1980. 195 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 6 *ad* art. 322d CO. Le droit français opère la même distinction : si le

174. **Autres éléments admissibles.** La condition peut aussi consister en un certain comportement attendu du travailleur pendant une période de suspension de son contrat de travail[520], ou résulter de la conjonction de deux événements différents[521].

2) Les tempéraments à la licéité de la condition suspensive

175. La licéité de principe des conditions suspensives pesant sur la gratification contractuelle est tempérée par différentes institutions juridiques ; les deux premières proviennent de la partie générale : il s'agit de la protection de la personnalité ***contre les engagements excessifs*** (**a**) et du régime général de l'***obligation conditionnelle*** (**b**). Par ailleurs, des institutions propres au droit du travail entrent en jeu, dont la plus importante est le principe de ***libre disposition de la rémunération*** (**c**). En outre, la clause suspensive ne doit pas conduire à une forme de *fraus legis* par rapport au ***principe de parité devant le délai de résiliation*** (**d**), au régime des ***clauses de non-concurrence*** (**e**) et à celui des ***sanctions pécuniaires*** (**f**)[522].

a. La protection contre les engagements excessifs

176. La possibilité de soumettre la gratification à condition suspensive est tempérée par la protection consacrée par l'article 27, alinéa 2, du Code civil[523]. Il est ici fait usage des droits de la personnalité comme tempérament à la liberté contractuelle.

177. L'article 27, alinéa 2, du Code civil protège toute personne juridique contre des « *engagements excessifs* ». Il dispose que « *nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs* ». L'engagement pris de manière excessive sera considéré comme ***nul*** du fait de sa contrariété aux mœurs (CO, art. 19 et

---

paiement de la prime est décalé au-delà de son échéance, il ne peut être soumis après coup à la condition supplémentaire de la présence à la date de son versement (Soc., 3 avril 2007, n° 05-45110, *CSBP* 1er juillet 2007, n° 192, p. 297). Cependant, l'élément de rémunération peut, en principe, être subordonné dès l'origine à une condition de présence effective le jour de son versement ; le salarié en sera privé s'il est absent à cette date (Soc., 5 novembre 1987, n° 85-40176, *Bull. civ.* V, n° 623 ; Soc., 11 octobre 1994, n° 90-41818, *Bull. civ.* V, n° 272 ; Soc., 30 mars 2011, n° 09-42105 et 10-11488). Cette solution ne repose expressément sur aucun texte, mais elle reprend les notions de ***cause*** et de ***conditions potestatives*** : comme le paiement de la prime naît en contrepartie de la réalisation du travail, admettre la condition de présence à la date de versement conduirait à donner à l'employeur, qui dispose d'un pouvoir unilatéral de rupture, du droit de décider unilatéralement du bénéfice effectif de cette prime, condition manifestement potestative et pour cette raison interdite en droit français (obs. sous Soc., 3 avril 2007, n° 05-45110, *CSBP* 1er juillet 2007, n° 192, p. 297).

[520] Pour un exemple, *cf.* TF, 27 mai 2005, 4C.31/2005.

[521] *Cf.* TF, 30 avril 2007, 4C.38/2007, cons. 3.1 : versement d'une prime subordonné à la double condition suspensive que le poste occupé par le travailleur soit supprimé et qu'aucun poste équivalent ne puisse lui être attribué.

[522] Il faut encore ajouter que la condition de présence peut prêter à ***interprétation***, voire à comblement d'une ***lacune contractuelle,*** selon les règles générales : *cf.* TF, 5 mars 2012, 4A_380/2011, cons. 5 et 6.

[523] Arrêts de principe : TF, 11 octobre 1994, 4C.47/1994, *JAR* 1995. 102, cons. 3b ; TF, 8 avril 2004, 4C.329/2003, *ATF* 130 III 495, cons. 5 ; TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 3 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 4 *ad* art. 322b CO.

20). Cela revient à annuler la condition suspensive et à rendre exigible l'élément de rémunération concerné.

178. Il convient de déterminer l'intensité à partir de laquelle un engagement devient excessif. Sera en jeu, en règle générale, la ***liberté économique*** du salarié, garantie par l'article 27 de la Constitution fédérale. En soi, une condition suspensive relative à un élément de rémunération constitue une restriction au « *libre accès à une activité lucrative* ». Cependant, on pourrait en dire autant des clauses de non-concurrence ou du principe même du contrat de travail à durée déterminée. Il faut donc déterminer si la restriction ici envisagée est admissible.

179. Toute atteinte à la personnalité doit être analysée *in concreto*. La limitation de la liberté contractuellement prévue ne doit pas aller jusqu'à compromettre les biens vitaux[524] du débiteur, arrêter le libre développement de son activité et le soumettre à l'arbitraire illimité du créancier[525]. Pour en juger, il faut rechercher si les restrictions dépassent la mesure de ce qui est tolérable par leur durée, leur rayon d'application ou leur contenu matériel, ou encore par la combinaison de ces différents éléments[526]. Concrètement, ce sera le cas du salarié dont le salaire de base — sans la gratification — est insuffisant ou à peine suffisant pour assurer ses ***besoins essentiels*** : dans cette hypothèse, la condition restreint sa liberté économique de mettre fin au contrat de travail[527]. L'engagement est également excessif s'il prive le salarié de la possibilité de quitter son employeur pendant une ***durée importante***, sous peine de voir disparaître une partie de sa rémunération. Il a donc fallu décider du nombre d'années maximal pendant lequel pouvait s'étendre la condition suspensive. Si l'on applique par analogie l'article 334, alinéa 3[528], une période de dix ans devrait être considérée en toute hypothèse comme un maximum. Mais cette durée est certainement excessive. À ce jour, le Tribunal fédéral a jugé qu'une période de blocage pour des actions ou des options sur actions d'une durée de trois ans[529], ou même — dans un premier temps — de cinq ans[530], n'entraînait pas une restriction inadmissible de la liberté du salarié de quitter son employeur[531].

---

[524] *Cf.* TF, 17 novembre 1924, *ATF* 50 II 481 ; TF, 15 juin 1976, *ATF* 102 II 211, *JT* 1977 I 126, *SJ* 1977. 449, cons. 6. Le Tribunal fédéral ajoute « *les plus importants* » : comment un bien « *vital* » peut-il être plus important qu'un autre ? Parce qu'il empêche de mourir plus rapidement ? De plus, pourquoi une telle restriction, alors que les critères énoncés ensuite sont de toute façon moins incisifs ?

[525] Arrêts de principe : TF, 19 octobre 1927, *ATF* 53 II 317 ; TF, 15 juin 1976, *ATF* 102 II 211, *JT* 1977 I 126, *SJ* 1977. 449, cons. 6.

[526] Arrêts de principe : TF, 17 février 1925, *ATF* 51 II 162 ; TF, 15 juin 1976, *ATF* 102 II 211, *JT* 1977 I 126, *SJ* 1977. 449, cons. 6.

[527] CAPH-GE, 20 novembre 2002, *JAR* 2003. 228 (la Cour parle du « minimum vital » du salarié) ; TC-VS, 5 avril 2005, *RVJ* 2006. 179, cons. 4 ; WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* p. 167 ; AUBERT, *Commentaire romand,* N 8 *ad* 322d CO.

[528] Cet alinéa dispose : « *Le contrat conclu pour plus de dix ans peut être résilié après dix ans par chacune des parties pour la fin d'un mois, moyennant un délai de congé de six mois.* » Cette ***période décennale*** concerne la durée maximale du contrat de durée déterminée. Elle est généralement utilisée en droit du travail suisse comme point de repère de la durée la plus longue admise en matière d'obligation.

[529] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 3.

[530] TF, 8 avril 2004, 4C.329/2003, *ATF* 130 III 495, cons. 5 ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 82.

[531] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 3.

Droit comparé. Dans les pays de l'Union européenne, les conditions mises en place par l'employeur ne doivent pas porter atteinte à la ***liberté du salarié de travailler au sein de l'Union européenne***, garantie par l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : voir les arrêts *Olympique lyonnais,* de la Chambre sociale de la Cour de cassation des 9 juillet 2008 (renvoi à la CJCE) et 6 octobre 2010 (rejet), n° 07-42023 : fut jugé contraire au droit communautaire la Charte du football professionnel interdisant au joueur espoir de conclure un contrat de travail avec un autre club que celui qui l'a formé, sans prévoir la possibilité de se libérer de cette obligation par le versement d'une indemnité proportionnelle au coût de la formation dispensée. En particulier, si le droit français admet que l'employeur assortisse une rémunération variable de conditions, encore faut-il que celles-ci ne portent pas atteinte aux libertés et droits

b. Le régime général de l'obligation conditionnelle

180. Le régime général de l'obligation conditionnelle s'applique en matière de condition dans l'octroi de la rémunération variable. Il comporte deux règles particulières : premièrement, ***la condition est réputée accomplie quand l'une des parties en empêche l'avènement au mépris des règles de la bonne foi*** (CO, art. 156) (**1°**). En second lieu, la loi interdit ***la condition qui a pour objet de provoquer un acte ou une omission illicite ou contraire aux mœurs*** (CO, art. 157) (**2°**).

1° L'avènement empêché

181. **Licenciement abusif.** En droit du travail, l'avènement empêché peut notamment faire référence à un licenciement qui serait jugé ***abusif***[532]. Le licenciement abusif empêcherait dans certains cas l'avènement de la condition suspensive au mépris des règles de la bonne foi. La condition serait donc réputée accomplie et le salarié pourrait prétendre au versement de la rémunération variable[533].

182. Le fondement retenu ici est celui de l'article 336, alinéa 1er, lettre c, du Code des obligations. Selon cette disposition, est abusif un congé donné dans le but ***d'empêcher la naissance de prétentions juridiques résultant du contrat de travail***. Des prétentions naissent en effet du fait du déroulement dans le temps du contrat de travail ; l'employeur peut parfois vouloir mettre fin aux rapports de travail pour ne pas être obligé de verser une prestation spéciale rendue exigible par l'avènement d'un événement déterminé[534]. ***Ne sont***

---

fondamentaux du salarié. Ainsi, l'employeur qui instaure un système de rémunération annuelle déterminé en fin d'année mais donnant lieu au versement d'acomptes mensuels en fonction de la rémunération de l'année précédente, ne peut se contenter de dire que ces pourcentages avaient une valeur définitive lorsque le salarié quitte l'entreprise en cours d'année, mais doit procéder le cas échéant au paiement d'un complément en fin d'année nonobstant le départ du salarié (Soc., 19 juillet 1988, n° 86-45099, *Bull. civ.* V, n° 470).

[532] TF, 6 juin 2006, 4C.97/2006, *DTA* 2006. 271-272, *JAR* 2007. 270, cons. 4 : « *Lorsque l'exercice d'options de collaborateur dépend de la condition que le contrat de travail soit encore en vigueur à la date d'exigibilité, l'intéressé a droit à la réparation du préjudice correspondant à la valeur des options si l'employeur a empêché l'avènement de la condition en procédant à un licenciement abusif.* ». Dans cette affaire, le salarié, gérant de fortune dans une filiale d'un groupe américain, avait signé un contrat dont une clause lui permettait de participer à un programme d'acquisition d'options sur actions, en fonction du résultat de l'entreprise et de sa performance individuelle. Après presque deux ans de travail, le salarié s'était vu offrir des options sur les actions de la société-mère de son employeur. Ces options ne pouvaient être exercées que de façon différée, à raison de tranches de 20 %, la première venant à maturité un an après cet octroi, la deuxième, deux ans après, et ainsi de suite pendant cinq ans. Deux ans après l'octroi des options, l'employeur avait licencié le salarié, qui ne pouvait plus exercer ses options. Or, le licenciement ayant été jugé abusif, le salarié devait être rétabli dans ses droits : il pouvait exercer les options dès la fin des rapports de travail. *Cf.* également : Appellationsgericht-BS, 4 août 1972, *BJM* 1972. 201 ; Obergericht-ZH, 18 novembre 2002, *ZR* 2003. N 5, *JAR* 2003. 300, *DTA* 2003. 85-88, comm. U. Sommer ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 4 *ad* art. 322b CO ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 18 *ad* art. 322d CO ; Andreas Abegg, « Neues und Bewährtes vom Bundesgericht zur Abgrenzung von Lohn und Gratifikation und dem entsprechenden Anspruch pro rata temporis », *Jusletter* 12 octobre 2009 ; Karin Meyer, « Pro-rata-Anspruch bei Boni zwingend? », *Revue de l'avocat* 5/2013. 216, spéc. p. 218.

[533] On retrouve cette logique en droit français : Soc., 13 novembre 2002, n° 00-46448, *Dr. soc.* 2003. 228, obs. C. Radé ; Soc., 12 juillet 2006, n° 04-46290 ; *Précis Dalloz* 2013, p. 911.

[534] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 253.

pas concernées les prétentions juridiques que le salarié pourrait faire valoir à long terme mais celles qui naîtraient dans un avenir assez proche si les rapports de travail n'étaient pas rompus (augmentation du droit aux vacances, obligations liées à la prévoyance professionnelle, gratifications et primes d'ancienneté)[535]. On peut considérer qu'il y a abus de droit de l'employeur qui résilie le contrat de travail quelque temps avant[536] le versement d'une rémunération variable, à seule fin de priver le travailleur de cette prestation[537]. Par ailleurs, le salarié qui réclame que l'employeur se conforme à sa promesse de convertir des primes d'objectifs en salaire fixe fait valoir une prétention découlant du contrat de travail au sens de l'article 336, alinéa 1er, lettre d, du Code des obligations, rendant abusif le licenciement consécutif à cette simple ***réclamation***[538]. Les remarques développées ici valent *a fortiori* pour un licenciement avec effet immédiat injustifié. Toutefois, un licenciement qui serait abusif pour un autre motif ne permet pas l'application de l'article 156 du Code des obligations[539].

183. **Licenciement non justifié.** Si l'application de l'article 156 du Code des obligations paraît logique pour un licenciement abusif, qu'en est-il pour le licenciement ***non abusif mais non justifié*** ? Doit-on considérer qu'il y a également mauvaise foi de l'employeur, par rapport à l'avènement de la condition suspensive, lorsqu'il licencie sans motif justifié ? Ou doit-on au contraire refuser de sanctionner financièrement l'employeur qui résilie dans le cadre du principe de liberté de résiliation du contrat de travail ?

184. Le licenciement non abusif mais non justifié est une figure connue du droit du travail, puisqu'il entraîne la suppression de la clause de non-concurrence (CO, art. 340c, al. 2). Dès lors, DELBRÜCK et MEIER se sont prononcés en faveur de l'application des mêmes conséquences à la condition suspensive de la rémunération variable[540], à l'instar de certains droits étrangers[541]. Cependant, une juridiction cantonale s'y est opposée[542].

185. Comme le Tribunal fédéral, nous considérons qu'il est logique que si les parties n'ont prévu l'avènement de la condition qu'en cas de licenciement justifié, cette clause impose à l'employeur de prouver que le licenciement est non seulement pas abusif mais encore justifié[543]. Pour le surplus, nous proposons la synthèse suivante : lorsqu'un licenciement est opéré à une échéance proche de la date d'exigibilité d'une rémunération variable, le

---

[535] Arrêt de principe : TF, 17 décembre 1996, *SARB* 1997. 236, *Plädoyer* 1994. 60. *Cf.* également Obergericht-ZH, 6 février 2014, LA130003, cons. 2.3.

[536] Ou « juste avant » selon Danthe, *Commentaire,* N 34 *ad* art. 322d CO.

[537] Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 18 avril 1983, *JAR* 1984. 122 ; Hermann BECKER, *Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse,* Stämpfli, « Berner Kommentar », Berne, 1934, N 34 *ad* art. 322d CO ; Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 76 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 96.

[538] TF, 27 octobre 2005, 4C.237/2005, cons. 2.3. Ceci à l'instar de la réclamation tendant à ce que le salaire soit adapté conformément aux promesses orales faites par l'employeur (Cour suprême du canton de Bâle-Campagne, 9 mars 1994, *JAR* 1995. 160).

[539] WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* p. 996.

[540] DELBRÜCK, *Die Gratifikation*, p. 89 ; Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 76.

[541] En droit français, la rémunération obligatoire soumise à condition de présence est due par l'employeur lorsque l'absence du salarié résulte d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (C. trav., art. L. 1232-1 et L. 1233-2) (Soc., 12 juillet 2006, n° 04-46290). Une décision anglaise aboutit à une solution similaire, par un raisonnement différent : l'employeur qui réserve contractuellement le caractère discrétionnaire d'un élément de rémunération sera condamné à payer cet élément au titre des dommages-intérêts s'il n'a pas agi de bonne foi à l'égard du salarié en le licenciant notamment après un épisode de harcèlement (Court of Appeal of England and Wales, 14 octobre 2004, *Horkulak v. Cantor Fitzgerald International* (2004) IRLR 942).

[542] Obergericht-ZH, 18 novembre 2002, *ZR* 2003. N 5, *JAR* 2003. 300, *DTA* 2003. 85-88, comm. U. Sommer.

[543] TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, cons. 8.4.

juge devra vérifier non pas si le licenciement est ***justifié*** en général[544], mais seulement s'il n'est pas motivé par la volonté de priver le salarié de sa rémunération variable. Si le juge en arrive à la conclusion que le licenciement est motivé par la volonté de priver le salarié de sa rémunération variable, l'employeur pourra toujours rapporter la preuve contraire. Si l'employeur ne rapporte pas cette preuve, le salarié se verra octroyer non pas l'indemnité pour licenciement abusif, mais le montant dû au titre de la rémunération variable, la condition qui l'affectait étant tombée par le jeu de l'article 156.

186. **Démission justifiée.** La condition de la présence du salarié à une date déterminée peut faire défaut également en cas de démission du salarié[545]. Lors d'une démission justifiée, la relation de travail s'interrompt alors qu'elle aurait dû continuer si l'employeur n'avait pas violé ses obligations ou ne s'était pas comporté de mauvaise foi. On sait que le Tribunal fédéral se refuse à sanctionner juridiquement de la même manière le licenciement avec effet immédiat injustifié et la démission avec effet immédiat justifiée, à tort selon nous[546].

187. Pour autant, du point de vue de l'article 156 du Code des obligations, une démission justifiée, qu'elle soit donnée avec effet immédiat ou en respectant le délai de résiliation ordinaire, doit être considérée comme un acte empêchant, par la mauvaise foi de l'employeur, l'avènement de la condition. Cet article est donc applicable à cette hypothèse, ce qui fut jugé à l'égard d'une « prime de fidélité », dont le versement était subordonné à la condition qu'un fonctionnaire fût encore au service de l'État à la fin de la période

---

[544] Solution qui avait été retenue par Arbeitsgericht-ZH, 27 novembre 1989, *JAR* 1991. 207.

[545] CAPH-GE, 16 juin 1982, *Quatre cents arrêts*, n° 106. Il peut arriver à l'inverse que la démission représente contractuellement l'événement déclencheur de l'octroi d'une prime de départ : TF, 2 août 2007, 4A_192/2007, cons. 5.

[546] Pour le Tribunal fédéral, la démission avec effet immédiat pour justes motifs n'ouvre pas droit pour le salarié à une indemnisation spéciale, au-delà de la réparation du dommage (CO, art. 337b) (TF, 16 octobre 2007, *ATF* 133 III 657, cons. 3) et d'une indemnité pour tort moral (CO, art. 49) s'il y a eu atteinte à ses droits de la personnalité (CO, art. 328 ; TF, 28 avril 2011, 4A_53/2011, *ATF* 137 III 303, *JT* 2011 II 390, *SJ* 2011 I 453, *JAR* 2012. 205, cons. 2.1.1).

Il y aurait pourtant une logique juridique à aligner le régime de la démission pour justes motifs sur celui du licenciement sans justes motifs (AUBERT, *Commentaire romand*, N3 *ad* art. 337b CO). C'est artificiellement que le Tribunal fédéral maintient la distinction de régime, contrairement à ce que font deux droits étrangers bien spécifiques :

— le droit français, qui connaît la prise d'acte de la rupture du contrat, à savoir une initiative du salarié de rompre le contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur : si le juge estime les reproches justifiés, la prise d'acte produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. En revanche, s'il estime la prise d'acte injustifiée, cette dernière produira les effets d'une démission (Soc., 31 octobre 2007, n° 06-41407, *CSBP* février 2008, n° 197, p. 70, obs. J. Lohard ; *Précis Dalloz* 2013, pp. 427-430) ;

— le droit anglais, qui autorise le salarié qui a démissioné suite à un *breach of contract* de l'employeur à attaquer l'employeur pour *wrongful dismissal* (Norman SELWYN, *Selwyn's Law of Employment,* Oxford University Press, 15e éd., 2008, p. 390).

Le Tribunal fédéral, par une interprétation stricte et mécanique de l'article 337c du Code des obligations, en vient à réaliser ce que dénonçait déjà Cicéron : *summum jus, summa injuria* (« *Poussé jusqu'au bout, le droit peut entraîner les injustices les plus graves.* » : Serge GUINCHARD/Gabriel MONTAGNIER (dir.), *Locutions latines juridiques,* Dalloz, Paris, 2007, p. 88). Pourtant, si le principe de séparation des pouvoirs (ou plutôt de « distribution » des pouvoirs comme l'appelait plus précisément Montesquieu) commande que le pouvoir judiciaire ne s'institue pas législateur, mais au contraire respecte la volonté du souverain, cette garantie d'État de droit ne doit pas conduire à consacrer des solutions que la logique condamne. D'ailleurs, c'est encore respecter la volonté du souverain que de choisir une solution rationnelle en théorie et raisonnable en pratique lorsque l'on se trouve en présence d'une lacune ou même d'une négligence du législateur qui emporte des conséquences pratiques contraire à l'esprit de tout le système. Cet office du juge, devant lequel il ne doit pas reculer sauf à rejeter d'un même élan sa fonction propre dans un système politique où il est préférable que les différents pouvoirs discutent plutôt qu'ils ne s'affrontent, est bien celui que le droit suisse a choisi de consacrer de manière solennelle comme fondement de son droit privé (*cf.* CC, art. 1er, al. 3 et art. 4 ; sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit du travail, *cf.* Gabriel Aubert, « Le pouvoir d'appréciation du juge en droit du travail », *Pour un droit pluriel, Études offertes au professeur Jean-François Perrin* (édit. Jean Kellerhals/Dominique Manaï/Robert Roth), Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2002, pp. 125-133, spéc. p. 133). Comme le dit le Conseil fédéral, « *la confiance accordée au juge est une des caractéristiques du système du droit privé suisse* » (*Message 1904*, p. 14). Cette jurisprudence doit donc évoluer. La démission avec effet immédiat du salarié doit emporter les mêmes conséquences, quand elle repose sur de justes motifs, qu'un licenciement avec effet immédiat dépourvu de justes motifs.

déterminante pour son calcul[547]. Dans cette circonstance toutefois, le salarié doit prouver le caractère justifié de sa démission.

188. L'article 156 du Code des obligations s'applique également, par analogie, lorsqu'une partie ***provoque l'avènement de la condition en sa faveur*** contrairement aux règles de la bonne foi[548]. C'est le cas lorsque le salarié refuse une modification contractuelle qui respecte pourtant toutes les conditions du congé-modification[549], c'est-à-dire que la modification est justifiée. En fonction des circonstances, la gratification peut alors être supprimée. Dans une affaire où le contrat prévoyait l'octroi d'une prime si aucun « poste équivalent » à son ancien poste ne pouvait être proposé à un travailleur et que ce dernier se montre restrictif à l'égard du nouveau poste et refuse d'admettre qu'il est équivalent à son ancien poste, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'y avait pas mauvaise foi de sa part, vu les circonstances : la condition s'était donc accomplie de manière régulière et la prétention du travailleur à l'octroi de la prime était légitime[550].

2° L'acte ou l'omission illicites ou contraires aux mœurs provoqués[551]

189. Tout acte juridique peut être fait sous une condition dont les parties peuvent librement déterminer le contenu à l'exception de la condition qui a pour objet de provoquer un acte ou une omission illicite ou contraire aux mœurs (CO, art. 20 et 157)[552]. Dans notre domaine, l'acte ou l'omission illicites sont l'atteinte à la personnalité du salarié, le non-respect du principe de parité devant le délai de résiliation, le non-respect du régime des clauses de non-concurrence. La règle de l'article 157 du Code des obligations se confond donc avec la règle plus générale de l'interdiction de la fraude à la loi et avec la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux[553]. En conséquence, nous étudions ces trois domaines en eux-mêmes[554], en gardant à l'esprit qu'il existe à chaque fois un triple fondement juridique à leur reconnaissance : l'interdiction de la condition ayant pour objet

[547] TF, 11 décembre 1974, *ATF* 100 IA 322, cons. 5.

[548] TF, 1er mars 1983, *ATF* 109 II 20, cons. 2a ; TF, 30 avril 2007, 4C.38/2007, cons. 3.4 ; Pascal Pichonnaz, « Articles 151-157 », *Code des obligations I,* Helbing & Lichtenhahn, « Commentaire romand » (édit. Luc Thévenoz/Franz Werro), Genève, 2e éd., 2012, N 7 *ad* art. 156 CO.

[549] *Cf. infra* n° 609 et s.

[550] TF, 30 avril 2007, 4C.38/2007, cons. 3.5.

[551] Notez que, contrairement à nous, le Code met au singulier les adjectifs « illicite » et « contraire aux mœurs », ce qui, en matière d'accord grammatical lorsque les donneurs d'accord sont multiples et coordonnés par *ou* ou par *soit… soit*, est fréquent dans l'usage, mais ne correspond pas à une tradition grammaticale rigoureuse. La logique commanderait plutôt de distinguer selon que l'adjectif ne se rapporte qu'au second des termes en question et reste au singulier (comme dans cette phrase : « Un mot commençant par une voyelle ou un "h" MUET ») ou correspond aux deux termes et se met alors au pluriel (comme dans cet article commun aux Codes civils belge et français : « Si […] le locataire ou le fermier ONT été TROUBLÉS dans leur jouissance… ») : Maurice GREVISSE/André GOOSSE, *Le bon usage,* De Boeck Duculot, Bruxelles, 14e éd., 2007, pp. 554 et 566. Cela dit, les Codes civils mentionnés ne conservent pas non plus cette cohérence dans tous leurs articles.

[552] L'article 157 prévoit littéralement la nullité non pas seulement de la condition elle-même mais également de l'obligation qui en dépend. Cependant, la nullité sera partielle (application par analogie du principe de l'alinéa 2 de l'article 20) si les parties auraient maintenu l'acte sans la condition (Pascal Pichonnaz, « Articles 151-157 », *Code des obligations I,* Helbing & Lichtenhahn, « Commentaire romand » (édit. Luc Thévenoz/Franz Werro), Genève, 2e éd., 2012, N 9 *ad* art. 157 CO), ce qui sera généralement le cas pour un contrat de travail.

[553] Pour un cas d'application : CAPH-GE, 12 mars 1991, *JAR* 1992. 131, cons. 4.

[554] *Cf. supra* n° 175 et s.

de provoquer un acte ou une omission illicite ou contraire aux mœurs, l'interdiction de la fraude à la loi et le respect des droits fondamentaux.

c. L'interdiction des accords sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur

190. Une règle assez ancienne de droit du travail visait à protéger les ouvriers contre les patrons qui ne leur versaient pas un salaire en monnaie sonnante et trébuchante mais des produits de l'usine. Par cette forme de ***dation en paiement***[555], le salarié ne peut décider d'acheter les biens dont il a réellement besoin ou envie ; de plus, il supporte un risque de vente, le prix des biens pouvant descendre en-dessous de la valeur réelle du travail fourni en échange[556]. C'est la loi du 18 juin 1914 sur le travail dans les fabriques[557] qui a interdit au patron de réclamer pour la livraison de biens aux ouvriers un montant supérieur à celui de la fabrication propre (ancien article 28, alinéa 2, abrogé par la loi fédérale du 25 juin 1971). On nomma cette règle *Truckverbot* (l'« interdiction du troc »)[558]. Elle fut reprise dans le Code des obligations et la protection du salarié fut alors élargie puisque sont aujourd'hui frappés de nullité tous les accords prévoyant que le travailleur ***doit utiliser une partie de son salaire dans l'intérêt de l'employeur*** (CO, art. 323b al. 3)[559].

191. **Signification initiale.** Selon le Tribunal fédéral, le *Truckverbot* fait partie, avec les règles sur les retenues de salaire[560] et celles sur l'interdiction de céder ou de mettre en gage le salaire futur[561], des dispositions ayant vocation à protéger la capacité du salarié à se procurer, par son activité, un ***revenu effectif et correspondant à la valeur de sa propre prestation*** [562]. Certes, le *Truckverbot* n'empêche pas l'employeur de verser une rémunération en nature[563]. Mais dès lors qu'une rémunération en espèces a été convenue, l'employeur ne peut obliger le salarié à acheter les biens ou services de l'entreprise ou, par exemple, le contraindre à consommer dans la cantine de l'entreprise[564]. L'employeur ne peut pas non plus verser, même partiellement, la rémunération sous forme de bons d'achat.

---

[555] *Précis Dalloz* 2013, p. 938.

[556] *Cf.* STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, N 17 *ad* art. 323b CO ; U. Sommer sous TF, 1er octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, *DTA* 2006. 100. On trouve des exemples récents de cette technique : Arbeitsgericht-ZH, 16 février 1990, *JAR* 1991. 156 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 7 *ad* art. 323b CO.

[557] Prenant exemple sur le droit anglais (Mark FREEDLAND/Nicola KOUNTOURIS, *The Legal Construction of Personal Work Relations,* Oxford University Press, 2011, p. 202).

[558] Emanuela EPINEY-COLOMBO, *Il Contratto di lavoro : vecchie glorie e astri nascenti,* Commissione Ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Bellizone, 2005, p. 11.

[559] *Message 1967,* p. 336 ; TF, 2 octobre 2003, 4C.74/2003, *ATF* 130 III 19 cons. 4.2 ; TF, 25 février 2010, 4A_608/2009, *DTA* 2010. 94-96, cons. 3.1 ; *cf.* U. Sommer sous TF, 1er octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, *DTA* 2006. 101 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 17 *ad* art. 323b CO ; *Cf.* BÄCHLER, *Vergütungen*, p. 156.

[560] *Cf. infra* n° 530.

[561] *Cf. infra* n° 531.

[562] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615*, SJ* 2006 I 45, cons. 6.3. Ce fondement légal fut notamment retenu pour juger que l'employeur qui impose une tenue spécifique à ses salariés doit la leur rembourser et ne peut en compenser le prix sur la rémunération, même en réduisant le prix ou en augmentant la rémunération (Arbeitsgericht-ZH, 11 février 1988, *JAR* 1990. 180 ; U. Sommer sous TF, 1er octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, *DTA* 2006. 101).

[563] TF, 2 octobre 2003, 4C.74/2003, *ATF* 130 III 19, cons. 4.2.

[564] TF, 2 octobre 2003, 4C.74/2003, *ATF* 130 III 19, cons. 4.2 ; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 19 *ad* art. 323b CO ; TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 513 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 23 *ad* art. 323b CO ; WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* pp. 286-288 ; Danthe, *Commentaire,* N 21 *ad* art. 323b CO.

192. En revanche, l'employeur peut octroyer des réductions de prix sur les biens ou les services de l'entreprise dès lors que ce procédé ne présente qu'un caractère ***incitatif*** et non obligatoire[565]. Par ailleurs, le *Truckverbot* n'empêche pas l'employeur d'octroyer un ***prêt*** au salarié que ce dernier rembourserait par des retenues de salaire dans l'hypothèse où ce prêt est octroyé dans l'intérêt du salarié et que la compensation respecte les règles en la matière (CO, art. 323b, al. 2)[566].

193. L'employeur n'est pas seul ***destinataire de l'interdiction*** ; cette dernière incombe également aux entreprises « proches » de l'employeur (*nahe stehende Unternehmen*)[567]. Selon nous, les entreprises proches sont toutes les sociétés appartenant au même groupe : sociétés-mères et filiales. La doctrine estime qu'eu égard à la sanction dont il est assorti – la nullité (CO, art. 20) –, le *Truckverbot* est de droit ***impératif***[568].

194. Le *Truckverbot* est applicable à tous les salariés sans distinction. Il s'applique donc aussi aux ***cadres***[569]. Comme nous l'avons vu[570], le droit suisse du travail n'opère pas, de manière générale, de distinctions entre les différentes catégories de salariés[571]. Les cols blancs ont autant le droit de bénéficier de la protection légale que les cols bleus en faveur desquels elle fut initialement conçue[572]. Bien entendu, ce sont les règles du ***droit des sociétés*** qui sont applicables aux administrateurs et le *Truckverbot* ne leur est donc pas applicable à ce titre.

195. **Évolution.** Le *Truckverbot* a vu son champ d'application s'élargir par une interprétation téléologique au cours du XX^e^ siècle[573]. Cependant, le législateur ne s'est plus saisi de la question et la jurisprudence est souvent demeurée évasive. Par un effet de balancier, certains auteurs ont alors cherché à limiter le champ d'application de ce principe. Il convient donc de distinguer les sortes de rémunérations protégées et celles qui ne bénéficient pas de cette protection particulière.

1° Rémunération de base et rémunération complémentaire

196. **Principe jurisprudentiel.** Selon la jurisprudence, la libre disposition de la rémunération ancrée à l'article 323b, alinéa 3, du Code des obligations ne viserait que le ***salaire de***

---

[565] *Cf.* TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 513.

[566] STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 20 *ad* art. 323b CO ; U. Sommer sous TF, 1er octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, *DTA* 2006. 102.

[567] STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 18 *ad* art. 323b CO ; U. Sommer sous TF, 1er octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, *DTA* 2006. 101.

[568] TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 513 ; Danthe, *Commentaire,* N 20 *ad* art. 323b CO.

[569] REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 18 *ad* art. 323b CO. *Cf.* Peter Reinert, « Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht », *PJA* 2009. 3, spéc. 5.

[570] *Cf. supra* n° 76.

[571] TF, 9 janvier 2004, *ATF* 130 III 213, cons. 2.1 ; TF, 1er octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004 (*cf.* également 4P.149/2004, 4P.151/2004), *DTA* 2005. 23-26, *DTA* 2006. 100-105, comm. U. Sommer, *JAR* 2005. 275, cons. 3.3 ; TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 513.

[572] *Cf.* U. Sommer sous TF, 1er octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, *DTA* 2006. 100. En particulier, l'argument selon lequel les cadres dirigeants seraient exclus de la réglementation sur le travail supplémentaire prévue par la loi fédérale sur le travail ne fait en rien obstacle à ce raisonnement : TF, 1er octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004 (voir également 4P.149/2004, 4P.151/2004), *DTA* 2005. 23-26, *DTA* 2006. 100-105, comm. U. Sommer, *JAR* 2005. 275, cons. 3.4. Nous avons déjà exposé la justification de cette idée : *cf supra* n° 75 et s.

[573] Ce type d'interprétation du *Truckverbot* avait été envisagé par le Conseil fédéral qui donnait d'ailleurs des exemples de *fraus legis* dans son message : *Message 1967,* p. 337.

base[574] : la protection de la capacité du salarié à se procurer un revenu « *effectif* » et « *correspondant à la valeur de sa propre prestation* » subsisterait entièrement dans l'hypothèse où ce ne serait qu'une rétribution exorbitante du salaire de base qui ne soit disponible qu'à terme ou grevée de conditions selon des modalités imposées par l'employeur[575].

197. Le champ d'application de cette solution est imprécis car le Tribunal fédéral parle des « *rétributions accordées en sus du salaire* ». Un auteur estime que le *Truckverbot* est inapplicable lorsque l'employeur n'a aucune obligation de prester[576], ce qui nous limiterait à la gratification bénévole. Le régime de la « rémunération complémentaire » décidé par le Tribunal fédéral s'applique pourtant à ***toutes les gratifications,*** tant bénévoles que contractuelles. D'autres auteurs et une décision cantonale jugent que le travailleur est protégé contre un accord qui l'obligerait à placer une partie de sa rémunération dans l'entreprise de l'employeur sous la forme d'un ***prêt*** ou d'un ***plan d'intéressement*** qui n'aurait pas pour but de le faire participer au résultat de l'exploitation de l'entreprise mais de réduire sa rémunération en fonction de ce résultat, en laissant à l'employeur le soin de décider de l'opportunité et de la quotité de la réduction[577].

198. Les gratifications sont donc exclues de la protection induite par le *Truckverbot* pris sous l'aspect de protection de la libre disposition de la rémunération. L'employeur peut placer d'office la gratification dans une structure financière particulière, comme par exemple un trust géré en faveur des salariés, ou un compte bloqué[578]. Toutefois, la solution doit être différente pour la clause de remboursement de la gratification ou de la prime, comme nous le verrons ci-dessous[579].

199. **Tempérament.** Le Tribunal fédéral exige que le salarié qui n'aurait pas la libre disposition d'une partie de sa rémunération perçoive des ***intérêts*** sur ses avoirs retenus et puisse les ***retirer à tout moment*** pour en jouir librement[580]. Ainsi, le Tribunal fédéral semble se satisfaire de la possibilité pour le salarié de mettre la main sur sa rémunération à tout moment, même si l'employeur l'a précédemment bloquée dans une structure spéciale. Si le Tribunal fédéral recherche ainsi à s'assurer que le salarié a bien accepté la retenue, le *Truckverbot* est effectivement hors de cause. Mais le Tribunal fédéral a jugé qu'une rémunération en espèces due au salarié et placée par l'employeur dans un ***plan d'options*** prévoyant que le salarié ne pourrait exercer un droit d'option pour acheter des actions nominatives de la holding moyennant paiement d'un prix forfaitaire après une période de blocage de trois ans était illicite : le salarié avait le droit de réclamer le versement en espèces du montant prélevé à l'origine sur sa rémunération[581]. Le fait que le salarié n'ait

---

[574] Danthe, *Commentaire,* N 22 *ad* art. 323b CO.

[575] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615*, SJ* 2006 I 45, cons. 6.3 ; Matthias Staehelin, « Gesperrte Optionen — als Lohn unzulässig ? », *RSJ* 2005. 181, spéc. 184-185 ; Angela Hensch, « Die Sicherung des Lohnes », *PJA* 2014. 747, spéc. p. 755.

[576] U. Sommer sous TF, 1er octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, *DTA* 2006. 101.

[577] *Message 1967,* pp. 336-337 ; CAPH-GE, 7 août 1986, X/149/86, cons. 4 ; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar*, N 19 *ad* art. 323b CO.

[578] *Cf.* Obergericht-ZH, 6 février 2014, LA130003, cons. 6.6. *Cf.* BÄCHLER, *Vergütungen*, p. 167.

[579] *Cf. infra* n° 213 et s.

[580] *Cf. Message 1967,* p. 337 ; TF, 1er octobre 2004, 4C.237/2004 ; TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615*, SJ* 2006 I 45, cons. 6.3 ; TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 513 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 7 *ad* art. 323b CO ; ENGEL, *Contrats*, p. 319 ; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar*, N 20 *ad* art. 323b CO ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 21 *ad* art. 322d CO ; CARRUZZO, *La Rémunération*, pp. 80-81 ; U. Sommer sous TF, 1er octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, *DTA* 2006. 102.

[581] TF, 1er octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004 (voir également 4P.149/2004, 4P.151/2004), *DTA* 2005. 23-26, *DTA* 2006. 100-105, comm. U. Sommer, *JAR* 2005. 275, cons. 4 ; CARRUZZO, *La Rémunération*, pp. 80-81. Le Tribunal

émis aucune objection contre le plan d'options et ait même exercé les options conformément au plan d'options avant de demander le versement en espèces de sa rémunération n'est pas constitutif d'un abus de droit de sa part[582]. En conséquence, l'employeur devait être condamné à verser au salarié la différence entre la rémunération nette que ce dernier aurait dû percevoir et le cours de l'action au moment de la réclamation[583].

200. **Critique du tempérament.** Si le salarié peut retirer son avoir à tout moment, on peine à discerner l'intérêt de le contraindre à l'origine. Par ailleurs, la jurisprudence aurait gagné à préciser si cette règle devait s'appliquer aussi bien à la gratification bénévole qu'à la gratification convenue. Une autre question se pose : dès lors que le salarié a le droit de récupérer la part de sa rémunération qui a été investie dans la structure, avec les intérêts produits[584], la responsabilité du gérant de la structure peut-elle être recherchée par le salarié ? La responsabilité de l'employeur lui-même peut-elle être solidairement recherchée dans l'hypothèse où il a conduit le salarié à placer une partie de sa rémunération dans un fonds par hypothèse mal géré ? La réponse à ces questions nous paraît logique : l'argent gagné mais géré par l'employeur doit l'être en faveur du salarié[585].

2° Rémunération en espèces et rémunération en nature

201. **Controverse doctrinale.** En soi, le *Truckverbot* ne saurait faire échec à l'instauration d'une rémunération en nature[586]. Aussi certains auteurs ont-ils estimé que seule la rémunération en espèces entrait dans le champ d'application du *Truckverbot*[587]. Selon eux, à certaines conditions, la rémunération en nature ne serait pas protégée par le *Truckverbot.* Ces conditions seraient les suivantes : la rémunération en nature devrait être prévue par le contrat et décidée tant dans l'intérêt de l'employeur que dans celui du salarié, ce qui serait le cas lorsqu'il représente une « *rémunération supplémentaire (Zusatzleistung) qui constitue une gratification* »[588]. Le salarié y aurait intérêt puisqu'il obtiendrait un gain supplémentaire, avec éventuellement une réduction de sa charge fiscale et la possibilité de devenir actionnaire de l'entreprise qui l'emploie[589]. Il est précisé que la remise d'actions

---

fédéral avait distingué entre la condition, qui affecte le principe même de l'obligation, et le droit d'option qui ne rend que la date de l'obligation incertaine (TF, 5 décembre 1995, *ATF* 122 III 10, *JT* 1998 I 111).

[582] TF, 1er octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004 (voir également 4P.149/2004, 4P.151/2004), *DTA* 2005. 23-26, *DTA* 2006. 100-105, comm. U. Sommer, *JAR* 2005. 275, cons. 4.

[583] Matthias Staehelin, « Gesperrte Optionen — als Lohn unzulässig ? », *RSJ* 2005. 181, spéc. 182 ; U. Sommer sous TF, 1er octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, *DTA* 2006. 100.

[584] TF, 25 octobre 2004, 4C.212/2004, cons. 3.2.

[585] Une autre voie, choisie par le législateur français, est celle de l'incitation fiscale : les sommes versées à titre d'intéressement, de participation et, plus généralement, d'épargne salariale sont exonérées d'impôts sur le revenu si elles sont immédiatement affectées par le salarié au plan d'épargne d'entreprise et maintenue dans le plan une durée de cinq ans, sauf cas de déblocage anticipé autorisé, comme mariage, divorce, décès, surendettement, etc. (C. trav., art. L. 3332-1 à L. 3332-28 ; Code général des impôts, art. 81-18°, 81-18°bis, 157-16°bis, 158-5-b et 163bis AA ; Circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale, *JORF* 1 novembre 2005, p. 17179 ; Précis de fiscalité PF/LI/5°P/T1/C1°/C/II relatif aux exonérations de caractère social).

[586] *Cf. supra* n° 190.

[587] REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 21 *ad* art. 323b CO ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 24 *ad* art. 322d CO ; Matthias Staehelin, « Gesperrte Optionen — als Lohn unzulässig ? », *RSJ* 2005. 181 *sqq*., spéc. 186 ; *cf. également* U. Sommer sous TF, 1er octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, *DTA* 2006. 104.

[588] Matthias Staehelin, « Gesperrte Optionen — als Lohn unzulässig ? », *RSJ* 2005. 181 *sqq*.

[589] Matthias Staehelin, « Gesperrte Optionen — als Lohn unzulässig ? », *RSJ* 2005. 181 *sqq*., spéc. 186 ; allant dans le même sens : VISCHER, *Der Arbeitsvertrag,* pp. 118-119 ; voir également, avec des nuances : Angela Hensch, « Die

ou d'options aux conditions d'un plan d'intéressement est une rémunération en nature dès lors que l'accord des parties porte directement sur le nombre des titres concernés[590].

202. À l'inverse, d'autres auteurs estiment qu'une telle clause est nulle, que le plan d'intéressement représente une partie du salaire ou une gratification[591]. Pour eux, et ils citent une décision à l'appui de leur position[592], sont également nulles les clauses de plans d'intéressement qui obligent le travailleur, à la fin des rapports de travail, à exercer les options ou à vendre les actions dans un bref délai sous peine de déchéance[593]. En bref, la solution ainsi proposée n'est pas partagée par ceux qui estiment que le *Truckverbot* est applicable ***à toute rémunération quelle que soit sa forme***. L'idée serait donc plutôt que l'employeur et le salarié se mettent d'accord avant tout sur un ***montant*** de rémunération qu'ils choisissent ensuite d'allouer en différentes sortes de rémunérations[594]. En toute hypothèse, le salarié doit savoir quel est le montant dont il peut disposer avec certitude, afin d'organiser sa propre vie financière et économique[595]. Plus fondamentalement, il risque d'y avoir méprise sur le sens de la délimitation du champ d'application du *Truckverbot* : ce dernier, s'il n'empêche pas qu'une rémunération en nature soit convenue, ***empêche la transformation d'une rémunération en espèces en une rémunération en nature***[596], mais ne signifie pas pour autant que la rémunération en nature puisse être utilisée dans l'intérêt de l'employeur par le seul effet de son caractère.

203. **Solution.** Selon nous, il est plus conforme à la sécurité juridique de décider que seule la gratification puisse être exclue du champ d'application du *Truckverbot*. Ce qui est déjà pas mal, puisque la gratification peut représenter jusqu'à 83 % de la rémunération selon le principe d'accessoriété différenciée que nous avons développé. D'ailleurs, l'employeur peut toujours promettre le transfert d'actions dans le cadre d'une gratification contractuelle, ce qui aura cet avantage supplémentaire pour lui qu'il gagnera en flexibilité. De plus, l'employeur peut mettre en place un plan ***d'investissement***, soustrait aux règles impératives du droit du travail[597].

Sicherung des Lohnes », *PJA* 2014. 747, spéc. pp. 754-756. De plus, l'octroi d'actions n'affecte généralement pas le niveau de liquidités de l'employeur.

[590] Matthias Staehelin, « Gesperrte Optionen — als Lohn unzulässig ? », *RSJ* 2005. 181, spéc. 185.

[591] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 96.

[592] TPH-GE, 27 août 2002, *JAR* 2003. 150, cons. 4.

[593] Cette décision estimait qu'il était contraire à la bonne foi de maintenir les obligations imposées au débiteur lorsque les circonstances se sont modifiées au point qu'en échange de sa prestation cette partie ne recevrait plus aucune contre-prestation ou une prestation dérisoire, ce raisonnement devant être appliqué *a fortiori* lorsque les circonstances peuvent être influencées par l'une des parties, ce qui est le cas lorsqu'une clause du contrat habilite l'employeur à mettre en vigueur les options et à limiter unilatéralement leur durée d'exercice. Ce jugement applique également les alinéas 2 et 3 de l'article 152 du Code des obligations : « *Par la décision unilatérale qu'il a prise et qui avait pour conséquence de limiter drastiquement le droit d'exercice des options [l'employeur] a modifié l'équilibre contractuel dans une mesure qui ne saurait être admise.* »

[594] Dominique PORTMANN, *Mitarbeiterbeteiligung. Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht*, Stämpfli, Berne, 2005, pp. 147-151.

[595] Peter Reinert, « Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht », *PJA* 2009. 3, spéc. 5.

[596] GEISER/MÜLLER, *Arbeitsrecht,* p. 142 ; Danthe, *Commentaire,* N 21 *ad* art. 323b CO.

[597] *Cf. infra* n° 329 et s.

d. Le principe de parité devant le délai de résiliation

204. **Controverse.** Il a été soutenu que la condition qui affecte la rémunération variable en ne garantissant son octroi que si le salarié est encore en poste dans l'entreprise rompait le principe d'égalité des parties devant le délai de congé (CO, art. 335a, al. 1er)[598] en imposant une conséquence matérielle au seul détriment du salarié, contraint de donner son congé après une date déterminée au cours de l'année, alors que l'employeur, lui, n'est pas tenu par cette condition[599]. Ainsi, il y aurait une sorte de peine conventionnelle pour la résiliation du contrat[600]. L'idée est que le principe de parité devrait être respecté non seulement du point de vue formel (au niveau de la durée de résiliation stipulée), mais encore du point de vue « matériel »[601]. La jurisprudence et une partie de la doctrine estiment pourtant que la suppression de la gratification en cas de départ du salarié ne contrevient pas à la liberté de rompre le contrat ni au principe de parité dans la rupture du contrat de travail[602].

205. **Solution.** En soi, les délais restent identiques pour les deux parties malgré l'introduction d'une condition suspensive. La lettre de l'article 335a n'est pas violée. Il est toutefois pertinent de se demander si son esprit n'est pas bafoué. La lecture de l'alinéa 2 de cet article révèle d'ailleurs sa visée protectrice des intérêts du salarié. Cependant, nous ne considérons pas que l'on puisse parler d'illicéité ou même de fraude à la loi en la matière. En effet, toute rupture du contrat de travail entraîne une perte de rémunération pour le salarié. Seule la partie accessoire de la rémunération étant ici concernée, on ne peut aller jusqu'à dire que le délai de résiliation soit modifié au détriment du salarié.

206. Plus délicate est la question de l'indemnité de départ dont le versement est subordonné à l'absence d'***incapacité de travail*** pendant le délai de congé, le paiement de cet élément de rémunération étant alors soumis à la condition que les rapports de travail se soient achevés à l'échéance du délai de congé légal ou contractuel, sans suspension[603] : une telle condition a pour effet d'exclure du cercle des bénéficiaires les salariés dont le délai de congé aurait

---

[598] *Cf.* VISCHER, *Der Arbeitsvertrag,* p. 107.

[599] CAPH-GE, 17 mars 1988, *SJ* 1989. 666, note G. Aubert ; CAPH-GE, 12 mars 1991, *JAR* 1992. 131 *; cf.* TC-VS, 5 avril 2005, *RVJ* 2006. 179, cons. 4.

[600] *Cf.* Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 74 ; Christoph Senti, « Zulagen, Zuschläge und 13. Monatslohn », *PJA* 2006. 289, spéc. 297 ; Roger Rudolph, « Fokus Arbeitsrecht : Neuere Entwicklungen im Bonusrecht », *Trex* 2011. 92, spéc. 95. Une telle clause pourrait également poser problème du point de vue de la ***liberté de résilier*** le contrat de travail (CO, art. 335).

[601] STAEHELIN avait écrit dans une précédente édition du *Zürcher Kommentar*, N 2 *ad* art. 335a CO : « *Gegen das Gebot der Parität verstösst auch die Vereinbarung eines sachlich nicht gerechtfertigten Nachteils, der nur die eine Partei (in der Regel den Arbeitnehmer) bei der Kündigung trifft, z. B. die Festlegung eines geringeren Lohnes.* » Cette réflexion fut abandonnée dans la nouvelle version publiée en 2014. Christoph Senti, « Zulagen, Zuschläge und 13. Monatslohn », *PJA* 2006. 289, spéc. 297 : « *Eine Vereinbarung, wonach Zulagen oder Zuschläge nur im ungekündigten Vertragsverhältnis ausbezahlt oder gutgeschrieben werden, ist unzulässig, sofern die Ansicht vertreten wird, Art. 335a OR beinhalte auch einen materiellen rechtlichen Paritätsgrundsatz.* ». *Cf.* également : Wolfgang Portmann, « Die Arbeitsbedingungen der Bankgestellten. Eine Darstellung und Würdigung ausgewählter Aspekte », *DTA* 2005. 73, spéc. 79.

[602] TF, 11 octobre 1994, 4C.47/1994, *JAR* 1995. 102, cons. 3a ; Arbeitsgericht-ZH, 28 avril 2000, *JAR* 2001. 198, *PJA* 2000. 1293, note N. Vögeli Galli, *SARB-Rechtsprechung* 2001, n° 182, cons. C.2 ; CAPH-GE, 20 novembre 2002, *JAR* 2003. 228 ; DELBRÜCK, *Die Gratifikation*, p. 88 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 2 *ad* art. 335a CO (voir également N 4 *ad* art. 322d CO où les auteurs indiquent que la protection doit être uniquement formelle et non matérielle) ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 18 *ad* art. 322d CO et N 4 *ad* art. 335a CO ; Nicole Vögeli Galli, « Der Bonus ist kein Lohnbestandteil », *PJA* 2000. 1293.

[603] TF, 6 janvier 2005, 4C.384/2004, cons. 3.3.

été suspendu sur le fondement de l'article 336c du Code des obligations[604]. Cette question relève selon nous de la protection contre les discriminations[605].

e. Le respect du régime des clauses de non-concurrence

207. Une suppression de la gratification contractuelle peut représenter une fraude à la loi à l'égard du régime des clauses de non-concurrence. En effet, si cette suppression aboutit à rendre plus difficile le passage du salarié dans une entreprise concurrente, une telle conséquence ne peut être valable que si elle respecte les conditions d'application des clauses de non-concurrence (CO, art. 340 et s.). Une condition de présence qui entraînerait une suppression importante de la rémunération globale du salarié et qui s'apparenterait ainsi à une peine conventionnelle constitue donc une fraude à la loi du régime des clauses de non-concurrence[606]. Cette réserve s'applique donc uniquement aux gratifications importantes, qui représentent une partie substantielle de la rémunération globale, c'est-à-dire celles qui sont proches de la requalification en rémunération obligatoire du fait de la perte potentielle de leur caractère accessoire[607]. Nous proposons toutefois d'appliquer par analogie la règle de l'article 340c, alinéa 2, du Code des obligations : l'employeur pourrait priver le salarié de sa rémunération liée à une condition de présence s'il prouve que le licenciement est justifié[608].

f. Le respect du régime des sanctions pécuniaires

208. La doctrine a vu dans la condition de présence à une date déterminée une peine conventionnelle illicite lorsque l'employeur licencie le salarié sans motif justifié[609], ce que

---

[604] CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 73.

[605] *Cf. infra* n° 378 et s. Notons qu'il existe une règle spéciale concernant le délai de résiliation du salarié payé au moyen d'une provision : « *Lorsque la provision constitue au moins un cinquième du salaire et qu'elle est soumise à des fluctuations saisonnières importantes, le voyageur de commerce qui est engagé depuis la fin d'une saison ne peut être congédié pendant la saison suivante que pour la fin du deuxième mois après la résiliation du contrat*. » (CO, art. 350, al. 1er) « *Dans les mêmes circonstances, le voyageur de commerce qui a été occupé jusqu'à la fin d'une saison peut résilier le contrat jusqu'au début de la saison suivante, mais uniquement pour la fin du deuxième mois après la résiliation*. » (CO, art. 350, al. 2) Ce délai spécial a vocation à protéger, d'une part, le salarié qui a reçu une rémunération plus faible entre les deux saisons et, d'autre part, l'employeur qui a versé une rémunération plus élevée pendant la haute saison (AUBERT, *Commentaire romand,* N 1 *ad* art. 350 CO).

[606] Christoph NEERACHER, *Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot,* Stämpfli, Berne, 2001, p. 3 (l'auteur cite à ce sujet un jugement du Tribunal du travail de Zurich du 30 octobre 1998 sans plus d'indications) ; Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 75. Pour une analyse critique de l'approche de Kurt Meier, voir STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 4 *ad* art. 322b CO.

[607] *Cf. supra* n° 59 et s.

[608] *Cf.* Roger Rudolph, « Fokus Arbeitsrecht : Neuere Entwicklungen im Bonusrecht », *Trex* 2011. 92, spéc. 95. *Cf.* Arbeitsgericht-ZH, 28 avril 2000, *JAR* 2001. 198, *PJA* 2000. 1293, note N. Vögeli Galli, *SARB-Rechtsprechung* 2001, n° 182, cons. C. STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 4 *ad* art. 322b CO estiment que la protection de l'article 156 du Code des obligations est suffisante.

[609] DELBRÜCK, *Die Gratifikation*, p. 89 ; VISCHER, *Der Arbeitsvertrag,* p. 107 ; REHBINDER, *Berner Kommentar,* N 3 *ad* art. 335a CO. Un auteur y a vu également un problème d'***égalité de traitement*** : Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 75.

le régime de l'avènement empêché (CO, art. 156) prend déjà en charge[610]. Pour le surplus, nous envisagerons les sanctions pécuniaires en lien avec la modification de la rémunération variable, car elles concernent toutes les rémunérations variables, conditionnelles ou non[611].

B. Condition résolutoire

209. Dans l'hypothèse d'une condition résolutoire, le salarié ne voit pas lui échapper une expectative mais un bien lui appartenant. Une telle condition pose donc divers problèmes au regard de plusieurs institutions de la partie générale et du droit du travail[612]. En premier lieu, c'est la ***licéité*** même de la condition résolutoire qui ne va pas de soi en matière de rémunération variable (**1**). En second lieu, à supposer que l'on admette la licéité de la condition résolutoire, il faut encore la soumettre à certains ***tempéraments*** (**2**).

1) La licéité de la condition résolutoire

210. L'instauration d'une condition résolutoire pesant sur un élément de rémunération variable pose des problèmes à l'égard de l'***impossibilité de renoncer aux créances résultant de dispositions impératives*** (CO, art. 341, al. 1er) (**a**) et de ***l'interdiction des accords sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur*** (CO, art. 323b, al. 3) (**b**).

a. L'impossibilité de renoncer aux créances résultant de dispositions impératives

211. L'article 341, alinéa 1er, du Code des obligations énonce : « *Le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective.* »[613]

---

[610] *Cf. supra* n° 180 et s.

[611] *Cf. infra* n° 613 et s. Les juges français ont considéré qu'une société ne pouvait subordonner le maintien du droit à une prime de fin d'année à la condition de la présence du salarié dans l'entreprise au 30 juin de l'année suivant son versement et déduire le montant de la prime du solde de tout compte du salarié qui avait démissionné avant cette date, sans porter atteinte à la liberté de travail du salarié et pratiquer ce faisant une sanction pécuniaire illicite (Soc., 18 avril 2000, n° 97-44235, *Bull. civ.* V, n° 141).

[612] Cette figure est expressément consacrée par la loi en matière de droit au salaire pendant les vacances : l'employeur peut exiger le remboursement du salaire afférent aux vacances si le travailleur exécute un travail rémunéré pour un tiers au mépris des intérêts légitimes de l'employeur (CO, art. 329d, al. 3).

[613] Selon la jurisprudence, la *ratio legis* de cette règle est que le salarié se trouve, dans la relation de travail, dans une situation de « dépendance aiguë », ce qui peut l'inciter à accepter une réduction de ses prétentions, notamment quand il

Cependant, nous avons déjà indiqué que le paiement de la gratification ne représente pas une obligation dans tout contrat de travail. L'article 322d n'impose pas impérativement cette forme de rémunération. Reste à identifier s'il existe des règles impératives protégeant le salarié contre un éventuel remboursement de sa rémunération. Ces règles sont précisément l'interdiction de céder ou de mettre en gage le salaire futur et l'interdiction des accords sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur, si bien que la question de l'impossibilité de renoncer aux créances résultant de dispositions impératives se résout dans celles des deux autres interdictions, dont il convient d'examiner les conséquences séparément.

212. Mais la règle de l'impossibilité de renoncer ne se limite pas à l'exécution du contrat de travail. Elle s'étend aux ***transactions*** : les remises de dette et les renonciations unilatérales sans contrepartie y sont ***nulles***[614]. En revanche, lorsque l'employeur octroie une contrepartie « adéquate » à la remise de dette ou à la renonciation unilatérale du salarié, la transaction est valable[615]. La validité d'une éventuelle transaction entre les parties est donc subordonnée à une équivalence appropriée de leurs concessions réciproques[616]. D'ailleurs, le salarié ne peut disposer librement de ces créances : toute ***clause compromissoire*** les concernant serait nulle[617]. En revanche, un ***compromis*** reste possible après le délai de protection. Selon nous, un remboursement prévu dans le cadre d'une vraie transaction n'est donc pas à exclure en principe.

b. L'interdiction des accords sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur

213. Un article séminal du Professeur AUBERT nous a appris qu'il fallait distinguer deux fonctions du Truckverbot[618] : la protection de la libre disposition de la rémunération *stricto sensu,* que nous avons étudiée dans le cadre des tempéraments à la licéité de la condition suspensive[619], et ***l'interdiction du recours à la condition résolutoire***, dont il faut déterminer le champ d'application, à la fois pour les gratifications et pour certaines primes.

214. Pour déterminer le champ d'application de cette interdiction de manière complète, il faut envisager : la ***gratification*** (**1°**), les ***indemnités conventionnelles de licenciement*** (**2°**), les ***acomptes et avances*** (**3°**) et les ***frais*** (**4°**). Notons qu'en cas d'erreur, l'employeur a la

---

redoute de perdre son emploi (TF, 29 septembre 1976, *ATF* 102 IA 417, cons. 3c ; TF, 28 juin 2010, 4A_71/2010, *ATF* 136 III 467*,* cons. 4.5).

[614] TF, 14 février 1979, *ATF* 105 II 39, cons. 1 ; TF, 17 novembre 1980, *ATF* 106 II 222, cons. 2 ; TF, 18 juin 1984, *ATF* 110 II 168, cons. 3b ; TF, 3 mars 1992, *ATF* 118 II 58, cons. 2b ; TF, 28 juin 2010, 4A_71/2010, *ATF* 136 III 467*,* cons. 4.5.

[615] TF, 18 juin 1984, *Jacopetta, ATF* 110 II 168, cons. 3b ; TF, 3 mars 1992, *ATF* 118 II 58, cons. 2b ; TF, 28 juin 2010, 4A_71/2010, *ATF* 136 III 467*,* cons. 4.5.

[616] TF, 28 juin 2010, 4A_71/2010, *ATF* 136 III 467*,* cons. 4.5.

[617] TF, 28 juin 2010, 4A_71/2010, *ATF* 136 III 467*,* cons. 4.6.

[618] Gabriel Aubert, « La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1988 », *SJ* 1989. 669.

[619] *Cf. supra* n° 190 et s.

possibilité d'exercer l'action en répétition de l'indu à l'égard de n'importe quel type de versement[620].

1° La gratification

215. Le Professeur AUBERT a fait remarquer, avec raison, que les clauses résolutoires, c'est-à-dire les clauses par lesquelles le salarié s'engage à rendre purement et simplement une part de sa rémunération provoquent les mêmes conséquences que celles que le *Truckverbot* cherche à éviter[621]. Ainsi, aucun ***remboursement*** ne devrait être mis à la charge du salarié[622], hors hypothèse légalement prévue (répétition de l'indu[623], responsabilité du salarié — CO, art. 321e —, travail rémunéré pour un tiers pendant les vacances — CO, art. 329d, al. 3).

216. **Controverse doctrinale.** Certains auteurs estiment pourtant qu'une condition résolutoire est possible : ils valident la clause de remboursement (*Rückzahlungsklausel*)[624] si trois conditions sont cumulativement respectées. En premier lieu, le remboursement doit être spécifiquement prévu : l'employeur doit l'avoir expressément stipulé lors de l'octroi de la gratification ou il doit être en mesure de prouver que le salarié ne pouvait, de bonne foi, ignorer que cette condition existait. En deuxième lieu, le remboursement ne doit être opéré que *pro rata temporis*, c'est-à-dire que le temps passé au service de l'employeur après l'octroi de la gratification doit garantir l'acquisition définitive de la part correspondante. En troisième lieu, le remboursement n'est possible que si la gratification avait le caractère d'un encouragement pour le futur[625]. En d'autres termes, la partie de la gratification qui correspond à la rémunération des services déjà effectués ne peut être remboursée[626].

217. **Jurisprudence.** Aujourd'hui, la situation reste peu claire. Une juridiction cantonale a admis le principe d'une clause résolutoire portant sur une gratification, à condition qu'il

---

[620] Lorsque l'employeur effectue des paiements au salarié de manière involontaire, il est autorisé à en demander le remboursement en se fondant sur le mécanisme de l'enrichissement illégitime et en particulier la ***répétition de l'indu*** (CO, art. 63) : TF, 12 janvier 2011, 4A_474/2010, *DTA* 2011. 112, cons. 3 (à propos de frais d'écolage des enfants du salarié payés deux fois) ; AG-ZH, 19 avril 1990, *JAR* 1991. 126 ; pour des cotisations sociales versées en trop, *cf.* AG-ZH, 13 mai 1987, *JAR* 1990. 144 ; VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, p. 95. Il ne suffit pas que les paiements aient été effectués par mégarde, encore faut-il qu'ils l'aient été par erreur et de manière involontaire : TF, 20 décembre 2004, 4C.398/2004, cons. 3.1 ; *cf.* également : TF, 19 décembre 1989, 4C.176/1989 ; Kger-SG, 23 février 1984, *JAR* 1985. 246 (*cf.* Christoph Senti, « Rückforderungen oder Verrechnung zu viel bezahlter Leistungen durch den Arbeitgeber », *PJA* 2014. 40, spéc. p. 47) ; REHBINDER/ STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 44 *ad* art. 322 CO.

[621] Gabriel Aubert, « La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1988 », *SJ* 1989. 669. L'auteur prenait en défaut l'argumentation de la Cour d'appel des prud'hommes genevoise laquelle, dans un arrêt du 17 mars 1988, avait considéré que l'employeur commettait un abus de droit (CC, art. 2, al. 2) en sollicitant la mise en œuvre de la clause de remboursement prévue au contrat (CAPH-GE, 17 mars 1988, *SJ* 1989. 666). Un des exemples anciens de litige concernant ce genre de clauses est une affaire jugée le 4 août 1976 par le Tribunal d'appel du canton de Bâle-Ville (cité par DELBRÜCK, *Die Gratifikation*, p. 93).

[622] *Cf. Message 1967*, p. 337.

[623] CAPH-GE, 17 mars 1988, *SJ* 1989. 666, note G. Aubert ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 96.

[624] Raoul BUSSMANN, *Rückzahlungsklauseln bei freiwilligen Leistungen des Arbeitsgebers*, thèse, Zurich, 1977, p. 23. Pour une synthèse, voir Roger Rudolph, « Focus : Développements récents en matière de bonus en droit du travail », *TREX* 2011. 98, spéc. p. 102.

[625] TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 510 et synthèse par Danthe, *Commentaire,* N 31 *ad* art. 322d CO et DUC/SUBILIA, *Droit du travail*, N 31 *ad* art. 322d CO.

[626] REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 18 *ad* art. 322d CO.

s'agisse d'un accord bilatéral et non d'une simple prérogative que se réserverait l'employeur[627]. Il est certain les ***plans d'investissement*** ne sont pas visés par la protection, par opposition aux plans d'intéressement[628].

218. **Solution.** Pour notre part, nous estimons qu'aucun remboursement ne peut être mis à la charge du travailleur relativement à une rémunération variable obligatoire ou à une gratification, sauf si le versement prend la forme d'un acompte[629]. En effet, nous ne voyons pas l'intérêt qu'aurait l'employeur à accorder une gratification, pour ensuite en réclamer le remboursement. En effet, l'employeur n'est jamais tenu d'accorder une gratification bénévole. S'il décide de le faire, c'est donc forcément de son plein gré. Concernant la gratification contractuelle, il est toujours possible d'en faire varier le montant en fonction des circonstances pertinentes[630]. Les restrictions que les promoteurs du remboursement de la gratification sont obligés d'apporter à leur position de principe ne font que compliquer outrageusement la situation. Le risque de conflit n'en est que renforcé. La sécurité juridique, qui avantage tant l'employeur que le travailleur, commande donc de s'en tenir à la règle simple de l'interdiction du remboursement de la gratification[631].

2° L'indemnité conventionnelle de licenciement

219. **Jurisprudence en droit public.** Il en va différemment de l'indemnité conventionnelle de licenciement. En effet, les juges ont validé une clause de remboursement d'une telle indemnité en cas de réembauche dans le cadre d'un ***contrat de droit public***. Il s'agissait d'une « convention de sortie » par laquelle les Chemins de Fer Fédéraux (CFF) et l'employé avaient décidé d'un commun accord de mettre un terme aux rapports de travail « au vu de la situation professionnelle insatisfaisante pour les deux parties ». Cette convention prévoyait une indemnité de départ correspondant à neuf mois de salaire. Un article de la convention stipulait qu'« en cas de réintégration au sein des CFF dans un délai de vingt-quatre mois, l'indemnité perçue doit être remboursée. La somme remboursée est réduite de 1/24 de la somme totale par mois écoulé après la fin des rapports de service »[632]. La loi applicable était la loi sur le personnel de la Confédération, par renvoi de la loi fédérale du 20 mars 1998 sur les Chemins de fer fédéraux et de la convention collective des CFF. La validité de la convention n'était pas remise en cause du fait que selon l'article 10, alinéa 1er, de la loi sur le personnel de la Confédération, les deux parties peuvent, d'un commun accord, mettre fin en tout temps aux rapports de travail. La finalité de l'indemnité étant de permettre à l'employé de faire face à une période de chômage plus ou moins longue avant de retrouver un emploi convenable sans subir une perte financière trop

[627] Bezirksgericht Uster, 22 septembre 1980, *JAR* 1981. 253, spéc. 256.

[628] TF, 8 avril 2004, 4C.329/2003, *ATF* 130 III 495, cons. 6 ; *cf.* STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 7 *ad* art. 323b CO. Sur la distinction que nous proposons entre plans d'investissement et plans d'intéressement, *cf. infra* n° 329 et s.

[629] Approuvant un accord sur la restitution d'acompte : WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* pp. 168-169. Sur la notion d'acompte, *cf. infra* n° 499.

[630] *Cf. supra* n° 140 et s.

[631] Une interprétation raisonnable de la Circulaire 2010/1 de la FINMA devrait permettre d'aboutir à la même conclusion : Julien Waeber, « Circulaire FINMA 2010/1 sur les systèmes de rémunération : des obstacles en droit civil? », *RSDA* 2012. 119, spéc. 130.

[632] TAF, 25 février 2010, *CFF*, A-6884/2009.

lourde, il était légitime que l'employeur cherchât à récupérer une partie de cette indemnité si la perte financière du travailleur s'avérait finalement moins lourde du fait de son retour dans l'entreprise. Par conséquent, l'article de la convention de sortie n'était pas de nature à nier l'équilibre de la transaction à laquelle sont parvenues les parties[633].

220. **Éléments de réflexion en droit privé.** Cette jurisprudence est-elle applicable également en droit privé du travail alors que le Tribunal fédéral a bien précisé que la convention de résiliation conclue entre les parties était en l'espèce un contrat administratif[634] ? En droit privé, un accord de résiliation est également possible en vertu du principe de liberté contractuelle. La validité d'un tel accord sera examinée selon les critères de l'article 341, alinéa 1er, du Code des obligations : les dispositions légales et conventionnelles impératives devront être respectées[635]. La transaction ne doit pas apporter d'avantages au seul employeur, mais les deux parties doivent renoncer à certains droits[636].

221. **Solution.** On peut donc admettre l'application de cette jurisprudence en droit privé dans le cadre d'une transaction. Il nous paraît toutefois nécessaire de s'interroger sur la ***proportion*** à respecter entre montant de l'indemnité et durée de la période de remboursement potentiel : dans la décision examinée ci-dessus, il s'agissait d'une indemnité de neuf mois de salaire remboursable sur une durée de vingt-quatre mois. Le salarié n'est donc pas censé avoir tout dépensé au bout de neuf mois. Certes, il perçoit logiquement des indemnités de chômage en parallèle. Encore faudrait-il que l'assurance-chômage ne diminue pas l'indemnité allouée en raison de l'indemnité versée par l'employeur. Aussi n'admettrons-nous cette sorte de clause que dans l'hypothèse où la proportion entre le montant octroyé et le montant à rembourser représente un véritable avantage pour le salarié, soit en toute hypothèse, une durée aussi longue que l'équivalent de l'indemnité en termes de salaire mensuel de l'employé licencié.

3° Les acomptes et avances[637]

222. Une clause de remboursement est envisageable dans le cas particulier des acomptes sur provision[638] et des acomptes sur participation[639], ainsi que pour les avances de rémunération. Le Tribunal fédéral rejette le fondement de l'enrichissement illégitime en considérant que l'employeur peut se fonder sur le contrat lui-même pour réclamer le remboursement[640]. Cependant, en raison du principe de protection de la confiance, le travailleur n'a pas à restituer les acomptes qu'il reçoit de l'employeur qui les verse sans y

---

[633] TAF, 25 février 2010, *CFF*, A-6884/2009, cons. 5.3 (arrêt confirmé par TF, 20 mai 2010, 8C_283/2010 : le litige ne portait plus que sur le sens du terme « réintégration »).

[634] TF, 20 mai 2010, 8C_283/2010, cons. 2.

[635] Mais l'article 336c CO ne s'applique pas à l'accord commun de rupture du contrat de travail dès lors que cet accord comporte des concessions réciproques et qu'il s'agit nettement d'un cas de transaction (*Aufhebungsvertrag*) : TF, 18 juin 1984, *ATF* 110 II 168, cons. 3b ; TF, 3 mars 1992, *ATF* 118 II 58, *JT* 1993 I 154, cons. 2b. Sur la transaction en présence d'une rémunération variable, *cf. infra* n° 478.

[636] TF, 30 mai 2007, 2A.650/2006, cons. 2.2.1.

[637] Pour une précision terminologique entre avances et acomptes, *cf. infra* n° 499.

[638] WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* pp. 168-169. *Cf. infra* n° 498 et s.

[639] Danthe, *Commentaire,* N 9 *ad* art. 322a CO.

[640] TF, 6 mars 2000, *ATF* 126 III 119, *JT* 2000 I 630, *JAR* 2001. 195, *RJB* 2002. 317, com. W. Wiegand, cons. 3c ; *cf. supra* nbp 620.

être tenu contractuellement et sans formuler de réserve alors qu'il a connaissance de résultats démontrant que la participation ne sera pas due[641].

4° Les frais

223. Un remboursement en cas de départ du salarié n'est possible que pour des prestations particulières (*Sonderleistungen*) ayant procuré un avantage au salarié, comme les frais de formation[642], mais non les frais de déménagement[643]. L'employeur peut donc exiger le remboursement des frais de formation — à condition toutefois de rapporter la preuve des montants qu'il a payés[644] — lorsque la formation reçue par le salarié lui procure un avantage durable sur le marché du travail[645]. Le Tribunal fédéral n'est pas très regardant sur les modalités de remboursement[646]. On peut tout de même soutenir qu'elles doivent être déterminées dans le temps et relativement au montant à rembourser, à l'instar de la clause de non-concurrence[647]. La réduction s'étendant proportionnellement dans le temps doit se faire de façon adéquate : les prud'hommes ont parfois remplacé une réduction par tranches annuelles par une réduction par tranches mensuelles[648], mais l'ont admis dans d'autres cas[649].

224. **Résumé pratique.** Le tableau suivant a vocation à synthétiser les règles relatives *Truckverbot* en matière de rémunération variable. Il répond à la question de savoir si une condition est admissible dans les différents cas de figure.

---

[641] TF, 20 mars 2006, 4C.320/2005, cons. 5.5 ; Danthe, *Commentaire,* N 9 *ad* art. 322a CO.

[642] Pour un exemple de remboursement accepté par les juges, *cf.* TF, 21 mars 2012, 4A_616/2001, *DTA* 2012. 171, cons. 4.

[643] REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 18 *ad* art. 322d CO ; VISCHER, *Der Arbeitsvertrag,* p. 107. En droit français, *cf.* Soc., 31 janvier 2012, n° 10-24388, *BICC* 1er mai 2012, n° 634, *RJS* avril 2012. 333, *JCP S* 3 avril 2012. 29-31, note T. Passerone.

[644] TF, 1er octobre 2012, 4A_310/2012, *JU-TRAV* 2013. 43, cons. 3.

[645] Obergericht-BL, 13 juin 1989, *JAR* 1991. 203 ; Arbeitsgericht-ZH, 27 février 1995, *JAR* 1999. 327, *ZR* 1998, n° 75 ; Arbeitsgericht-ZH, 25 août 2004, *JAR* 2005. 504 ; Kantonsgericht-GR, 24 février 2012, SK2 12 2, *DTA* 2012 online, n° 513 ; André Lerch, « Arbeitsrechtliche Rückzahlungsvorbehalte für Aus- und Weiterbildungskosten », *Revue de l'avocat* 2012. 21 ; Thomas Geiser, « Weiterbildung: Finanzierung aus arbeitsrechtlicher Sicht », *Plädoyer* (version germanophone) 2013. 28-35 ; Fadri BRUNOLD, *Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht,* Stämpfli, Berne, 2014. L'idée est que l'employeur est censé profiter de cet investissement dans la formation de son salarié : Arbeitsgericht-ZH, 25 mars 2003, *JAR* 2004. 594. Ce raisonnement s'oppose entièrement à la logique du droit français, qui a tiré de l'obligation d'exécution du contrat de travail de bonne foi une obligation d'adaptation et de maintien de la capacité professionnelle à la charge de l'employeur (Soc., 25 février 1992, *Expovit, Bull. civ.* V, n° 122, *Dr. soc.* 1992. 922), aujourd'hui consacrée légalement (C. trav., art. L. 1233-4 et L. 6321-1 ; *Précis Dalloz* 2013, pp. 402-403).

[646] TF, 14 avril 2011, 4D_13/2011, *DTA* 2011. 199, *JAR* 2012. 190, cons. 2.3 : « *Lorsqu'une formation n'est pas imposée par l'exécution du travail, les parties peuvent convenir, pour les jours consacrés à la formation par l'employé, de l'octroi d'un congé non payé, ou se mettre d'accord sur le maintien du salaire en contrepartie de l'accomplissement d'un travail compensatoire, ou même convenir que les heures de cours seront assimilées, en totalité ou en partie, à du temps de travail. Dans ce dernier cas de figure, l'employeur a la liberté de lier sa contribution à un engagement de remboursement dégressif du salaire payé pendant les heures de formation si le travailleur quitte l'entreprise avant l'échéance de la période convenue.* »

[647] Kantonsgericht-GR, 24 février 2012, SK2 12 2, *DTA* 2012 online, n° 513, *JAR* 2013. 487 ; GEISER/MÜLLER, *Arbeitsrecht,* pp. 137-138.

[648] CAPH-GE, 4 mars 1997, *JAR* 1998. 249.

[649] Obergericht-ZH, 4 septembre 2011, LA100035, *JU-TRAV* 2013. 18, cons. 3d.

Tableau n° 3 : Libre disposition du salaire et conditions

	Rémunération de base	*Rémunération variable contractuelle*	*Acomptes et avances*	*Indemnité conventionnelle de licenciement*	*Frais*	*Gratification contractuelle*	*Gratification bénévole*
Condition suspensive	NON	NON	OUI	OUI	OUI	OUI	SANS OBJET avant son versement OUI une fois versée
Condition résolutoire	NON	NON	OUI sauf à respecter la protection de la confiance	OUI si prévue dans le cadre d'une transaction et proportion adéquate de remboursement	OUI uniquement pour les frais représentant un avantage pour le salarié et réduction proportionnelle adéquate	NON	NON

2) Les tempéraments à la licéité de la condition résolutoire

225. Dans les cas où une condition résolutoire pesant sur la rémunération variable est admissible (selon nous : indemnité conventionnelle de licenciement, acompte ou avance, frais de formation), un certain nombre de tempéraments doivent être respectés[650]. Parmi ceux-ci, certains sont ***communs*** aux tempéraments apportés à la licéité de la condition suspensive (**a**), d'autres sont ***propres*** à la condition résolutoire (**b**).

a. Les tempéraments communs aux deux sortes de conditions

226. Les tempéraments à la licéité de la condition suspensive sont également applicables, *mutatis mutandis,* à la licéité de la condition résolutoire :

— la protection contre les ***engagements excessifs*** (CC, art. 27, al. 2)[651]. Nous avons vu précédemment que cette protection impliquait que toute condition affectant la rémunération du salarié dût être limitée dans le temps. Une période quinquennale apparaît donc comme approchant le maximum admissible à cet égard[652]. Même en présence d'un accord, le salarié pourra invoquer l'article 27, alinéa 2, du Code civil, si les conditions d'application de cette disposition sont remplies[653]. En revanche, le salarié qui a accepté une avance sur salaire correspondant à deux ans de travail ne peut invoquer la nullité de cet accord sur le fondement de l'article 27, alinéa 2, du Code civil lorsque cet engagement ne l'a pas empêché de rapidement résilier son contrat de travail et que le droit qu'il prétend avoir de refuser d'exécuter le contrat conduirait de toute manière à la restitution du montant perçu par lui[654].

— le régime général de l'***obligation conditionnelle*** (CO, art. 156 et 157). On peut admettre l'effectivité d'une clause de remboursement uniquement lorsque le contrat de travail est résilié par le salarié pour un motif non imputable à l'employeur ou lorsque le contrat est résilié par l'employeur pour un motif imputable au salarié[655].

---

[650] Ces tempéraments doivent s'appliquer même pour ceux qui admettent qu'une clause de remboursement pèse sur une gratification ou une rémunération variable en nature (*cf. supra* n° 216). *Cf.* Christoph Senti, « Rückforderung oder Verrechnung zu viel bezahlter Leistungen durch den Arbeitgeber », *PJA* 2014. 40, soéc. p. 47.

[651] Un auteur considère que, en droit allemand, la clause de remboursement pose un problème au niveau de la liberté du travail (*Berufsfreiheit*), garantie par l'article 12 du Grundgesetz (*cf.* Friedrich Wilhelm RADÜ, *Die Konkretisierung der Berufsfreiheit im Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz,* Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1978, pp. 20 et s. et pp. 129-156).

[652] *Cf. supra* n° 179. Voir également Fadri BRUNOLD, *Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht,* Stämpfli, Berne, 2014, chapitre 5.

[653] Ici comme pour la condition suspensive, la liberté économique du travailleur semble être le fondement prépondérant : c'est en tout cas celui que retient prioritairement la doctrine allemande (Grundgesetz, art. 12 ; Erwin Salomon, « Das Ende von Sonderzahlungen mit Mischcharakter ? », *NZA* 2011. 1328).

[654] TF, 20 juin 2003, 4C.136/2002, cons. 4.2.

[655] Il s'agit d'une application par analogie de la logique de l'article 340c, alinéa 2, du Code des obligations ; Appellationsgericht-BS, 4 août 1972, *BJM* 1972. 201 (remboursement refusé en l'espèce par référence à l'article 156 du Code des obligations) ; sans la référence légale mais aboutissant à une solution sensiblement identique : BRÜHWILER, *Einzelarbeitsvertrag*, N 5 *ad* art. 322d CO ; pour une synthèse, *cf.* WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* p. 168. *Cf.*

— le principe de ***parité des délais de résiliation*** (CO, art. 335a). Il ne semble pas plus affecté en matière de condition résolutoire qu'en matière de condition suspensive[656].

— le respect du régime des ***clauses de non-concurrence*** (CO, art. 340 et s.). Nous considérons avec d'autres auteurs que les règles sur la clause de non-concurrence sont applicables par analogie : le remboursement n'est donc valable que si l'employeur avait un juste motif de licenciement et doit être limité à la durée qui aurait été retenue pour une clause de non-concurrence[657].

— le respect du régime des ***sanctions pécuniaires***. La clause résolutoire ne doit pas faire office de sanction pécuniaire sans que les conditions propres à cette institution ne soient respectées. Ce serait le cas si, comme il arrive en pratique[658], une clause d'un plan d'option supprimait le droit du salarié d'exercer ses options dès la fin du contrat de travail sans qu'aucune faute ne puisse lui être reprochée[659]. L'employeur devra donc informer clairement le salarié du grief qui est formulé contre lui et le mettre en mesure de s'en expliquer avant de constater un manquement à ses obligations contractuelles justifiant, dans une mesure proportionnée, la réduction ou la suppression de son droit d'exercer ses options[660]. Par ailleurs, le fait que le plan d'option prévoie un délai pour exercer les options à la fin des rapports de travail[661] est admissible dès lors que ce délai est raisonnable et vise à clarifier la situation juridique entre les parties.

b. Les tempéraments propres à la condition résolutoire

227. Les tempéraments propres à la condition résolutoire sont les suivants[662] : la limitation des ***sanctions en cas d'abandon d'emploi injustifié*** (CO, art. 337d) (**1°**) et le respect du régime de ***responsabilité contractuelle du salarié*** (CO, art. 321e) (**2°**). Il faudra encore traiter une règle particulière du droit du travail, qui peut avoir une incidence sur la condition résolutoire : ***l'exigibilité de toutes les créances à la fin du contrat de travail*** (CO, art. 339, al. 1er) (**3°**).

également : U. Sommer sous Obergericht-ZH, 18 novembre 2002, *DTA* 2003. 87, lequel considère qu'il n'est pas justifié de considérer un licenciement comme abusif du seul fait qu'une clause de remboursement contrevient à la bonne foi (seule la nullité de cette clause est encourue). Renonçant à se prononcer de manière définitive : DELBRÜCK, *Die Gratifikation*, p. 93.

[656] *Cf.* Raoul BUSSMANN, *Rückzahlungsklauseln bei freiwilligen Leistungen des Arbeitsgebers*, thèse, Zurich, 1977, pp. 43 et s. Voir toutefois STAEHELIN, *Zürcher Kommentar 2014,* N 4 *ad* art. 335a CO.

[657] Kantonsgericht-GR, 24 février 2012, *JAR* 2013. 487 ; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 18 *ad* art. 322d CO. *Cf.* Roger Rudolph, « Fokus Arbeitsrecht : Neuere Entwicklungen im Bonusrecht », *Trex* 2011. 92, spéc. 96.

[658] Christophe Wilhelm/Éric Bersier, « Aspects juridiques des plans d'intéressement », *ECS* 11/2001. 1075, spéc. 1080.

[659] *Cf. infra* n° 613 (régime des sanctions pécuniaires).

[660] Bien entendu, le régime sera différent en cas de plan d'investissement : *cf. infra* n° 329 et s.

[661] Voir l'exemple chez Christophe Wilhelm/Éric Bersier, « Aspects juridiques des plans d'intéressement », *ECS* 11/01. 1075, spéc. 1080.

[662] Nous ne traitons pas ici de la question spécifique de la ***répétition de l'indu***, car la rémunération faisant l'objet d'une condition résolutoire n'est pas versée par erreur. Sur la répétition de l'indu, *cf. supra* nbp 620.

1° La limitation des sanctions en cas d'abandon d'emploi injustifié

228. En cas de démission abrupte, le salarié peut être obligé à verser une indemnité égale au ***quart de son salaire mensuel*** en vertu de l'article 337d du Code des obligations, disposition de caractère impératif (CO, art. 361). En revanche, aucune pénalité ne peut être imposée au salarié qui résilie son contrat en respectant les délais contractuels ou légaux[663]. La Cour cantonale genevoise avait jugé que la clause qui ordonne le remboursement d'une rétribution précédemment versée devait être déclarée ***abusive*** au sens de l'article 2, alinéa 2, du Code civil[664], en raison de l'atteinte excessive qu'elle portait à la liberté contractuelle du salarié en l'obligeant à rester au service de son employeur, sans qu'aucune faute ne puisse lui être reprochée[665]. Ce fondement juridique nous paraît moins pertinent que celui de l'article 337d[666].

229. Le remboursement qui sanctionnerait la démission du salarié — et uniquement elle — n'est valable que si ce dernier ne respecte pas les délais contractuels ou légaux ; en outre, il ne peut dépasser le quart du salaire mensuel. Cette règle n'est selon nous pas applicable aux trois cas que nous avons identifiés comme justifiant une clause de remboursement. Nous la mentionnons ici uniquement comme garde-fou pour les auteurs qui admettraient plus largement que nous la clause de remboursement.

2° Le respect du régime de responsabilité contractuelle du salarié

230. Lorsque le salarié a commis une faute, l'employeur ne peut réclamer le remboursement de son dommage que s'il met en œuvre la responsabilité du salarié conformément à l'article 321e du Code des obligations. Une compensation ne pourra être opérée à ce titre qu'une fois la responsabilité du travailleur reconnue et le montant du préjudice établi, et non par la simple mise en œuvre d'une condition résolutoire.

3° L'exigibilité de toutes les créances à la fin du contrat de travail

231. Lorsque la relation contractuelle est terminée, l'employeur doit pouvoir exiger la totalité de la somme en remboursement (CO, art. 339). Admettre une clause de remboursement

---

[663] CAPH-GE, 12 mars 1991, *JAR* 1992. 131, cons. 5 ; Gabriel Aubert, « La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1988 », *SJ* 1989. 669.

[664] CAPH-GE, 17 mars 1988, *SJ* 1989. 666, note G. Aubert.

[665] *Cf.* Danthe, *Commentaire,* N 31 *ad* art. 322d CO.

[666] Également d'avis que l'argumentation de la Cour manque de pertinence : STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 4 *ad* art. 322d CO.

commande donc en toute hypothèse de déterminer la période de temps pendant laquelle la rémunération reste soumise à possibilité de remboursement[667].

[667] **Caveat.** La mise en œuvre d'une condition résolutoire portant sur la rémunération variable ne se produit pas sans ***conséquences fiscales***. En effet, la rémunération versée au salarié a par hypothèse été grevée d'impôts. Il faudrait envisager la restitution de la rémunération sans que le salarié ne soit pénalisé fiscalement notamment eu égard au caractère progressif du taux de l'impôt sur le revenu (sur ces questions, *cf.* Markus Reich, « Rückerstattung von übersetzten Boni und anderen Lohnzahlungen », *ASA* 80. 109).

SECTION II

LE POURBOIRE ET LE POT-DE-VIN

« Je ne suis pas un homme à vouloir rien pour rien,
Je sais quand on me sert en garder la mémoire :
Cependant, par avance, Alain, voilà pour boire,
Et voilà pour t'avoir, Georgette, un cotillon.
(Ils tendent tous deux la main et prennent l'argent.)
Ce n'est de mes bienfaits qu'un simple échantillon.
Toute la courtoisie, enfin, dont je vous presse,
C'est que je puisse voir votre belle maîtresse. »

Molière, *L'Ecole des femmes,* acte IV, scène 4

232. **Distinction.** Les rémunérations variables versées par des tiers sont ***discrétionnaires par nature*** : le tiers, généralement un client de l'employeur, n'a aucune obligation juridique de rémunérer directement le salarié. Ces rémunérations s'ajoutent au prix du service fixé par l'employeur. On en distingue deux sortes : le ***pourboire***, qui est une rémunération licite et le ***pot-de-vin****,* qui est une rétribution illicite[668].

233. **Définitions.** Le ***pourboire*** peut être considéré comme la gratification dispensée par un tiers. Juridiquement, on le définit comme la « *somme d'argent versée, non par l'employeur lui-même, mais par le tiers avec lequel le salarié est entré en relation à l'occasion de ses fonctions* »[669]. Le ***pot-de-vin*** se définit comme la prestation faite au travailleur en vue d'obtenir une contre-prestation indue ou accordée par préférence[670].

[668] L'étymologie de ces deux mots conduit à l'idée de boisson. Le pourboire, attesté en deux mots séparés dans *l'Ecole des femmes* de Molière (1662, « *voilà pour boire* », vers n° 1117), était, selon les Goncourt, une « *générosité essentiellement française* », prouvant « *l'humanité d'une nation* » (*Journal,* 1887, p. 655). Le pourboire se dit argotiquement « pourliche » et régionalement « dringuelle » (en Belgique, par déformation de l'allemand *Trinkgeld*). Le pot-de-vin, attesté dès 1483 (*Petit Robert,* édition 2012), est dit également « arrosage » ou « dessous de table ». Le mot turc « bakchich » rend tant l'idée de pourboire que celle de pot-de-vin.

[669] *Précis Dalloz* 2013, p. 912.

[670] ENGEL, *Contrats*, p. 312.

§ 1 – LA RÉMUNÉRATION LICITE : LE POURBOIRE

234. **Notion.** Lorsqu'un client choisit de verser un pourboire, c'est généralement pour exprimer la satisfaction qu'il ressent à l'égard du service qui lui a été rendu. Certains l'analysent comme une « libéralité en argent »[671]. À notre sens, le pourboire se situe quelque part entre la libéralité et l'obligation naturelle, sans être ni tout à fait l'une, ni tout à fait l'autre, ce qui en fait une institution particulière. L'effet de motivation pour l'avenir a souvent vocation à bénéficier plutôt aux prochains clients — inconnus de l'offreur de pourboire — sauf s'il est un habitué. On rencontre traditionnellement le pourboire dans les métiers de l'hôtellerie et de la restauration. Mais les cadeaux d'usage offerts par les clients à tel ou tel salarié en charge de leurs affaires, à Noël, au Nouvel an ou à l'occasion d'une affaire particulière suivront le même régime juridique que le pourboire[672].

235. **Régime.** Le pourboire ***n'est pas réglementé par la loi***[673]. Il ne peut donner lieu à une action en justice à l'encontre des clients. En revanche, il fait partie de la rémunération du salarié[674]. Cette caractéristique emporte deux conséquences :

1° Le propriétaire du pourboire est le salarié. Le salarié est fondé à conserver pour lui les sommes reçues à titre de pourboire[675]. L'obligation de restituer à l'employeur ce que le salarié reçoit dans l'exercice de son activité contractuelle (CO, art. 321b, al. 1er) n'est pas applicable au pourboire[676]. Cette solution correspond à la nature du pourboire telle que nous l'avons identifiée précédemment.

236. L'étendue de la propriété du salarié sur le pourboire va plus loin : l'employeur qui encaisse directement les pourboires a l'obligation de remettre aux salariés la part qui leur revient[677]. Lorsque le pourboire vise à remercier non pas un seul salarié, mais l'ensemble des salariés, celui qui le reçoit doit le reverser à un fonds qui en fasse bénéficier l'ensemble des salariés[678]. À notre avis, l'employeur peut imposer cette solution au titre de son pouvoir de direction (CO, art. 321d)[679].

---

[671] DUC/SUBILIA, *Droit du travail*, N 20 *ad* art. 322 CO ; DOGAN YENISEY, *La modification*, p. 117.

[672] ENGEL, *Contrats*, p. 312.

[673] Le législateur français a choisi de consacrer au pourboire un chapitre du Code du travail (art. L. 3244-1 et L. 3244-2).

[674] Le pourboire ne fait partie du salaire déterminant au sens de l'AVS que s'il représente une part importante du salaire (LAVS, art. 7, l. e ; RAVS, art. 15). Pour davantage de précision, *cf.* Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG de l'Office fédéral des assurances sociales (valables dès le 1er janvier 2013), pp. 35-36.

[675] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 61.

[676] TF, 25 janvier 2011, 4A_613/2010, *DTA* 2011. 104-108, *Employeur suisse* 2011/8. 44-45, *JAR* 2012. 125, cons. 4.2 ; AG-ZH, 23 septembre 1986, *JAR* 1988. 158 ; ENGEL, *Contrats*, p. 312 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, N 2 *ad* art. 321b CO ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, N 3 *ad* art. 321b CO ; PORTMANN, *Basler Kommentar*, N 1 *ad* art. 321b CO.

[677] Et ce, d'autant plus dans l'hypothèse où les salariés ont reçu la directive de remercier les clients qui versent les pourboires en question : Gewerbegericht-BE, 3 août 1964, *DTA* 1965, n° 1.

[678] TF, 25 janvier 2011, 4A_613/2010, *DTA* 2011. 104-108, *Employeur suisse* 2011/8. 44-45, *JAR* 2012. 125, cons. 4.2 (à propos d'une maison de retraite). Le droit anglais connaît la pratique du « ***troncmaster*** », un salarié chargé de récolter les pourboires pour les redistribuer ensuite à l'ensemble des salariés (*Annabels (Berkeley Square) Ltd & Others v. HMRC* (2009) EWCA Civ 361). *Cf.* également CEDH, 24 septembre 2002, n° 42295/98, *Nerva et autres c. Royaume-Uni* : la question posée à la Cour était de savoir si les pourboires versés par les clients au moyen de ***chèques*** ou de ***cartes de crédit*** appartenaient aux salariés, en leur qualité de serveurs, ou s'ils devenaient la propriété pleine et entière de

237. En revanche, lorsque de telles libéralités excèdent ce qui est usuel, elles entrent dans le champ d'application de l'obligation de restituer, car il faut considérer qu'elles sont destinées à l'employeur[680]. Il en va de même pour les ristournes pratiquées par des fournisseurs[681]. Une convention collective ou un contrat-type peuvent réglementer la question de manière différente[682].

238. ***2° L'employeur doit garantir le pourboire au salarié.*** Ce principe signifie que l'employeur doit réparer le dommage que subit le salarié lorsque la source des pourboires a tari, sauf pour l'employeur à prouver qu'il n'en est pas responsable. Ainsi, l'employeur qui modifierait unilatéralement les conditions de travail de telle manière que le montant des pourboires encaissés diminuât, doit compenser le préjudice subi par le salarié[683]. De plus, à moins que la question ne soit réglée par la convention collective[684], le contrat-type ou le contrat individuel applicable, les pourboires non encaissés en raison de l'absence légitime du salarié — pour vacances, accident, maladie ou autre — doivent être compensés par une indemnité[685].

---

l'employeur, qui pouvait dès lors les utiliser à sa guise. La Cour d'appel britannique et la Cour européenne des droits de l'homme ont estimé que l'employeur devenait le propriétaire des pourboires versés par chèques ou cartes de crédit et qu'il pouvait donc s'en servir pour s'acquitter de l'obligation de verser aux requérants le salaire minimum auquel ceux-ci avaient droit en vertu de la loi indépendamment des pourboires.

[679] En droit français**,** les salariés qui reçoivent directement les pourboires ne peuvent pas s'opposer à ce qu'une partie soit redistribuée aux autres catégories de « personnel en contact avec la clientèle » (Soc., 9 mai 2000, n° 98-20146, *Dr. soc.* 2000. 773, obs. Ch. Radé ; Soc., 18 juillet 2001, *RJS* 01/11, n° 1287 ; Soc., 29 septembre 2004, *Bull. civ.* V, n° 235). Dans le cas d'un casino par exemple, les « personnels en contact avec la clientèle » sont aussi bien les portiers, les hôtes d'accueil, les employés des vestiaires que les personnels des tables de jeux (Soc., 9 mai 2000, n° 98-20146, *Dr. soc.* 2000. 773, obs. Ch. Radé). En revanche, rien n'interdit qu'un accord collectif répartisse les pourboires ainsi collectés de manière différenciée selon les catégories de personnel (Diane Rousseau (dir.), *Mémo social 2010, Social pratique,* 10 avril 2010, n° 544, cahier n° 2, p. 874).

[680] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 61.

[681] TF, 23 janvier 1980, *ATF* 106 IV 257, *JT* 1982 IV 39.

[682] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 62.

[683] DUC/SUBILIA, *Droit du travail*, N 21 *ad* art. 322 CO ; DOGAN YENISEY, *La modification*, p. 117.

[684] La Convention collective pour les hôtels, restaurants et cafés exclut les pourboires du système de rémunération : *cf.* art. 9, al. 3.

[685] *Message 1967,* p. 341 ; ENGEL, *Contrats*, p. 312. Pour des précisions, *cf.* Philippe GNAEGI, *Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie,* Schulthess, Zurich, 1996, p. 73.

§ 2 – LA RÉMUNÉRATION ILLICITE : LE POT-DE-VIN[686]

239. Nous ne traiterons de la question des pots-de-vin en droit de la rémunération du travail sous la forme d'un survol, les problèmes étant nombreux. Nous tenions tout de même à consacrer le présent chapitre à ce thème, compte tenu de sa proximité avec les autres aspects traités dans cet ouvrage.

Il faut d'abord souligner qu'une promesse de pot-de-vin est ***nulle*** (CO, art. 19 et 20, LCD, art. 4a)[687], de même que le contrat de pot-de-vin lui-même[688]. En revanche, un contrat conclu suite au versement d'un pot-de-vin n'est pas forcément illicite, même s'il risque de présenter un vice du consentement (CO, art. 23 et s.) dès lors qu'il a été conclu du fait de manœuvres frauduleuses[689]. Pour autant, le corrompu ne peut être contraint de rendre le pot-de-vin à son corrupteur. Une telle solution se heurterait à la règle de l'interdiction de la répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux mœurs (CO, art. 66)[690].

240. En droit du travail[691], le salarié qui accepte de recevoir un pot-de-vin contrevient à son ***devoir de fidélité*** à l'égard de l'employeur[692]. Le fait pour le salarié de solliciter ou même

---

[686] **La dénonciation de faits de corruption.** La thématique du pot-de-vin pose, en filigrane, celle de la protection du salarié lanceur d'alerte, qui informerait son employeur ou un supérieur d'un cas de corruption. Un projet de modification de l'article 321a du Code des obligations est à l'étude : *cf.* Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de révision partielle du code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur), 2009, document disponible sur admin.ch. L'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) vient, dans un récent rapport, de souligner la carence de la Suisse en la matière et de l'encourager à se doter d'un dispositif de protection juridique des lanceurs d'alerte : Rapport du 12 janvier 2012 (un résumé figure sur le site de l'administration fédérale : admin.ch). *Cf.* le site internet de l'OCDE : ocde.org. Sur la question des lanceurs d'alerte dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *cf.* Stefan Rieder, « Whistleblowing als Menschenrecht », *Jusletter* 28 novembre 2011. Sur la question des lanceurs d'alerte en droit suisse, *cf.* également : Diana IMBACH HAUMÜLLER, *Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich — ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle ?*, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2011 ; Zora Ledergerber, « Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung », *ArbR* 2005. 93 ; Isabelle Augsburger-Bucheli, « Le whistleblowing et la lutte contre la corruption », *ECS* 2009. 627 ; Carlos JAICO CARRANZA/Sébastien MICOTTI, *Whistleblowing,* Schulthess, Zurich, 2014. Sur la question de la corruption, *cf.* Mark PIETH, *Anti-Korruptions-Compliance,* Dike, Zurich/Saint-Gall, 2011. En droit français, l'article L. 1161-1 du Code du travail protège contre tout licenciement ou mesure discriminatoire le salarié qui aurait « *relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions* ».

[687] Pierre Tercier, « La corruption et le droit des contrats », *SJ* 1999 II 225-271, spéc. 227 et s. ; Christine Chappuis, « La restitution : quels moyens en droit privé ? », *Lutte contre la corruption internationale. The never ending story,* (dir. Ursula Cassani/Anne Héritier Lachat), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2011, pp. 139-171, spéc. p. 141.

[688] Pierre Tercier, « La corruption et le droit des contrats », *SJ* 1999 II 225-271, spéc. 243 et s.

[689] TF, 2 septembre 1993, *ATF* 119 II 380, cons. 4b ; TF, 21 février 2003, *ATF* 129 III 320, *JT* 2003 I 331, *SJ* 2004 I 33, cons. 5.2 ; Anne HÉRITIER, *Les pots-de-vin*, Georg, Genève, 1981, p. 143 ; Pierre Tercier, « La corruption et le droit des contrats », *SJ* 1999 II 225-271, spéc. 258 et s. ; Christine Chappuis, « La restitution : quels moyens en droit privé ? », *Lutte contre la corruption internationale. The never ending story,* (dir. Ursula Cassani/Anne Héritier Lachat), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2011, pp. 139-171, spéc. p. 142. Cependant, il n'y a pas dol au sens de l'article 28 du Code des obligations lorsque la tromperie n'a pas abouti, soit lorsque la victime du dol aurait conclu le contrat même sans la tromperie (TF, 21 février 2003, 4C.352/2002, *JT* 2003 I 331, cons. 5-6).

[690] Cet article consacre l'adage *in pari turpitudine melior est causa possidentis*. Il ne s'applique que si la prestation dont la restitution est demandée était destinée à provoquer ou à rémunérer un comportement illicite ou immoral (*cf.* TF, 12 juin 2008, 4A_16/2008, *ATF* 134 III 438, *SJ* 2009 I 77, cons. 3.2).

[691] Pour une liste des conventions internationales visant à lutter contre la corruption, voir Pierre Tercier, « La corruption et le droit des contrats », *SJ* 1999 II 225-271, spéc. 234 et s. Pour la mise en place d'un programme anti-corruption par l'entreprise, *cf.* Jean-Pierre Méan, « Les principes de conduite des affaires pour contrer la corruption », *ECS* 2012. 231. Sur la question particulière des cadeaux d'affaires et des rémunérations versées par des tiers en droit

d'accepter un pot-de-vin constitue un juste motif de ***licenciement immédiat*** au sens de l'article 337 du Code des obligations[693], sauf si le pot-de-vin ne représente qu'un « menu présent d'usage »[694] ou un « petit cadeau »[695]. L'employeur n'a même pas besoin d'invoquer un préjudice direct pour que la confiance qu'il mettait dans le salarié soit « ruinée »[696]. En cas de doute sur le caractère licite de la rémunération discrétionnaire d'origine tierce, il appartient au travailleur, en vertu de son obligation de fidélité, d'informer son employeur[697] et de solliciter son approbation. En revanche, l'acceptation de pots-de-vin ne réalise l'infraction pénale de gestion déloyale (CP, art. 158) que si la prestation a conduit le salarié à adopter un comportement contraire aux intérêts économiques de son employeur tout en engendrant un préjudice au détriment de celui-ci. Aussi la simple violation de l'obligation de restituer, prévue dans le contrat de travail, n'est-elle pas pénalement punissable[698].

241. Le salarié est-il juridiquement obligé de ***reverser*** le pot-de-vin à son employeur ? Dans le cadre du contrat de travail, le pot-de-vin doit être restitué sur la base de l'article 321b[699]. Encore faut-il que l'employeur puisse légitimement prétendre à recevoir la somme en jeu. Autrement dit, il ne doit pas s'agir d'un cas de corruption au profit de l'entreprise elle-même. Lorsque l'employeur a connaissance du versement du pot-de-vin au salarié car cette pratique intervient en vue de favoriser la conclusion d'un contrat profitant à l'entreprise, la restitution à l'employeur peut être réduite pour faute concomitante par analogie avec l'article 44, alinéa 1er, du Code des obligations[700]. Au niveau pénal, la confiscation des sommes versées permettra le cas échéant de faire en sorte que le crime ne paie pas (CP, art. 70)[701]. Ainsi, l'entreprise qui profite directement du produit illicite provenant d'une infraction commise par un de ses employés pourra se voir ***confisquer*** la somme en question[702].

---

français, *cf.* Étienne Petit, « Cadeaux d'affaires et rémunérations versées par un tiers : des précisions sur le nouveau dispositif », *Petites affiches* 13 avril 2012. 3.

[692] CO, art. 321a, al. 1 ; Pierre Tercier, « La corruption et le droit des contrats », *SJ* 1999 II 225-271, spéc. 230 ; ENGEL, *Contrats*, p. 312. La Convention relative aux conditions de travail du personnel bancaire prévoit expressément l'interdiction pour tout salarié d'accepter des cadeaux ou de se faire accorder des avantages dans le cadre de son activité professionnelle si cela porte atteinte à son obligation de sauvegarde impartiale des intérêts selon l'article 8 de la convention ou si lui ou des proches en tirent des avantages directs ou indirects (art. 9).

[693] TF, 4 octobre 1966, *ATF* 92 II 184, cons. 5 ; TF, 12 mars 1986, 4 C 615/85 ; TF, 2 décembre 1997, *ATF* 124 III 25, *JT* 1998 I 127, cons. 3b ; BRÜHWILER, *Einzelarbeitsvertrag,* N 2 *ad* art. 321a CO et N 2 *ad* art. 337 CO ; *cf.* également : VISCHER, *Der Arbeitsvertrag,* p. 161.

[694] TF, 2 décembre 1997, *ATF* 124 III 25, *JT* 1998 I 127, cons. 3b ; GEISER/MÜLLER, *Arbeitsrecht,* p. 135.

[695] TF, 26 mai 1992, *SJ* 1993. 369.

[696] TF, 4 octobre 1966, *ATF* 92 II 184, cons. 5 ; TF, 12 mars 1986, Aubert, *Huit cents arrêts* ; TF, 26 mai 1992, 4C.17/1992, *SJ* 1993. 369 ; TF, 2 décembre 1997, *ATF* 124 III 25, *JT* 1998 I 127, cons. 3b ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 24 et 25 *ad* art. 321a CO et N 22 *ad* art. 337 CO ; REHBINDER/ STÖCKLI, *Berner Kommentar*, N 4 *ad* art. 321a CO et N 9 *ad* art. 337 CO ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 5d *ad* art. 337 CO ; Bernard Schneider, « La résiliation immédiate du contrat de travail », *in Journée 1993 de droit du travail et de la sécurité sociale*, Schulthess, Zurich, 1994, p. 62 ; Anne HÉRITIER, *Les pots-de-vin*, Georg, Genève 1981, pp. 170-171.

[697] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 61.

[698] TF, 8 janvier 2003, 6S.712/2000, *ATF* 129 IV 124, cons. 4.1.

[699] Pierre Tercier, « La corruption et le droit des contrats », *SJ* 1999 II 225-271, spéc. 254 ; Christine Chappuis, « La restitution : quels moyens en droit privé ? », *Lutte contre la corruption internationale. The never ending story,* (dir. Ursula Cassani/Anne Héritier Lachat), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2011, pp. 139-171, spéc. p. 149.

[700] Christine Chappuis, « La restitution : quels moyens en droit privé ? », *Lutte contre la corruption internationale. The never ending story,* (dir. Ursula Cassani/Anne Héritier Lachat), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2011, pp. 139-171, spéc. p. 152.

[701] Christine Chappuis, « La restitution : quels moyens en droit privé ? », *Lutte contre la corruption internationale. The never ending story,* (dir. Ursula Cassani/Anne Héritier Lachat), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2011, pp. 139-171, spéc. p. 151-152.

[702] Pour des arrêts récents : TF, 24 février 2006, 6S.298/2005, *SJ* 2006 I 461, cons. 4.1 ; TF, 8 septembre 2011, 6B_80/2011, cons. 4.2 ; TF, 10 septembre 2012, 1B_365/2012, *SJ* 2013 I 13, note B. Bertossa, cons. 3.2 ; Madeleine

242. Savoir si l'on se trouve en présence d'un cas de corruption n'est pas toujours aisé : dans une affaire, un salarié avait acquis, sans le dire à son employeur, une entreprise de service dont il était devenu l'actionnaire unique et avait fait en sorte, par le subterfuge du recours à un homme de paille, que son employeur fasse appel aux services de cette entreprise. Il avait ensuite reçu un bonus évalué à 85 % des projets dont il s'était occupé. L'employeur ayant émis une prétention en dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité contractuelle du salarié (CO, art. 321e), le Tribunal fédéral reconnut la violation du devoir de fidélité, mais nia tout dommage car les prestations de la société correspondaient à leur valeur réelle[703]. L'employeur n'avait pas subi de perte en recourant aux services de la société dont le salarié était propriétaire. De plus, il ne pouvait réclamer de remise du gain sur le fondement de l'article 423 du Code des obligations car, selon les juges, aucun acte de gestion du salarié n'avait porté atteinte à des droits protégés de l'employeur[704].

Hirsig-Vouilloz, « Le nouveau droit suisse de la confiscation pénale et de la créance compensatrice », *PJA* 2007. 1376, spéc. 1384.

[703] TF, 4 décembre 2007, 4A_310/2007, cons. 6.

[704] TF, 4 décembre 2007, 4A_310/2007, cons. 7.2. Pour une appréciation critique de cet arrêt, voir Christine Chappuis, « La restitution : quels moyens en droit privé ? », *Lutte contre la corruption internationale. The never ending story,* (dir. Ursula Cassani/Anne Héritier Lachat), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2011, pp. 139-171, spéc. pp. 155-158.

SECTION III

TROIS NOTIONS AUX CONTOURS INCERTAINS

Il est naturel que la rémunération variable, née au sein de l'entreprise avant d'entrer dans la loi, factuelle avant d'être juridique, soit parfois désignée par des termes dont certains n'ont jamais connu de consécration légale. D'ailleurs, force est de constater qu'aux termes juridiques, la ***pratique*** préfère souvent des termes du langage courant qui ne sont pas inscrits dans la loi : ceux de « bonus » et de « prime ». Or l'un des principaux défis juridiques des rémunérations variables réside dans la ***qualification juridique*** de l'élément de rémunération concerné. Il importe donc de distinguer ce qui relève du langage courant des notions proprement juridiques.

§ 1 – LE BONUS

244. Dans le langage courant, le terme « bonus » est souvent employé pour désigner, de manière très large et souvent vague, tout ce qui n'est pas du salaire fixe[705]. Des variations sur le sens exact du terme « bonus » existeraient en fonction des régions linguistiques de Suisse[706]. Le droit légal du travail, pour sa part, ne contient aucune disposition qui définisse le « bonus » ou en traite de façon spécifique[707]. CRAMER a proposé de définir le bonus comme une somme venant s'ajouter au salaire fixe, dont le principe d'octroi et le montant relèvent soit de la décision de l'employeur — décision libre ou limitée par la convention des parties —, soit d'un droit pour le salarié lorsque certaines conditions prévues se réalisent[708], définition que l'on peut rapprocher de celle qu'utilise la FINMA

[705] Pascal Zysset, « Aktienrechtliche Aspekte von Bonuszahlungen an Verwaltungsräte », *Jusletter* 19 avril 2010, N 6 ; Hans Ueli SCHÜRER, *Arbeit und Recht,* Verlag SKV, Zurich, 11e éd., 2011, pp. 92-93.

[706] Selon Pascal Zysset, le terme « bonus » serait plutôt synonyme de « gratification » en Suisse romande, alors qu'il correspondrait plutôt à l'idée de « salaire variable » en Suisse allemande : Pascal Zysset, « Aktienrechtliche Aspekte von Bonuszahlungen an Verwaltungsräte », *Jusletter* 19 avril 2010, note n° 21.

[707] TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, cons. 4.1 ; TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.1.2 ; CAPH-GE, 5 février 2009, CAPH/21/2009, cons. 2.1 ; CAPH-GE, 26 novembre 2009, CAPH/167/2009, cons. 3a ; TC-VD, 14 novembre 2011, *JAR* 2012. 543, cons. III a ; Thomas Geiser, « Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn », *PJA* 2001. 382, spéc. 383 ; Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 64 ; CRAMER, *Der Bonus*, p. 1 ; Roger Rudolph, « Fokus Arbeitsrecht : Neuere Entwicklungen im Bonusrecht », *Trex* 2011. 92 ; Christoph Senti, « Leistungslohn oder Gratifikation ? Stand der Diskussion und Versuch eines systematischen Ansatzes », *DTA* 2011. 1, spéc. 3 ; GEISER/MÜLLER, *Arbeitsrecht*, p. 151 ; HIRSIGER, *Zielvereinbarung,* p. 167 ; Gili Fridland Svensson/Barbara Meyer, « Spitzenboni », *ECS* 3/14. 214.

[708] CRAMER, *Der Bonus,* p. 6 : « *Der Bonus [ist] eine zu einem festen Lohn hinzukommende Vergütung der Arbeitgeberin an den Arbeitnehmer […], deren Ausrichtung oder Höhe nach der Parteivereinbarungen im freien oder eingeschränkten Ermessen der Arbeitgeberin stehen oder aber beim Eintritt vereinbarter Bedingungen ohne weiteres*

pour qualifier la « rémunération variable » en général[709] (la FINMA crée une notion autonome mêlant des éléments de rémunération obligatoire et de gratification)[710].

245. Du point de vue juridique, la définition du bonus ne présente pas d'intérêt spécifique et le Tribunal fédéral ne s'est pas risqué à l'exercice. En effet, quelle que soit la définition retenue, le « bonus » n'en reste pas moins une simple ***dénomination factuelle***[711]. Il conviendra toujours de ***qualifier en droit*** l'élément concerné : en fonction des caractéristiques identifiées, le « bonus » sera qualifié soit de rémunération discrétionnaire (gratification bénévole ou contractuelle), soit de rémunération obligatoire[712]. Il sera même parfois nécessaire de décomposer la rémunération qualifiée de bonus et de répartir chacun de ses éléments dans les différentes catégories juridiques de rémunérations variables. Vouloir soumettre toutes les rémunérations qualifiées de « bonus » au régime de la gratification reviendrait à commettre une erreur[713] et confondre dénomination factuelle et qualification juridique.

§ 2 – LES PRIMES

246. Le terme de « prime » connaît le même succès populaire que celui de « bonus »[714]. Largement utilisée dans le langage commun, alors qu'elle ne figure pas dans la loi, la

---

geschuldet sein soll […]. » MEIER avait précédemment proposé une autre définition : « *Der Bonus ist ein vertraglich als freiwillig bezeichneter, vom Arbeitgeber subjektiv und einsitig bestimmter zusätzlicher Erfolgslohn, der einen wesentlichen Bestandteil des festen Grundlohnes ausmacht, mindestens jedoch die Höhe eines Monatslohnes übersteigt.* » (Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 67). *Cf.* également Hans-Peter Egli, « Les bonus vus sous l'angle juridique », *Employeur suisse* 26 février 2009. 39, lequel propose une traduction en français de la définition de CRAMER différente de la nôtre : « *Le bonus est une rémunération versée par l'employeur à l'employé en plus de son salaire fixe. Son paiement ou son importance est laissée à l'appréciation plus ou moins libre de l'employeur en vertu de l'accord passé entre les parties. Ce bonus pourra aussi être dû simplement du fait de la survenance des conditions arrêtées d'un commun accord.* »

[709] Circulaire du 29 octobre 2009, « Normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers », Circ.-FINMA 10/1, N 12 : « *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 et les commissions. Les indemnités à l'engagement et les indemnités de départ sont aussi définies comme rémunération variable.* »

[710] Alexandre Richa/David Raedler, « Le "bonus" soumis à une condition objective », *GesKR* 2012. 524, spéc. 535.

[711] Le Tribunal fédéral semble parfois démissionnaire et se contente du terme de bonus y compris dans ses considérants en droit : *cf.* TF, 20 décembre 2011, 4A_705/2011, *DTA* 2012. 161, *JAR* 2012. 402.

[712] *Cf.* TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, cons. 4.1 ; TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.1.2 ; TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 3 ; Arbeitsgericht-ZH, 28 avril 2000, *JAR* 2001. 198, *PJA* 2000. 1293, note N. Vögeli Galli, *SARB-Rechtsprechung* 2001, n° 182 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 6 *ad* art. 322d CO ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 2 *ad* art. 322d CO.

[713] *Cf.* Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 72-73, lequel indiquait alors que le bonus est plus proche de la participation aux résultats que de la gratification : « *Der Bonus liegt näher bei der Gewinnbeteilignung als bei der Gratifikation.* »

[714] La prime partage en outre avec le bonus la caractéristique d'être un mot d'origine latine, mais introduit dans la langue française par contamination de l'anglais. Le mot « prime » est une francisation, datant du début du XVIIe siècle, du mot latin « *praemium* », passé dans la langue anglaise sous la forme « *premium* ». Le sens initial du terme en français est celui de la somme payée à une compagnie d'assurance par un assuré. Le sens de « rémunération d'un service » est

prime recouvre des réalités variées[715]. Elle peut être utilisée tout simplement comme ***synonyme de bonus***, pour désigner un supplément de rémunération, quelle que soit sa forme. On parlera par exemple de « prime annuelle », laquelle pourra tout aussi bien être une gratification[716] qu'une rémunération sur objectifs[717].

247. Prise dans un sens plus précis, la prime désigne une ***rémunération forfaitaire qui vient compléter le salaire de base***. Elle doit être distinguée du remboursement des frais[718]. Nous distinguons deux cas de figure.

248. D'une part, la prime peut être liée à la ***situation*** dans laquelle travaille le salarié : ce sont les ***primes dites de sujétion***, théoriquement destinées à compenser certaines sujétions particulières auxquelles un travailleur est soumis dans l'exécution de son travail (prime accordée en cas de travail de nuit, le dimanche, en équipe, en extérieur, prime de salissure, etc.)[719]. Le paiement de ce genre de primes ne dispense pas l'employeur du respect de son obligation de sécurité et de protection de la personnalité du travailleur (CO, art. 328, Tr, art. 6, LAA, art. 82)[720].

249. D'autre part, elle peut être liée à la ***personne*** du salarié (prime de mariage, de naissance, etc.) ou à ses ***liens avec l'entreprise***, comme c'est le cas pour les ***primes d'ancienneté*** et les ***primes d'accueil et de départ***[721].

— La ***prime d'ancienneté*** est un montant versé au salarié en sus de son salaire de base, qui varie en fonction de l'ancienneté du salarié au sein de l'entreprise[722]. Elle a une fonction manifeste de fidélisation du salarié, si bien qu'elle est parfois appelée « prime de fidélité ». Elle peut être prévue par la convention collective ou le contrat-type ou bien logée dans le contrat de travail, voire dans un réèglement interne[723], soit sous la forme d'un montant forfaitaire (X francs après N années de service), soit sous la forme d'un pourcentage du

---

bien attesté dès la moitié du XVIII[e] siècle (*TLFI*). Quant au terme « bonus », il est arrivé en francophonie par le Canada dans les années 1930 (*TLFI*).

[715] Pour une tentative de présentation systématique des différences sortes de primes, *cf.* Christoph Senti, « Zulagen, Zuschläge und 13. Monatslohn », *PJA* 2006. 289, spéc. 293 et 300.

[716] *Cf. supra* n° 50 et s.

[717] *Cf. infra* n° 266 et s.

[718] TF, 10 juin 1993, *SJ* 1995. 781 (frais de représentation constituant un élément déguisé, pour des raisons fiscales, du salaire) ; TF, 27 avril 2011, 4A_89/2011, *JAR* 2012. 201, cons. 6 : « *Les indemnités mensuelles de repas et de frais de représentation sont des prestations distinctes du salaire.* » Ces indemnités ne sont pas versées pendant les périodes d'incapacité de travail ni dans celles où le travailleur est libéré de l'obligation de travailler et on doit imputer sur le salaire ce qu'il épargne par suite de son inactivité.

[719] *Cf.* VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, p. 100 ; Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 64. Pour un conflit d'interprétation portant sur la cause d'une « indemnité pour inconvénient de service », voir TF, 11 septembre 2012, 4A_268/2012, cons. 4.2.

La justice belge s'est demandée comment ***distinguer la prime de sujétion de la gratification*** : CCass. belge, 5 janvier 2009, S.08.0064.N : « *Il suit toutefois de la notion de rémunération visée à la loi du 12 avril 1965 que seul l'avantage accordé à l'occasion de la résiliation du contrat de travail, d'une interruption de travail ou de circonstances particulières, telles qu'une marque personnelle de sympathie ou de considération de la part de l'employeur ou un événement particulier dans la vie privée ou familiale du travailleur, mais non l'avantage accordé en raison du travail effectué en exécution du contrat de travail et, en conséquence, découlant de l'occupation, peut être considéré comme une gratification.* » (cons. 6)

[720] La même règle vaut en droit français : C. trav., art. L. 4122-2 ; Alain COEURET/Bernard GAURIAU/Michel MINÉ, *Droit du travail,* Sirey, Paris, 2[e] éd., 2009, p. 525.

[721] Pour un panorama des différentes prestations sociales de l'entreprise en faveur de ses salariés, *cf.* Jakob ROOST, *Freiwillige Sozialleistungen — Bedeutung, Arten und Ausgestaltung,* Stämpfli, Berne, 1979.

[722] Pour une définition similaire, *cf.* Jürg Emil EGLI, *L'Indemnité de départ dans le contrat de travail,* Juris Druck + Verlag, Zurich, 1979, p. 43. On peut imaginer une prime d'ancienneté liée non pas à un contrat déterminé mais à la carrière d'employé. Une telle prime supposerait la portabilité des droits du salarié d'un contrat de travail à l'autre. Elle n'est prévue à titre impératif que dans l'hypothèse d'un transfert d'entreprise (CO, art. 333).

[723] TF, 5 septembre 2003, 4C.129/2003, cons. 5.

salaire annuel. Le montant forfaitaire ou le pourcentage augmentent souvent proportionnellement à l'ancienneté. La prime d'ancienneté est généralement versée annuellement. Le régime de cette prime devra être déterminé juridiquement : il peut en effet s'agir d'une rémunération variable discrétionnaire ou d'une rémunération variable obligatoire si elle est instaurée par une source d'obligation (contrat, convention collective, *etc*.)[724]. En cas de départ du salarié au cours de la période de calcul, elle est due *pro rata temporis* dès lors qu'elle présente un caractère obligatoire. Les absences du salarié pour causes légitimes (maladie, accident, maternité, service national, accomplissement d'un mandat syndical) ne suspendent généralement pas le décompte de l'ancienneté dès lors qu'elles se limitent à une durée raisonnable, en tout cas inférieure à une année[725].

250. — Les ***primes d'accueil*** (*golden hellos* ou *signing bonuses*)[726] et les ***primes de départ*** ou « parachutes dorés » (*golden parachutes* ou *early retirement bonuses*)[727] sont elles aussi versées à un moment précis de l'histoire de la relation contractuelle entre le salarié et l'employeur : la conclusion du contrat ou sa dissolution. Comme pour la prime d'ancienneté, il conviendra de classer les primes d'accueil et de départ dans l'une ou l'autre des catégories de rémunérations variables, en fonction des critères qui les caractérisent dans chaque cas d'espèce[728]. La volonté des parties à l'égard de la prime sera interprétée selon le principe de confiance[729].

251. En particulier, le Tribunal fédéral s'est demandé si une ***indemnité conventionnelle de licenciement*** pouvait être assimilée à une gratification ; il a toutefois laissé cette question ouverte, dans deux espèces distinctes[730]. Selon nous, l'indemnité de licenciement sera considérée en fonction des circonstances comme une gratification bénévole, une gratification contractuelle ou une rémunération obligatoire[731].

252. Dans la catégorie des indemnités ou primes d'accueil, on peut inclure ***les frais de déménagement*** préalables à une prise d'emploi et pris en charge par l'employeur. Ces frais ne faisant pas partie des dépenses visées à l'article 327a du Code des obligations[732], l'employeur n'en est redevable que s'il a accepté de les prendre en charge[733].

253. **FINMA.** Pour les entreprises qui y sont soumises, la ***circulaire 2010/1 de la FINMA*** sur les normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers prévoit à son § 47 que « *des indemnités à l'engagement ou des indemnités de départ ne*

---

[724] *Cf. supra* n° 51 et s.

[725] Pour une condition de présence liée à une prime d'ancienneté, *cf. infra* n° 250.

[726] Cette sorte de rémunération vise généralement à compenser la perte de la gratification que l'employé s'attendait à percevoir s'il était resté dans son précédent emploi (TF, 1er avril 2005, 4C.467/2005, cons. 2 ; Julien Waeber, « Circulaire FINMA 2010/1 sur les systèmes de rémunération : des obstacles en droit civil? », *RSDA* 2012. 119, spéc. p. 129 ; Alexandre Richa/David Raedler, « Le "bonus" soumis à une condition objective », *GesKR* 2012. 524, spéc. 525).

[727] *Cf.* BÄCHLER, *Vergütungen*, pp. 121-122.

[728] Si la prime est qualifiée de gratification, elle pourra être soumise à des conditions selon le régime exposé *supra* n° 164 et s. Pour un exemple : TF, 28 février 2013, 4A_610/2012. *Cf.* également : TF, 4 septembre 2013, 4A_219/2013, cons. 3.1.

[729] Lorsque le travailleur négocie une prime pour son engagement, il ne peut croire de bonne foi que cette prime lui est également promise pour les années suivantes : TF, 17 mai 2013, 4A_447/2012, cons. 2.3.

[730] TF, 6 avril 2005, 4C.473/2004, cons. 3.2 ; TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.1.

[731] *Cf.* pour le principe mais sans qu'il en soit fait application en l'espèce : TF, 6 avril 2005, 4C.473/2004, cons. 3.2. Sur ces différentes notions, *cf. supra* n° 88.

[732] REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 4 *ad* art. 327a CO.

[733] Arbeitsgericht-ZH, 6 juillet 1982, *JAR* 1983. 153. L'employeur en sera également redevable s'il a invité un salarié à prendre un emploi entraînant un déménagement spécifique tout en ayant dès l'origine l'intention de ne pas respecter les termes du contrat (CAPH-GE, 6 mars 1987, IX/564/86, cons. 6 ; *cf.* STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, N 7 *ad* art. 327a CO). Pour une condition résolutoire affectant le remboursement des frais de déménagement, *cf. supra* n° 223.

seront versées que dans des cas motivés », qui seront déterminés par le règlement de rémunération de l'entreprise ; en outre, ces indemnités devront obtenir l'agrément du conseil d'administration de la société à partir d'un montant déterminé[734].

254. Du point de vue du droit du travail, ***ces limitations doivent selon nous être contractualisées*** en même temps qu'est prévu le principe d'octroi de ces primes. Si tel n'était pas le cas, le salarié pourrait être tenté de réclamer la prime d'accueil ou de départ même si les conditions et la procédure spéciale d'octroi de ces primes voulue par l'autorité de surveillance n'ont pas été respectées[735].

255. On pourrait certes envisager de considérer la clause prévoyant de verser l'indemnité sans respect des conditions et de la procédure spéciale voulue par la FINMA comme ***nulle*** au sens des articles 19 et 20 du Code des obligations. Mais pour ce faire, il faudrait identifier une illicéité ou une atteinte à l'ordre public ou aux mœurs[736] ; l'exigence d'une activité irréprochable ancrée à l'article 3 de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne pourrait servir de fondement à cet égard. Toutefois, une telle construction n'est pas évidente à échafauder juridiquement, en raison de la jurisprudence selon laquelle le défaut de l'autorisation exigée par le droit public pour la validité d'un contrat de travail (par exemple pour l'embauche d'un travailleur étranger)[737] n'entraîne pas à lui seul la nullité de ce contrat[738]. Si le contrat de travail est valable nonobstant l'absence d'autorisation de travail, la clause prévoyant une prime pourrait être valable nonobstant le non-respect de la procédure prévue par la réglementation de la FINMA.

256. Il est en outre malaisé de déterminer si la circulaire de la FINMA peut valablement ***s'adresser aux salariés eux-mêmes***. En effet, si les § 4 à 9 précisent que la circulaire s'applique aux établissements financiers qu'elle vise, le § 10 indique que la circulaire « concerne » toutes les personnes qu'un rapport de travail lie à un établissement financier, « y compris celles chargées de la gestion de l'établissement (direction) ». La mise en œuvre prévue par la circulaire indique que la FINMA se réserve le droit de limiter le versement de rémunérations variables dans la mesure où celles-ci compromettent nettement les objectifs en termes de capitaux (§ 79). La sanction semble donc être indirecte. En toute hypothèse, les circulaires de la FINMA ne sont pas des actes législatifs (au sens de dispositions générales et abstraites d'application directe)[739] : lorsqu'un assujetti estime qu'une circulaire est contraire au droit ou inappropriée dans un cas concret d'application, il peut en contester l'applicabilité devant les tribunaux[740]. La FINMA

---

[734] Sur la genèse de cette circulaire, *cf.* BÄCHLER, *Vergütungen*, pp. 5 et s.

[735] Pour le report de l'échéance de la prime de départ au-delà de la date de la fin du contrat, *cf. infra* n° 494 et s.

[736] À propos de dispositions de droit public cantonal, *cf.* TF, 18 février 1976, *ATF* 102 Ia 372 (droit du bail) ; *cf.* également TF, 30 mars 1954, *ATF* 80 II 49, *JT* 1954 I 581, cons. 3 : « *La violation de dispositions étrangères en matière de devises ne constitue pas une atteinte aux moeurs.* » *Cf.* également, Olivier Guillod/Gabrielle Steffen, « Art. 19-20 », *Code des obligations I,* Helbing & Lichtenhahn, « Commentaire romand » (édit. Luc Thévenoz/Franz Werro), Genève, 2e éd., 2012, N 60 et s. De plus, la violation de la norme de droit public doit, en principe, être importante ou la sanction de la nullité expressément prévue par la loi (TF, 21 juin 1988, *ATF* 114 II 279, *JT* 1988 I 537, *SJ* 1988. 609, cons. 2a ; Pascal Mahon/Eloi Jeannerat, « Art. 342 », *Commentaire du contrat de travail* (édit. Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon), Stämpfli, Berne, 2013, N 23 *ad* art. 342 CO). À défaut, seule la voie de la nullité partielle pourra être retenue (CO, art. 20, al. 2).

[737] TF, 16 décembre 2008, 4A_319/2008, *ATF* 135 III 162, *JT* 2009 I 500, *SJ* 2009 I 313, consd. 3.2.

[738] *Cf.* TF, 21 juin 1988, *ATF* 114 II 279, *JT* 1988 I 537, *SJ* 1988. 609 ; TF, 8 mai 1996, *ATF* 122 III 110, *JT* 1996 I 618. Voir également la notion de « nullité flexible », où la nullité doit être décidée au cas par cas de sorte à ce qu'elle soit véritablement appropriée à l'effet qu'elle combat : Olivier Guillod/Gabrielle Steffen, « Art. 19-20 », *Code des obligations I,* Helbing & Lichtenhahn, « Commentaire romand » (édit. Luc Thévenoz/Franz Werro), Genève, 2e éd., 2012, N 97-100.

[739] STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 2 *ad* art. 322d CO.

[740] Message concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, 1er février 2006, *FF* 2006. 2741, spéc. p. 2773.

pourrait décider de prononcer une sanction ou une mesure à l'égard du salarié lui-même, par exemple sur le fondement de l'article 35 de la loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers. Ceci devrait globalement dissuader un employé de réclamer un élément de rémunération contraire à la circulaire.

257. ***L'article 342*** du Code des obligations ne permet pas non plus d'atteindre un résultat satisfaisant puisqu'il ne traite pas des effets dirimants ou destructeurs des prescriptions de droit public, lesquels sont exclusivement réglés par les articles 19 et 20[741]. D'ailleurs, la *ratio legis* de la justiciabilité civile du droit de protection des travailleurs consacrée à l'alinéa 2 de l'article 342 est d'octroyer au travailleur un moyen de pression pour obtenir que l'employeur respecte les obligations de droit public qui lui incombent[742]. Dans l'hypothèse de la prime d'accueil ou de départ, le salarié n'a aucun intérêt financier à se prévaloir de cette norme.

258. L'employeur aura donc tout intérêt à reporter ses obligations administratives dans le contrat de travail lui-même sans quoi il ne pourra que difficilement s'en prévaloir à l'égard du salarié.

§ 3 – LE TREIZIÈME SALAIRE

259. Il importe également d'étudier une institution juridique voisine, qui n'est pas une rémunération variable au sens propre : le treizième salaire. La confusion naît de ce que certaines rémunérations discrétionnaires présentent un montant équivalant à un mois de salaire. Mais le treizième salaire, au sens strict, n'est rien d'autre qu'une ***rémunération forfaitaire à échéance différée***[743] : il est plus clair, selon nous, de réserver la dénomination « treizième salaire » à la rétribution dont le montant et l'échéance inconditionnelle sont fixés, à l'avance, par une source d'obligation[744]. Le treizième salaire est donc la rémunération fixe dont la créance naît à la fin de chaque mois de travail[745] mais dont

[741] *Message 1967*, p. 414 ; Pascal Mahon/Eloi Jeannerat, « Art. 342 », *Commentaire du contrat de travail* (édit. Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon), Stämpfli, Berne, 2013, N 4 *ad* art. 342 CO.

[742] *Message 1967*, p. 415 ; Pascal Mahon/Eloi Jeannerat, « Art. 342 », *Commentaire du contrat de travail* (édit. Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon), Stämpfli, Berne, 2013, N 19 *ad* art. 342 CO.

[743] CAPH-GE, 13 avril 2000, *JAR* 2001. 208. Sur la notion d'échéance différée, *cf.* TF, 28 février 2006, 4C.426/2005, cons. 5.2 ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008, cons. 5.1. Pour un cas où le Tribunal fédéral applique l'adjectif « différé » à une rémunération variable obligatoire, *cf.* TF, 1er novembre 2012, 4A_400/2012.

[744] *Cf.* TF, 1er novembre 1983, *ATF* 109 II 447, *JT* 1984 I 222, *SJ* 1984. 448, *JAR* 1985. 141, *Quatre cents arrêts*, n° 105, cons. 5c ; TF, 11 octobre 1994, 4C.47/1994, *JAR* 1995. 102, cons. 2 ; TF, 6 décembre 1995, 4C.359/1995, *JAR* 1997. 124, cons. 2a ; TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 1.2.1 ; CAPH-GE, 13 avril 2000, *JAR* 2001. 208 ; Christoph Senti, « Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation », *PJA* 2002. 669, spéc. 670 et 677 ; Christoph Senti, « Zulagen, Zuschläge und 13. Monatslohn », *PJA* 2006. 289, spéc. 291 ; Thomas Geiser, « Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn », *PJA* 2001. 382, spéc. 390 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, N. 6 *ad* Art. 322d CO.

[745] *Cf. infra* n° 495.

l'échéance est différée à la fin du semestre ou de l'année[746]. Il s'agit d'une exception, admise par la jurisprudence, à la règle légale d'exigibilité mensuelle des rémunérations (CO, art. 323, al. 1er)[747]. La règle de l'exigibilité de toutes les créances à la fin du contrat (CO, art. 339, al. 1er) reste toutefois applicable au treizième salaire.

260. **Nature et régime.** Le treizième salaire présente un avantage pour l'employeur : il revient à différer l'échéance d'une rémunération fixe (l'employeur conserve du coup l'*usus* et le *fructus* de la somme à payer pendant toute la période de report)[748]. Bien souvent, les litiges ont roulé sur le point de savoir si le treizième salaire relevait de l'obligatoire ou du discrétionnaire[749]. Mais le treizième salaire n'est pas une notion légale. S'il figure dans un certain nombre de conventions collectives[750], ses contours ne sont pas définis de manière impérative : il équivaut en général à un mois de salaire fixe et il est versé à un ou parfois deux moments dans l'année (avec les paies de juin et décembre par exemple). La part de salaire fixe différée peut même être plus importante qu'un mois de salaire ; on parle dans la pratique de « quatorzième », voire de « quinzième salaire », ce qui ne change rien à la qualification juridique. En définitive, le treizième salaire relève du régime général du salaire fixe[751] et il suit le sort du salaire de base. Ainsi, lorsque les relations contractuelles ne s'étendent pas sur l'année complète, le treizième salaire est obligatoirement dû *pro rata temporis*[752], c'est-à-dire « *en proportion de la durée de l'engagement courue pendant la dernière année de service* »[753]. En cas d'empêchement prolongé du salarié, le treizième salaire sera réduit dans les mêmes proportions que le salaire de base : il ne sera donc pas dû *pro rata temporis* lorsque le salarié ne peut plus prétendre au maintien de son salaire en application des articles 324a et 324b du Code des obligations[754].

261. **Qualification.** On le voit, le versement d'un treizième salaire est, en soi, totalement indépendant du versement d'une rémunération variable. En particulier, le treizième salaire n'exclut pas le versement d'une gratification, il ne l'implique pas non plus. La rédaction de certains contrats tend à insinuer que le treizième salaire est une « prime » ou que son versement est lié à celui d'une « gratification » ; mais ceci ne présente aucun caractère de nécessité juridique. Le régime du treizième salaire s'appliquera dès lors que la qualification de treizième salaire est acquise[755].

262. Un problème d'***interprétation*** de la volonté des parties se pose parfois : il est généralement admis que des expressions, observées en pratique, telles que « treizième mois à titre de gratification », « une gratification équivalant à un treizième salaire », « une allocation de fin d'année équivalant à un treizième salaire », signifient que les parties conviennent d'un

---

[746] On verra plus loin que cette distinction a son importance en matière de privilège de la rémunération en cas de faillite de l'employeur ; *cf. infra* n° 536 et s.

[747] *Cf. infra* n° 494 et s.

[748] Le treizième salaire pouvait également se révéler avantageux pour des questions fiscales, du fait qu'il est versé en fin d'année, ce qui permet de l'affecter au paiement de l'impôt sur le revenu.

[749] *Cf.* par exemple : Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 21 juillet 1978, *JAR* 1980. 193 ; Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 28 août 1980, *JAR* 1981. 252.

[750] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 94 ; *cf.* par exemple la Convention relative aux conditions de travail du personnel bancaire, art. 23.

[751] TF, 17 novembre 1994, *JAR* 1995. 112, *SJ* 1995. 784 ; Cour de cassation civile-NE, 19 décembre 2000, *RJN* 2000. 103, cons. 4c.

[752] TF, 1er novembre 1983, *ATF* 109 II 447, *JT* 1984 I 222, *SJ* 1984. 448, *JAR* 1985. 141, *Quatre cents arrêts*, n° 105, cons. 5c ; TF, 6 décembre 1995, *JAR* 1997. 124 ; Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 9 février 1979, *JAR* 1981. 253 ; TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 510.

[753] DUC/SUBILIA, *Droit du travail*, N 4 *ad* art. 322d CO.

[754] TF, 17 novembre 1994, *JAR* 1995. 112, *SJ* 1995. 784.

[755] Il en va de même en droit allemand : voir Günter SCHAUB/Ulrich KOCH/Rüdiger LINCK *et alii, Arbeitsrechts-Handbuch,* Beck, Munich, 2011, N 4-5 *ad* § 78.

treizième salaire, qui devra être versé à la fin de l'année[756]. La jurisprudence rappelle d'ailleurs à cet égard le principe *in dubio contra stipulatorem* : une clause peu claire s'interprète en défaveur de celui qui l'a rédigée, soit généralement en faveur du travailleur[757]. Une gratification initialement discrétionnaire peut même être requalifiée en treizième salaire dès lors que les critères de la requalification d'une gratification discrétionnaire en ***rémunération obligatoire*** sont réunis[758]. Le treizième salaire peut également prendre la forme d'une ***gratification contractuelle***. Dans cette hypothèse, l'employeur promet au salarié une rémunération supplémentaire, d'un montant équivalant à un mois de salaire. Il peut toutefois subordonner le paiement de cet élément de rémunération à des conditions[759]. Le régime de la gratification contractuelle conditionnelle est alors applicable[760]. Il est intéressant de noter que le régime du treizième salaire est parfois prévu par la convention collective qui instaure cette rémunération[761].

263. **Le calcul du treizième salaire en présence d'une rémunération variable.** Le treizième salaire est, par nature, forfaitaire et non variable. Cependant, la question de la variabilité du treizième salaire se pose dès lors que le salaire mensuel varie durant l'année qui précède l'octroi du treizième salaire. ***Comment le treizième salaire sera-t-il calculé lorsque la rémunération mensuelle est variable ?*** Il faut distinguer selon que le salaire de base a évolué parce qu'il a connu une augmentation définitivement acquise durant l'année en question ou que la rémunération de base elle-même comporte une part variable.

264. Dans la première hypothèse et lorsque le treizième mois correspond à un mois de salaire, deux solutions sont envisageables. La première consiste à additionner tous les salaires mensuels versés durant l'année, à diviser cette somme par douze, et à considérer que le treizième salaire est égal au quotient de cette division[762]. C'est la solution la moins avantageuse pour le salarié. La seconde solution consiste à considérer que le treizième salaire est égal au montant du salaire mensuel le plus élevé versé au cours de l'année de référence.

265. Lorsque la rémunération de base est elle-même variable, le treizième salaire se calcule d'après la moyenne des rémunérations mensuelles[763]. Au niveau de la base de calcul toutefois, le treizième salaire est calculé à partir des salaires mensuels, et l'employeur peut choisir de tenir compte ou non des rémunérations exceptionnelles. En vertu du principe de liberté contractuelle, il est possible d'exclure contractuellement, en tout ou partie, la rémunération variable de la base de calcul du treizième salaire[764].

---

[756] TC-NE, 7 février 1987, *RJN* 1987. 55, *JAR* 1989. 243 ; CAPH-GE, 12 mars 1991, *JAR* 1992. 131 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 94.

[757] TF, 14 décembre 1994, *JAR* 1995. 214 ; TF, 6 décembre 1995, *JAR* 1997. 127.

[758] *Cf. supra* n° 84 et s.

[759] TF, 27 octobre 2004, 4C.290/2004, cons. 4.3.

[760] *Cf. supra* n°165 et s.

[761] Par exemple : art. 12 de la Convention collective nationale de travail du 6 juillet 1998 pour les hôtels, restaurants et cafés (arrêté d'extension du Conseil fédéral du 19 novembre 1998). En droit français, la Convention collective nationale de la banque du 10 janvier 2000 le prévoit en son article 39, alinéas 1 et 2.

[762] On peut aussi multiplier le montant du salaire annuel par le coefficient 0,0833 (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 94).

[763] TF, 21 février 2002, 4C.301/2001, cons. 4 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, N 3 *ad* art. 322d CO.

[764] Solution retenue par la jurisprudence française : Soc., 7 avril 2009, n° 07-45547. Il faut encore préciser que, du point de vue ***procédural***, le juge cantonal ne peut débouter le salarié de ses conclusions en paiement du treizième salaire du seul fait qu'il n'aurait pas calculé expressément le montant de ce treizième salaire : TF, 21 février 2002, 4C.301/2001, cons. 4.

CHAPITRE II

LA RÉMUNÉRATION SUR OBJECTIFS

266. La rémunération sur objectifs est une rémunération variable contractuelle dont le montant, déterminé en fonction de critères prévus à l'avance, vise à rémunérer la performance individuelle du travailleur. Ce système est dénommé de différentes manières en pratique, celle de « bonus » s'étant largement répandue depuis une dizaine d'années. Nous avons choisi de l'appeler « ***rémunération sur objectifs*** », pour souligner son caractère spécifique[765]. En effet, le terme « bonus » recouvre plusieurs réalités juridiques différentes[766]. Quant à l'expression « forme particulière de provisions arrêtées en fonction du bénéfice » utilisée par les prud'hommes genevois dans une affaire[767], elle nous paraît excessivement compliquée et maladroite.

267. ***Historiquement***, ce type de rémunération variable ne fut pas envisagé spécifiquement, ni par le législateur de 1881, ni par celui de 1911, ni par celui de 1971. Aujourd'hui, le concept de *pay for performance* s'est pourtant répandu et les éléments de rémunération dont la variabilité est fonction d'objectifs ont gagné en importance[768]. La ***pratique*** révèle une tendance à la prolifération de ce type de rémunération[769], qui concerne diverses catégories d'employés[770]. Elle est de plus en plus populaire dans les entreprises car elle

[765] Cette sorte de rémunération est parfois dénommée « *unechter Leistungslohn* » : PORTMANN/STÖCKLI, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, N 250.

[766] *Cf. supra* n° 244-245.

[767] CJ-GE, 30 mai 2012, CAPH/117/2012, cons. 3.4.

[768] Bruno S. FREY/Margrit OSTERLOH (éd.), *Managing Motivation, Wie Sie die neue Motivationsforschung für Ihr Unternehmen nutzen können*, Gabler, Wiesbaden, 2000, pp. 76 *sqq*. ; Franziska BÄCHLER, *Vergütungen*, pp. 148 *sqq*.

[769] Pour un exemple, *cf.* TF, 15 mars 2006, 4C.419/2005 ; HIRSIGER, *Zielvereinbarung,* p. 6.

[770] On avait pu penser initialement que ce genre de rémunération serait réservé aux cadres dirigeants (*cf.* Claus HUTTERLI, *Der leitende Angestellte im Arbeitsrecht,* Stämpfli, Berne, 1984, p. 55). En pratique, son domaine n'a cessé de s'étendre à des catégories de salariés toujours plus diverses.

représente une façon de mettre en œuvre la théorie économique dite des « *goal-setting* »[771] et celle dite des « incitations » ; ces théories considèrent l'individualisation de la rémunération comme une pratique indispensable à l'efficacité économique[772]. Certains économistes, comme Josef Stiglitz ou Daniel Cohen, ont toutefois pointé les effets négatifs de la « distorsion des incitations »[773] tout comme Maya Bacache-Beauvallet, qui montre comment un indicateur peut devenir source d'effets pervers[774].

268. **Définition.** La rémunération sur objectifs est directement liée à la prestation fournie par le salarié. Il s'agit d'une forme de rémunération de la performance (*Leistungslohn*)[775]. Elle comporte donc deux éléments : une clause d'objectifs, par laquelle des objectifs dont assignés au travailleur ; une clause de variation de la rémunération, qui précise dans quelle mesure varie le montant dû au salarié au titre de cet élément de rémunération. On peut par exemple imaginer une clause d'objectifs stipulant que le salarié touchera 100 % d'un montant déterminé s'il amène cinq nouveaux clients à l'entreprise, 50 % s'il en amène trois, 25 % s'il en amène deux, et ainsi de suite[776].

269. La rémunération sur objectifs se distingue[777] :

1° de la ***participation***, en ce sens qu'elle ne ressortit pas à la performance globale de l'entreprise mais à celle du salarié. Elle recouvre donc la notion de *Leistungslohn* plutôt que celle d'*Erfolgslohn*[778].

---

[771] HIRSIGER, *Zielvereinbarung,* pp. 8-9.

[772] *Cf.* Cécile AUBERT/Thérèse AUBERT-MONPEYSSEN, *L'Individualisation de la rémunération : approches économiques et juridiques*, Rapport préparé pour la CFE-CGC, mars 2005, notamment p. 10 : « *La théorie économique des incitations s'attache à caractériser les meilleurs contrats qui peuvent être signés entre un "principal" ou "mandant" (ici l'employeur) et un "agent" ou "mandataire" (ici l'employé) lorsque ce dernier possède une meilleure information que le premier sur des éléments pertinents pour le contrat. Lorsque cette meilleure information porte sur les actions entreprises par l'agent, il est indispensable de rémunérer sa bonne performance afin de l'inciter à choisir les actions adéquates. L'individualisation des rémunérations est donc une conséquence logique de cette analyse, mais cette individualisation doit en général prendre la même forme pour tous les employés dont les caractéristiques, en termes de travail à effectuer, de capacité à effectuer ce travail et de coût associé, sont les mêmes.* »

[773] Joseph STIGLITZ, *Freefall,* W. W. Norton & Company, 2010, trad. fr. *Le Triomphe de la cupidité* par Paul Chemla, Les Liens qui libèrent, 2010, pp. 255-257 : les cadres dirigeants rémunérés par exemple par des stock-options ayant une incitation à faire tout ce qu'ils peuvent pour que le cours de l'action de leur entreprise monte risquent d'être amenés à manipuler les bilans — notamment en transférant hors bilan des pertes potentielles —, afin d'augmenter les profits annoncés, en vue de faire monter le cours de l'action de leur entreprise. D'après Stiglitz, les dirigeants « *savaient que plus les profits [seulement] annoncés étaient élevés, plus les cours allaient monter, et ils savaient aussi qu'il était facile de tromper les marchés* ».) ; Daniel COHEN, *Homo economicus, prophète (égaré) des temps nouveaux*, Albin Michel, Paris, 2012, p. 13 : « *En multipliant les primes, en aiguisant parfois la rivalité entre leurs propres employés, les firmes […] font disparaître la valeur travail : le souci de bien faire, la recherche de l'approbation de ses collègues.* »

[774] Ce phénomène, appelé « incomplétude du contrat incitatif » est dû au fait qu'on ne peut pas spécifier dans le contrat tout ce qu'on souhaite de l'agent dans tous les cas de figure. On pourrait penser que les mesures subjectives sont exemptes de telles contradictions. Mais l'évaluation subjective a aussi des effets pervers (biais pour une évaluation complaisante du chef incité à garder de bons rapports avec ses subordonnés, biais vers la moyenne qui fait que tous les salariés tournent autour de la même évaluation, biais vers les « *yes-men* », ces salariés qui disent « oui » à tout pour plaire à leur chef) : Maya Bacache-Beauvallet, « Incitations et désincitations : les effets pervers des indicateurs », *La Vie des idées* 22 février 2008 ; Maya BACACHE-BEAUVALLET, *Les Stratégies absurdes, Comment faire pire en croyant faire mieux,* Éditions du Seuil, Paris, 2009. Pour une synthèse en langue allemande, *cf.* HIRSIGER, *Zielvereinbarung,* pp. 26-34.

[775] *Cf.* René Hirsiger, « Ausgewählte Einzelfragen zu vereinbarten Leistungszielen im Einzelarbeitsverhältnis », *ArbR* 2011. 87.

[776] *Cf.* également : CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 72. Pour d'autres séries d'exemples, *cf.* Hans-Peter Egli, « Les bonus vus sous l'angle juridique », *Employeur suisse* 26 février 2009. 39 ; Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 65-66.

[777] Pour d'autres distinctions, plus générales, à l'égard des contrats de mandat, d'entreprise et de société, *cf.* HIRSIGER, *Zielvereinbarung,* pp. 39 et s.

[778] Sur ces notions, *cf.* BÄCHLER, *Vergütungen*, pp. 119-120.

2° de la ***provision*** et du ***salaire aux pièces*** ou ***à la tâche***, en ce sens qu'il ne s'agit pas d'une rémunération à l'acte effectué, mais de la création d'une ***interdépendance*** entre l'atteinte de certains objectifs et le montant de la rémunération. C'est donc la globalité de la rémunération sur objectifs qui est affectée, à ***proportion*** de la performance ; à l'inverse, pour la provision, le salaire aux pièces ou à la tâche, la rémunération finale du salarié sera la ***somme*** des pourcentages acquis par la conclusion d'affaires, les pièces produites ou les tâches effectuées au profit de l'employeur.

3° de la ***gratification contractuelle***, à la différence de laquelle les éléments de détermination ne sont pas entièrement contractualisés[779] : dans la rémunération sur objectifs, il n'existe plus de liberté d'appréciation de l'employeur mais une détermination objective[780]. Dans la pratique, on voit certains employeurs proposer à leurs salariés une structure de rémunération comprenant une part variable qui est fonction de l'atteinte par le salarié d'objectifs prédéterminés et d'une appréciation discrétionnaire. Dès lors que le calcul du montant dû au salarié au titre de la part variable est purement objectif, cette rémunération — souvent appelée « bonus structuré »[781] — ne peut être qualifiée de gratification au sens de l'article 322d du Code des obligations[782]. Il s'agit d'une rémunération sur objectifs[783]. La difficulté consiste donc à faire le départ entre la gratification contractuelle et la rémunération sur objectifs. C'est l'interprétation de l'accord des parties qui doit faire pencher la balance[784], quitte à distinguer plusieurs éléments de rémunération au sein d'un « bonus » générique.

270. **Régime.** La rémunération sur objectifs étant une rémunération entièrement contractuelle, elle suit ***le régime du salaire de base***[785]. Elle est due *pro rata temporis* en cas de résiliation des rapports de travail en cours d'année[786] ; la clause qui ferait dépendre le paiement de la rémunération sur objectifs de l'absence de résiliation du contrat en cours d'année et celle qui exclurait un paiement *pro rata temporis* de la rémunération sur objectifs sont nulles[787], puisque ce genre de conditions ne sont possibles qu'à l'égard d'une gratification[788].

271. L'employeur a donc tout intérêt à distinguer clairement, au sein de la rémunération, entre la gratification, qu'il pourra soumettre à une condition de présence, et la rémunération sur objectifs, qui ne dépend que de l'accomplissement par le salarié de certains objectifs[789] : des hybridations comme un « bonus à la performance mais entièrement discrétionnaire » que l'on trouve en pratique[790] sont extrêmement risquées pour l'employeur par la confusion qu'elles entraînent entre ce que nous proposons d'appeler une ***condition en fait*** (lorsque l'événement ne concerne que l'activité du travailleur ou de l'entreprise et que les parties lui attachent la détermination de la rémunération) et une ***condition en droit*** (lorsque l'événement affecte l'entier de l'acte générateur d'obligation et que les parties lui attachent l'efficacité de l'acte juridique ou d'une de ses clauses). L'employeur qui souhaite affecter

---

[779] *Cf.* également : Danthe, *Commentaire,* N 18 *ad* art. 322d CO.
[780] TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, cons. 3.3.
[781] Pour un exemple : TF, 6 juin 2006, 4C.97/2006, *DTA* 2006. 271-272, *JAR* 2007. 270.
[782] STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 2 *ad* art. 322d CO.
[783] *Cf.* TF, 25 octobre 2004, 4C.212/2004, cons. 2. Pour un exemple où le Tribunal fédéral n'a pas clairement distingué les deux sortes de rémunération : TF, 20 décembre 2011, 4A_705/2011, *DTA* 2012. 161, *JAR* 2012. 402.
[784] *Cf. supra* n° 98 et s.
[785] Dit de manière contournée en énonçant que c'est l'article 322 du Code des obligations qui s'applique : TF, 1er novembre 2012, 4A_400/2012, cons. 4 ; CJ-GE, 30 mai 2012, CAPH/117/2012.
[786] TF, 17 janvier 2008, 4A_444/2007, cons. 3.2.
[787] CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 72.
[788] *Cf. supra* n° 167.
[789] Donnant le même conseil de prudence : HIRSIGER, *Zielvereinbarung,* p. 191.
[790] TF, 1er novembre 2012, 4A_400/2012, cons. 4 ; CJ-GE, 30 mai 2012, CAPH/117/2012.

un élément de rémunération d'une condition de présence ne peut le faire que dans le cadre d'une gratification, c'est-à-dire d'un élément dont il se réserve clairement la détermination du montant, et non à l'égard d'une rémunération sur objectifs, c'est-à-dire un élément dont le montant est objectivement déterminable.

272. On comprend dès lors pourquoi le raisonnement tenu par la Cour cantonale genevoise dans une récente affaire pour justifier la souplesse du régime des critères d'attribution d'une rémunération sur objectifs par le fait que le montant de la rémunération de base fixe était déjà suffisant pour l'entretien du travailleur et de ses proches, n'est pas rigoureux juridiquement[791]. D'une part, il procède par contamination de méthode avec la notion de rémunération convenable dans laquelle on prend en compte la situation familiale du salarié[792], ce qui n'est pas pertinent dans le cadre d'une analyse contractuelle des droits et obligations des parties à propos d'une rémunération sur objectifs. D'autre part, il prétend aligner le régime de la rémunération sur objectifs sur celui de la gratification, tout en reconnaissant dans le même mouvement que seule la gratification peut être affectée d'une condition de présence. En pratique, nous conseillons à l'employeur qui souhaite garder la main sur une rémunération sur objectifs de se réserver un droit de modification unilatéral, sous réserve des tempéraments propres à cette institution[793], ou de ne la prévoir que pour une période déterminée, quitte à renégocier cet élément de rémunération ultérieurement, au risque toutefois de se voir appliquer la théorie de la lacune contractuelle en cas de désaccord avec le salarié[794].

273. Étudier plus en détails le régime de la rémunération sur objectifs revient à isoler les deux éléments qu'elle comporte : ***clause d'objectifs*** (**A**) et ***clause de variation*** de la rémunération (**B**), ainsi qu'à envisager la question particulière de l'admissibilité de la ***participation aux pertes*** (**C**).

A. La clause d'objectifs

274. La clause d'objectifs pose deux séries de problèmes juridiques : la ***détermination des objectifs*** (**1**) ; l'***atteinte des objectifs*** (**2**).

[791] CJ-GE, 30 mai 2012, CAPH/117/2012, cons. 3.5.
[792] *Cf. infra* n° 373 et s.
[793] *Cf. infra* n° 584 et s.
[794] *Cf. infra* n° 619 et s.

1) La détermination des objectifs

a. La forme de la détermination des objectifs

275. La détermination des objectifs repose la plupart du temps sur une base ***contractuelle expresse***[795]. Il ne s'agit pas d'une obligation, aucune forme n'étant imposée à peine de nullité, sauf contrat de travail spécial[796]. Mais l'employeur a tout intérêt à fixer des objectifs ***précis*** et à en informer clairement le salarié avant le début de chaque exercice[797]. À défaut, l'élément de rémunération pourrait être requalifié en gratification contractuelle. La détermination contractuelle des objectifs ne produit pas pour autant cette conséquence que les objectifs ne devraient être révisés qu'en conformité avec les règles régissant la ***modification*** du contrat de travail. En effet, les objectifs relèvent des conditions de travail dont le changement peut être effectué librement par l'employeur[798].

276. Les objectifs, une fois déterminés, doivent être ***interprétés***. En cas de divergence d'interprétation entre les parties, le Tribunal fédéral suit les principes jurisprudentiels dégagés sur le fondement de l'article 18 du Code des obligations[799]. Le juge se demandera comment comprendre la clause et dans quelle mesure elle a été respectée.

b. Le contenu des objectifs

277. Les objectifs peuvent revêtir un contenu varié[800]. Ils peuvent être fixés de manière générale pour toute l'entreprise ou concerner une équipe ou un seul salarié. Juridiquement, les objectifs font partie de l'***objet du contrat*** ; ils seront donc soumis aux mêmes restrictions et à la même sanction de nullité que les autres éléments relevant de cette catégorie juridique[801]. Comme pour les instructions, les objectifs que fixe l'employeur ne doivent

[795] Sur la question des objectifs prévus dans un ***règlement intérieur***, *cf. infra* n° 622 et s.

[796] HIRSIGER, *Zielvereinbarung*, p. 87.

[797] Le droit communautaire et le droit français insistent sur la nécessaire information individuelle du salarié de tout dispositif d'évaluation mis en place (Soc., 10 juillet 2002, *RJS* 2002/10, n° 1066 ; Soc., 11 juillet 2012, n° 11-15344). La Commission européenne, dans ses « Recommandations sur les politiques de rémunération dans le secteur des services financiers », recommande notamment la communication préalable aux salariés des critères utilisés pour mesurer leur performance en vue de déterminer leur rémunération. L'idée est que les règles du jeu aient été préalablement fixées et soient connues de tous les participants (Patrice ADAM, L'Individualisation du droit du travail, Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu, L.G.D.J., Paris, 2005, p. 234). *Cf. infra* n° 484 et s.

[798] *Cf. infra* n° 578 et s.

[799] *Cf.* notamment dans ce domaine : TF, 26 avril 1995, *ATF* 121 III 118, cons. 4b/aa ; TF, 15 novembre 2011, 4A_408/2011, cons. 3.2, 3.6 et 3.7 et *supra* n° 98 et s. Pour un exemple de difficultés d'interprétation, avec censure de la Cour cantonale par le Tribunal fédéral, *cf.* TF, 22 juin 2007, 4A_21/2007 ; TF, 26 mai 2008, 4D_30/2008 (en matière de commission). *Cf.* également : TC-VD, 14 novembre 2011, *JAR* 2012. 543, cons. III a.

[800] Pour un panorama, voir HIRSIGER, *Zielvereinbarung,* pp. 22-23. Une question qui intéresse non pas le droit du travail mais la stratégie de l'entreprise est celle des effets induits par les objectifs (*cf.* Ernst Fehr/Gerhard Fehr, « Variable Vergütungssysteme zwischen Effizienz und Exzess », *NZZ* 8 octobre 2010. 31, lesquels parlent des « effets secondaires » immanquablement induits par le choix de certains critères de performance : « *Leistungsindikatoren sind wie Medikamente. Sie haben fast immer unbeabsichtigte Nebenwirkungen.* »)

[801] *Cf. infra* n° 479 et s.

pas être illicites ou contraires aux mœurs (CO, art. 19 et 20)[802], ni porter atteinte à la personnalité des salariés (CO, art. 328). Le salarié qui juge que des instructions ou des objectifs ne sont pas acceptables doit, en vertu de son obligation de fidélité, commencer par en informer l'employeur[803].

278. Les objectifs peuvent être soit ***quantitatifs,*** c'est-à-dire chiffrables (en général par des critères économiques pertinents pour l'entreprise), soit ***qualitatifs***, par exemple bonnes relations avec la clientèle ou les collègues[804]. Ils peuvent être fixés d'un commun accord ou unilatéralement par l'employeur[805]. Comme ils ne doivent pas avoir pour effet de reporter entièrement le ***risque d'entreprise*** sur le salarié[806], ils doivent être raisonnables et surtout ***compatibles avec le marché***[807].

279. **Éléments à prendre en compte pour fixer les objectifs.** Lorsque le salarié a déjà travaillé au service de l'employeur, les objectifs sont généralement fixés en fonction de ce qu'il est possible d'anticiper de ses performances et des attentes de l'employeur. Mais, les performances du travailleur ne peuvent jouer de rôle pour la fixation des objectifs au moment de son engagement, puisque l'employeur ne les connaît pas avec certitude. Dans ce cas, les objectifs seront fixés par rapport aux seules attentes de l'employeur, ou négociés avec le travailleur. Toutefois, si ce dernier s'est prévalu de ***certaines performances passées*** et a annoncé, lors des entretiens d'embauche, être en mesure d'atteindre un objectif précis, l'employeur peut tenir compte de ces éléments pour déterminer les objectifs[808].

c. La défaillance dans la détermination des objectifs

280. Il arrive fréquemment que le contrat prévoie que les objectifs soient modifiés d'année en année. En principe, l'employeur peut modifier les objectifs dans le cadre de son pouvoir de direction[809]. Lorsque l'employeur ne détermine aucun objectif pour une année donnée, doit-on considérer que la rémunération sur objectifs tombe purement et simplement ?

---

[802] *Cf. infra* n° 480 (objet licite et rémunération variable).

[803] TF, 25 janvier 2011, 4A_613/2010, *DTA* 2011. 104-108, *Employeur suisse* 2011/8. 44-45, *JAR* 2012. 125, cons. 5.

[804] Pour un exemple de mélange : Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 2 décembre 2010, *JAR* 2011. 428. En France, une Cour d'appel s'est penchée sur la question de savoir s'il était possible d'évaluer des salariés sur des critères liés à leur comportement : les juges décident que de tels critères ne sont licites qu'à condition d'être suffisamment précis pour permettre au salarié de les intégrer dans une activité concrète et à l'évaluateur de les apprécier avec la plus grande objectivité possible. En l'occurrence, le critère « agir avec courage » a été jugé trop imprécis, subjectif et éloigné de la finalité consistant à mesurer les aptitudes professionnelles des salariés : ils ne pouvaient donc pas constituer des critères pertinents d'évaluation (CA Toulouse, 4e ch., sect. 1, 21 septembre 2011, n° 11/553). La notion de défense des « valeurs de l'entreprise » est aussi apparue comme revêtant une connotation morale, dont la finalité est étrangère à celle de l'évaluation (*cf.* les propos de l'avocat du syndicat cité dans : « La justice suspend le système d'évaluation des cadres mis en place par Airbus », *Le Monde* 21 septembre 2009).

[805] L'intérêt de la fixation des objectifs d'un commun accord est leur meilleure acceptation par le salarié : HIRSIGER, *Zielvereinbarung,* p. 23.

[806] Sur la tendance de transfert du risque d'entreprise sur le salarié, *cf.* Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 63. Pour une analyse économique du risque d'entreprise, voir SCHMID, *Betriebsrisiko*, pp. 8 *sqq.*

[807] On retrouve cette idée en droit français également : Soc., 13 janvier 2009, n° 06-46208, *Bull. civ.* V, n° 12 (si l'employeur ne respecte pas ces critères, il ne peut reprocher au salarié de ne pas avoir atteint les objectifs convenus ; il revient alors au juge de déterminer la rémunération due à ce titre, en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes et, à défaut, des données de la cause) ; Soc., 15 février 2012, n° 09-72283.

[808] TF, 24 août 2011, 4A_261/2011, *JAR* 2012. 267, cons. 3.3.5.

[809] *Cf. infra* n° 575 et s. (domaine de l'accord modificatif)

Accepter cette logique représenterait à notre sens une violation du régime de modification du contrat de travail : la rémunération sur objectifs étant due dans son principe, il convient de la liquider en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, le cas échéant par application de la théorie de la lacune contractuelle[810].

2) L'atteinte des objectifs

a. L'évaluation du degré d'atteinte des objectifs

281. **Principe.** L'assignation d'objectifs au salarié pose nécessairement la question du ***contrôle*** de l'exécution de son travail. Le fondement du pouvoir de direction de l'employeur réside dans la capacité qui lui est reconnue de donner des directives générales et des instructions particulières (CO, art. 321d) : le corollaire du pouvoir de direction est le pouvoir de contrôler le respect des normes ainsi édictées[811]. La jurisprudence estime donc que l'employeur doit être en mesure de vérifier que les termes de l'échange que représente le contrat de travail soient conformes à ce qui a été convenu avec le salarié[812].

282. **Évaluation par analyse objective.** L'évaluation du degré d'atteinte des objectifs par une analyse objective relève d'un calcul quasi mathématique[813]. Il est donc clair et précis si, du moins, les objectifs eux-mêmes sont clairement et précisément identifiables[814]. Le caractère objectif de l'évaluation devient toutefois douteux en cas de « ranking forcé » ou « classement par quotas imposés ». Cette technique exige des évaluateurs qu'ils respectent des quotas dans l'attribution des notes aux salariés[815]. La licéité du « ranking forcé » n'a pourtant pas à être remise en cause, sauf si elle devait conduire à une ***sous-évaluation blessante*** du travail du salarié, ce qui entraînerait une violation de sa personnalité (CO, art. 328)[816] ou, plus généralement, à un comportement contradictoire (CC, art. 2).

---

[810] *Cf. supra* n° 619 et s.

[811] TF, 13 juillet 2004, 2A.118/2003, *ATF* 130 II 425, cons. 4.2 ; Manfred REHBINDER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Stämpfli, Berne, 15e éd., 2002, N 233.

[812] TF, 13 juillet 2004, 2A.118/2003, *ATF* 130 II 425, cons. 4.2.

[813] *Cf.* TF, 15 mars 2006, 4C.419/2005, cons. 2.2 ; Thomas Geiser, « Boni zwischen Privatrecht und öffentlichem Interesse », *recht* 2009. 115, spéc. 122-123.

[814] TF, 22 juin 2007, 4A_21/2007, cons. 6.2.

[815] Par exemple, la grille de notation de l'entreprise Hewlett Packard distingue six catégories : dépasse largement les objectifs, dépasse les objectifs, atteint les objectifs, atteint partiellement les objectifs, n'atteint pas les objectifs, nouveau dans la fonction (Lucien Flament, « Le ranking forcé. À propos de la licéité des quotas obligatoires pour l'évaluation des salariés », *CSBP* 1er avril 2010. 94). Il y a « ranking forcé » s'il est attendu des évaluateurs qu'ils classent un certain pourcentage de salariés dans chacune de ces catégories. Ces grilles sont souvent inspirées par les travaux de « spécialistes » de la question (*cf.* par exemple, Badford SMART, *Topgrading,* Portfolio Hardcover, États-Unis, 3e éd., 2012).

[816] Pour les critères de détermination de la violation de la personnalité dans le cadre des rémunérations variables, *cf. infra* n° 400 et s. En droit français, la licéité du « ranking forcé » n'avait pas été remise en cause initialement (CA Grenoble, 13 novembre 2002, *Dr. soc.* 2003. 988, *RJS* 2003, n° 307 ; c*f.* également : Patrick Morvan, « Notation des salariés : polémique autour du "*ranking*" », *JCP E* 2002, n° 1042 ; Philippe Waquet, « Questions sur le "*ranking*" », *Semaine sociale Lamy* 2 décembre 2002). Néanmoins, une entreprise fut sanctionnée pour avoir mis en place un « ranking forcé » sans informer le comité d'entreprise à propos de ces quotas, ce qui constituait un délit d'entrave (TGI Nanterre, 27 novembre 2009, n° 09/10164, *CSBP* 1er avril 2010. 94). L'entrave, qui consiste en une atteinte volontaire à

283. **Évaluation par analyse subjective.** Le droit suisse n'est pas hostile à la détermination du montant de la rémunération sur objectifs par une analyse subjective portée par l'employeur sur les performances du salarié[817]. Certains contrats ou conventions collectives le prévoient même expressément[818]. Dans cette hypothèse, l'employé sera généralement soumis à des évaluations régulières par l'employeur[819]. Les représentants des salariés, les partenaires sociaux ou les salariés eux-mêmes se voient parfois reconnaître un droit d'intervention à ce sujet[820].

284. Il faut toutefois distinguer évaluation subjective dans le cadre d'un élément de rémunération conçu comme obligatoire par les parties et liberté d'appréciation dans le cadre d'une gratification. Selon nous, il est plus cohérent de considérer que le régime de la détermination du montant de la gratification contractuelle doit être appliqué lorsque l'employeur souhaite évaluer le travailleur sur des critères subjectifs, le régime de la rémunération sur objectifs étant réservé à l'application de critères objectifs.

285. La jurisprudence n'ayant pas encore clairement tranché en faveur de la solution que nous prônons, le salarié est tout de même protégé des risques de l'évaluation subjective par deux mécanismes :

— le truchement de la ***protection de la personnalité*** (CO, art. 328), laquelle condamne toute sous-évaluation blessante[821]. Ainsi, l'évaluation de l'employeur devra reposer sur des critères pertinents au regard de l'aptitude professionnelle du travailleur et être exprimée dans une mesure respectant l'usage de la profession ainsi que la dignité de la personne évaluée[822].

286. — l'application par analogie du régime de la ***condition potestative***. La rémunération sur objectifs n'est pas, à proprement parler, une rémunération affectée d'une condition, en ce sens que la condition, en bonne théorie générale, porte sur l'existence même de la relation contractuelle ou seulement d'une clause contractuelle et non sur la façon de déterminer la contrepartie contractuelle de cette clause ou de cette relation contractuelle. Toutefois, le mécanisme en est proche puisque la contrepartie contractuelle est évaluée en fonction du comportement de l'autre partie (en l'occurrence le travailleur), ou du résultat de son travail.

Or, une condition dont l'accomplissement dépend, dans une certaine mesure, de la volonté de l'une des parties est une condition potestative. La partie qui bénéficie d'un pouvoir potestatif n'a pas une liberté entière de refuser l'accomplissement de la condition et de se

---

l'exercice régulier des fonctions des organes de représentation, constitue un délit pénal en droit français (C. trav., art. L. 2328-1 pour le comité d'entreprise ; *cf. Précis Dalloz* 2013, p. 1056). La Cour de cassation vient de juger récemment que le classement par quotas imposés est illicite, à l'inverse des quotas simplement indicatifs, qui restent autorisés ; il revient aux travailleurs de prouver que les quotas sont des quotas imposés (Soc., 27 mars 2013, n° 11-26539).

[817] Contrairement par exemple au droit français où c'est à partir de l'exigence du caractère déterminé ou déterminable de l'objet du contrat (C. civ., art. 1129) que fut constitué le régime de la rémunération sur objectifs : si la rémunération doit être déterminée ou au moins déterminable, alors les clauses d'objectifs doivent être fondées sur des éléments objectifs, qui ne peuvent être évalués par le seul arbitraire de l'employeur.

[818] *Cf.* Convention relative aux conditions de travail du personnel bancaire, art. 25.1 : cette convention collective mentionne le critère — assez vague — de la « personnalité » du salarié. Sur la rémunération des membres de la direction de banques, *cf.* Franziska BÄCHLER, *Vergütungen von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern in Banken,* Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2012.

[819] *Cf.* Convention relative aux conditions de travail du personnel bancaire, art. 25.3.

[820] *Cf.* Convention relative aux conditions de travail du personnel bancaire, art. 35 et 43.

[821] *Cf. infra* n° 400 et s.

[822] Pour un cas où une évaluation sévère n'est pas pour autant considérée comme mensongère et inutilement vexatoire, *cf.* TF, 7 mars 2013, 4A_680/2012, cons. 3.4 et 5.

dégager ainsi de ses obligations contractuelles[823]. Cette partie doit, au contraire, agir de manière loyale et conforme aux règles de la bonne foi, sans quoi la condition est réputée accomplie (CO, art. 156). La mesure du degré de liberté subsistant et les devoirs imposés par la bonne foi sont déterminés en fonction de l'ensemble des circonstances, en particulier de l'objet et du but du contrat[824]. En cas de contestation, le juge ne se substitue pas à l'employeur pour évaluer le salarié. L'étendue de son contrôle est limitée : il se contente de contrôler que l'employeur se soit conformé aux règles de la bonne foi, et notamment qu'il n'ait pas adopté une attitude contradictoire[825]. Par exemple, est contradictoire l'attitude de l'employeur qui argue, pour refuser la rémunération, d'une performance prétendument déficiente alors qu'il a, au cours de la même période, exprimé sa pleine et entière satisfaction[826]. De même, l'employeur ne saurait porter une appréciation négative seulement parce que, le cas échéant, les rapports de travail ont pris fin et qu'il n'aurait plus d'intérêt à récompenser le travailleur[827]. Il ne faut pas oublier en effet que la rémunération sur objectifs, à la différence de la gratification, est obligatoirement due *pro rata temporis* en cas de départ du salarié au cours de la période d'évaluation de ses performances.

b. Les conséquences de la non-atteinte des objectifs

287. La clause d'objectifs revient à imposer au salarié une forme d'***obligation de résultat*** pour obtenir d'une partie de sa rémunération[828]. Cette forme particulière d'obligation est pourtant sans effet sur les autres aspects de sa relation contractuelle :

— au niveau de sa ***rémunération forfaitaire*** équivalant à la durée qu'il met à la disposition de l'employeur et qui viendrait, par hypothèse, se combiner avec sa rémunération sur objectifs, le salarié demeure tenu d'une simple ***obligation de moyens***[829].

— au niveau de sa ***responsabilité contractuelle***, le salarié reste aussi tenu d'une ***obligation de moyens***, laquelle ne peut être aggravée par la simple existence d'une rémunération sur objectifs mais reste mesurée selon les principes jurisprudentiels classiques dégagés sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 321e du Code des obligations.

— concernant un éventuel ***licenciement*** du salarié, les objectifs fixés pour la rémunération variable du salarié peuvent être un indice pertinent. D'ailleurs, il n'est pas abusif de licencier un travailleur en raison de performances insuffisantes, y compris lorsque l'insuffisance résulte de périodes nombreuses et prolongées d'incapacité de travail[830]. En revanche, l'employeur ne peut invoquer la simple incapacité professionnelle du salarié

[823] TF, 13 juin 1991, *ATF* 117 II 273, cons. 4c ; TF, 20 mars 2009, *ATF* 135 III 295, cons. 5.2 ; TF, 20 décembre 2011, 4A_705/2011, *DTA* 2012. 161, *JAR* 2012. 402, cons. 5.

[824] TF, 13 juin 1991, *ATF* 117 II 273, cons. 4c ; TF, 20 mars 2009, *ATF* 135 III 295, cons. 5.2 ; TF, 20 décembre 2011, 4A_705/2011, *DTA* 2012. 161, *JAR* 2012. 402, cons. 5.

[825] TF, 23 mars 2010, 4A_557/2009, *ATF* 136 III 190, cons. 2 (en l'espèce pour un contrat de bail où l'intérêt du propriétaire fut reconnu comme plus important que celui du locataire).

[826] TF, 20 décembre 2011, 4A_705/2011, *DTA* 2012. 161, *JAR* 2012. 402, cons. 5.

[827] TF, 20 décembre 2011, 4A_705/2011, *DTA* 2012. 161, *JAR* 2012. 402, cons. 5.

[828] En soi, le salarié n'a pas une obligation impérative d'atteindre les objectifs : HIRSIGER, *Zielvereinbarung,* p. 62.

[829] Sur la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat, *cf. supra* n° 14. Sur cette question, *cf.* Thomas Geiser, « Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn », *PJA* 2001. 382, spéc. 384.

[830] TF, 27 janvier 2014, 4A_507/2013, cons. 4.

comme motif de licenciement ***avec effet immédiat*** sauf s'il est établi que le salarié ne satisfait pas aux exigences minimales que tout employeur est en droit d'attendre de tout salarié pour un poste du même genre et qu'une amélioration est improbable, les exigences étant d'autant plus grandes que le poste est élevé et le délai de résiliation ordinaire long[831]. De plus, rappelons que la mauvaise exécution ou l'insuffisance du travail ne peuvent justifier un licenciement avec effet immédiat que si elles résultent d'un manquement grave et délibéré du salarié, ce que le juge apprécie librement selon les règles du droit et de l'équité (CC, art. 4)[832]. Lorsque l'employeur juge les prestations du salarié trop faibles par rapport aux objectifs qu'il lui a assignés, il ne peut le licencier avec effet immédiat sans avertissement préalable et sans l'avoir mis en mesure de progresser[833]. L'employeur qui, nonobstant ces considérations, résilie avec effet immédiat le contrat de travail de manière injustifiée doit en supporter les conséquences : ***toute la rémunération prévue au contrat sera due*** pour la durée restant à courir durant le délai de résiliation ordinaire (*cf.* CO, art. 337c, al 1[er]). En effet, le salarié ne saurait alors être tenu pour responsable de ne pas avoir été en mesure d'atteindre les objectifs prévus[834]. Si un entretien est contractuellement prévu en cas d'insuffisance dans les résultats obtenus par le salarié, il constitue une garantie dont la méconnaissance rendrait abusif le licenciement consécutif à cette insuffisance, car le comportement de l'employeur serait alors contradictoire (CC, art. 2)[835]. Est également abusif le congé donné deux mois après un entretien d'évaluation au cours duquel il avait été établi que le travailleur répondait aux objectifs qui lui avaient été fixés sans que ses prestations ne se soient dégradées dans l'intervalle[836].

[831] TF, 15 juin 1971, *ATF* 97 II 142, cons. 2a ; TF, 11 mai 2001, *ATF* 127 III 351, cons. 4b/bb (la baisse de production du travailleur n'est pas un motif de renvoi avec effet immédiat en principe) ; TF, 16 août 2004, 4C.180/2004, *JAR* 2004. 252 ; TF, 7 mai 2010, 4A_570/2009, cons. 6.1.

[832] TF, 12 octobre 1982, *ATF* 108 II 444, cons. 2 ; TF, 16 août 2004, 4C.180/2004, *JAR* 2004. 252 ; TF, 7 mai 2010, 4A_570/2009, cons. 6.1.

[833] TF, 7 mai 2010, 4A_570/2009, cons. 6.2.

[834] TF, 7 mai 2010, 4A_570/2009, cons. 7.4. Le droit français apporte un éclairage intéressant en la matière car le licenciement n'y est possible que s'il est fondé sur une ***cause réelle et sérieuse***. L'employeur ne peut donc pas intégrer dans le contrat de travail une clause par laquelle il fixe au salarié des objectifs conditionnant son maintien dans l'entreprise. Aussi l'insuffisance de résultats au regard d'une clause d'objectifs ne peut-elle constituer en soi une cause de licenciement (Soc., 19 octobre 2007, n° 05-45980). La Cour de cassation juge depuis longtemps que l'insuffisance de résultats doit être clairement établie pour que le licenciement présente une cause réelle et sérieuse (*cf.* Soc., 21 mai 1986, n° 83-41230, *Bull. civ.* V, n° 221). En conséquence, un licenciement n'est envisageable que si l'employeur établit une ***corrélation*** entre les prestations du salarié et les résultats incriminés (Soc., 26 septembre 2002, n° 00-40.461), par exemple en démontrant que se trouvent à l'origine des mauvais résultats une insuffisance professionnelle (Soc., 2 décembre 2003, n° 01-44.192 ; Soc., 13 janvier 2004, n°01-45.931) ou une faute imputable au salarié (Soc., 3 avril 2001, n°98-44.069 ; Soc., 6 novembre 2008, n°07-43.363), comme par exemple une absence d'activité (Soc., 18 janvier 2006, n°04-42.782).

[835] En revanche, si rien n'est prévu, le licenciement ne peut être qualifié d'abusif pour la seule raison que le travailleur n'a pas été préalablement entendu (TF, 5 août 2004, *DTA* 2004. 244, cons. 2.4). Solution également retenue en droit français : Soc., 17 mai 2011, n° 09-72843, *BICC* 15 octobre 2011, n° 1188, *RJS* juillet 2011, déc. n° 592. 544-545 (à propos de l'article 57 de la convention collective nationale de l'inspection d'assurance du 27 juillet 1992). En droit français également, l'absence d'organisation par l'employeur de l'entretien prévu par le droit collectif entraînera la condamnation de l'employeur à verser les primes relevant de la rémunération variable (Soc., 2 juillet 2008, n° 07-40786), voire à verser des dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant pour les salariés de la perte d'une chance de voir évoluer leur carrière (Soc., 10 novembre 2009, n° 08-42114).

[836] TF, 18 février 2013, 4A_558/2012, cons. 2.

c. Le paiement de la rémunération nonobstant la non-atteinte des objectifs

288. Le salarié a droit à la rémunération sur objectifs prévue nonobstant la non-atteinte des objectifs dans trois hypothèses[837] :

1° Le salarié n'a pas entièrement atteint, à plusieurs reprises, les objectifs fixés au contrat, mais l'employeur lui a tout de même octroyé, à plusieurs reprises, l'entier de la rémunération prévue normalement en cas de réalisation complète des objectifs : dans cette hypothèse, l'employeur ne pourra plus soumettre le versement de l'entier de la rémunération sur objectifs à la condition que le salarié réalise complètement les objectifs fixés au contrat[838]. Cette solution jurisprudentielle applique le ***principe de confiance*** et confirme la jurisprudence élaborée en matière de gratification[839] : l'employeur, en versant une rémunération complète alors que les objectifs ne sont pas pleinement réalisés, fait naître chez le salarié la conviction qu'il ne subordonne plus le versement de l'élément de rémunération à la condition que les objectifs fixés soient entièrement réalisés.

289. ***2°*** Le salarié n'a pas atteint les objectifs parce que l'employeur ***l'a privé de cette possibilité***. L'idée est que le régime de la rémunération sur objectifs doit être déterminé par analogie avec celui de la ***condition suspensive***, en raison du mécanisme similaire sur lequel reposent les deux institutions. Or, l'article 152 du Code des obligations dispose que le débiteur doit d'abstenir de tout acte qui empêcherait que l'obligation ne fût dûment exécutée tant que la condition n'est pas accomplie. Cette règle représente un principe général applicable notamment en droit du travail. Concrètement, cela signifie que l'employeur tombe en demeure s'il refuse indûment de donner du travail au salarié ou refuse indûment la prestation proposée par le salarié (CO, art. 324)[840]. Ce raisonnement vaut pour une rémunération complémentaire, même si l'employeur continue à verser le salaire de base : il s'agit, selon la jurisprudence, d'un cas de demeure du créancier, puisque l'employeur est le créancier de la prestation de travail[841]. La conséquence est que l'élément de rémunération est dû nonobstant la défaillance du travailleur dans la réalisation des objectifs, notamment si le travailleur a résilié le contrat de travail avec effet immédiat en raison du refus injustifié de l'employeur de lui fournir du travail. Par exemple, dans l'hypothèse d'une clause contractuelle qui prévoit une rémunération dont le montant dépend du nombre de matchs joués par un footballeur professionnel[842], l'employeur ne peut pas échapper au paiement de cette rémunération du seul fait que l'entraîneur a décidé de laisser le joueur sur le banc de touche ; il faut encore déterminer si la décision de l'entraîneur était justifiée. Si tel n'est pas le cas, la rémunération sera due nonobstant la non-atteinte des objectifs. Ce raisonnement vaut *a fortiori* pour une rémunération variable dont le montant global dépend du nombre de prestations effectuées par le salarié : l'employeur ne peut refuser de recevoir ces prestations indûment.

---

[837] Étant observé que les objectifs assignés collectivement à une équipe ne sont que rarement affectés directement par l'absence d'un salarié : HIRSIGER, *Zielvereinbarung,* p. 316.

[838] TF, 8 mai 2007, 4A_23/2007, *DTA* 2007. 160-163, cons. 4.3 ; Olivia GUYOT/Juliette JACCARD/Hans KERN/Roxane ZAPPELLA, *Le Contrat de travail,* Fédération des Entreprises Romandes, Genève, 2e éd., 2010, N 302.6.

[839] *Cf. supra* n° 117.

[840] TF, 28 avril 2011, 4A_53/2011, *ATF* 137 III 303, *JT* 2011 II 390, *SJ* 2011 I 453, *JAR* 2012. 205, cons. 2.1.2.

[841] TF, 28 avril 2011, 4A_53/2011, *ATF* 137 III 303, *JT* 2011 II 390, *SJ* 2011 I 453, *JAR* 2012. 205, cons. 2.1.2.

[842] TF, 28 avril 2011, 4A_53/2011, *ATF* 137 III 303, *JT* 2011 II 390, *SJ* 2011 I 453, *JAR* 2012. 205, cons. A.

290. ***3°*** Le salarié n'a pas atteint les objectifs parce qu'il a été victime d'un ***empêchement non fautif de travailler.*** Il s'agit ici non pas de la demeure du créancier comme dans le cas précédent mais de la demeure non fautive du débiteur. Dans cette hypothèse, le droit du travail aménage en faveur du salarié une exception à la règle de l'*exception non adimpleti contractus*[843]. Reste à déterminer comment doit être compensée la rémunération sur objectifs puisque le salarié empêché n'aura pas pu, par hypothèse, accomplir les objectifs qu'on lui avait assignés. En effet, la rémunération sur objectifs exige non pas simplement que le travailleur mette ses forces physiques et intellectuelles à la disposition de l'employeur, mais encore qu'il atteigne un certain résultat. Or, comme le dit le Tribunal fédéral, il est « évident » que le travailleur ne peut pas réaliser le même chiffre d'affaires durant les mois où il travaille et durant les mois où il s'est absenté pour maladie ou vacances[844].

291. Selon la jurisprudence, il convient, en matière de maladie, de procéder par évaluation et de retenir la somme à laquelle le salarié aurait vraisemblablement eu droit en fonction du degré d'accomplissement des objectifs qu'on peut lui présumer[845], selon les mêmes règles que pour les autres formes de rémunérations variables[846]. En effet, le salarié n'a pas un droit inconditionnel à la totalité de la rémunération sur objectifs en cas d'empêchement de travailler[847]. Par exemple, si le travailleur a rempli 50 % de ses objectifs régulièrement et pendant plusieurs années, on peut supposer que, toutes choses égales par ailleurs, il aurait atteint ce niveau s'il n'avait pas été empêché sans sa faute. Plus les performances sont régulières et la période de référence étendue, plus l'évaluation aura de chances d'être précise[848]. En matière de vacances, les parties sont libres de s'organiser comme elles le veulent (par exemple de prévoir des objectifs annuels, lissés sur les périodes de vacances). Il ressort indirectement d'une décision du Tribunal fédéral que si rien n'est prévu, le travailleur a droit à sa rémunération sur objectifs comme s'il travaillait[849].

B. La clause de variation de la rémunération

1) La structure de la clause de variation

292. Le système le plus basique consiste à promettre au travailleur un montant déterminé si l'objectif est atteint[850]. En outre, plusieurs combinaisons entre différentes sortes de rémunérations variables sont possibles. Ainsi, la rémunération sur objectifs peut être

[843] Il s'agit du régime des articles 324a et 324b CO ; *cf. infra* n° 548 et s.

[844] TF, 1er octobre 2012, 4A_310/2012, *JU-TRAV* 2013. 43, cons. 2.2.

[845] TF, 17 janvier 2008, 4A_444/2007, cons. 4.3.

[846] *Cf. infra* n° 562 et s.

[847] Pour une affaire où la Cour cantonale a admis une rémunération à 100 % malgré une maladie et alors que rien de spécifique n'avait été prévu entre les parties, *cf.* TF, 1er octobre 2012, 4A_310/2012, *JU-TRAV* 2013. 43, cons. 2.4.

[848] Pour l'empêchement dû à la prise de vacances, *cf. infra* n° 565 et s.

[849] TF, 1er octobre 2012, 4A_310/2012, *JU-TRAV* 2013. 43, cons. 2.2. Pour le calcul effectif de la rémunération sur objectifs pendant les vacances, *cf. infra* n° 565 et s. (rémunération variable et congés rémunérés).

[850] Par exemple, 4 000 francs de salaire dès qu'une coiffeuse atteint un chiffre d'affaires de 10 000 francs par mois (TF, 1er octobre 2012, 4A_310/2012, *JU-TRAV* 2013. 43, cons. A).

additionnée à une participation aux résultats. Il sera par exemple convenu que le salarié a droit à 50 % d'un montant déterminé s'il remplit certains objectifs et à 50 % de ce même montant si les résultats de l'entreprise dépassent un certain seuil. La rémunération sur objectifs peut aussi être ***combinée*** avec une participation aux résultats. Dans cette hypothèse, le salarié aura droit à un certain pourcentage d'une base de calcul définie (bénéfices nets, chiffre d'affaires, etc.), ***dans la limite*** d'un montant forfaitaire, ou à condition que certains objectifs soient atteints. Par exemple, le contrat peut prévoir une participation aux résultats de 10 % du bénéfice net, à condition que le salarié ait atteint l'objectif qui lui a été assigné en matière de réduction de coûts de fonctionnement[851]. Dans cette hypothèse, la rémunération est soumise à deux conditions cumulatives qui doivent être remplies pour que naisse la créance du salarié. Un autre système consiste à fixer un « salaire visé », dont le montant représente la somme d'un salaire fixe et d'un salaire variable. Le montant du salaire variable sera alors déterminé en fonction des points obtenus par le salarié pour la réalisation des objectifs fixés, comme l'efficacité ou la qualité du travail[852]. De telles stipulations sont admises en vertu du principe de ***liberté contractuelle***.

2) Le contrôle de la mise en œuvre de la clause de variation

293. L'employeur se soustrairait à son obligation contractuelle s'il pouvait établir le montant de la rémunération sans être jamais contraint d'en démontrer l'adéquation par rapport à l'accord des parties. Une telle conséquence reviendrait à bafouer le principe de la force obligatoire des contrats (CO, art. 1er). Le salarié doit pouvoir faire contrôler le calcul de la rémunération sur objectifs dans les mêmes conditions que la provision ou la participation[853]. En la matière, le législateur de 1971 s'est borné à reprendre la législation antérieure. Les règles de l'article 322a s'appliquent à toute participation du salarié au résultat de l'exploitation[854], y compris sous la forme d'un « bonus/commission » calculé par rapport à l'atteint de certains objectifs[855]. L'article 322c reprend ces règles pour la provision. Il faut dire que dans l'hypothèse où l'employeur refuserait tant l'octroi d'une rémunération que l'accès aux documents nécessaires à son évaluation, le salarié ne pourrait même pas chiffrer sa prétention. Cette logique est valable pour ***toute forme de rémunération variable obligatoire dont l'employeur détient tout ou partie des éléments nécessaire à la liquidation***.

294. En cas de contentieux devant le juge du travail, le salarié devra conclure préalablement à ce que l'accès aux documents nécessaires lui soit ouvert ou à ce qu'une expertise soit établie, avant d'être autorisé — après clôture de l'instruction — à formuler des conclusions chiffrées à l'encontre de l'employeur. Le droit de contrôle du salarié a une durée égale à la prescription de la créance salariale (CO, art. 128, c. 3). Il subsiste durant cinq ans après la fin des rapports de travail. L'employeur doit donc conserver les documents nécessaires

[851] Pour un exemple, voir TF, 1er mars 2006, 4C.14/2006.
[852] Pour un exemple, voir TF, 17 janvier 2008, 4A_444/2007, Faits A.
[853] HIRSIGER, *Zielvereinbarung,* p. 74.
[854] *Message 1967,* p. 324.
[855] TF, 21 mars 2011, 4A_33/2011, *JAR* 2012. 181, cons. 6 (non publié dans le *JAR*).

pendant toute cette durée[856]. Les règles des alinéas 2 et 3 de l'article 322a sont impératives ; l'employeur peut toutefois prévoir des règles plus favorables au salarié (CO, art. 362)[857].

295. Dès lors, les trois situations suivantes sont appelées à exister :

1° Le salarié fait confiance à son employeur et se contente d'encaisser purement et simplement le montant calculé par ce dernier.

2° On conseillera cependant à l'employeur de faire état ***de son propre mouvement*** des résultats de l'entreprise : il s'agira alors d'associer le salarié à la situation de l'entreprise et à ses perspectives économiques, de l'impliquer directement au destin commun qu'il est appelé à vivre avec l'entreprise pour laquelle il travaille. On rejoint ici l'intérêt socio-économique de la rémunération variable : motivation du salarié à produire plus et mieux pour l'entreprise, mais également ***visibilité*** sur le passé, le présent et le futur de l'entreprise. Une meilleure visibilité du salarié devant amener une nouvelle motivation, la rémunération variable permet d'entrer dans un cercle vertueux pour les deux parties : l'entreprise emploie des salariés motivés ; les salariés, au-delà de leur lien de subordination, se sentent partie prenante[858].

3° Il arrive cependant que l'employeur, négligeant ces considérations, se refuse à communiquer au salarié les éléments nécessaires au calcul de sa rémunération. Le salarié, ayant perdu confiance, cherchera alors à faire contrôler le montant de sa rémunération. Pour exercer le contrôle, il faut en déterminer les ***sources*** (**a**), la ***forme*** (**b**) et le ***destinataire*** (**c**).

a. Les sources du contrôle

296. Le droit de regard du salarié ne peut pas être supérieur à l'obligation de renseigner de l'employeur. La loi ne contraint donc l'employeur à fournir au salarié que les « *renseignements nécessaires* » (CO, art. 322a, al. 2)[859]. Les demandes du salarié sont donc limitées aux éléments ***nécessaires***[860]. Le caractère nécessaire des renseignements sera déterminé *in concreto* : pour l'établir, on se fondera sur l'accord des parties, que l'on

[856] CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 61.

[857] Le Code des obligations aménage également des droits de contrôle à l'actionnaire (CO, art. 697) et au commanditaire (CO, art. 600) : CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 62.

[858] C'est d'ailleurs une obligation que la loi fait à tout employeur, du moins lorsque des conséquences en matière d'emploi sont attendues : « *L'employeur est tenu d'informer la représentation des travailleurs au moins une fois par an sur les conséquences de la marche des affaires sur l'emploi et pour le personnel.* » (Loi sur la participation, art. 9, al. 2). La loi précise que « *dans les entreprises ou secteurs d'entreprise sans représentation des travailleurs, ces derniers exercent directement le droit à l'information et le droit à la participation prévus aux art. 9 et 10* » (Loi sur participation, art. 4).

[859] Le terme légal de ***renseignements*** est des plus imprécis. Il ne faut pas y voir une négligence du législateur, mais plutôt la volonté de ce dernier de permettre l'effectivité de l'obligation contractée par l'employeur. Le terme utilisé dans la version allemande — « *Aufschlüsse* » — rend bien cette idée. En français, le code aurait aussi bien pu utiliser l'expression « éléments nécessaires ».

[860] Danthe, *Commentaire,* N 11 *ad* art. 322a CO.

interprétera selon les règles générales[861]. Le droit de consultation du salarié sera limité s'il apparaît ***abusif*** (CC, art. 2).

b. La forme du contrôle

297. Les « renseignements » revêtiront la forme adéquate, en fonction des circonstances, pour déterminer avec justesse et précision l'étendue concrète de la dette de l'employeur à l'égard du salarié. En pratique, le salarié demandera généralement à consulter les ***livres de comptabilité***. En matière de participation aux bénéfices, l'alinéa 3 de l'article 322a autorise spécifiquement le travailleur à demander une copie du ***compte de profits et pertes*** de l'exercice annuel. Cette précision légale vient compléter le principe du droit de regard du salarié sur les « renseignements nécessaires », sans toutefois le limiter[862]. Aussi les « renseignements » ne consisteront-ils pas forcément en des documents comptables. Le salarié peut demander à consulter des courriers, même adressés à des salariés tiers, s'ils permettent d'éclaircir la situation. Rien n'empêche par ailleurs le salarié de demander à connaître d'autres sources que des documents écrits, comme des témoignages : c'est la *ratio legis* de l'article qui le veut.

298. L'employeur a ***l'obligation de répondre*** à l'injonction du juge lui ordonnant de produire les pièces nécessaires à l'établissement de la participation du salarié. Cette obligation découle du caractère contractuel de la rémunération concernée que l'employeur a nécessairement accepté et dont il doit assumer les conséquences en cas de litige[863]. L'argument selon lequel la production des pièces par l'employeur faciliterait un éventuel débauchage de certains de ses salariés par des employeurs tiers est inopérant : rien n'empêche un salarié contacté par un employeur tiers de ***divulguer*** à ce dernier la rémunération qu'il perçoit[864]. D'ailleurs, le fait pour un salarié de connaître la rémunération des autres salariés d'une entreprise n'est pas un secret d'affaires au sens de l'article 340, alinéa 2, du Code des obligations[865], ni au sens de l'article 321a, alinéa 4, du même code[866]. Plus généralement, il n'existe aucune obligation légale pour un salarié de taire le montant de sa rémunération[867]. La tendance est plutôt à la transparence des rémunérations, dans la lignée des recommandations des codes de bonnes pratiques[868]. L'employeur qui refuserait de répondre risquerait, le cas échéant, des poursuites menées sur le fondement de l'article 292 du Code pénal. Sur le plan civil, le salarié pourra réclamer un montant à évaluer en équité par le juge (CO, art. 42).

---

[861] *Cf. supra* n° 98 et s.

[862] *Message 1967,* p. 324. Voir également TF, 10 janvier 2014, 4A_398/2013, cons. 2.3.

[863] TF, 8 juin 2010, 4A_195/2010, cons. 2.3 ; Danthe, *Commentaire,* N 11 *ad* art. 322a CO.

[864] TF, 8 juin 2010, 4A_195/2010, cons. 2.3.

[865] TF, 11 août 2010, 4A_283/2010, cons. 2.3 ; Aurélien Witzig, « ″Secrets de fabrication″ et ″secrets d'affaires″ (art. 340 CO) », *Panorama II en droit du travail* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2012, pp. 247 *sqq.*

[866] STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 2 *ad* art. 322 CO. La même solution prévaut en droit français où la Cour de cassation a jugé que le respect de la vie privée et le secret des affaires ne constituent pas un obstacle à l'application de l'article 145 du Code de procédure civile dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées (Soc., 19 décembre 2012, n° 10-20526).

[867] TF, 14 décembre 1994, *JAR* 1995. 214.

[868] *Cf.* par exemple la motion n° 11.3517 introduite le 14 juin 2011 par Silvia Schenker « Lohntransparenz schaffen ». *Cf. infra* n° 425.

c. Le destinataire des renseignements

299. L'employeur peut toujours refuser de communiquer ces éléments au salarié ***directement***. Les éléments seront alors communiqués à un tiers. Ce dernier demandera à l'employeur les éléments nécessaires au calcul de la participation et procédera lui-même à ce calcul. Il en transmettra le résultat au salarié. Le tiers doit revêtir deux qualités :

1° Il sera un « ***homme de confiance*** »[869]. Concrètement, cette confiance suppose que le tiers ait été agréé par chacune des deux parties. En cas de désaccord entre elles sur la personne du tiers, les parties se tourneront vers le juge pour qu'il le désigne[870]. Cette désignation interviendra souvent en cours de procédure, lorsque les parties sont en litige sur le montant de la dette de l'employeur[871]. Il s'agit d'une mesure relevant de l'administration des preuves[872].

2° Il sera un « ***expert*** ». Il s'agit d'une innovation de 1971. En général, cet expert sera une société prodiguant des services de fiduciaire[873]. « *Toutefois, appliquant le principe de proportionnalité, les tribunaux renoncent à la désignation d'un expert dans la mesure où l'employeur peut collaborer à l'administration des preuves sans danger pour le secret des affaires, par exemple en soumettant une attestation de son contrôleur aux comptes. Si l'employeur s'abstient de communiquer, le juge retient contre lui son refus de coopération*. »[874]

C. La participation aux pertes

300. À l'occasion de la crise de 2008 émergea une interrogation concernant le degré de prise en compte dans la rémunération des chiffres d'affaires négatifs que subissent parfois les entreprises. Dès lors s'est fait jour l'idée qu'au « bonus » du salarié pouvait correspondre un « malus », autrement dit une participation aux pertes. À défaut, on récompenserait les gains sans sanctionner les pertes[875]. Le concept de malus fut d'ailleurs salué par la ***FINMA*** qui en fit l'un des piliers de sa réglementation des rémunérations variables dans les

[869] *Message 1967,* p. 324.

[870] *Cf.* CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 60. Sa désignation par voie judiciaire entraîne l'application de la procédure sommaire (CPC, art. 250, b, 1) ; Danthe, *Commentaire,* N 12 *ad* art. 322a CO.

[871] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 89.

[872] TF, 21 mars 2011, 4A_33/2011, *JAR* 2012. 181, cons. 6 (non publié dans le *JAR*).

[873] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 89.

[874] AUBERT, *Commentaire romand,* N 2 *ad* art. 322a CO. Pour un exemple d'application, voir CAPH-GE, 30 novembre 2010, CAPH/203/2010, cons. 2e (non remis en cause par le Tribunal fédéral : TF, 21 mars 2011, 4A_33/2011, cons. 6). En droit français également, lorsque le calcul de la rémunération dépend d'éléments détenus par l'employeur, ce dernier doit les produire en cas de litige (Soc., 18 décembre 2001, *RJS* 3/02, n° 287 ; Soc., 21 février 2008, n° 06-41574). De plus, l'employeur doit communiquer au salarié les bases de calcul de sa rémunération ; le salarié doit pouvoir vérifier que le calcul a été effectué par l'employeur selon les modalités convenues (Soc., 18 juin 2008, n° 07-41910, *D.* 2008. 2209, note H. K. Gaba et AJ. 1832, obs. B. Ines).

[875] Conradin Cramer, « Der Bonus als Malus – Zur Überwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeitnehmer », *PJA* 2008. 535-541 ; BÄCHLER, *Vergütungen*, p. 153.

établissements financiers[876]. On trouve dans le ***Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise*** édité par la Fédération des entreprises suisses[877] des recommandations pour structurer la rémunération des cadres dirigeants. L'idée consiste à récompenser « *le comportement visant la réussite à moyen et long termes par des éléments de rémunération disponibles ultérieurement* ». De plus, la part variable doit « *dépendre dans une mesure adéquate, d'une part, de la performance individuelle et, d'autre part, du succès durable de l'entreprise ou d'une unité de l'entreprise* » (p. 22 de la mise à jour de 2007).

301. Le code prévoit expressément une possible participation au résultat (CO, art. 322a). En revanche, il ne dit rien d'une éventuelle ***participation aux pertes***[878]. La doctrine admet pourtant cette possibilité : l'accord sur une participation aux pertes est admissible dans la mesure où elle reste une simple méthode de fixation de la rémunération et ne conduit pas à une responsabilité sans faute du salarié[879]. C'est le cas par exemple dans le cadre de la rémunération sur objectifs lorsqu'un objectif n'est pas atteint.

302. Juridiquement, la participation aux pertes (*Verlustbeteiligung*) peut exister sous différentes formes :

1° La solution la plus extrême est la « ***eigentliche Verlustbeteiligung*** » : il s'agirait de contraindre le salarié non seulement à renoncer à être rémunéré pour son activité mais encore à verser un montant à l'employeur en cas de temps difficiles pour l'entreprise[880]. Cette solution est incompatible avec la notion même de contrat de travail[881] ; elle n'est envisageable que dans le cadre d'un ***contrat de société*** (CO, art. 533)[882].

2° Une solution moins extrême est l'***actionnariat salarié*** : lorsque le travailleur a investi de l'argent dans l'entreprise qui le rémunère et que le cours boursier de cette dernière chute, le patrimoine du travailleur subit automatiquement des pertes comptables[883]. Cependant, on s'éloigne ici aussi du droit du travail, puisque c'est le ***droit des sociétés*** qui s'applique au travailleur pris en sa qualité d'actionnaire[884].

3° On peut envisager une ***clause de remboursement*** qui oblige le salarié à rétrocéder une partie de sa rémunération à l'employeur dans certaines hypothèses. Une telle clause

---

[876] Hansueli Schöchli, « Bonusregeln nur für ein Dutzend verbindlich », *NZZ* 12 novembre 2009. Dans la même édition de ce journal, une autre plume qualifie le système mis en place par la FINMA de « *brauchbarer Kompromiss* », un compromis pragmatique entre absence totale et excès de contrôle (*cf.* Gerhard Schwarz, « Einfache Prinzipien für Boni », *NZZ* 12 novembre 2009). Ces mesures furent globalement saluées par certains commentateurs : *cf.* Karl Hofstetter/Stephan Hostettler, « Langfristige variable Vergütungen als zentrale Anreize für Topmanager », *NZZ* 19 août 2009. 25. L'idée de la FINMA consiste à éviter que les traders ne participent qu'aux gains à court terme, tout en laissant aux banques le poids des pertes, qui ne se révèlent que plus tard en cas d'engagement à long terme (*Rapport de gestion CFB* 1998, p. 141, disponible sur le site finma.ch ; Julien Waeber, « Circulaire FINMA 2010/1 sur les systèmes de rémunération : des obstacles en droit civil? », *RSDA* 2012. 119, spéc. 120).

[877] Sur ce code, *cf. infra* n° 428.

[878] CAPH-GE, 23 juillet 2010, CAPH/132/2010, cons. 3.1.

[879] STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 8 *ad* art. 322a CO.

[880] Conradin Cramer, « Der Bonus als Malus – Zur Überwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeitnehmer », *PJA* 2008. 535-541.

[881] CRAMER, *Der Bonus,* p. 73. *Cf.* BÄCHLER, *Vergütungen*, p. 152 ; Julien Waeber, « Circulaire FINMA 2010/1 sur les systèmes de rémunération : des obstacles en droit civil? », *RSDA* 2012. 119, spéc. 124.

[882] *Cf. infra* n° 465 et s.

[883] *Cf.* Conradin Cramer, « Der Bonus als Malus – Zur Überwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeitnehmer », *PJA* 2008. 535-541.

[884] *Cf. infra* n° 330.

consiste juridiquement en une condition résolutoire, laquelle n'est admise en droit du travail qu'à des conditions très restrictives[885].

4° Une autre solution réside dans la ***clause de malus*** : il s'agit ici d'imaginer une clause contractuelle en vertu de laquelle le travailleur recevrait un « bonus » (sous la forme de provision, de participation, de rémunération sur objectifs, etc.) en cas de bénéfices de l'entreprise et subirait une diminution de sa rémunération contractuelle en cas de pertes. Les parties conviendraient ainsi d'un droit formateur au profit de l'employeur, droit qui l'autoriserait à procéder à une réduction unilatérale de la rémunération (par exemple en la faisant passer de 100 à 80)[886]. La partie de la rémunération comprise dans le droit de réduction unilatérale ne serait due que de manière conditionnelle. Au final, un tel droit de réduction du salaire correspondrait à un « bonus inversé » : en cas de perte, le salarié ne bénéficierait non seulement d'aucun octroi de bonus (ce dernier ne passerait pas à 120), mais il subirait en outre une réduction de sa rémunération contractuelle (elle descendrait à 80)[887]. De cette manière, la perte d'exploitation n'affecterait pas uniquement la rémunération variable comme dans le cas de la participation, elle affecterait également le salaire fixe. Cette solution est prônée par CRAMER lequel concède toutefois qu'on ne peut parler en théorie de salaire fixe que pour ce qui est dû de manière inconditionnelle ; l'auteur conseille néanmoins aux employeurs de continuer à qualifier contractuellement de salaire de base la partie de la rémunération qui ne serait pas due en cas de déficit pour éviter que naisse une confiance légitime du salarié dans une augmentation de son « bonus ». Ainsi, en cas de difficultés financières de l'entreprise, l'employeur serait assuré, grâce au droit unilatéral qu'il se serait réservé, de pouvoir abaisser le salaire fixe d'un montant correspondant à ce qu'il appelle un « frein d'urgence » (*Notbremse*), sans risquer que le salarié n'exige le montant total de sa rémunération variable, même dans l'hypothèse où le salarié aurait bénéficié durant plusieurs années de l'entier de son « bonus ».

On peut néanmoins se demander s'il n'y a pas là une *fraus legis* car cette construction juridique vise à faire échec à la jurisprudence selon laquelle une gratification octroyée pendant un certain nombre d'années finit par perdre son caractère discrétionnaire et doit être requalifiée en rémunération obligatoire[888]. D'ailleurs, rien n'empêche d'appliquer le principe de confiance non pas uniquement à la gratification mais également à la rémunération contractuelle[889]. Mais plus fondamentalement, cette construction pose problème à l'égard des règles spécifiques de modification de la rémunération variable[890]. Plus généralement, on se demande si on ne peut pas faire plus simple, par exemple en stipulant une gratification soumise à la condition que l'entreprise ne se trouve pas en difficulté économique, hypothèse à déterminer objectivement. Il est également possible de prévoir une rémunération sur objectifs due uniquement en cas d'un montant prédéterminé de bénéfices de l'entreprise. Ces solutions auraient l'avantage de préserver par avance le salarié d'un usage abusif du droit de modification unilatéral, ce qui renforce en retour la sécurité juridique de l'employeur.

---

[885] *Cf. supra* n° 209 et s.

[886] REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar*, N 19 *ad* art. 322 CO ; Conradin Cramer, « Der Bonus als Malus – Zur Überwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeitnehmer », *PJA* 2008. 535-541 ; . CRAMER, *Der Bonus,* p. 72.

[887] Conradin Cramer, « Der Bonus als Malus – Zur Überwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeitnehmer », *PJA* 2008. 535-541.

[888] Notre conception personnelle n'est pas celle d'une doctrine qui serait l'avocat continuant la défense des intérêts de sa clientèle par d'autres moyens.

[889] Pour des cas d'application, *cf. supra* n° 98 et s.

[890] *Cf. infra* n° 570 et s.

5° Les dispositions sur la responsabilité du salarié (CO, art. 321e) marquent en toute hypothèse une limite à la possibilité de faire participer le salarié aux pertes[891]. Une participation aux pertes doit conserver le caractère d'incitation : elle est inadmissible dès lors que la rémunération est diminuée de moitié[892]. Ainsi, un report de la perte sur le salarié n'est envisageable que dans l'hypothèse où ce dernier a commis une faute, intentionnellement ou par une négligence coupable, ce qu'il revient à l'employeur de démontrer[893].

6° En définitive, la solution la plus compatible avec le droit du travail est soit la ***gratification conditionnelle*** soit la ***participation combinée à une rémunération sur objectifs***. La diminution du bénéfice de l'entreprise est alors prise en compte dans le cadre de l'évaluation de la rémunération variable[894]. La rémunération variable évolue parallèlement à la base de calcul et les gains ou les pertes vont jouer un rôle parmi d'autres éléments dans la détermination de la rémunération du salarié. Des clauses de participation peuvent même explicitement préciser que la rémunération sur objectifs peut être diminuée de 50 % en cas de pertes subies par l'entreprise[895]. Une clause qui peut également se formuler de manière inverse : le « bonus » est alors doublé en cas de bénéfices[896].

[891] TC-GR, 20 juin 2005, *JAR* 2006. 475, cons. 5a et 5b ; *cf.* MORF, *Lohn und besondere Vergütungsformen,* p. 235. Le droit français adopte la même solution (Soc., 1er mars 2000, n° 97-4554, *Gaz. Pal.* 16 mai 2000, n° 137, p. 21).

[892] TC-GR, 20 juin 2005, *JAR* 2006. 475, cons. 5a et 5b. Un auteur estime que le salarié ne doit en aucun cas être privé d'une rémunération convenable de sa prestation : MORF, *Lohn und besondere Vergütungsformen,* p. 236 (« *Eine Verlustbeteiligung erweist sich damit nur insofern als zulässig, als dem Arbeitnehmer unter Berücksichtigung des ihm verbleibenden Lohns ein angemessenes Entgelt für seine Arbeitsleistung verbleibt.* »).

[893] Tribunal cantonal des Grisons, 20 juin 2005, *JAR* 2006. 475, cons. 5a et 5b.

[894] Il arrive aussi que le « bonus » reflète la variation de l'action de l'entreprise ; *cf.* Conradin Cramer, « Der Bonus als Malus – Zur Überwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeitnehmer », *PJA* 2008. 535-541.

[895] *Cf. supra* n° 44.

[896] Conradin Cramer, « Der Bonus als Malus – Zur Überwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeitnehmer », *PJA* 2008. 535-541.

CHAPITRE III

L'ACTIONNARIAT SALARIÉ

303. L'actionnariat salarié désigne la situation où un salarié reçoit comme rémunération des ***titres de participation*** d'une entreprise[897]. L'association à la performance collective de l'entreprise n'est qu'indirecte car elle passe par la médiation du statut d'actionnaire. L'entrée dans le patrimoine du salarié de titres d'entreprise lui permet, au-delà de l'accroissement de ses actifs, d'acquérir un statut distinct de sa qualité de salarié[898] ; de plus, le capital dont il entre en possession pourra lui-même porter des fruits[899].

[897] Au sens strict, l'actionnariat salarié suppose la détention directe ou indirecte par les salariés de parts de capital de la société employeur ou du groupe auquel elle appartient (Raymonde Vatinet, « Développement de l'actionnariat salarié », *JCP S* 23 janvier 2007. 1032).

[898] L'acquisition du statut d'actionnaire ne soumet le salarié à aucun autre devoir que celui de libérer le montant des actions souscrites (CO, art. 680) : Philippe Ehrenström/Frédéric Olofsson, « La liberté du salaire et ses (nouvelles) limites », *Jusletter* 12 mars 2012, N 19.

[899] L'actionnariat salarié pose en filigrane la question de la ***participation des travailleurs au niveau de la gestion de l'entreprise***. Le droit allemand a construit le concept de « constitution d'entreprise » (*Unternehmensverfassung*), afin de placer les salariés à un rang égal à celui des apporteurs de capitaux (*cf.* Andreas Abegg, « Chemins alternatifs au droit constitutionnel d'entreprise », *RDS* 2006. 599-611, spéc. 599). La France et la Grande-Bretagne ont aussi valorisé cette solution : en droit français, une évolution capitale fut celle qu'apportèrent les lois Auroux de 1982. L'idée était de promouvoir une « citoyenneté d'entreprise » : « *Citoyens dans la cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans leur entreprise.* » (Jean AUROUX, *Les droits des travailleurs, Rapport au Président de la République et au Premier ministre*, La Documentation française, Paris, 1981, p. 4) En Suisse, on opta pour le maintien d'une conception libérale, consacrée dès le Code fédéral des obligations de 1881 : la séparation claire des intérêts des salariés de ceux des apporteurs de capitaux. En effet, une initiative populaire pour une participation des travailleurs à la gestion des entreprises avait été rejetée par 66 % des votants le 21 mars 1976 (Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la votation populaire du 21 mars 1976, *FF* 1976 II 639). On aurait d'ailleurs pu imaginer régler en un seul domaine du droit — par exemple le droit des sociétés ou un droit spécifique à l'entreprise — tant les relations entre la société de capitaux et ses actionnaires que les relations entre la société de capitaux et les autres parties prenantes (salariés, État, environnement, etc.) (*cf.* Andreas Abegg, « Chemins alternatifs au droit constitutionnel d'entreprise », *RDS* 2006. 599-611, spéc. 600). Le peuple suisse a décidé en quelque sorte que chacun devait rester chez soi. Pourtant, deux logiques différentes pouvaient être retenues, en vue de faire participer les salariés au capital de l'entreprise : premièrement, on pouvait associer les salariés à la gestion pour les valoriser, les enrichir, comme une forme d'élévation ; en second lieu, on pouvait aussi les y associer pour les impliquer davantage, en vue d'une convergence de destins.

Néanmoins, il existe en Suisse, à l'instar de l'Union européenne (*cf.* notamment l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne), un ***droit à l'information et à la consultation*** des travailleurs au sein de l'entreprise. La représentation des travailleurs, ou les travailleurs eux-mêmes dans les entreprises sans représentation des

304. L'actionnariat salarié vise divers buts pour l'entreprise : il tend à assurer un « partenariat » entre employeur et travailleurs[900] ; il permet de faire comprendre directement au travailleur les intérêts de l'actionnaire ; il renforce le sentiment de fidélité à l'entreprise ; il est également une arme de ***politique économique*** puisqu'il permet d'assurer une certaine stabilité du capital des entreprises. L'actionnariat salarié présente les ***risques*** habituels de tout investissement ; ce risque est toutefois accru pour le salarié si son épargne n'est pas diversifiée : en cas de faillite de son entreprise, le salarié perd à la fois son emploi et son capital. L'actionnariat salarié rend donc les revenus des salariés plus vulnérables aux résultats de leur entreprise, « *leur faisant prendre ainsi un risque dont ils sont normalement protégés* »[901].

305. L'actionnariat salarié prend différentes ***formes***[902] (**§ 2**). Par sa nature même, il pose en outre des questions spécifiques en cas de ***transformation*** de la structure de l'entreprise (**§ 3**) [903] . Surtout, l'actionnariat salarié présente des ***avantages fiscaux*** indéniables pour le travailleur ; en matière de ***cotisations sociales***, l'avantage est intéressant pour le salarié si certaines conditions sont remplies (**§ 1**).

§ 1 – FISCALITÉ ET COTISATIONS SOCIALES DE L'ACTIONNARIAT SALARIÉ

A. Actionnariat salarié et impôt

306. **Droit du travail et droit fiscal.** Le droit fiscal forme un ***droit parallèle*** dont l'importance sur les choix opérés par les différents acteurs est déterminante : au-delà des règles de droit du travail que nous exposons dans cette thèse, ce sont bien souvent les règles de droit fiscal qui seront déterminantes de la décision des acteurs concernés. L'intérêt en termes fiscaux de l'actionnariat salarié consiste en ceci que le gain réalisé par le travailleur qui vend des actions reçues de sa société ne se trouve pas économiquement en relation avec l'exercice d'une activité dépendante mais avec sa seule qualité d'actionnaire : « *En vendant les*

travailleurs (LParticipation, art. 4), a le droit d'être informée en temps opportun et de manière complète sur toutes les affaires dont la connaissance lui est nécessaire pour s'acquitter convenablement de ses tâches (Loi sur la participation, art. 9, al. 1er). L'employeur est tenu d'informer la représentation des travailleurs au moins une fois par an des conséquences de la marche des affaires sur l'emploi et pour le personnel (art. 9, al. 2). La collaboration entre l'employeur et la représentation des travailleurs dans le domaine de l'exploitation de l'entreprise repose sur un principe de ***bonne foi*** (art. 11).

[900] Selon le titre d'un rapport du Sénat français de Jean Chérioux au nom de la commission des Affaires sociales du 30 juin 1999 (disponible sur le site internet senat.fr). L'auteur rappelle l'influence décisive des trois courants qui ont conceptualisé le dépassement de l'antagonisme entre capital et travail : le courant ***utopiste*** de Charles Fourier, le courant ***humaniste***, proche de la doctrine sociale de l'Église, et le courant ***productiviste*** des saint-simoniens.

[901] Augustin LANDIER/David THESMAR, *Le grand méchant marché, décryptage d'un fantasme français,* Flammarion, Paris, 2007, p. 158.

[902] *Cf.* PORTMANN/STÖCKLI, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, N 285-289.

[903] Sur le traitement des formes d'actionnariat salarié en droit de la famille, *cf.* Peter Liatowitsch/Caroline Meyer, « Mitarbeiteroptionen in der güterrechtlichen Auseinandersetzung », *FamPra* 2007. 797.

actions qu'il a acquises au moyen de ses droits d'option, le collaborateur se dessaisit en réalité d'éléments de sa fortune privée et réalise un gain en capital privé exonéré d'impôts (LIFD, art. 16, al. 3) et, partant, de cotisations sociales. »[904] La plus-value perçue à ce titre entrera dans la catégorie des plus-values mobilières et non dans celle des revenus du travail[905].

307. La fiscalité de l'actionnariat salarié comprend les trois étapes classiques de toute imposition (détermination de l'***assiette*** de l'impôt[906], ***liquidation*** de l'impôt[907], ***recouvrement*** de l'impôt[908]). Nous nous concentrerons sur la question de l'assiette de l'impôt[909].

308. **Assiette de l'impôt et options de collaborateurs.** Le principe général est posé par l'article 17, alinéa 1er, de la loi sur l'impôt fédéral direct, dans sa rédaction résultant de la loi du 17 décembre 2010, entrée en vigueur le 1er janvier 2013 : « *Sont imposables tous les revenus provenant d'une activité exercée dans le cadre de rapports de travail, qu'elle soit régie par le droit privé ou par le droit public, y compris les revenus accessoires, tels que les indemnités pour prestations spéciales, les commissions, les allocations, les primes pour ancienneté de service, les gratifications, les pourboires, les tantièmes, les avantages appréciables en argent dérivant de participations de collaborateur et les autres avantages appréciables en argent.* »[910]

---

[904] TF, 26 mai 2008, 9C_683/2007, cons. 3.4 ; Christof HELBLING, *Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz,* Schulthess, Zurich, 2e éd., 2003, pp. 307 et s.

[905] **Renouvellement des termes du débat.** Lors de la crise financière, économique et sociale commencée en 2008, différents débats politiques furent lancés en réponse aux excès constatés par certaines structures de rémunérations variables. On proposa deux pistes pour créer une fiscalisation des « bonus » : une ***taxe spéciale*** sur les bonus ou ***leur inclusion dans l'assiette de l'impôt sur les sociétés*** dont ils sont normalement exclus au titre des charges de l'entreprise (Nicolas Sarkozy et Gordon Brown avaient préconisé un impôt exceptionnel assis sur les primes versées dans le système bancaire, lequel avait bénéficié du soutien des États lors de la crise économique : Gordon Brown/Nicolas Sarkozy, « For Global Finance, Global Regulation », *Wall Street Journal* 10 décembre 2009. *Cf.* également : Virginie Malingre, « Gordon Brown veut surtaxer les banquiers », *Le Monde* 8 décembre 2009). Selon un auteur, la taxe sur les bonus est une mesure symbolique à l'égard des opinions publiques (*cf.* l'article de Marion Solletty, « Taxe bancaire : "Tous les pays vont en ordre dispersé" », *Le Monde* 9 septembre 2010, citant Jacques Le Cacheux, directeur du département des études à l'Observatoire français des conjonctures économiques). Elle est cependant moins efficace qu'une inclusion des bonus dans l'assiette de l'impôt sur les sociétés qui aurait pour effet de rendre ces rémunérations non déductibles de l'impôt sur les sociétés à partir d'un certain montant. Lors de la réflexion sur un contre-projet direct à l'initiative Minder, le Conseil des États souhaitait que la part de rémunération au-delà de trois millions de francs par an soit considérée comme une charge excessive de l'entreprise ayant pour but de réduire artificiellement son bénéfice imposable et taxée à ce titre. Cette solution n'a pas été retenue. Pour le moment, le droit fiscal s'en tient au mécanisme classique de l'impôt sur le revenu (Willy Boder, « Pas de taxation spéciale des hauts salaires », *Le Temps* 16 janvier 2013). Pour une analyse économique de la fiscalisation des bonus, voir Daniel Häusermann, « Eine ökonomische Analyse einer angedachten "Bonussteuer" auf Vergütungen über bestimmte Millionenbeträge », *RJB* 2012. 531.

[906] « *Asseoir l'impôt, c'est constater et évaluer la matière imposable, déterminer le fait générateur de l'imposition ainsi que la personne imposable.* » (Michel BOUVIER, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt,* L.G.D.J., « Systèmes », 7e éd., 2005, p. 37).

[907] « *Liquider l'impôt, c'est calculer la dette fiscale du contribuable par application d'un taux d'imposition, ou tarif, à la base imposable telle qu'elle a préalablement été déterminée et en ayant éventuellement pratiqué les abattements, majorations ou déductions prévus par le législateur.* » (Michel BOUVIER, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt,* L.G.D.J., « Systèmes », 7e éd., 2005, p. 40).

[908] « *Recouvrer l'impôt, c'est le percevoir.* » (Michel BOUVIER, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt,* L.G.D.J., « Systèmes », 7e éd., 2005, p. 40).

[909] Les questions fiscales liées à la rémunération variable sont multiples. Une situation complexe, mais de plus en plus fréquente concerne les ***travailleurs frontaliers***. À ce sujet, *cf.* Tamara Uldry Pacot, « Le traitement fiscal du travailleur frontalier à la lumière de la Convention fiscale franco-suisse », *RDAF* 2010 II 237-299.

[910] *Cf.* BÄCHLER, *Vergütungen*, pp. 138-139.

309. Les « participations de collaborateur »[911] connaissent un régime particulier : les ***actions non bloquées*** sont tout simplement imposables au titre du revenu de l'activité lucrative salariée (LIFD, art. 17b, al. 1). Dans le cas des ***actions bloquées***, on tient compte de la restriction de transfert qui réduit la valeur du titre en appliquant un escompte de 6 % sur la valeur vénale des actions par année de blocage (LIFD, art. 17b, al. 2 ; LHID, art. 7d, al. 2).

310. Le ***fait générateur de l'impôt*** en matière de participations de collaborateur a connu une évolution. La circulaire de l'Administration fédérale des contributions n° 5 du 30 avril 1997 distinguait trois catégories d'options de collaborateurs : les options libres (imposables dès leur octroi au salarié), les options bloquées (imposables également dès leur octroi au salarié, mais dont la valeur totale faisait l'objet d'un escompte de 6% par année de blocage), les options complexes, soit celles qui ont une durée de blocage supérieure à cinq ans (imposables lors de l'exercice de l'option).

Selon les termes de la nouvelle loi, les plans d'actions sont imposés à l'octroi[912]. Dans le cas des plans d'options, il faut distinguer :

— les options cotées en bourse sans délai de blocage, qui sont imposées à l'octroi (LIFD, art. 17b, al. 1) ;

— les options cotées en bourse avec délai de blocage et les options non cotées en bourse, qui sont imposées au moment de l'exercice. La prestation imposable est alors égale à la valeur vénale de l'action diminuée du prix d'exercice de l'option (LIFD, art. 17b, al. 3)[913].

B. Actionnariat salarié et cotisations sociales

311. **« Versement économiquement lié au contrat de travail » et « pur rendement de capital ».** Toute rémunération variable que le salarié tire de son travail n'est pas automatiquement soumise à cotisations sociales. Le Tribunal fédéral opère une distinction selon que la somme perçue par le salarié de la part de son employeur représente un « *versement économiquement lié au contrat de travail* » — soumise à cotisations sociales — ou un « *pur rendement du capital* » — exempté de cotisations sociales[914].

[911] Définies à l'article 17a de la LIFD, repris à l'article 7c de la LHID : « *Sont considérées comme participations de collaborateur proprement dites : a. les actions, les bons de jouissance, les bons de participation, les parts sociales et toute autre participation que l'employeur, la société mère ou une autre société du groupe offre au collaborateur ; b. les options donnant droit à l'acquisition de participations citées à la let. a. Sont considérées comme des participations de collaborateur improprement dites les expectatives sur de simples indemnités en espèces.* »

[912] TF, 1er mars 2013, 2C_168/2012. Voir également : TF, 2 juin 2010, 2C_138/2010 et TF, 14 octobre 2010, 2C.236/2010.

[913] Pour plus de détails sur ces questions, voir le Message du Conseil fédéral du 17 novembre 2004 sur la loi fédérale régissant l'imposition des participations de collaborateurs, *Feuille fédérale* 2004, p. 519 et l'Ordonnance du 27 juin 2012 sur l'obligation de délivrer des attestations pour les participations de collaborateur et son Commentaire par l'Administration fédérale des contributions ; Leonhard Knoll, « Zur Frage des Besteuerung von Mitarbeiteroptionen », *ECS* 2003. 183 ; Stephan Metz, « Aspekte von Bonuszahlungen im schweizerischen Steuerrecht », *PJA* 2010. 609.

[914] TF, 1er mars 1977, *ATF* 103 V 1 ; TF, 10 avril 1996, *Caisse de compensation SSE, ATF* 122 V 178, cons. 3b ; TF, 4 août 2000, H 386/99, cons. 4b ; TF, 5 juin 2008, 9C_107/2008, *ATF* 134 V 297 ; TF, 5 mars 2013, C-341/2012, cons. 3.2.

312. Les critères de distinction entre « pur rendement du capital » et « salaire déterminant » sont traditionnellement ceux de la ***nature*** et de la ***fonction*** de l'avantage concédé[915]. Pour identifier la nature et la fonction d'un avantage, le juge n'était classiquement pas lié ni par la qualification — juridique ou économique — donnée par les parties, ni par celle de l'administration fiscale. La qualification de droit de la sécurité sociale était réputée autonome[916] et il revenait aux caisses de compensation de l'opérer[917]. Dès lors que la nature et la fonction d'un avantage servi au salarié consistaient à le rémunérer ou à le récompenser, dans un but économique, pour l'activité qu'il a déployée dans l'exécution de son contrat de travail, il y avait « salaire déterminant »[918]. C'est le cas par exemple des sommes prélevées sur le bénéfice net d'une société anonyme et reversées aux salariés[919]. Le fait que le montant de la somme prélevée sur le bénéfice soit fonction de la marche des affaires de l'entreprise n'enlève rien au fait que cette somme est reversée aux salariés en raison de l'activité qu'ils ont déployée au sein de l'entreprise. En principe, l'administration ne s'écarte de la répartition entre dividendes et salaire effectuée par l'employeur et acceptée par les autorités fiscales que s'il existe une disproportion manifeste entre la prestation de travail et la rémunération ou entre le capital investi et les dividendes[920].

313. À l'égard des distributions de bénéfices, il existe un risque (pour les finances publiques) que le conseil d'administration décide, en amont, de reverser la majeure partie du chiffre d'affaires sous forme de distributions de bénéfices et non sous forme de salaire. La caisse de compensation du canton de Nidwald a développé une pratique à ce sujet que le Tribunal fédéral avait validée en ce qu'elle considérait qu'une partie des dividendes était en réalité du salaire déguisé. Ainsi, un actionnaire unique, président et directeur général, qui avait perçu un salaire d'environ 37 000 à 48 000 francs et un dividende de 500 000 francs, devait voir requalifier le dividende reçu en salaire à concurrence de 120 000 francs[921]. Le Tribunal fédéral s'était appuyé sur la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, qui jugeait que les versements issus du bénéfice net d'une société anonyme et dont la raison principale du versement se trouve dans la qualité de salarié de celui qui les reçoit, devaient être qualifiés de salaire déterminant, même lorsqu'ils sont versés sous forme de dividendes[922]. En revanche, dans un arrêt plus récent, le Tribunal fédéral a limité la portée de la pratique nidwaldienne en jugeant qu'elle ne tenait pas compte de la conception fiscale : les critères retenus dans cette pratique sont contraires à la loi en tant qu'ils déterminent la proportion du dividende en se référant au capital-actions (au lieu des fonds propres) ; il en va de même chez l'actionnaire, la proportion du revenu de la fortune (non soumis à cotisations) ne devant pas être déterminée en fonction de la valeur nominale, mais en fonction de la valeur économique effective des actions[923]. Ainsi, pour déterminer s'il existe une disproportion manifeste, l'administration se fonde désormais sur la rémunération convenable pour le travail fourni et sur le rendement approprié du capital

[915] TF, 10 avril 1996, *Caisse de compensation SSE, ATF* 122 V 178, cons. 3b ; TF, 4 août 2000, H 386/99, cons. 4b.

[916] Mais le juge de la sécurité sociale devait s'efforcer néanmoins de faire converger, dans la mesure du possible la qualification en droit de la sécurité sociale et celle en droit fiscal : TF, 1er mars 1977, *ATF* 103 V 1, cons. 2c ; TF, 10 avril 1996, *Caisse de compensation SSE, ATF* 122 V 178, cons. 3b.

[917] TF, 1er mars 1977, *ATF* 103 V 1, cons. 2c ; TF, 4 août 2000, H 386/99, cons. 4c.

[918] TF, 4 août 2000, H 386/99, cons. 4b.

[919] TF, 1er mars 1977, *ATF* 103 V 1, cons. 4 ; TF, 8 juin 1995, *ATF* 121 I 259, cons. 3b ; TF, 10 avril 1996, *Caisse de compensation SSE, ATF* 122 V 178, cons. 3b.

[920] TF, 5 juin 2008, 9C_107/2008, *ATF* 134 V 297 ; Directives de l'Office fédéral des assurances sociales sur le salaire déterminant dans l'AVS, l'AI et l'APG (valables dès le 1er janvier 2014), p. 29.

[921] TF, 4 août 2000, H 386/99, cons. 4 ; Bernhard Schärer, « Zur Optimierung von Lohn und Dividende — AHV und Steuern », *Entwicklungen im Steuerrecht 2009* (édit. Michael Beusch), Schulthess, Zurich, 2009, pp. 397 *sqq*.

[922] TF, 4 août 2000, H 386/99, cons. 4c.

[923] TF, 5 juin 2008, 9C_107/2008, *ATF* 134 V 297, cons. 2.8.

investi[924]. Le paiement des dividendes est considéré comme étant partiellement du salaire déterminant lorsqu'aucun salaire ou un salaire inhabituellement bas est versé et que, simultanément, les dividendes distribués sont manifestement disproportionnés[925].

314. **Le cas particulier des actions**[926]. Les avantages appréciables en argent provenant d'actions offertes au salarié ou remises à lui à des conditions préférentielles font partie du salaire déterminant[927]. En revanche, la remise d'« *actions gratuites* » n'est pas forcément constitutive, au vu des circonstances, d'une rémunération des services comprise dans le « salaire déterminant ». En effet, la remise d'actions libérées au moyen de fonds propres (lorsqu'une société anonyme procède à une augmentation de capital sans accroissement de la fortune sociale), ne constitue pas une prestation d'une société à son actionnaire, la valeur des actions préexistantes étant diminuée en proportion de la valeur des nouveaux titres : économiquement, l'actionnaire bénéficiaire n'est pas enrichi, sa part globale au patrimoine étant répartie sur un plus grand nombre de titres[928]. Par ailleurs, si la remise d'actions gratuites est faite au profit des actionnaires et non spécifiquement des salariés de l'entreprise — quand bien même ces derniers seraient par ailleurs actionnaires de la société —, il n'existe pas de relation entre l'avantage concédé aux actionnaires et l'activité salariée qu'ils pourraient exercer au sein de la société ; en effet, les actions gratuites auraient pu être obtenues sans que les actionnaires ne travaillent dans la société[929]. Dès lors que l'attribution d'actions gratuites dépend de la participation antérieure des salariés au capital social — et non de critères découlant des rapports de travail, comme l'ancienneté ou la performance —, il s'agit d'un « pur rendement du capital » et non d'un élément du « salaire déterminant »[930].

315. Depuis le 1er janvier 2013 et l'introduction d'une lettre c^bis à l'article 7 RAVS, la valeur et le moment de la perception des cotisations sur les avantages appréciables en argent provenant de participations de collaborateurs sont déterminés d'après les dispositions relatives à l'impôt fédéral direct. Il s'agit d'un véritable effort de coordination[931].

---

[924] TF, 5 juin 2008, 9C_107/2008, *ATF* 134 V 297 ; Directives de l'Office fédéral des assurances sociales sur le salaire déterminant dans l'AVS, l'AI et l'APG (valables dès le 1er janvier 2014), n° 2011 3 1/09.

[925] Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG de l'Office fédéral des assurances sociales (valables dès le 1er janvier 2014), n° 2011 4 1/09.

[926] Pour le cas particulier des options de collaborateurs, *cf.* TF, 15 mai 2007, H 97/06, *ATF* 133 V 346, cons. 4 et 5 ; Bettina Kahil-Wolff, « Imposition proportionnelle des options de collaborateurs : quelle portée pour les assurances sociales ? », *RSAS* Cahier spécial 2013.

[927] Directives de l'Office fédéral des assurances sociales sur le salaire déterminant dans l'AVS, l'AI et l'APG (valables dès le 1er janvier 2014), n° 2015 1 1/13.

[928] TF, 10 avril 1996, *Caisse de compensation SSE, ATF* 122 V 178, cons. 3b ; Directives de l'Office fédéral des assurances sociales sur le salaire déterminant dans l'AVS, l'AI et l'APG (valables dès le 1er janvier 2014), n° 2015 6 1/13.

[929] TF, 10 avril 1996, *Caisse de compensation SSE, ATF* 122 V 178, cons. 3c ; *cf.* WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* p. 1007.

[930] TF, 10 avril 1996, *Caisse de compensation SSE, ATF* 122 V 178, cons. 3c. La seule constatation selon laquelle le bénéficiaire de l'action gratuite revêtait, outre sa qualité d'actionnaire, celle de salarié de la société, est insuffisante à fonder un lien entre l'avantage accordé et la prestation de travail propre à caractériser un élément du « salaire déterminant ». En revanche, des actions offertes aux seuls salariés, *a fortiori* de façon périodique ou en vertu d'une stipulation contractuelle, représentent un élément du « salaire déterminant ».

[931] *Cf.* WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* p. 1007.

§ 2 - LES FORMES DE L'ACTIONNARIAT SALARIÉ

316. La participation indirecte du salarié à la performance collective peut prendre différentes formes, même il s'agit toujours d'acquérir des titres de propriété. Si l'acquisition peut être ***simple*** (**A**), elle est parfois ***compliquée*** par divers mécanismes (**B**) ou inscrite dans le cadre plus général d'un ***plan*** (**C**). L'actionnariat salarié, en ce qu'il s'adresse au salarié ***en tant que salarié,*** doit se distinguer juridiquement du plan d'épargne ouvert au salarié ***en tant qu'investisseur***. La distinction est ténue, voire incertaine, mais elle est impérieuse car elle commande un régime distinct (**D**).

A. L'acquisition simple

317. L'acquisition simple correspond à la remise de titres de l'entreprise au salarié. Les titres en question peuvent revêtir différentes ***formes*** : titres de propriété comme les actions[932], titres de créance comme les obligations, titres de simple participation comme les bons de jouissance (CO, art. 657), etc[933]. L'entreprise dont les titres sont transférés au salarié peut être celle dans laquelle il travaille — on parlera alors d'actionnariat salarié *stricto sensu* — ou n'importe quelle autre entreprise — l'actionnariat salarié devient alors de ***l'épargne salariale***, c'est-à-dire une incitation à épargner.

318. En général, les titres sont cédés au salarié moyennant un ***prix avantageux***, inférieur au prix du marché (par exemple inférieur au montant de la cotation de l'action en bourse). Le salarié doit payer le montant d'acquisition et la rémunération qu'il obtient correspond à la différence entre le prix réel du titre et le montant auquel il a pu l'acquérir.

319. La rémunération correspondant à l'avantage lors de l'acquisition de titres d'entreprise à un prix avantageux n'est rien d'autre qu'une ***rémunération en nature***. Elle en suivra donc le régime[934]. Le salarié, une fois devenu propriétaire desdits titres, acquiert le statut correspondant en droit des sociétés (par exemple, celui d'actionnaire). Ce statut vient se superposer à sa qualité de salarié, sans que le contrat de travail n'en soit autrement affecté.

---

[932] *Cf.* TF, 25 septembre 2007, 4A_114/2007. Le processus doit être décidé par l'assemblée générale des actionnaires, lesquels renoncent alors à leur droit préférentiel de souscription (CO, art. 652b) (Matthias Staehelin, « Gesperrte Optionen — als Lohn unzulässig ? », *RSJ* 2005. 181 ; VISCHER, *Der Arbeitsvertrag,* p. 99 ; TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 508).

[933] Christof HELBLING, *Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz,* Schulthess, Zurich, 2e éd., 2003*,* pp. 22-30.

[934] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 5.1 ; WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* p. 171.

B. L'acquisition compliquée

320. L'acquisition de titres d'entreprise par le salarié peut être compliquée de diverses manières. La plus fréquente est celle que l'on appelle communément l'« option sur actions » (*stock option*)[935]. Sous la forme d'une « option d'achat » ou *call*, il s'agit pour l'employeur de proposer au salarié d'acquérir des actions de l'entreprise (qui forment le sous-jacent) à un prix fixé à l'avance (nommé « prix d'exercice »), à une date déterminée (dite « date de maturité de l'option d'achat »)[936]. Dès lors, si le cours de l'action monte durant le laps de temps prévu, le salarié bénéficie d'une plus-value : il achète des actions à un prix inférieur à leur prix réel. À l'inverse, le salarié peut toujours renoncer à acquérir des actions dont le prix déprécié est inférieur au prix d'exercice[937]. Les stock options sont donc une forme de rémunération complémentaire ***qui vise à aligner les intérêts des salariés sur ceux des actionnaires***[938]. Juridiquement, l'option est une faculté offerte au salarié de parfaire, par une déclaration de volonté, un rapport d'obligation déjà conclu mais soumis à condition suspensive[939].

321. Les remarques sur le régime de l'acquisition simple s'appliquent *mutatis mutandis* à l'acquisition compliquée. S'y ajoutent les diverses conditions qui peuvent venir affecter la liberté du salarié et qui font dès lors l'objet de protections particulières. En effet, le régime des titres d'entreprise versés au salarié, en particulier le régime des conditions les affectant, est fonction de leur qualification, selon les critères dégagés précédemment : gratification bénévole, gratification contractuelle, rémunération variable obligatoire[940]. La pratique montre notamment l'existence de ***conventions d'actionnaires*** — par lesquelles le travailleur s'engage à vendre les actions reçues de la société aux cosignataires de la convention dans l'hypothèse où il quitterait définitivement son emploi auprès de ladite

---

[935] Les prud'hommes précisent : « *La valeur effective de ce type de rémunération dépend de deux variables : une variable économique et une variable temporelle. La variable économique correspond à l'intérêt du salarié à acheter ou non les participations qui font l'objet de l'option. Si, dans le délai fixé par l'employeur, la revente immédiate des actions engendre un bénéfice, l'opération aboutit à la rémunération envisagée, l'employeur s'étant engagé à les délivrer à un prix inférieur à celui du marché. Si cette revente immédiate engendre une perte, l'employé renoncera ordinairement à exercer son droit et attendra une amélioration conjoncturelle. Autrement dit, dans une telle situation, l'employé qui en a les moyens supporte seul le risque économique de la transaction. La valeur économique de l'option étant défavorable, l'intérêt d'en détenir réside alors exclusivement dans sa variable temporelle. La variable temporelle correspond au moment auquel l'option d'achat est, ou non, exercée à l'intérieur de la durée prédéfinie. Il va de soi que, compte tenu de la fluctuation des valeurs sur le marché des titres, l'option est d'autant plus précieuse que la durée au cours de laquelle elle peut être exercée est étendue.* » (TPH-GE, 27 août 2002, JAR 2003. 150, cons. 3b).

[936] *Cf.* Christof Helbling « Die Rechtsfolgen von unternehmenszusammenschlüssen auf Mitarbeiterbeteiligungspläne », *Jusletter* 19 mai 2003.

[937] La pratique connaît aussi des « *management packages* », mécanisme qui vise à « *organiser le partage d'une plus-value actionnariale entre un associé "actif", qui sera la plupart du temps salarié ou dirigeant d'une entreprise, et un ou plusieurs autres associés de cette même entreprise (que l'on qualifiera de "passifs" pour les distinguer du précédent) ; ce partage s'opère non pas en fonction de leur poids respectif au sein du capital social, mais à raison la plupart du temps du rendement dégagé sur leur investissement par les associés "passifs" ou des performances économiques de l'entreprise* » (Jean-Louis Médus, « Le salarié ou dirigeant-actionnaire : réflexions sur la fiscalité des management packages », *Bulletin Joly Société* 1er mai 2012. 453).

[938] Érica Gorga/Michael Halberstam, « How legal institutions affect firm structure and market exchange by shaping Knowledge transactions : the influence of restrictive covenants and stock options on high tech firms », *ISNIE Conference,* Barcelone, disponible sur isnie.org.

[939] *Cf.* TF, 21 avril 1987, *ATF* 113 II 31, *JT* 1988 I 201 ; TF, 5 décembre 1995, *ATF* 122 III 10, *JT* 1998 I 111, *ZBGR* 1999. 32. Sur cette institution, *cf.* également CARRUZZO, *La Rémunération,* p. 80. Selon un spécialiste de la finance, les *stock-options* constitueraient un mode de rémunération plus vertueux que les bonus (Laura Berny, « De nouvelles bulles se préparent », entretien avec Michel Cicurel, président du directoire de la Compagnie financière Edmond de Rothschild, *Les Échos* 4 janvier 2010).

[940] *Cf. supra* n° 84 et s.

société —, et de ***conventions sur actions*** — par lesquelles le travailleur accorde à son employeur un droit d'emption sur les actions reçues[941] ou un droit de réméré dans l'hypothèse où ces actions seraient aliénées[942]. De telles limitations sont valables sous les tempéraments classiques[943] : concrètement, ces conventions d'actionnaires ou sur actions doivent être limitées dans le temps (CC, art. 27)[944] et ne concerner que des éléments de rémunération qualifiés de gratifications (sauf à violer le principe de libre disposition du salaire : CO, art. 323b, al. 3)[945]. Nous considérons toutefois que ces conventions ne heurtent pas le principe de libre disposition, même lorsqu'elles affectent la rémunération de base, s'il est expressément prévu que le travailleur puisse les vendre au prix du marché (ou à leur valeur réelle), au moment qu'il choisira, sans délai. La convention doit lui garantir cette possibilité. L'employeur qui souhaite contourner ces difficultés peut proposer ces titres d'entreprise dans le cadre d'un plan d'investissement[946].

C. L'acquisition inscrite dans le cadre d'un plan d'intéressement

322. Les plans dans lesquels est inscrite l'acquisition de titres d'entreprise par les salariés sont généralement dénommés « plans d'intéressement »[947]. Au-delà de la simple remise au salarié de titres de l'entreprise, ils visent généralement à apporter un surcroît de rémunération à certains salariés stratégiques (membres de la direction, cadres supérieurs, salariés contribuant spécifiquement à la valeur ajoutée de l'entreprise). On affuble souvent ces plans des dénominations censées renforcer l'effet psychologique de motivation (par exemple : « *Long-terme-Incentive Scheme* »)[948]. Un praticien de la question insiste sur le fait que le plan d'intéressement est un accessoire du contrat du travail dont l'objectif consiste principalement à « *favoriser le recrutement de nouveaux talents et la motivation des employés concernés en les admettant au nombre des propriétaires de l'entreprise* » et à « *les inciter à faire preuve d'une fidélité accrue envers leur employeur* »[949]. On considère généralement qu'un plan d'intéressement vise à rendre l'entreprise attractive pour une main-d'œuvre très qualifiée, à motiver les travailleurs, à lier les cadres à la société jusqu'au moment de l'exercice du droit d'option, à orienter dans la même direction les buts des employés, des actionnaires et du management[950]. La différence par rapport à l'acquisition simple consiste en ce que l'octroi d'actions au salarié est généralement soumise à diverses modalités, notamment des mécanismes d'options bloquées pendant une certaine période. De plus, l'idée consiste à lier le destin financier du salarié à l'avenir

[941] *Cf.* TF, 26 mai 2008, 9C_683/2007, faits B.
[942] WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* pp. 994-995.
[943] *Cf. supra* n° 165 et s.
[944] *Cf. supra* n° 176 et s.
[945] *Cf. supra* n° 190 et s.
[946] *Cf. infra* n° 329 et s.
[947] Pour un panorama des différentes sortes de plans d'intéressement, *cf.* Rosmarie KNECHT, *Mitarbeiterbeteiligung in der Praxis,* Cosmos Verlag, Muri-Bern, 2001, en particulier pp. 38 et s.
[948] *Cf.* également : TF, 25 septembre 2007, 4A_114/2007, où le terme est employé pour une participation aux résultats.
[949] Andreas von Planta, « Les Plans d'intéressement Aspects du droit commercial, publié in Les plans d'intéressement – stock options plans », *Journée d'étude en l'honneur du Professeur Georges Muller*, CEDIDAC, n° 45, p. 43 ; *cf.* également : TPH-GE, 27 août 2002, *JAR* 2003. 150, cons. 3b ; *cf.* WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* p. 988 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 22 *ad* art. 322 CO.
[950] TF, 8 avril 2004, 4C.329/2003, *ATF* 130 III 495, cons. 4.1 ; TF, 15 mai 2007, H 97/06, *ATF* 133 V 346, cons. 5.2 ; TF, 26 mai 2008, 9C_683/2007, cons. 2.2.

économique de l'entreprise et à son cours boursier. La motivation du salarié s'en trouve renforcée, à l'instar de la participation ou de la rémunération sur objectifs. De plus, le salarié est clairement incité à « se mettre dans la peau » de l'actionnaire et à agir en vue de l'intérêt de ce dernier[951].

323. Le droit suisse n'appréhende pas les plans d'intéressement en tant que tels au niveau légal. Un auteur estime même que les plans d'options sur actions (*stock options plans*) ne se concilient que difficilement avec les institutions juridiques suisses actuelles ; il en résulterait une perte de compétitivité pour attirer en Suisse certains travailleurs très qualifiés[952]. Mais si la loi ne traite pas spécifiquement des plans d'intéressement, la jurisprudence en a défini les contours et le régime, si bien que les craintes exprimées devraient se dissiper, du moins à cet égard.

1) Définition du plan d'intéressement

324. La définition du plan d'intéressement est ***jurisprudentielle***. Le Tribunal fédéral définit le plan d'intéressement 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* »[953] ou encore comme la possibilité offerte « *à un cercle déterminé d'employés de participer au résultat de la société qui les emploie, respectivement du groupe auquel elle appartient, en leur aménageant, pendant un certain délai, des droits d'option pour l'achat (call options) ou la vente (put options), à des conditions déterminées à l'avance, d'un certain nombre d'actions de la société employeur ou d'une société qui en est proche* »[954]. Ordinairement, les plans d'intéressement prévoient l'entrée en vigueur, échelonnée dans le temps, du droit d'acquérir successivement des « lots » de participation dans l'entreprise, l'exercice de ce droit étant en outre limité à une date d'échéance fixe. Autrement dit, en contrepartie de l'engagement et de la fidélité du salarié, l'employeur lui offre la possibilité d'obtenir une rémunération supplémentaire, venant s'ajouter au salaire et aux gratifications octroyés par ailleurs[955].

325. On distingue parfois également la forme particulière de plan d'intéressement sous forme d'options sur actions (*stock option plan*), le but affiché étant l'augmentation de la valeur de l'entreprise en termes boursiers[956]. Ce type de plan est dit « européen » (*European style option*) lorsque l'exercice du droit d'option est fixé à une date précise et « américain » (*American style option*) lorsque l'exercice est autorisé jusqu'à une certaine date[957].

---

[951] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, *SJ* 2006 I 45, *JAR* 2006. 329.

[952] Karen Jeanneret-Druckman, « Les plans d'intéressement : cette pratique anglo-saxonne est-elle compatible avec le droit suisse ? », *L'Américanisation des droits suisses et continentaux,* (édit. Nathalie Dongois/Martin Killias)*,* Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2006, *cf. DTA* 2007. 98.

[953] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 3.

[954] TF, 26 mai 2008, 9C_683/2007, cons. 2.2.

[955] Christophe Wilhelm/Éric Bersier, « Aspects juridiques des plans d'intéressement », *ECS* 11/01. 1075 ; *cf.* Danthe, *Commentaire,* N 27 *ad* art. 322 CO.

[956] TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 508.

[957] TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 508.

2) Élaboration du plan d'intéressement

326. L'élaboration d'un plan d'intéressement est soumise à des procédures particulières de prise de décision et de publication, relevant du ***droit des sociétés***[958]. Pour l'instant, la réglementation en la matière est caractérisée par son aspect de *soft law* : la Fédération des entreprises suisses a ainsi adopté un ***Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise***[959], qui a vocation à servir de recommandation[960]. Il propose la mise en place de comités de rémunérations (*Compensation Committees*), formé d'administrateurs indépendants et n'appartenant pas à l'exécutif de la société (p. 17)[961]. Pour les directeurs, « *la rémunération doit être en rapport évident avec le succès de l'entreprise sur la durée et la contribution personnelle* ». Il est précisé également que les plans d'options sur actions « *doivent avoir un effet de dilution aussi faible que possible et les conditions de leur exercice ne doivent pas être modifiées ultérieurement en faveur des détenteurs des droits d'options* »[962]. En bref, cette élaboration suppose de déterminer :

1° le ***cercle des bénéficiaires*** : cadres dirigeants ou ensemble des salariés[963] ;

2° le ***substrat*** du plan : sources des titres permettant l'intéressement des salariés — émission d'un capital-actions ou d'un capital-participation, conditionnel ou autorisé, création d'actions propres, rachat d'actions sur le marché ou auprès de tiers — et intensité de la participation — attribution de droit de sociétaires et patrimoniaux par la remise d'actions ou pure expectative sur la plus-value comptable dans le cadre d'un plan virtuel ou *phantom plan*[964] ;

3° le ***prix*** du plan : notamment le prix d'exercice de l'option ;

4° les ***modalités d'attribution*** du plan : le but est que la rémunération soit attrayante sans être excessive au regard de la performance tant de la société que du bénéficiaire ;

---

[958] Jean-Luc Chenaux, « Les plans d'intéressement dans le prisme du *Corporate Governance* », *ECS* 2002, spéc. 447-450 ; Jean-Luc Chenaux, *Corporate Governance : l'état du droit positif suisse*, Cedidac, 2003. 223-234.

[959] Première édition en juillet 2002 et mise à jour en 2007.

[960] Ce code fut rédigé à la suite du rapport Cadbury de 1992 en Grande-Bretagne, du rapport Viénot de 1995 en France et du Code allemand de gouvernement d'entreprise de février 2002. Le code définit le « gouvernement d'entreprise » comme « *l'ensemble des principes qui, tout en maintenant la capacité de décision et l'efficacité, vient à instaurer au plus haut niveau de l'entreprise, dans l'intérêt des actionnaires, la transparence et un rapport équilibré entre les tâches de direction et de contrôle* » (p. 8).

[961] Sur la finalité des comités de rémunérations comme mécanisme destiné à renforcer l'apparence d'objectivité des décisions prises par les organes dirigeants de la société, *cf.* Michel Jaccard/Erol Baruh, « L'équilibre des pouvoirs dans le cadre de la révision du droit de la SA », *RSDA* 2008. 135, spéc. 137

[962] Pour une analyse nuancée des effets de ce code sur les rémunérations excessives, *cf.* Max Amstutz, « Stärken und Schwächen des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance bei der Bekämpfung exzessiver Managerentschädigungen », *Unternehmen – Transaktion – Recht,* (édit. Nedim Peter Vogt/Max Amstutz/Rolf Watter), Dike, Zurich, 2008.

[963] L'éligibilité au plan d'intéressement ne doit pas entraîner une discrimination prohibée (*cf. infra* n° 378 et s.).

[964] *Cf.* notamment : Christophe Wilhelm/Éric Bersier, « Aspects juridiques des plans d'intéressement », *ECSe* 11/01. 1075, spéc. 1076. Le « *phantom plan* » ou « *phantom stock plan* » ou encore « *shadow stock plan* » est un plan d'intéressement qui donne à certains salariés le bénéfice de la propriété d'actions sans leur transmettre la titularité des actions de la société ; il suit le mouvement de prix des actions de la société et distribue les mêmes profits qu'aux actionnaires sans entraîner de dilution du capital.

5° les ***modalités d'exercice ou de disposition*** du plan (délai entre l'attribution — *grant* — et la disponibilité — *vesting* — avec parfois un échelonnement du déblocage des droits par tranches)[965].

3) Régime du plan d'intéressement

327. Le plan d'intéressement, comme toute rémunération sous forme d'actionnariat salarié, représente une ***rémunération en nature*** dont elle suit le régime[966].

328. Pour déterminer si le paiement de cette rémunération revêt un caractère obligatoire ou non pour l'employeur, il convient de passer la volonté des parties au crible des critères établis pour qualifier toute rémunération variable. Ainsi, le plan d'intéressement suivra le régime de la rémunération discrétionnaire ou celui de la rémunération obligatoire, selon la qualification qu'il revêtira[967]. La distinction sera opérée selon les critères que nous avons identifiés pour qualifier la gratification[968]. Dans un arrêt important de 2005 concernant un salarié cambiste, le Tribunal fédéral, après avoir exposé divers points de vue doctrinaux, s'est rallié à cette solution, jugeant que lorsque l'employeur fournit des prestations variables dans le cadre d'un plan d'intéressement, il convient de distinguer, sur la base à la fois de la convention des parties — dûment interprétée — et des intérêts respectifs du salarié et de l'employeur, s'il s'agit d'une rémunération obligatoire ou d'une rémunération discrétionnaire[969].

D. Le salarié investisseur

329. **Plan d'intéressement et plan d'investissement.** L'actionnariat salarié est ouvert au salarié ***en vertu de sa qualité même de salarié***. Le salarié doit certes acheter au moyen de ses propres fonds les titres d'entreprise qui lui sont proposés, mais ces titres lui sont proposés à un prix avantageux, de telle sorte qu'il en tire un bénéfice qui constitue un élément de rémunération. Or, l'employeur peut aussi passer avec son salarié des ***contrats parallèles*** au contrat de travail. Dans ces conditions, l'entreprise qui emploie le salarié peut lui proposer d'acquérir des titres d'entreprise au prix du marché, ***sans aucun avantage particulier***[970]. Dans cette hypothèse, il n'est pas question de rémunération, mais

[965] La durée est généralement fonction du type d'investissement réalisé dans la branche en question : plus long dans les secteurs de recherche comme la biotechnologie, plus court pour les entreprises actives dans la technologie de l'information. Sur toutes ces questions, *cf.* Jean-Luc Chenaux, « Les plans d'intéressement dans le prisme du *Corporate Governance* », *ECS* 2002, spéc. 447-450. *Cf.* également Beat WALTI, *Mitarbeiterbeteiligung, Aktien- und Optionspläne,* Schulthess, Zurich, 1998, pp. 51 et s.

[966] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 5.1.

[967] *Cf.* WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* p. 989 ; Danthe, *Commentaire,* N 27 *ad* art. 322 CO.

[968] *Cf. supra* n° 88 et s.

[969] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 5.3.

[970] Ce qui correspond à l'hypothèse prévue dans *Message 1967*, p. 337. *Cf.* également : WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* pp. 991-992, qui précisent de manière éclairante que relève d'une démarche d'investisseur l'acquisition, libre et au prix du marché, d'actions et d'options.

d'***investissement***[971]. Que l'argent investi provienne initialement de l'argent versé au salarié à titre de rémunération n'y change rien. Tout se passe comme si le salarié investissait son capital dans une entreprise donnée, peu important — du point de vue juridique — qu'il s'agisse de la société qui l'emploie. Dans ce cas précis, le droit du travail est purement et simplement ***inapplicable***[972].

330. Nous proposons de nommer ce type d'accord entre employeur et salarié « plan d'investissement », pour le distinguer du « plan d'intéressement » proprement dit. On le voit, les conséquences de la qualification sont importantes. Cette qualification distingue ce qui relève du champ d'application du ***droit du travail*** et ce qui relève du champ d'application du ***droit commercial***. Certaines obligations spécifiques au droit financier — comme le devoir d'information de celui qui propose, voire conseille un investissement — s'appliqueront peut-être au plan d'investissement. Mais il s'agit là d'un autre domaine du droit.

331. **Genèse doctrinale.** Certains auteurs avaient préconisé que le droit du travail ne soit pas applicable à l'attribution d'actions ou d'options sur actions s'ajoutant au paiement d'un salaire conforme au marché[973].

332. **Principe jurisprudentiel.** Le Tribunal fédéral a semblé s'inspirer de cette idée, sans toutefois adopter de position claire. Il a choisi comme critère de délimitation entre le plan d'intéressement et le plan d'investissement le statut selon lequel le salarié s'est engagé dans ledit plan. Si le salarié s'est engagé « *à la manière d'un investisseur* », c'est-à-dire d'une personne « *qui choisit librement de placer une partie de ses avoirs dans l'attente d'un gain en capital* »[974], alors les dispositions impératives de protection du salarié ne seront pas applicables. En revanche, si le salarié ne s'engage pas dans le plan de façon autonome, mais dans le cadre de la rémunération de son travail, alors les règles impératives du droit du travail auront vocation à s'appliquer[975].

---

[971] Certaines structures se trouvent à la frontière entre les notions de rémunération et d'investissement. Ainsi des « ***carried interests*** », ces « parts à rendement subordonné », qui sont des incitations financières liées à la performance des salariés chargés de constituer des fonds de capital-risque. Pour valoriser l'investissement personnel et le travail de leurs salariés, les sociétés de gestion de portefeuille prévoient dans le règlement des fonds l'attribution de parts comme dispositif de versement d'un complément de rémunération. Ce mécanisme, qui suppose un investissement personnel significatif des membres de l'équipe de gestion, permet de les responsabiliser en alignant leurs intérêts sur ceux des investisseurs (définition donnée par le site internet net-iris.fr ; *cf.* également : Francesco Carelli/Martina Gruber/Rosemarie Portner, « Leitende Angestellte in Deutschland, Österreich und der Schweiz », *ZSIS* 2011, Monatflash n° 4). Pour l'utilisation d'une telle structure dans un contrat de travail suisse, *cf.* TF, 5 mars 2012, 4A_380/2011 (le litige portait sur le point de savoir si le salarié pouvait prétendre à bénéficier du *carried interest pool* mis en place par l'employeur et fut résolu par l'application des principes d'interprétation des volontés des parties, *cf. supra* n° 98 et s.). Pour WYLER, le Tribunal fédéral a reconnu implicitement dans cet arrêt que l'article 339 du Code des obligations n'était pas applicable à cette forme de rémunération (Rémy Wyler, « Chronique. Droit du travail », *JT* 2013 II 187, spéc. 190 ; WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* pp. 172 et 700). En revanche, les juges zurichois considèrent que des *carried interests* peuvent représenter une rémunération contractuelle soumise au régime de l'article 322a du Code des obligations (Obergericht-ZH, 25 mai 2012, *JAR* 2013. 579). Le *carried interest* intéresse particulièrement les fiscalistes (*cf.* Samantha MEREGALLI DO DUC, *Rémunération et conflits d'intérêts dans la distribution des placements collectifs de capitaux,* Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2010, pp. 31-32 ; Urs Kapalle/Nadia Tarolli Schmidt, « Neue Kreisschreiben zu den direkten Bundessteuern — Eine Bewertung aus Sicht der Praxis, eine Trilogie », *Revue fiscale* 2009. 633, spéc. 644).

[972] *Cf.* Danthe, *Commentaire,* N 27 *ad* art. 322 CO.

[973] Thomas Rihm, *Finanz und Wirtschaft*, 12 mai 2001 ; U. Sommer sous Obergericht de Zurich, 18 novembre 2002, *DTA* 2003. 87.

[974] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 4.

[975] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 4 ; *cf.* CRAMER, *Der Bonus,* p. 20.

333. **Application.** On en déduit que la distinction entre les deux façons différentes de s'engager dans un plan d'intéressement mis en place par l'employeur doit se faire ***in concreto***[976]. En particulier, le Tribunal fédéral a jugé qu'un ***cadre supérieur*** d'une banque, percevant un salaire élevé, de surcroît ***spécialiste en placements***, avait financé, ***de façon autonome***, ses positions dans le plan d'intéressement par des versements en capital, à un prix pas spécialement avantageux. Ces titres ne correspondaient donc pas à une partie de son salaire, mais à de l'argent qu'il avait librement choisi d'investir dans le plan en question. Par ailleurs, il avait réalisé un ***gain considérable*** en liquidant les positions qui lui étaient acquises au moment où les parties avaient convenu de mettre fin aux rapports de travail[977].

334. De la même manière, un achat d'actions entièrement financé par un prêt de la banque employeuse, dont les conditions d'intérêts et de remboursement, correspondant aux conditions du marché des capitaux n'étaient pas spécialement favorables, et dont il n'était pas prévu que le remboursement se fasse au moyen de prélèvements sur le salaire ne correspond pas à une contre-prestation du travail du salarié ; le fait que le salarié ait accepté une réduction d'un tiers de son salaire fixe à l'occasion de son entrée dans ce plan d'intéressement n'y change rien[978]. En effet, « *les prétentions ou expectatives d'un actionnaire, alors même que celui-ci se trouve simultanément employé par la société ou le groupe, ne sont pas soumises aux règles du contrat de travail* » ; l'interdiction des accords sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur (CO, art. 323b, al. 3)[979] — invoquée par le salarié dont les actions furent rachetées par l'employeur au prix convenu en fonction de la date à laquelle le salarié quittait l'entreprise — n'est donc pas applicable[980]. Par cet arrêt, le Tribunal fédéral valide le système de plan d'investissement mis en place par l'employeur dans le but de fidéliser le salarié et de le faire participer à l'évolution du cours de l'action de la société-mère, propriétaire de l'entreprise. En l'espèce, la société-mère du groupe avait vendu au salarié des actions de sa filiale, elle-même propriétaire de la société employeuse, vente financée par un prêt octroyé en parallèle au salarié. Les actions étaient bloquées pendant six ans, période durant laquelle la société-mère et le salarié pouvaient exiger le rachat des actions par la société-mère. Deux prix différents furent fixés pour le rachat : un prix de base, par lequel le salarié ne subissait aucune perte et ne réalisait aucun bénéfice ; un prix d'exercice, correspondant à la valeur intrinsèque des actions à l'époque du rachat, déterminée d'après les comptes les plus récents de la société en question. En cas de rachat durant la période de blocage, la société-mère versait au salarié un montant calculé en fonction d'un pourcentage affecté à chacun des deux types de prix de rachat prévus, pourcentage qui évoluait au cours du temps, pour se rapprocher de plus en plus du prix d'exercice.

335. En revanche, lorsque la clause contractuelle fait référence à la qualité d'employé du futur actionnaire, que le financement de l'achat des actions démontre le lien économique direct entre la société et l'employé-actionnaire, que les actions ne sont accessibles qu'à des personnes liées à la société par un contrat de travail, qu'il est prévu que les actions soient rachetées à la fin du contrat de travail à un prix variant en fonction de la façon dont se déroule la rupture des rapports de travail (par exemple dans le cadre d'une clause de *good*

[976] TF, 8 avril 2004, 4C.329/2003, *ATF* 130 III 495, cons. 4.2.2 ; *cf.* Wolfgang Portmann, « Die Arbeitsbedingungen der Bankgestellten. Eine Darstellung und Würdigung ausgewählter Aspekte », *DTA* 2005. 73, spéc. 79 ; Roger Rudolph, « Fokus Arbeitsrecht : Neuere Entwicklungen im Bonusrecht », *Trex* 2011. 92, spéc. 96.
[977] TF, 8 avril 2004, 4C.329/2003, *ATF* 130 III 495, cons. 4.2.2 et 4.2.3.
[978] TF, 11 février 2009, 4A_506/2008, cons. 5.
[979] *Cf. supra* n° 190 et s.
[980] TF, 11 février 2009, 4A_506/2008, cons. 5.

leaver), le droit du travail est applicable[981]. Le fait que la société émettrice ne soit pas directement la société employeuse mais une société économiquement liée à elle (société-mère, filiale)[982] ne change rien à cette conséquence[983].

336. Au risque d'ajouter de la confusion, le Tribunal fédéral avait envisagé que les dispositions protectrices impératives du droit du travail ne s'appliquent pas non plus à l'égard d'un salarié dont la participation à un plan serait financée, non pas de façon autonome, mais sur initiative de l'employeur, à condition toutefois que le salarié soit « *un cadre ou un collaborateur jouissant d'un revenu élevé* » et que la part prélevée par l'employeur ne constitue qu'un « *bonus* » dans la rétribution de son activité[984]. Les conditions ainsi posées par le Tribunal fédéral comme critères de délimitation sont — c'est le moins que l'on puisse dire — très obscures (qu'est-ce qu'« un cadre ou un collaborateur jouissant d'un revenu élevé » ?) ; de plus, elles font appel à des notions qui ne sont pas juridiques (« bonus »). Ce manque de précision et de rigueur dans l'énoncé d'une règle de droit nouvelle, dérogeant à des dispositions protectrices impératives, sans qu'aucun fondement ne soit avancé pour les justifier, a sans doute conduit le Tribunal fédéral à laisser de côté ce critère dans la décision qu'il rendit sur ce thème l'année suivante[985].

337. En synthèse, le premier critère de distinction revient donc à déterminer si la rémunération en question, souvent décrite comme un « bonus », est la rémunération d'un travail (*Entgelt*) ou un accord autre comme un contrat d'investissement[986]. Dans le premier cas, nous le qualifierons de plan d'intéressement et le droit du travail sera applicable, qu'il s'agisse d'une rémunération obligatoire ou à tendance discrétionnaire (gratification bénévole ou gratification contractuelle). La distinction entre rémunération obligatoire et rémunération discrétionnaire se fera selon les critères classiques[987]. Dans le second cas, nous le qualifierons de plan d'investissement, ce qui aura pour conséquence de l'exclure du champ d'application du droit du travail.

[981] TPH-GE, 5 août 1998, *JAR* 2001. 404, cons. 3c.

[982] Un autre problème peut surgir : celui de la confusion des sphères de la société-mère et de la société-fille. Lorsqu'il existe une apparence d'unité créée par des signes extérieurs tels que des raisons sociales identiques ou très semblables, des sièges sociaux, locaux, organes, personnel ou coordonnées téléphoniques identiques, le lésé peut rechercher la responsabilité aussi bien de la société-mère que celle de la filiale (TF, 26 septembre 2011, 4A_328/2011, *ATF* 137 III 550, *JAR* 2012. 307, cons. 2.4).

[983] TPH-GE, 5 août 1998, *JAR* 2001. 404, cons. 3d.

[984] TF, 8 avril 2004, 4C.329/2003, *ATF* 130 III 495, cons. 4.2.2.

[985] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, cons. 4. Le tâtonnement jurisprudentiel est d'ailleurs révélé par le fait que le Tribunal fédéral a choisi de publier les deux décisions au recueil des Arrêts du Tribunal fédéral : deux « *ATF* » en deux ans sur ce sujet, alors que l'ensemble du droit des rémunérations variables n'avait fait l'objet que de deux « *ATF* » en quarante ans.

[986] *Cf.* Thomas Geiser, « Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2010 », *PJA* 2011. 245.

[987] *Cf. supra* n° 88 et s.

§ 3 – TRANSFORMATION D'ENTREPRISE ET ACTIONNARIAT SALARIÉ

338. L'article 333 du Code des obligations prévoit le ***transfert des rapports de travail*** en cas de transfert d'entreprise (fusion, scission, cession de patrimoine, etc.)[988]. La rémunération du salarié suit ce dernier à travers les changements d'employeurs. Une garantie particulière est même accordée par la loi aux créances salariales : en cas de ***fusion*** ou de ***scission,*** les salariés des sociétés qui fusionnent ou se scindent peuvent réclamer la garantie des créances résultant du contrat de travail qui deviendraient exigibles jusqu'à la date à laquelle les rapports de travail pourraient normalement prendre fin ou prennent fin du fait de l'opposition du salarié au transfert (LFus, art. 27, al. 2 et art. 49, al. 2). En cas de ***transfert de patrimoine***, la loi prévoit une responsabilité solidaire des anciens débiteurs et du nouveau débiteur, pendant une durée de trois ans, à l'égard des dettes nées avant le transfert de patrimoines (LFus, art. 75). De plus, les travailleurs doivent être ***informés*** selon des modalités spécifiques des conséquences juridiques, économiques et sociales de l'opération (CO, art. 333a ; LFus, art. 28, 50, 77, 85, al. 4, 96, al. 5)[989].

339. Une question propre à la rémunération variable découle de ce régime : le ***devenir des plans d'intéressement***. Que deviennent les ***actions*** (**A**), les ***actions bloquées*** (**B**) et les ***options sur actions*** (**C**) des salariés de la société reprise et de la société reprenante ?

A. Le devenir des actions

340. Le principe est celui de la ***continuité du sociétariat*** (LFus, art. 7) : les associés de la société transférante acquièrent la qualité d'associés de la société reprenante[990]. Ce principe est soumis à une exception, le ***retrait de l'actionnariat contre dédommagement*** : « *Les sociétés qui fusionnent peuvent prévoir dans le contrat de fusion que les associés peuvent choisir entre les parts sociales ou les droits de sociétariat et un dédommagement.* » (LFus, art. 8, al. 1er) Le retrait contre dédommagement peut même être imposé aux actionnaires (ce qu'on appelle une « offre publique de retrait obligatoire » ou ***squeeze out*** ; LFus, art. 8, al. 2). Ce retrait n'est possible que si la décision de fusion comportant une telle clause est approuvée par 90 % des associés de la société transférante (LFus, art. 18, al. 5). De plus, le retrait doit se faire dans l'intérêt des associés minoritaires ou, du moins, ne pas leur porter préjudice[991]. La nature du dédommagement n'est pas réglée par la loi. Les associés lésés par un dédommagement qu'ils estiment insuffisant peuvent saisir le juge (LFus, art. 105).

[988] Tous les alinéas de cet article sont de nature impérative malgré le fait que l'article 362 du Code des obligations ne mentionne que l'alinéa 3 (*cf.* Andreas Abegg, « Chemins alternatifs au droit constitutionnel d'entreprise », *RDS* 2006. 599-611, spéc. 605). *Cf.* également : TF, 20 août 1997, *ATF* 123 III 466.

[989] Message du Conseil fédéral du 13 juin 2000, *FF* 2000 3995, spéc. 4021.

[990] Message du Conseil fédéral du 13 juin 2000, *FF* 2000 3995, spéc. 4054.

[991] Message du Conseil fédéral du 13 juin 2000, *FF* 2000 3995, spéc. 4058.

Dans cette hypothèse, le salarié propriétaire d'actions est traité comme n'importe quel autre actionnaire.

B. Le devenir des actions bloquées

341. Lorsqu'un délai de blocage est prévu pour l'acquisition d'actions, les conséquences juridiques en cas de fusion sont plus complexes. En pratique, le salarié, comme n'importe quel actionnaire, se voit généralement reconnaître un certain nombre d'actions de la société reprenante d'une valeur équivalente à ce qu'il possédait dans la société transférante. Le même résultat peut être obtenu par une clause dite de *squeeze out* avec dédommagement (LFus, art. 8, al. 2).

342. La question de la continuité du sociétariat des salariés peut être résolue ***dans le règlement de participation*** lui-même. Cette réglementation sera alors applicable, dès lors que le salarié en a pris connaissance et l'a acceptée dans le cadre du contrat d'option ou du contrat de vente d'actions qu'il a signé. Une telle réglementation est admissible selon la doctrine[992].

C. Le devenir des options sur actions

343. **Principes généraux.** Les options des salariés sur les actions de la société reprise deviennent inefficaces du fait même de la disparation des actions de cette société. La mise en place d'options sous forme d'options d'achat permet d'ailleurs en théorie à la société reprenante d'exclure les titulaires d'options de la société transférante dont elle ne veut pas dans le nouvel actionnariat[993]. Mais certains plans prévoient la levée pure et simple des restrictions à l'exercice des options en cas de restructuration de la société[994], quand d'autres classent cet événement au rang des causes d'accélération totale ou partielle de l'exercice des options[995].

344. En principe, le titulaire de l'option ne possède qu'une ***créance en réparation de son dommage***, lequel consiste en la différence entre le prix d'exercice et la valeur des actions au moment de la suppression de la société[996], protection de droit des obligations et non de

[992] Christof Helbling « Die Rechtsfolgen von unternehmenszusammenschlüssen auf Mitarbeiterbeteiligungspläne », *Jusletter* 19 mai 2003, N 3.

[993] Christof Helbling « Die Rechtsfolgen von unternehmenszusammenschlüssen auf Mitarbeiterbeteiligungspläne », *Jusletter* 19 mai 2003, N 8.

[994] Ce qui a l'avantage de ne pas entraver de telles transactions, mais peut inciter un dirigeant à orienter la stratégie de l'entreprise en fonction de son profit personnel (Jean-Luc Chenaux, « Les plans d'intéressement dans le prisme du *Corporate Governance* », *ECS* 2002. 447, spéc. 450).

[995] Christophe Wilhelm/Éric Bersier, « Aspects juridiques des plans d'intéressement », *ECS* 11/01. 1075, spéc. 1082.

[996] Christof Helbling « Die Rechtsfolgen von unternehmenszusammenschlüssen auf Mitarbeiterbeteiligungspläne », *Jusletter* 19 mai 2003, N 5.

droit des sociétés[997]. N'étant pas actionnaire, il ne peut agir que par la voie de l'action en responsabilité de l'article 108 de la loi sur la fusion[998].

345. **Jurisprudence.** Au niveau du droit du travail toutefois, les prud'hommes genevois jugent que l'employeur ne peut imposer un exercice immédiat et rapide des options que le salarié possédait sur les actions de la société reprise et ce, même si un droit de modification unilatérale avait été réservé par une clause contractuelle spécifique[999], sauf à violer l'article 333, alinéa 1er, du Code des obligations ; en effet, dans une telle hypothèse, la protection accordée par cet article serait mise à néant, surtout si la valeur des actions devait se situer alors en-dessous du prix de l'option[1000]. Invoquer une rupture du contrat de travail autorisant, par hypothèse, l'exercice immédiat et rapide des options ne serait pas pertinent puisqu'il y a transfert des contrats[1001].

346. **Débat.** On peut objecter aux juges que le caractère rapide de l'exercice de l'option se justifie tout de même par le fait que la société reprise est sur le point de disparaître. Il en va d'ailleurs de la liberté des sociétés à se réorganiser. Si l'option représente une forme de rémunération contractuelle, l'employeur doit tout de même selon nous prévoir soit un *squeeze out* avec dédommagement au prix de marché (ou au prix réel si aucun marché n'existe), soit la possibilité d'acquérir des options sur les actions de la société reprenante pour une valeur équivalente à celles qui concernaient la société reprise. Ainsi, les plans d'intéressement qui prévoiraient une clause de déchéance sans compensation si le salarié n'exerce pas ses options avant la date du transfert d'entreprise sont inefficaces pour des options représentant une forme de rémunération contractuelle.

347. Si les clauses de déchéance portant sur les options représentent une gratification, elles sont admissibles selon WILDHABER, lors même que l'option aurait déjà été octroyée à la date du transfert, mais à condition toutefois que la sanction de la déchéance soit clairement indiquée dans les conditions du plan[1002]. Toujours selon le même auteur, l'employeur doit honorer les options au moment où elles sont exercées, s'il n'existe pas de réglementation spécifique dans le plan d'intéressement et si le droit d'option en question est un droit issu de la relation de travail au sens de l'article 333, alinéa 1er, du Code des obligations[1003].

348. Nous nous rallions à cette analyse sous la réserve du respect des tempéraments propres aux conditions affectant les gratifications[1004]. Ainsi, le salarié entré en titularité des options (après la date de leur octroi ou *vesting*), doit être mis en mesure de se les faire racheter ou échanger contre des options sur les actions de la société reprenante. À défaut, il perdrait un actif lui appartenant, ce qui aurait pour conséquence de violer le principe de libre disposition de la rémunération (CO, art. 323b, al. 3) pris sous l'angle de l'interdiction des conditions résolutoires[1005]. S'il y a échange, l'événement subordonnant la formation de l'obligation subsiste : la différence consistera en ceci que l'obligation de vente des actions de l'employeur à prix déterminé portera sur les actions de la nouvelle société et non de

---

[997] Christof Helbling « Die Rechtsfolgen von unternehmenszusammenschlüssen auf Mitarbeiterbeteiligungspläne », *Jusletter* 19 mai 2003, N 13.

[998] Christof Helbling « Die Rechtsfolgen von unternehmenszusammenschlüssen auf Mitarbeiterbeteiligungspläne », *Jusletter* 19 mai 2003, N 14.

[999] *Cf. infra* n° 584 et s.

[1000] TPH-GE, 27 août 2002, *JAR* 2003. 150, cons. 4c.

[1001] *Cf.* WYLER, dans l'édition de 2008 de son *Droit du travail*, p. 812.

[1002] Isabelle Wildhaber, « Aktienoptionen und deren Verfallsklauseln bei Betriebsübergang », *RSDA* 2008. 17.

[1003] Isabelle Wildhaber, « Aktienoptionen und deren Verfallsklauseln bei Betriebsübergang », *RSDA* 2008. 17.

[1004] *Cf. supra* n° 165 et s.

[1005] *Cf. supra* n° 213 et s.

l'ancienne. En revanche, les options peuvent disparaître si elles ne sont que promises au salarié (*granted*). Dans ce cas en effet, le salarié n'est pas titulaire d'un droit mais n'a qu'une expectative. À condition que la réorganisation des sociétés ne soit pas opérée de manière arbitraire ou abusive — ce qui empêcherait l'employeur de s'en prévaloir pour faire disparaître l'expectative du travailleur —, on peut considérer que la diminution du montant attendu par le salarié du fait de la disparition de la possibilité de recevoir une option répond aux exigences posées par la jurisprudence pour la détermination du montant de la gratification contractuelle[1006].

349. **Solution.** En bref et en pratique, nous estimons que les options sur actions qui représentent un élément de rémunération variable obligatoire doivent être rachetées ou remplacées, selon la solution prévue par le plan d'option ou, à défaut, selon l'accord des parties ou, en l'absence d'accord, par décision du juge en application de la théorie de la lacune contractuelle. Les options sur actions peuvent en revanche faire l'objet d'une clause de déchéance d'exercice si elles représentent un élément de gratification. Une telle clause doit être prévue dans le plan d'option. Elle ne doit toutefois conduire à la déchéance d'exercice de l'option qu'au terme d'un délai qui aura permis au salarié de décider de faire racheter ou remplacer ses options, dès lors qu'il s'est vu octroyer la titularité des options. Si les options ne sont que promises, alors elles peuvent disparaître, à condition que la réorganisation des sociétés ne soit pas arbitraire ou abusive. Les exigences propres au droit du travail et la logique du droit des sociétés nous paraissent ainsi conciliées.

[1006] *Cf. supra* n° 140 et s.

Tableau n° 4 :
Transformation d'entreprise et actionnariat salarié, quelles possibilités ?

	Échange	**Rachat**	**Déchéance**
Action	OUI	OUI	NON
Action bloquée	OUI	OUI	NON
Option qui représente un élément de rémunération obligatoire	OUI	OUI	NON
Option qui représente un élément de gratification déjà octroyé	OUI	OUI	OUI si prévu dans le plan et délai accordé au salarié pour se déterminer
Option qui représente un élément de gratification seulement promis	Sans objet	Sans objet	OUI si réorganisation des sociétés ni arbitraire ni abusive

PARTIE II

L'EXPANSION RÉCENTE DES LIMITES À LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

« *Une interaction ne peut être humaine que si elle s'engendre dans l'égalité des participants : il n'y a d'interactions humaines qu'entre égaux.* »

Alexandre KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit,* (manuscrit de 1943), Gallimard, coll. « Tel », Paris, 1981, p. 275

350. La relation de travail est conçue juridiquement dans le monde occidental comme un rapport ***contractuel***. Cette solution est un produit de l'histoire (legs de la conception romaniste) ; elle ne va pas de soi (la conception germaniste de la communauté s'y oppose) et pose un certain nombre de problèmes spécifiques.

351. L'un de ces problèmes s'articule autour de la notion d'***égalité***. Il se déploie sous deux aspects : le premier aspect est la contradiction apparente qui existe entre l'égalité juridique proclamée entre les parties et la situation de subordination dans laquelle le contrat de travail place le salarié. Au-delà de cette antinomie dont le droit du travail s'est proposé d'atténuer les conséquences les plus rigoureuses pour la santé et la sécurité physiques et matérielles du salarié tout en cherchant à lui aménager certains espaces de liberté[1007], il existe une autre contradiction, plus conceptuelle, entre ***égalité juridique*** des parties et ***inégalité de fait*** de leur relation. Sans qu'il ne soit nécessaire d'invoquer la notion de « partie faible » — ce que l'on a tendance à faire de manière quasi rituelle —, il suffit d'observer que dans la majorité des cas, la part de négociation du salarié se réduit à une faible portion.

[1007] *Cf. infra* n° 480.

352. Risquent alors de survenir deux sortes de conséquences sur la rémunération, dont l'histoire nous a appris qu'elles pouvaient représenter des dangers pour la cohésion de la société. Premièrement, des ***différences de rémunération*** gigantesques entre les salariés, le revenu de certains étant tiré vers le bas, tandis que le revenu des autres atteint des sommets vertigineux. En second lieu, des ***différences de traitement*** entre les salariés sous les prétextes les plus divers : couleur de peau, sexe, conceptions politiques, goûts culturels, etc.

353. Dans les deux hypothèses, le salarié sous-payé ou discriminé se sent dévalorisé et mis à l'écart de son groupe de travail, de son entreprise, voire de la société toute entière. Les cas les plus extrêmes conduisent à la pauvreté[1008] ou au suicide[1009]. Le droit du travail a donc pris acte de ces considérations[1010] et a cherché à promouvoir, au-delà de l'égalité ***formelle*** des contractants, une égalité ***matérielle,*** qui ne soit pas qu'un vain mot[1011]. Dans cette optique, il a joué sur deux tableaux : le ***groupe*** et les ***individus***, les envisageant comme deux vecteurs par lesquels faire progresser l'égalité. Alors même que la fixation de la rémunération relève en principe de la ***liberté contractuelle***[1012], deux techniques furent mobilisées : pour la promotion de l'égalité par le groupe, sous la forme d'une ***fourchette de rémunération*** (**chapitre I**) ; pour la promotion de l'égalité par les individus : la ***protection contre les discriminations*** (**chapitre II**). Récemment, on vit apparaître une nouvelle sorte de limitation de liberté contractuelle, par l'intervention de règles spécifiques au ***droit des sociétés*** (**chapitre III**).

[1008] *Cf.* historiquement, le célèbre ouvrage de Louis-René VILLERMÉ, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie,* (1e éd. 1840), Études et documentation internationales, Paris, 1989. Plus récemment, *cf.* les statistiques du Département américain des statistiques du travail (U.S. Bureau of Labor Statistics), lequel faisait état de 7,4 millions de travailleurs pauvres (« working poors ») aux États-Unis en 2003, soit 5,3 % de la population active (site internet : bls.gov).

[1009] *Cf.* historiquement, l'ouvrage inaugural d'Émile DURKHEIM, *Le Suicide,* Félix Alcan, Paris, 1897. Plus récemment, voir les articles de presse relatant les suicides de salariés sur leur lieu de travail (par exemple : *Libération* 3 juin 2012, « Suicides à la chaîne chez le géant Foxconn » ; *Le Monde* 26 avril 2011, « France télécom : un salarié se suicide en s'immolant par le feu » ; *Le Monde* 29 août 2011, « Suicide de deux salariés de la Société générale sur leur lieu de travail en août » ; *Le Monde* 11 mai 2012, « Le suicide d'un salarié de Renault est dû à une "faute inexcusable" de Renault »).

[1010] Le Tribunal fédéral a même étendu à l'ensemble de l'activité étatique le précepte d'humanité consistant à protéger les individus contre la déchéance physique : TF, 26 juin 1914, *ATF* 40 I 409, cons. 2 ; TF, 25 septembre 1925, *ATF* 51 I 325, cons. 2 ; TF, 27 octobre 1995, *ATF* 121 I 367, *JT* 1997 I 278, cons. 2b (« *Es ist sowohl Gebot der Menschlichkeit wie auch dem Zweck des modernen Staates inhärente Pflicht, die auf seinem Gebiete befindlichen Personen nötigfalls vor dem physischen Verderben zu bewahren.* »).

[1011] *Cf.* John RAWLS, *Justice as Fairness,* President and Fellows of Harvard College, 2001, trad. fr. *La Justice comme équité,* par Bertrand Guillarme, La Découverte, Paris, 2e éd., 2008, p. 190.

[1012] TF, 7 octobre 1958, *ATF* 84 II 493 ; TF, 17 décembre 2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 3.1 ; TF, 25 février 2010, 4A_608/2009, *DTA* 2010. 94-96, cons. 3.1 ; Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « 1 :12 – Pour des salaires équitables », *FF* 2012. 503-528, spéc. 511 ; Danthe, *Commentaire,* N 12 *ad* art. 322 CO. Le même principe vaut en droit français : « *La fixation des rémunérations ainsi que de leurs accessoires de toute nature des contrats librement passés entre employeurs et salariés.* » (C. cons., 11 juin 1963, décision n° 63-5 FNR)

CHAPITRE I

LA FOURCHETTE DE RÉMUNÉRATION

---

354. La première limite à la liberté contractuelle en matière de rémunération variable est que la rémunération du salarié doit globalement s'inscrire dans une fourchette. Pour l'heure en tout cas, cette fourchette est édentée, puisqu'elle ne possède qu'un ***plancher*** (**section I**) et pas de ***plafond*** (**section II**).

SECTION I

LE PLANCHER

355. Le plancher est concrétisé par le ***salaire minimum.*** Les règles diffèrent selon que l'on se trouve ***en présence*** d'un salaire minimum (**§ 1**) ou ***en l'absence*** de salaire minimum (**§ 2**).

§ 1 – LA RÉMUNÉRATION VARIABLE EN PRÉSENCE D'UN SALAIRE MINIMUM

A. Les manifestations du salaire minimum

356. Il n'existe pas de salaire minimum ***légal et général***[1013] en Suisse[1014]. Le droit suisse connaît néanmoins des salaires minimum ***conventionnels***[1015] : il s'agit de minima instaurés dans une branche ou un secteur par ***convention collective*** ou ***contrat-type***.

[1013] Au sein d'une branche économique ou d'une profession, les articles 360a et 360d, alinéa 2, du Code des obligations prévoient que des salaires minimaux impératifs peuvent être fixés dans les contrats-types de travail en cas de sous-enchère abusive et répétée (en 2014, pour le canton de Genève, il existe des salaires minimaux impératifs pour les secteurs de l'économie domestique — RS-GE J 1 50.03 —, de l'esthétique — RS-GE J 1 50.16 —, du commerce de détail — RS-GE J 1 50.17, du transport de choses pour compte de tiers – RS-GE J 1 50.18 – et des monteurs de stands – RS-GE J 1 50.19, *cf.* site internet : ge.ch).

[1014] On trouve toutefois une référence légale générale à la « rémunération minimale » dans la loi sur les ***travailleurs détachés***, à l'article 2, alinéa 1er, lettre a. La « rémunération minimale » au sens de cette loi est définie par l'article 1er de l'ordonnance d'application de la loi : elle inclut les « augmentations obligatoires », le treizième salaire, les « indemnités » pour diverses sujétions particulières (travail de nuit, travail à la tâche). Elle ne fait aucune référence directe aux rémunérations variables. Divers référendums ont eu lieu au niveau cantonal sur la question du salaire minimum (réfusé dans les cantons de Vaud et Genève, accepté sur le principe dans le canton de Neuchâtel) (Claude Grimm, « Neuchâtel fait le pas du SMIC », *Le Courrier* 28 novembre 2011). Une initiative fédérale visant l'introduction d'une salaire minimum fédéral a été refusée le 18 mai 2014 (Initiative populaire fédérale « Pour la protection de salaires équitables (Initiative sur les salaires minimums) », *FF* 2012. 2845-2846) ; Danthe, *Commentaire,* N 20 *ad* art. 322 CO. Pour une approche nuancée de la question, *cf.* Thomas Geiser, « Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn ? », *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner,* (édit. Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/René Schaffhauser *et alii*), Dike Verlag, Saint-Gall/Lachen, 1998, pp. 809-829.

Il s'agit d'une différence essentielle par rapport au droit français, lequel a introduit un salaire minimum légal dès 1950. D'autres États européens ont introduit des salaires minimum légaux, dont plus récemment le Royaume-Uni (*cf.* National Minimum Wage (NMW) Act 1998). Le droit italien ne connaît pas de salaire minimum légal. En revanche, le juge peut être amené, sur requête, à fixer un salaire minimum relativement à une relation contractuelle donnée (C. civ. it.,

357. Par exemple, une convention collective peut prévoir le versement obligatoire d'une ***gratification***[1016]. La convention collective peut être également utile pour déterminer la ***rémunération usuelle*** applicable dans une branche lorsque les parties ne se sont pas prononcées sur la question[1017]. Le juge tiendra alors compte des éventuelles rémunérations variables prévues par le droit collectif[1018]. Les dispositions d'une convention collective qui concernent la rémunération variable doivent également être appliquées au salarié placé par un ***bailleur de services*** dans une entreprise comprise par l'arrêté d'extension de ladite convention collective (LSE, art. 20)[1019].

B. Les rapports entre salaire minimum et rémunération contractuelle

358. Le salaire conventionnel prévaut sur le salaire contractuel inférieur[1020]. Pour autant, les conventions collectives et les contrats-types ne fixent qu'un minimum. Ceci signifie qu'il ne peut être dérogé aux montants ainsi adoptés en défaveur du salarié, mais qu'en revanche, l'employeur est libre de ne pas s'en tenir à ces minima si c'est en faveur du salarié (***principe de faveur*** ou *Günstigkeitsprinzip*, ancré à l'article 357, alinéa 2, du Code des obligations)[1021]. En ce sens, l'article 322, alinéa 1er, du Code des obligations est mal formulé : l'employeur ne « paie » pas le salaire prévu par la convention collective ou le contrat-type, il « paie au moins » le salaire minimum prévu ; il demeure libre de payer davantage.

359. Pour déterminer la clause la plus favorable, la jurisprudence procède à une ***comparaison par secteur*** (*Gruppenvergleich*)[1022]. Une ***gratification*** appartient en principe à un secteur propre. Ainsi, la présence d'une indemnité d'assurance-maladie couvrant la perte de gain, plus favorable dans le contrat de travail que dans la convention collective, n'autorise pas l'employeur à imposer au salarié un système contractuel moins favorable que celui qui est prévu par la convention collective en matière de gratification[1023]. De même,

---

art. 2099 ; *cf.* Aldo de Matteis/Paola Accardo/Giovanni Mammone, « Présentation du droit du travail de l'Italie », *Aperçu des législations nationales du travail,* OIT : site internet : ilo.org).

[1015] Le droit français connaît également de tels salaires minimums conventionnels. Lorsqu'un salarié bénéficie d'une convention collective, son employeur lui versera au moins le salaire minimum conventionnel supérieur au SMIC. Le régime fut synthétisé par la jurisprudence : « *La rémunération, contrepartie du travail du salarié, résulte en principe du contrat de travail, sous réserve, d'une part, du SMIC, et d'autre part, des avantages résultant des accords collectifs, des usages de l'entreprise ou des engagements unilatéraux de l'employeur* » (Soc., 20 octobre 1998, *Dr. soc.* 1999.125, note Ph. Langlois, *D.* 1999.524, note F. Jault-Seseke et M. Moreau).

[1016] *Cf. supra* n° 136. Parfois, la convention collective dénomme « gratification » ce qui est en réalité un salaire différé comme un treizième salaire (c'était le cas dans une précédente rédaction de la convention collective des hôtels, restaurants et cafés : *cf.* TF, 31 octobre 1994, *SJ* 1995. 813). En droit français, voir par exemple l'article 36 de la Convention collective nationale du personnel au sol des entreprises de transport aérien du 22 mai 1959 (étendue par arrêté du 10 janvier 1964, *JORF* 21 janvier 1964 et *JORF* 4 février 1964 ; l'article 36 a été créé par avenant n° 62 du 10 janvier 2001).

[1017] TF, 16 janvier 2007, 4C.369/2006, cons. 3.2 et 3.3 ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 27.

[1018] Il n'existe pas de ***sanction*** en cas d'infraction aux contrats-types qui comportent des salaires minimums contraignants, problème qui doit être traité par le pouvoir législatif (*BOAF* 2011, N 356-357).

[1019] *Cf.* Danthe, *Commentaire,* N 16 *ad* art. 322 CO.

[1020] *Inter multa :* TF, 8 mai 1996, *ATF* 122 III 110, *JT* 1996 I 118, cons. 4b ; Thomas Geiser, « Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn », *PJA* 2001. 382, spéc. 384 ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 26 ; Danthe, *Commentaire,* N 14 *ad* art. 322 CO.

[1021] *Inter multa :* TF, 16 novembre 2001, 4C.269/2001, cons. 4b.

[1022] TF, 6 juin 2012, 4A_629/2011, *DTA* 2012. 259.

[1023] TF, 31 octobre 1994, 4P.118/1994, *SJ* 1995. 813, cons. 1.

l'interprétation d'une convention collective a conduit le Tribunal fédéral à considérer qu'une ***indemnité*** de 8,33 % dont la convention collective prévoyait qu'elle devait être versée en fin d'année par l'employeur était due au salarié indépendamment du fait que son salaire annuel excédait le minimum conventionnel ; en effet, cette indemnité était indépendante de la fixation du salaire auquel elle venait s'ajouter[1024].

360. Dans la même logique, une clause ***juxtaposant***, sans autre précision, un salaire fixe et une participation aux résultats permet raisonnablement de penser que le salarié doit recevoir à la fois le salaire fixe, lequel n'est pas un simple salaire minimum, et la participation aux résultats[1025].

C. Assiette du salaire minimum et rémunération variable

361. **Problème.** En matière de rémunération variable, l'existence d'un salaire minimum peut entraîner deux conséquences juridiques distinctes : soit l'on considère que la ***rémunération fixe*** doit, à elle seule, garantir le salaire minimum (dans cette hypothèse, la rémunération variable viendra, le cas échéant, s'ajouter à ce minimum) ; soit l'on estime que la ***rémunération totale*** du salarié (rémunération fixe et rémunération variable) doit être au moins égale au salaire minimum applicable. Se pose dès lors la question des éléments à inclure et à exclure de l'assiette du salaire minimum.

362. Certaines ***conventions collectives*** règlent la question. Elles se prononcent parfois en faveur de la seconde solution. Ainsi, l'article 9, alinéa 2, de la Convention collective nationale du 6 juillet 1998 pour les hôtels, restaurants et cafés[1026] dispose qu'« *en cas de participation totale ou partielle au chiffre d'affaires, si le salaire mensuel brut n'atteint pas le salaire minimum, l'employeur doit alors verser la différence* ». Il est interdit à l'employeur de compenser un tel supplément par des rémunérations passées ou à venir. De manière encore plus claire, la Convention collective nationale des coiffeurs du 7 juillet 2009 dispose en son article 37.3[1027] que lorsque les parties choisissent le système du salaire de base complété par une provision sur le chiffre d'affaires, la rémunération globale doit être au moins égale au salaire minimum[1028].

363. Dans l'hypothèse où le droit collectif est muet, on considérera que tout élément de rémunération perçu par le travailleur compte pour déterminer si le salaire minimum applicable à sa situation lui a bien été versé[1029].

[1024] TF, 16 novembre 2001, 4C.269/2001, cons. 4d.

[1025] TF, 8 juillet 2002, 4C.160/2002, cons. 2b.

[1026] Article dont le champ d'application a été étendu par Arrêté du Conseil fédéral du 19 novembre 1998. Dernière prolongation en date le 11 décembre 2009. Consultable sur le site du Secrétariat d'Etat à l'économie : seco.admin.ch.

[1027] Article dont le champ d'application a été étendu par Arrêté du Conseil fédéral du 27 avril 2010. Consultable sur le site du Secrétariat d'Etat à l'économie : seco.admin.ch.

[1028] *Cf.* également la Convention collective nationale des coiffeurs, 1er juin 2010, art. 37.

[1029] En droit français, pour apprécier si le salarié perçoit ou non le salaire minimum qui correspond à une heure de travail effectif, on distingue les rémunérations versées en contrepartie ou à l'occasion du travail et les rémunérations qui ne constituent pas une contrepartie directe du travail effectué : les premières sont prises en compte pour déterminer si le salaire minimum est respecté, mais pas les secondes (Soc., 2 juillet 2008, n° 06-45987 ; Soc., 13 juillet 2010, n° 09-42890 ; Crim., 15 février 2011, n° 10-87019, *Bull. crim.,* n° 28 : « *L'employeur qui, pour porter les salaires au niveau du*

§ 2 – LA RÉMUNÉRATION VARIABLE EN L'ABSENCE DE SALAIRE MINIMUM

364. L'absence de salaire minimum est susceptible d'entraîner des conséquences tant que la structure que sur le montant de la rémunération. Aussi la rémunération variable pourrait-elle alors constituer l'entier de la rémunération du travailleur, situation connue sous l'étiquette de *one dollar man*, ce salarié dont la rémunération certaine s'élèverait à un dollar symbolique, le reste étant tributaire de l'évolution économique de l'entreprise. Deux questions juridiques doivent donc être résolues : le salarié peut-il ne percevoir ***qu'une rémunération variable*** (**A**) ? Le salarié a-t-il droit à une rémunération variable ***minimale*** (**B**) ?

A. Une rémunération uniquement variable ?

365. Dans le débat actuel sur les rémunérations variables, certains considèrent qu'il faut déterminer un ***pourcentage tolérable de la part variable*** de la rémunération, que cette rémunération soit discrétionnaire ou contractuelle[1030]. Ainsi, Dominique Biedermann, directeur de la Fondation Ethos, estimait que la rémunération variable dans son ensemble devrait être limitée à la moitié de la rémunération des salariés[1031]. Il s'agit là d'une revendication politique[1032].

---

salaire minimum de croissance, inclut dans leur calcul la rémunération spécifique, prévue par une convention, un accord collectif ou le contrat de travail, des temps de pause ne répondant pas à ces critères, s'expose aux peines prévues en répression de la contravention de paiement de salaires inférieurs au salaire minimum de croissance. »). Ainsi, on retiendra les pourboires et les « gueltes » versées à des vendeurs et calculées en fonction des ventes qu'ils réalisent individuellement (Soc., 30 mars 1994, n° 92-40.531) et les primes de rendement individuel ou collectif comme un intéressement calculé chaque mois et distribué au personnel de vente au *prorata* du temps de travail effectué par chacun d'eux par rapport au total des heures de travail de l'équipe de vente (Soc., 15 novembre 2006, n° 04-40.122). On retiendra également les primes de production ou de productivité et les primes d'objectifs (Soc., 4 juin 2002, n° 00-41.140) dès lors qu'elles constituent un élément prévisible de rémunération et qu'elles rémunèrent directement le travail effectué (Soc., 2 juillet 2008, n° 06-45.987). Les primes rémunérant les pauses ne sont pas la contrepartie du travail et sont donc exclues du salaire devant être comparé au SMIC (Soc., 21 mars 2012, n° 10-21737). On exclura également les primes collectives liées à la production globale de l'entreprise (Circ. DRT n° 3, 29 juillet 1983), sa productivité ou ses résultats (Soc., 7 avril 2004, n° 02-41.615) car le montant de telles rémunérations dépend de circonstances extérieures au salarié, de même que la participation et l'intéressement (*cf.* site internet du Ministère du Travail, travail-emploi-sante.gouv.fr).

[1030] Le pourcentage de la part discrétionnaire de la rémunération est déterminé par le régime de l'accessoriété de la gratification : *cf. supra* n° 59 et s.

[1031] *Cf.* Cyril Jost, « Entretien avec Dominique Biedermann », *Bilan* 5 novembre 2008, p. 34 ; dans un second temps, M. Biedermann a parlé d'une limitation aux deux-tiers : Geneviève Brunet, « Dominique Biedermann : le salaire variable ne devrait pas excéder les 2/3 du revenu total », *L'Hebdo* 17 février 2011. Certaines des revendications de cette fondation ne sont pas restées sans écho depuis la crise de 2008, notamment en matière de droit des sociétés (*cf.* Yves Hulmann, « Les actionnaires de Zurich et de Swiss Re pourront voter sur les salaires de leurs dirigeants », *Le Temps* 9 janvier 2010).

[1032] Le Parlement européen a décidé récemment, dans le cadre des règles dite de Bâle III, que la rémunération variable des banquiers ne pourrait plus, en principe, excéder le montant de leur rémunération fixe. Les actionnaires (à la majorité des deux tiers, ou des trois quarts si le quorum n'est pas atteint) pourront toutefois autoriser que la rémunération variable atteigne le double de la rémunération fixe. *Cf.* « Le Parlement européen adopte le plafonnement des bonus des banquiers », *Le Monde* 16 avril 2013.

366. Au niveau juridique, il est admis que le salarié soit rémunéré au seul pourboire[1033] ou à la seule provision (CO, art. 349a)[1034]. De même, l'employeur a la liberté — dans le respect des conventions collectives applicables[1035] — de prévoir une rémunération constituée uniquement d'une participation[1036]. En pratique toutefois, la rémunération du salarié ***combine*** généralement la participation avec un salaire fixe. Cette combinaison est d'ailleurs prévue dans certaines conventions collectives, comme celle des coiffeurs du 7 juillet 2009 (art. 37.1)[1037]. Nous ne voyons pas de raison de ne pas étendre cette règle aux autres formes de rémunérations variables comme la rémunération sur objectifs ou l'actionnariat salarié.

367. Une condition de forme doit néanmoins être respectée. En effet, l'article 349a du Code des obligations, initialement applicable aux voyageurs de commerce, dispose que la rémunération de ces derniers doit, en principe, consister en un traitement fixe, lequel peut être assorti d'une rémunération complémentaire sous forme de provision (al. 1er). L'employeur peut néanmoins déroger à ce principe et verser à son salarié une rémunération constituée uniquement d'une provision. Il doit, pour ce faire, respecter une condition de forme, consacrée à l'alinéa 2 : obtenir l'***accord écrit*** du salarié[1038].

368. La jurisprudence et la grande majorité des auteurs considèrent que cette condition doit être appliquée par analogie à toute rémunération uniquement variable[1039]. La solution la plus cohérente juridiquement selon nous consiste donc à étendre par analogie à l'ensemble des travailleurs et des sortes de rémunération le champ d'application de la règle posée par

---

[1033] Généralement, le droit collectif prévoit, en contrepartie, un salaire minimum : CCNT pour les hôtels, restaurants et cafés, art. 9.2.

[1034] *Cf.* TF, 12 février 1915, *Brauerei Tiefbrunnen, ATF* 41 II 105 : « *Der Lohn nach Art. 319 OR kann auch in der blossen Gewährung einer Erwerbsmöglichkeit bestehen.* » ; CJ-GE, 6 mars 1959, *SJ* 1960. 153, cons. 3 ; CAPH-GE, 12 octobre 1984, *JAR* 1985. 91, *SJ* 1986. 304, note G. Aubert ; CAPH-GE, 3 décembre 1987, X/654/86, cons. 5 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 5 *ad* art. 322b CO ; Christoph Senti, « Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation », *PJA* 2002. 669, spéc. 671.

[1035] Voir notamment la Convention collective nationale des coiffeurs du 7 juillet 2009 (Arrêté d'extension du 27 avril 2010), article 37.1 et 37.3 et la Convention collective nationale du 6 juillet 1998 pour les hôtels, restaurants et cafés (Arrêté d'extension du 19 novembre 1998, article 9), toutes deux consultables sur le site du Secrétariat d'Etat à l'économie (seco.admin.ch).

[1036] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 87.

[1037] Le champ d'application de cet article a été étendu par Arrêté du Conseil fédéral du 27 avril 2010. Cet article prévoit trois possibilités : 1° un salaire fixe ; 2° un salaire de base avec participation au chiffre d'affaires ; 3° une participation au chiffre d'affaires sans salaire de base.

[1038] Pour un cas de non-respect de cette condition de forme, *cf.* Zivilgericht-BS, 19 mars 1976, *BJM* 1977. 21, *JAR* 1980. 314, cons. 4.

[1039] TF, 11 octobre 1994, 4C.47/1994, *JAR* 1995. 102 (de manière implicite) ; TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, *DTA* 2003. 154-156, *JAR* 2004. 248, cons. 2.2 ; *cf.* également CAPH-GE, 25 mai 2005, *JAR* 2006. 441, cons. 2.3.2 ; TC-GR, 20 juin 2005, *JAR* 2006. 475, cons. 5a et 5b ; Arbeitsgericht-ZH, 5 décembre 2008, *JAR* 2009. 703, *JU-TRAV* 2010. 49 ; Arbeitsgericht-ZH, 22 septembre 2009, *JAR* 2010. 675 ; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, p. 152-153 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, N 5 *ad* art. 322b CO et N 4 *ad* art. 322d CO ; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 5 *ad* art. 322a CO ; Danthe, *Commentaire,* N 6 *ad* art. 322a CO et N 6 *ad* art. 322b CO ; Thomas Geiser, « Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn », *PJA* 2001. 382, spéc. 387 et 389 ; Christoph Senti, « Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation », *PJA* 2002. 669, spéc. 672 et 675 ; Dominique Portmann, *Mitarbeiterbeteiligung. Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht*, Stämpfli, Berne, 2005, N 224 ; *cf.* également : VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, pp. 96 et s., p. 108 et p. 111 ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 60 et p. 63 (implicitement). Certains auteurs acceptent une rémunération uniquement à la performance tout en soulignant que la pratique prévoit généralement un salaire de base fixe : STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, N 1 *ad* art. 322a CO ; BRÜHWILER, *Einzelarbeitsvertrag*, N II ad art. 322a. Pour une position nuancée, notamment en fonction de considérations économiques, *cf.* BÄCHLER, *Vergütungen*, pp. 160-161. S'opposant à la généralisation de la règle : Conradin Cramer, « Der Bonus als Malus – Zur Überwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeitnehmer », *PJA* 2008. 535-541, spéc. 538.

l'alinéa 2 de l'article 349a du Code des obligations. Le Tribunal fédéral vient tout récemment de trancher la question dans ce sens[1040].

369. Ainsi, le travailleur (quel qu'il soit) ne peut être rémunéré par une rémunération uniquement variable (quelle qu'elle soit) que s'il l'accepte expressément par écrit. À défaut, le juge calculera une rémunération fixe due inconditionnellement.

B. Un montant minimal de rémunération ?

370. Le droit fédéral ne connaît pas de norme constitutionnelle spécifique à cet égard[1041], à la différence du canton du Jura dont la Constitution consacre en son article 19, alinéa 3, le droit de chaque travailleur à un salaire qui lui assure un niveau de vie décent. Certains auteurs disent que le salarié dont la rémunération est entièrement variable doit percevoir « *un minimum de revenus pour son activité* »[1042]. SENTI souligne avec raison que l'absence totale de rémunération pour le travail fourni est contraire à la ***définition*** même du contrat de travail comme contrat à titre onéreux[1043]. Quant au Tribunal fédéral, il s'est à l'occasion prononcé de manière tout à fait générale contre l'« exploitation » du salarié[1044].

371. Plusieurs normes spéciales sont toutefois envisageables :

— ***1°*** la ***rescision du contrat pour lésion*** (CO, art. 21)[1045]. Le salarié peut invoquer la lésion à l'égard du système de rémunération logé dans son contrat[1046]. En matière de

[1040] TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, *ATF* 139 III 214, cons. 5.1 ; Thomas Geiser, « Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts », *PJA* 2014. 111.

[1041] Et ce, à la différence du droit italien : l'article 36, alinéa 1er, de la Constitution de la République italienne du 27 décembre 1947 dispose en effet : « *Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa.* » (traduction française disponible sur le site du Sénat italien : senato.it) On voit ici coexister la conception contractuelle d'une rémunération, qualifiée de la manière la plus neutre possible de « rétribution », reposant sur une logique d'échange et érigée comme principe, et la conception statutaire d'un minimum établi comme garde-fou à la liberté contractuelle, à assiette large puisque tenant compte de la famille du travailleur, et à finalité morale car devant assurer une existence libre et digne. Le terme « existence » est fort et met en exergue la personne du travailleur toute entière, dans son acception la plus large ; quant aux qualificatifs « libre » et « digne », ils introduisent au cœur même de la rémunération des notions tirées des droits fondamentaux les plus éminents. L'importance du « travail » comme valeur fondatrice est affirmée de la manière la plus solennelle à l'article 1er de la Constitution : « *L'Italie est une République démocratique, fondée sur le travail.* » D'ailleurs, la jurisprudence italienne n'a pas hésité à mettre en œuvre une activité interprétative créatrice de droit dans la détermination de la rétribution proportionnée et suffisante, à tel point qu'on parle de « force expansive » (*forza espansiva*) de l'article 36 de la Constitution (Luisa GALANTINO, *Diritto del lavoro,* G. Giappichelli Editore, Turin, 2003, pp. 299-300).

On retrouve des conceptions similaires dans la ***Charte sociale européenne*** du Conseil de l'Europe, conclue à Strasbourg le 3 mai 1996. Dans l'article 4, les parties signataires s'engagent, en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à une rémunération équitable, notamment à reconnaître le droit à des travailleurs à une rémunération suffisante pour leur assurer, ainsi qu'à leurs familles, un niveau de vie décent, à reconnaître le droit des travailleurs masculins et féminins à une rémunération égale pour un travail de valeur égale et à n'autoriser les retenues sur les salaires que dans les conditions et limites prescrites par la législation ou la réglementation nationale, ou fixées par des conventions collectives ou des sentences arbitrales.

[1042] TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 507. De manière plus précise : Dominique PORTMANN, *Mitarbeiterbeteiligung. Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht*, Stämpfli, Berne, 2005, p. 165.

[1043] Christoph Senti, « Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation », *PJA* 2002. 669, spéc. 675.

[1044] TF, 19 février 1957, *ATF* 83 II 78.

[1045] Le fondement de la nullité du contrat pour contrariété aux mœurs pourrait également être retenu, *cf.* CRAMER, *Der Bonus,* p. 61 et pp. 71 et s. *Cf. infra* nbp 1050.

rémunération variable, ce sera le cas dans l'hypothèse où il est prévu que le salarié ne percevrait de manière certaine qu'une très faible rémunération, à condition que le salarié prouve non seulement qu'il était dans une situation de faiblesse, mais encore que l'employeur a exploité cette situation de faiblesse[1047]. Sera seule déclarée nulle la clause portant sur la rémunération[1048] : on la remplacera par la rémunération usuelle[1049].

— ***2°*** une rémunération variable aboutissant à une rémunération finale extrêmement faible pourrait être contraire à la protection de la ***personnalité*** du salarié (CO, art. 328)[1050].

— ***3°*** dans le cas particulier d'un salarié payé uniquement ***aux pièces ou à la tâche***, le code prévoit que l'employeur doit lui fournir du travail en quantité suffisante (CO, art. 326, al. 1er). Si cela est impossible, l'employeur doit alors rémunérer le salarié au temps (CO, art. 326, al. 2).

— ***4°*** nous avons démontré que l'alinéa 2 de l'article 349a du Code des obligations devait être appliqué par analogie à tous les travailleurs et à toutes les rémunérations variables[1051]. Or, cet alinéa dispose que lorsque la provision représente la plus grande partie de la rémunération du travailleur, elle doit constituer une ***rémunération « convenable »*** des services du voyageur de commerce. Si l'on étend cette solution, cela signifie que le travailleur payé uniquement par une rémunération variable peut faire contrôler le caractère convenable de la rémunération qu'il perçoit.

372. L'article 349a alinéa 2 — disposition impérative (CO, art. 362)[1052] que le salarié peut invoquer après coup sans commettre d'abus de droit[1053] — vise à éviter l'exploitation du travailleur auquel serait promise une rémunération sous forme de provisions qui se révèleraient en réalité insuffisantes[1054].

373. La notion de « ***rémunération convenable*** » n'est toutefois pas évidente à cerner[1055]. Elle sera déterminée par le juge (CC, art. 4)[1056]. Le caractère « convenable » d'une provision est

---

[1046] Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « 1 :12 – Pour des salaires équitables », *FF* 2012. 503-528, spéc. 511. Du même avis : VISCHER, *Der Arbeitsvertrag,* p. 87.

[1047] TF, 9 décembre 2003, 4C.284/2003, cons. 3.1 ; Wilhelm BIRCHMEIER, *Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im schweizerischen Obligationenrecht*, Buchdruckerei J. Dossenbach, Baar, 1926, p. 60 ; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, p. 69.

[1048] TF, 26 juin 1997, *ATF* 123 III 292.

[1049] VISCHER, *Der Arbeitsvertrag,* p. 87. Les circonstances peuvent être telles que l'***infraction pénale*** d'usure (CP, art. 157) soit réalisée (TF, 21 octobre 1985, *ATF* 111 IV 139 ; TF, 24 septembre 2004, 6P.95/2004, *ATF* 130 IV 106, *JT* 2006 IV 215, *SJ* 2005. 52, *Pra* 2005 32 243, cons. 7 ; Tribunal des districts d'Hérens et de Conthey, 26 août 1996, *RVJ* 1997. 313).

[1050] Le fondement de l'article 27 du Code civil peut être utilisé concurremment : *cf.* CRAMER, *Der Bonus,* p. 62. De même que celui de la contrariété aux mœurs (CO, art. 19 et 20) : *cf.* HIRSIGER, *Zielvereinbarung,* p. 208.

[1051] TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, *ATF* 139 III 214, cons. 5.1. *Cf. supra* n° 368.

[1052] TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001, cons. 5a.

[1053] Zivilgericht-BS, 19 mars 1976, *BJM* 1977. 21, *JAR* 1980. 314.

[1054] *Message 1940,* p. 1361 et s. ; TF, 19 février 1957, *van Leisen, ATF* 83 II 78, *JT* 1957 I 540 ; TF, 2 novembre 2005, 4C.265/2005, *DTA* 2006. 110-111, cons. 3.1 et 3.2 ; ENGEL, *Contrats*, p. 413.

[1055] On pourra s'inspirer utilement des travaux menés par Daniel Vaughan-Whitehead et Auret van Heerden dans le cadre du Fair Wage Network, un groupe de réflexion visant à élaborer des critères définissant un « salaire équitable » (site internet : fair-wage.com). Les indicateurs du salaire équitable sont notamment les suivants : régularité du salaire ; garantie d'un minimum vital ; adéquation avec les salaires versés dans des entreprises similaires du même secteur ; rémunération correcte des heures effectuées, notamment des heures supplémentaires ; structure de rémunération équilibrée entre salaire de base et rémunérations variables complémentaires, reflétant le niveau de formation, les qualités et l'expérience professionnelle, et récompensant la performance individuelle et collective ; respect du principe « à travail égal, salaire égal » et l'absence de différences salariales injustifiées et trop élevées au sein de l'entreprise ; augmentation de la rémunération au moins en proportion de l'augmentation des prix, etc.

[1056] TF, 12 novembre 1986, *JAR* 1987. 307 ; TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, *ATF* 139 III 214, cons. 5.2.

une notion de droit — donc susceptible d'être revue par le Tribunal fédéral[1057] — qui doit être appréciée *in concreto*[1058]. Le fardeau de la preuve que la rémunération convenue n'est pas convenable incombe au travailleur[1059]. Une rémunération est en principe convenable lorsqu'elle assure au salarié un gain qui lui permette de vivre décemment, compte tenu de son implication au travail (*Arbeitseinsatz*), de sa formation, de son ancienneté, de son âge et de ses obligations sociales[1060]. Le juge n'hésite pas à recalculer le montant qu'il estime convenable[1061]. Il peut utilement s'appuyer sur les statistiques de l'office fédéral de la statistique[1062].

374. On remarque le caractère « englobant » de cette règle. En effet, l'employeur doit tenir compte non seulement de la prestation du salarié, mais encore de son expérience professionnelle, et d'éléments qui tiennent à sa personnalité et à son âge, à ses « obligations sociales », notamment familiales[1063]. Ce faisant, on s'écarte d'une conception purement objective du salarié qui vend sa force de travail sur un marché pour prendre en compte la dimension subjective de la personne du salarié dans toutes ses composantes. Un auteur, probablement attaché à une conception modélisée d'un marché sur lequel s'échangeraient de manière rationnelle des offres et des demandes de travail[1064], rejette cette solution pourtant voulue par le législateur[1065].

[1057] TF, 23 février 1948, *ATF* 72 II 62, cons. 3 ; TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001, cons. 5a ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, *ATF* 129 III 664, *JT* 2004 I 60, cons. 6.1 ; TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, *ATF* 139 III 214, cons. 3.3.

[1058] TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001, cons. 5a ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, *ATF* 129 III 664, *JT* 2004 I 60, cons. 6.1.

[1059] TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, *ATF* 139 III 214, cons. 3.3.

[1060] TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001, cons. 5a ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, *ATF* 129 III 664, *JT* 2004 I 60, cons. 6.1 ; TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, *ATF* 139 III 214, cons. 5.2 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, N 4 *ad* art. 349a CO ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 63 ; *cf.* également Conradin Cramer, « Der Bonus als Malus », *PJA* 2008. 535-541, spéc. 540 ; Thérèse Amstutz, « Circulaire FINMA 10/1 / Problématique de droit du travail des rémunérations variables », *Perspectives et risques de nouveautés juridiques 2009/2010,* Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2010, pp. 45 et s., spéc. 49 ; *cf.* Peter Reinert, « Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht », *PJA* 2009. 3, spéc. 4, lequel ne tolère le critère de l'âge que s'il se concrétise par une plus grande expérience du salarié. Pour une casuistique plus ample, *cf.* David AUBERT, *Le contrat de travail des voyageurs de commerce,* Éditions Bis et Ter, Lausanne, 2010, pp. 207 et s.

[1061] Par exemple : CAPH-GE, 12 octobre 1982, *Quatre cents arrêts,* n° 325.

[1062] Site internet : bfs.admin.ch. Pour une affaire où le Tribunal fédéral compare la rémunération octroyée par les juges cantonaux avec le salaire médian mensuel brut pour des activités similaires dans la région dans laquelle le travailleur exerçait, voir TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, *ATF* 139 III 214, cons. 5.2.

[1063] S'opposant à cette prise en compte de l'aspect familial : VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, p. 97.

[1064] Cette conception s'inscrit dans la lignée de la doctrine de ***Léon Walras,*** qui conçut un modèle analytique, devant servir de référence à un « optimum » : un « secrétaire de marché » y centralise l'ensemble des offres et des demandes afin de déterminer les prix permettant de les équilibrer, avant de les communiquer aux agents économiques qui échangent alors de manière décentralisée. L'affectation des ressources est la plus efficace possible grâce au « *prix d'équilibre* » (Léon WALRAS, *Éléments d'économie politique pure*, (1e éd. 1874), Kessinger Publishing, 2010).

Cette conception est retenue par nombre de juristes qui étudient la rémunération du travail. Mais elle est ***impraticable***. Nous en voulons pour preuve la tentative, jamais réitérée dans l'histoire à notre connaissance, opérée par Gustave de Molinari d'instaurer un réseau de bourses où le travail serait coté et cette cotation publiée, dans le but de diriger les travailleurs vers les lieux où le salaire est plus élevé (preuve d'une demande non satisfaite des entreprises). Cette tentative, mal accueillie tant par les employeurs que par les travailleurs, se solda par un échec (Guillemette de Larquier, « Recrutement et détermination du salaire : l'importance des règles et des conventions », *Problèmes économiques* hors-série N°3 février 2013. 22-28. spéc. 23). D'ailleurs, il s'agit d'une ***fiction*** : dans la réalité, les prix sont fixés de manière bilatérale ; il n'existe pas de centralisation des rencontres entre l'offre et la demande (Éric Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle,* L.G.D.J., Paris, 2001, pp. 153-176*,* spéc. p. 154). Le prix dépend donc éminemment des spécificités de la situation bilatérale entre les parties (notamment asymétries d'informations, interdépendances, etc.). Nous n'entrerons pas dans le débat relatif au « pouvoir de marché », notion utilisée par les économistes pour décrire la source d'un éventuel déséquilibre contractuel : le déséquilibre provient de l'extérieur du contrat censément conclu entre deux individus libres, égaux et responsables et s'explique par une asymétrie de substituabilité, qui permet à celui qui est le moins substituable (l'employeur lorsqu'il existe du chômage), d'imposer ses conditions à l'autre (Éric Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle,* L.G.D.J., Paris, 2001, pp. 153-176*,* spéc. p. 162). En conséquence, il ne faut admettre la pertinence du modèle walrassien qu'à ce seul titre de fiction, c'est-à-dire de modèle

375. Toutefois, cette disposition ne vise pas à garantir au travailleur un salaire minimum indépendamment de ses ***prestations***. S'il perçoit une rémunération trop faible non pas en raison d'un accord prévoyant des provisions trop basses, mais à cause de prestations de travail insuffisantes, le travailleur ne peut pas se prévaloir de la protection offerte par l'article 349a, alinéa 2[1066]. En définitive, la rémunération dépend très étroitement des conditions que l'employeur fixe au travailleur pour qu'il puisse négocier ou conclure des affaires[1067]. Un tel raisonnement conduirait globalement l'employeur à procéder à une estimation des besoins du salarié compte tenu de critères principalement subjectifs. Aussi le Tribunal fédéral a-t-il avec raison approuvé l'Obergericht de Zurich[1068] qui a tempéré cette approche en soulignant qu'on doit aussi tenir compte, comme ligne directrice, des ***usages de la branche*** (*cf.* CC, art. 4)[1069].

intellectuel. Juridiquement, cette remise en cause de l'usage du marché walrassien a deux conséquences. Premièrement, rien n'interdit au droit impératif de s'immiscer dans la fixation de la rémunération du travail, afin de contrôler qu'elle correspond à la conception du ***juste prix*** qui est visée. Car qu'on le veuille ou non, la notion de juste prix reste présente à l'esprit de tout juriste amené à régler une situation de rémunération conflictuelle – ici, empirisme et déontologisme se rejoignent. En second lieu, le recours à la notion d'***usage*** dans la fixation du prix doit être compris comme une véritable fiction. En effet, cet usage ne peut être qu'un agrégat plus ou moins bien ficelé, plus ou moins bien connu, de décisions particulières.

[1065] Peter Reinert, « Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht », *PJA* 2009. 3, spéc. 4.

[1066] TF, 2 novembre 2005, 4C.265/2005, *DTA* 2006. 110-111, cons. 3.1 et 3.2 ; déjà précédemment : Obergericht-ZH, 14 avril 1986, *JAR* 1987. 301 ; CAPH-GE, 22 septembre 1993, X/600/91, cons. 2c.

[1067] TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001, cons. 5a ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, *ATF* 129 III 664, *JT* 2004 I 60, cons. 6.1 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, N3 *ad* art. 347-350a CO.

[1068] Obergericht-ZH, 14 avril 1986, *JAR* 1987. 301, cons. 5.

[1069] TF, 12 novembre 1986, *JAR* 1987. 307 ; TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001, cons. 5a ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, *ATF* 129 III 664, *JT* 2004 I 60, cons. 6.1.

SECTION II

LE PLAFOND

377. Selon le Conseil fédéral, « *un écart très important entre les revenus des ménages peut nuire à la cohésion sociale* »[1070]. Or, dans une économie libérale, il est difficile d'envisager la mise en place d'une rémunération maximale sans que soient remis en question certains fondements. Aussi cette question fait-elle débat aujourd'hui. Le droit privé suisse[1071] ne connaît pas de limite maximale au salaire qu'un employeur verse à son salarié. Un auteur avait proposé un facteur multiplicateur maximal de 50 entre la rémunération la plus basse et la rémunération la plus haute d'une entreprise[1072]. Mais la solution du salaire maximum est critiquée comme représentant une limitation trop incisive aux principes sur lesquels est fondée l'économie de marché[1073]. Le débat a été récemment relancé par une initiative des Jeunes Socialistes Suisses qui ont proposé un rapport maximal de un à douze entre les rémunérations versées au sein d'une même entreprise[1074]. La votation sera organisée le 24 novembre 2013 sur cette initiative a conduit à son rejet[1075].

[1070] Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « 1 :12 – Pour des salaires équitables », *FF* 2012. 503-528, spéc. 508-509.

[1071] Rappelons qu'en droit public, le salaire maximum existe du simple fait que les rémunérations sont fixées en principe par des ***grilles salariales***, ce qui peut parfois poser des problèmes de classification (par exemple dans TF, 20 août 2013, 8C_713/2013). Cette logique ne vaut pas uniquement pour les personnes publiques ; elle s'applique aussi aux personnes privées ***subventionnées*** par l'État : le Tribunal fédéral a récemment admis la possibilité pour une administration cantonale de fixer un maximum à la rémunération des directeurs des établissements médico-sociaux privés dès lors qu'ils prétendaient se voir reconnaître la qualité d'établissements d'intérêt public pour bénéficier des avantages particuliers liés à cette qualité (TF, 24 juillet 2010, 2C_656/2009). Rien n'empêche d'ailleurs une entreprise entièrement privée de concevoir sa propre grille salariale et de la respecter volontairement. On trouve aussi de telles grilles dans les conventions collectives ou les contrats-types (*cf.* Wolfgang Portmann, « Die Arbeitsbedingungen der Bankgestellten. Eine Darstellung und Würdigung ausgewählter Aspekte », *DTA* 2005. 73, spéc. 76). En France, où un sondage de l'IFOP pour le journal *L'Humanité* indique que trois Français sur quatre se prononcent en faveur d'un salaire maximal (*L'Humanité,* 11 janvier 2011. *Cf.* également le site internet : salairemaximum.net), un décret récent a plafonné à 450 000 euros bruts par an, soit vingt fois le SMIC, la rémunération des dirigeants du secteur public (Décret n° 2012-915 du 26 juillet 2012 relatif au contrôle de l'État sur les rémunérations des dirigeants d'entreprises publiques). L'idée sous-jacente est que la même logique vaut pour le haut de la hiérarchie que pour le salaire minimum : « *Laissés à eux-mêmes, les mécanismes de marché ne permettent visiblement pas de déboucher sur des salaires correspondant à des niveaux acceptables socialement et justifiables économiquement*. » (Guillaume Duval, « Faut-il limiter le salaire des patrons ? », *Alternatives économiques,* article Web du 4 avril 2011, site internet : alternatives-economiques.fr)

[1072] Jean-Fritz Stöckli, « Spitzenlöhne und das kollektivarbeitsrechtliche Zumutbarkaitsprinzip », *ArbR* 2006. 169, spéc. 175 (ce qui reviendrait en moyenne à un salaire maximal admissible autour de deux à trois millions de francs par an).

[1073] Beat Barthold/Marc Widmer, « Regulierung der variablen Vergütung ? Eine Bewertung der schweizerischen Regulierungsbestrebungen im Vergütungsbereich », *PJA* 2009. 1389, spéc. 1396.

[1074] Site internet : juso.ch ; Danthe, *Commentaire,* N 21 *ad* art. 322 CO.

[1075] Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « 1 :12 – Pour des salaires équitables », *FF* 2012. 503-528.

CHAPITRE II

LA PROTECTION CONTRE LES DISCRIMINATIONS ET L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

« *Juge ton semblable avec impartialité.* »

Deutéronome[1076]

378. **Sources.** La question de l'égalité salariale (*Lohngerechtigkeit*)[1077] se pose depuis plusieurs décennies[1078]. On la trouve exprimée généralement sous la forme atténuée du principe de non-discrimination, consacré internationalement par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 : « *Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes et à la protection contre le chômage. Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal.* » (art. 23)[1079]. En

[1076] La volonté d'égalité n'est pas propre à l'Occident. La Chine maoïste, par exemple, a cherché à éviter que certains salariés ne soient placés au-dessus des autres en matière de rémunération. Pour ce faire, elle tenta de substituer au critère économique de la productivité un critère politique subjectif : la rémunération devait être décidée, après une séance d'autocritiques individuelles, par la collectivité des travailleurs en fonction du dévouement mis par chacun dans l'accomplissement du travail commun (René DAVID/Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains,* Dalloz, « Précis », Paris, 11e éd., 2002, p. 413).

[1077] Pour une synthèse de ces notions, voir Kurt PÄRLI, *Vetragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis,* Stämpfli, « Habil. St. Gallen », Berne, 2009.

[1078] Pour une synthèse de cette évolution, notamment sous ses aspects pénaux, *cf.* Aurélien Witzig/Rodhlann Jornot, « Répression pénale de la discrimination au travail : une perspective franco-suisse », *JCP S* 12 juin 1012. 1253. *Cf.* également : Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 61.

[1079] D'autres instruments internationaux le consacrent également : les conventions n° 100 et 111 de l'Organisation internationale du travail, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe (art. 4) et l'Accord de libre-circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne (art. 2). Les conventions de l'OIT sont dites « promotionnelles », en ce sens qu'elles visent à inciter les gouvernements à mener une politique durable et systématique (Nicolas Valticos, « L'attitude de la Suisse à l'égard des conventions internationales du travail », *RDS* 1981 I 121-144, spéc. 141). Sur l'implication de la convention n° 100 de l'OIT sur le droit suisse, *cf.* Hans REIS, *Die Lohndifferenzen zwischen Männern und Frauen in der Schweiz,* Peter Lang, Berne/Francfort/New York/Paris, 1988, pp. 11 et s. *Cf.* également : Josef MONTANARI, *Gesetzliche*

droit interne[1080], des bases de rang constitutionnel consacrent le principe d'égalité : les articles 8, alinéa 3, 27 et 28 de la Constitution fédérale. En particulier, l'alinéa 2 de l'article 8 de la Constitution fédérale interdit spécifiquement les pratiques discriminatoires[1081]. Au niveau du droit privé, un certain nombre de bases légales forment le siège de la protection des salariés contre les comportements discriminatoires : il s'agit, dans le Code civil, des articles 27 et 28 et, dans le Code des obligations, des articles 19 et 20, 328 et 328b ainsi que de l'article 336.

379. **Critiques.** Cependant, le principe de non-discrimination reste partiellement ineffectif notamment en raison de l'absence quasi générale de règles de preuve spécifiques et d'un faible niveau de sanction en cas de transgression. Seule la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes présente une réglementation complète à cet égard. En l'état actuel de la jurisprudence, c'est donc que dans une mesure limitée que l'égalité et même la non-discrimination régissent le droit des rémunérations variables[1082]. La doctrine majoritaire et la jurisprudence ont d'ailleurs tendance à privilégier la liberté contractuelle au détriment de l'égalité de traitement. En effet, selon elles, une sanction plus claire des inégalités de traitement irait de pair avec une diminution de la liberté contractuelle. L'idée est que la liberté prévaudrait sur l'égalité en droit privé et que la lutte contre les discriminations ne devrait intervenir que par le truchement du droit de la personnalité[1083]. Il faut toutefois préciser que « *l'exigence de non-discrimination ne disqualifie que la distinction fondée sur un motif exclu du nombre des raisons légitimes de décision, par un choix de politique législative* »[1084]. En outre, l'égalité de traitement repose comme la liberté contractuelle sur un principe libéral qui veut que les individus soient jugés en

---

Lohnregelungen, Buchdruckerei Heller, Muri AG, thèse, 1987, pp. 62 et s. Sur les tergiversations de la Suisse avant l'adoption de cette convention, *cf.* Nicolas Valticos, « L'attitude de la Suisse à l'égard des conventions internationales du travail », *RDS* 1981 I 121-144, spéc. 128-129: le Tribunal fédéral estimait que l'application du principe d'égalité salariale entre hommes et femmes requérait « *la mise en œuvre préalable de lois ou d'arrêtés d'exécution* » (TF, 12 octobre 1977, *SJ* 1978. 449, cons. 4f), même s'il est vrai que la sous-enchère provoquée par la discrimination salariale est néfaste pour tout salarié, puisqu'elle « *retentit sur la situation économique non seulement des femmes, mais aussi des hommes occupés dans la branche* » (Gabriel Aubert, « Discriminations salariales, protection de la personnalité et concurrence déloyale », *PJA* 1992. 572). La question de l'applicabilité de ces normes internationales en droit suisse se pose encore aujourd'hui : selon la jurisprudence, une norme internationale ratifiée par la Suisse n'est directement invocable par les justiciables que si elle présente un caractère *self-executing*, c'est-à-dire lorsqu'elle revêt un degré de clarté et de spécificité tel qu'elle puisse servir de fondement juridique à la décision d'un juge. À notre connaissance, aucune juridiction suisse n'a pour l'isntant reconnu le caractère *self-executing* des normes en question.

[1080] Un des textes nationaux fondateurs semble être l'*Equal Pay Act* de 1963 aux États-Unis, codifié au 29 U. S. C. § 206 (d), lequel dispose notamment : « *No employer […] shall discriminate […] between employees on the basis of sex by paying wages […] at a rate less than the rate at which he pays wages to employees of the opposite sex […] for equal work on jobs the performance of which requires equal skill, effort, and responsibility, and which are performed under similar working conditions, except where such payment is made pursuant to (i) a seniority system ; (ii) a merit system ; (iii) a system which measures earnings by quantity or quality of production ; or (iv) a differential based on any other factor other than sex […].* »

[1081] Au niveau cantonal genevois, la récente Constitution dispose en son article 15, alinéa 1er, que *« toutes les personnes sont égales en droit* » et à l'alinéa 4 que « *la femme et l'homme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale* ». L'article 41, alinéa 1er, de la Constitution précise que « *les droits fondamentaux doivent être respectés, protégés et réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique* ». L'alinéa 3 de ce même article ajoute que *« les droits fondamentaux s'appliquent aux rapports entre particuliers* […] *dans la mesure où ils s'y prêtent* ».

[1082] Voir l'analyse menée à ce sujet par Kurt PÄRLI, *Vetragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis,* Stämpfli, « Habil. St. Gallen », 2009 ; *cf.* également Tarek Naguib, « Antidiskriminierungsrecht im Vergleich : Schweiz – Europäische Union », *Jusletter* 21 mars 2011 : l'auteur estime que le droit de l'Union européenne et celui des Etats-Unis apparaissent comme des modèles à suivre en la matière.

[1083] Manuel JAUN, « Diskriminierungsschutz durch Privatrecht – Die Schweiz im Schatten der europäischen Rechtsentwicklung », *RJB* 2007. 457 *sqq*.

[1084] Antoine Jeammaud, « La place du salarié-individu dans le droit français du travail », *Le droit collectif du travail. Questions fondamentales – évolutions récentes. Études en hommage à Madame le Professeur H. Sinay*, Peter Lang, Paris/Berne/Francfort, 1994, p. 365.

fonction de leurs capacités et de leurs réalisations et non en fonction de préjugés[1085]. La protection contre les discriminations apporterait en définitive la liberté à ceux qui étaient précédemment discriminés[1086].

380. **Domaine d'étude.** Dans le cadre de notre étude, nous nous limiterons à étudier l'impact des principes de non-discrimination et d'égalité de traitement sur les rémunérations variables. Nous établirons d'abord la typologie des protections ***spéciales*** contre certaines discriminations (**section I**), avant de nous demander s'il est pertinent de parler d'une protection ***générale*** en la matière (**section II**).

[1085] *Cf.* Kurt PÄRLI, *Vetragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, Stämpfli, « Habil. St. Gallen », 2009.

[1086] Hubert FRITSCH, « Buchbesprechungen », *DTA*. 2009. 317-318, sur Kurt PÄRLI, *Vetragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis,* Stämpfli, « Habil. St. Gallen », 2009.

SECTION I

LES PROTECTIONS SPÉCIALES

« *L'étranger qui réside avec vous, aime-le comme toi-même.* »

Deutéronome

381. En droit suisse, un certain nombre de protections spéciales sont aujourd'hui ***consacrées*** (**§ 1**). D'***autres protections spéciales*** sont consacrées dans des droits étrangers ; il s'agira de voir dans quelle mesure elles sont envisageables en droit suisse (**§ 2**).

§ 1 – LES PROTECTIONS SPÉCIALES CONSACRÉES

382. Trois protections spéciales sont consacrées en droit suisse du travail :

— entre ***hommes et femmes*** ;

— entre ***nationaux et ressortissants communautaires*** ;

— entre ***travailleurs en entreprise et travailleurs à domicile***.

Après quelques données introductives sur chacune de ces protections, nous étudierons la question pertinente pour notre étude : le champ d'application de ces protections en droit des rémunérations variables.

383. **Égalité entre les sexes.** L'égalité salariale entre hommes et femmes est aujourd'hui clairement consacrée en droit (Cst. féd., art. 8, al. 3, LEg, art. 3, al. 1er), même si elle est encore loin d'être acquise dans les faits[1087]. La personne discriminée peut obtenir que son salaire soit recalculé à un niveau où la discrimination à raison du sexe aura disparu ; elle peut également réclamer une indemnité[1088]. De manière générale, on considère qu'« *il y a*

[1087] L'Enquête fédérale sur la structure des salaires suisses en 2008 a montré que les inégalités salariales sont passées en deux ans de 18,9 à 19,3 %.

[1088] L'indemnité prévue en cas de discrimination à l'embauche équivaut à trois mois de salaire ; l'indemnité se monte à six mois de salaire en cas de discrimination lors de la résiliation et en cas de harcèlement sexuel (LEg, art. 5, al. 4).

discrimination salariale lorsqu'en présence d'un travail de valeur égale, la rémunération n'est pas égale et que la différence salariale ne se justifie pas objectivement »[1089]. La notion de « travail de valeur égale » est déterminante[1090] : un salarié a droit à une rémunération égale à celle que touche un salarié de l'autre sexe s'ils accomplissent tous deux, dans des conditions égales, des tâches semblables ou des travaux, certes de nature différente, mais ayant une valeur identique[1091]. Au niveau des faits, une discrimination à raison du sexe résulte de la constatation d'une différence de rémunération qui ne peut s'expliquer d'aucune manière objective[1092]. La loi consacre un « allégement du fardeau de la preuve », c'est-à-dire une présomption, en faveur du salarié, dès lors que ce dernier a rendu la discrimination vraisemblable (LEg, art. 6)[1093]. Lorsque des salariés de sexe différent occupent une position semblable dans l'entreprise et que leur cahier des charges est comparable, il y a présomption, si persiste une différence de rémunération entre eux, que celle-ci est de nature sexiste, l'employeur devant alors rapporter la preuve de la non-discrimination[1094].

384. **Égalité entre nationaux et ressortissants communautaires.** L'égalité salariale entre nationaux et ressortissants communautaires répond notamment à la crainte d'une sous-enchère des salaires qui serait préjudiciable en définitive aux salariés nationaux eux-mêmes. Ce principe est ancré dans l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur la libre circulation des personnes (ALCP)[1095]. L'article 2 de l'ALCP pose un principe général de non-discrimination : « *Les ressortissants d'une partie contractante qui séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie*

Bien entendu, les éventuelles rémunérations variables prévues ou usuelles devront être incluses dans le calcul de l'indemnité ; *cf. infra* n° 632 et s.

[1089] Florence Aubry Girardin, « Egalité salariale et décisions judiciaires : questions pratiques du point de vue de la justice », *PJA* 2005. 1062 *sqq*., spéc. 1063 ; *cf.* Peter Hänni, « Grenzen der Gleichberechtigung von Mann und Frau nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung », *L'Homme et l'Etat, Mélanges Thomas Fleiner,* Fribourg 2003, pp. 327 *sqq*., spéc. 335.

[1090] TF, 22 décembre 2003, 4C.383/2002, *ATF* 130 III 145, cons. 3.1.2 ; TF, 28 avril 2011, 4A_115/2011, cons. 5.2.

[1091] *Inter multa* : TF, 3 juillet 2007, 4A_12/2007, *ATF* 133 III 545, cons. 4.3 ; TF, 16 novembre 2007, 4A_249/2007, cons. 2.1.

[1092] Constituent des motifs objectifs de différenciation ceux qui peuvent influencer la valeur même du travail, comme la formation, le temps passé dans une fonction, la qualification, l'expérience professionnelle, le domaine concret d'activité, les prestations effectuées, les risques encourus et le cahier des charges. Des disparités salariales sont également justifiables par des motifs qui ne se rapportent pas directement à l'activité en cause, mais qui découlent de préoccupations sociales commes les charges de famille ou l'âge ; la position de force d'un travailleur dans la négociation salariale et la situation conjoncturelle peuvent également conduire à une différence de rémunération. Le motif objectif doit influer véritablement et de manière importante sur la prestation de travail. L'employeur doit démontrer que le but objectif qu'il poursuit répond à un véritable besoin de l'entreprise et que les mesures discriminatoires adoptées sont propres à atteindre le but recherché, sous l'angle du principe de la proportionnalité (TF, 22 décembre 2003, 4C.383/2002, *ATF* 130 III 145, cons. 5.2 ; TF, 28 avril 2011, 4A_115/2011, cons. 5.1 ; TF, 24 août 2011, 4A_261/2011, *JAR* 2012. 267, cons. 3.2 ; GEISER/MÜLLER, *Arbeitsrecht,* pp. 144 *sqq.*).

[1093] Il s'agit — par exception à la règle *actori incumbit probatio* consacrée à l'article 8 du Code civil — de « *corriger l'inégalité de fait résultant de la concentration des moyens de preuve dans les mains de l'employeur* » (arrêt de principe : TF, 22 décembre 2003, 4C.383/2002, *ATF* 130 III 145, cons. 4.2). Ainsi, dès lors que des indices — objectifs — rendent la discrimination vraisemblable, le juge en constatera l'existence, sauf preuve contraire rapportée par l'employeur. Le fardeau de la preuve est renversé (arrêt de principe : TF, 19 janvier 2001, *ATF* 127 III 207, cons. 3).

[1094] *Inter multa* : TF, 18 décembre 1998, *ATF* 125 I 71, cons. 4a ; TF, 5 octobre 1999, *ATF* 125 II 541, cons. 6a et 6b ; TF, 14 septembre 1999, *ATF* 125 III 368, cons. 4 ; TF, 19 janvier 2001, *ATF* 127 III 207, cons. 3. Si l'équivalence entre les diverses fonctions ne « saute pas aux yeux » et qu'elle n'est pas établie par d'autres modes de preuve, une expertise sera ordonnée (TF, 14 septembre 1999, *ATF* 125 III 368, cons. 5c ; TF, 16 novembre 2007, 4A_249/2007, cons. 2.1 ; TF, 28 avril 2011, 4A_115/2011, cons. 5.2 ; Elisabeth Freivogel, *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz,* (édit. Claudia Kaufmann), 2009, N 106 *ad* art. 3 Leg). L'administration — à travers le Bureau fédéral de l'égalité et les bureaux cantonaux remplissant la même fonction — peut également être consultée pour avis. Notez que l'on retrouve ces principes dans la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe : *cf.* article E de la partie V de l'Annexe : « *Une différence de traitement fondée sur un motif objectif et raisonnable n'est pas considérée comme discriminatoire.* »

[1095] Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « 1 :12 – Pour des salaires équitables », *FF* 2012. 503-528, spéc. 511.

contractante ne sont pas, dans l'application et conformément aux dispositions des annexes I, II et III de cet accord, discriminées en raison de leur nationalité. »[1096] L'article 9, alinéa 1er, de l'annexe I de l'Accord précise la portée de ce principe en droit du travail et indique qu'il exige l'égalité de traitement entre les salariés nationaux et les salariés communautaires en matière de rémunération[1097]. Les dispositions en question sont globalement applicables à tous les employeurs[1098] et on considère l'article 2 de l'Accord sur la libre-circulation des personnes comme *self-executing* et d'application à la fois verticale et horizontale (entre particuliers)[1099]. Une distinction qui serait fondée sur un autre critère que la nationalité, mais qui affecterait essentiellement les travailleurs bénéficiaires de l'ALCP (par exemple une distinction fondée sur le lieu de résidence du salarié) sera qualifiée de discrimination indirecte et sanctionnée à ce titre[1100]. La différence de traitement peut notamment consister en la non-attribution de certains avantages[1101].

[1096] Des mesures d'accompagnement, venues compléter l'ALCP afin de protéger les salariés contre tout risque de sous-enchère salariale, précisent que les salariés détachés en Suisse par un employeur étranger en vue de fournir une prestation de services transfrontalière sont soumis aux conditions minimales impératives de travail et de rémunération en vigueur en Suisse (TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 475 ; Danthe, *Commentaire,* N 17 *ad* art. 322 CO ; *cf.* également le site du Secrétariat d'Etat à l'économie seco.admin.ch). Ainsi, le principe de non-discrimination, et notamment l'égalité de traitement entre hommes et femmes, vaut pour les « travailleurs détachés » (LDét, art. 2, al. 1er, l. f), soit les salariés d'un employeur étranger détachés en Suisse pour une période limitée (LDét, art. 1er). La loi précise que « *les allocations propres au détachement sont considérées comme faisant partie du salaire, dans la mesure où elles ne sont pas versées à titre de remboursement des dépenses directement liées au détachement, telles que les dépenses de voyage, de logement ou de nourriture* » (LDét, art. 2, al. 3). Les mêmes règles s'appliquent aux sous-traitants (LDét, art. 5). En cas de non-respect de ces règles, des sanctions administratives (LDét, art. 9) et pénales (LDét, art. 12) sont prévues. Une rémunération minimale est garantie aux travailleurs détachés (LDét, art. 2, al. 1er, l. a), dans laquelle doivent notamment être incluses « *les indemnités obligatoires pour les heures supplémentaires, le travail à la tâche, le travail en équipe, le travail de nuit, le travail du dimanche, des jours fériés et les travaux pénibles* » (ODét, art. 1er).

[1097] Cet article rappelle l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui dispose : « *1. La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de l'Union. 2. Elle implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail. 3. Elle comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique: a) de répondre à des emplois effectivement offerts, b) de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des États membres, c) de séjourner dans un des États membres afin d'y exercer un emploi conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux, d) de demeurer, dans des conditions qui feront l'objet de règlements établis par la Commission, sur le territoire d'un État membre, après y avoir occupé un emploi. 4. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique.* » L'un des objectifs poursuivis par l'Union européenne étant l'organisation d'un ***grand marché du travail***, une place prééminente fut accordée en droit social européen au principe d'égalité (SUPIOT, *Critique,* p. 24).

[1098] Pour une analyse nuancée de la question, *cf.* Véronique BOILLET, *L'Interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes,* Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2010, pp. 236-242.

[1099] Alvaro BORGHI, *La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE*, *Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999,* Éditions interuniversitaires suisses, Genève/Lugano/Bruxelles, 2010, § 65, § 78 et les références citées ; Jean Christophe Schwaab, « Paiement du salaire en euros, adaptation au cours de l'euro : que dit le droit du travail ? », *Jusletter* 8 août 2011, N 23.

[1100] CJUE, 16 janvier 2003, C-388/01, *Commission c. Italie*, Recueil 2003, I-721 ; *cf.* également : CJUE, 23 mai 1996, C-237/94, *O'Flynn,* Recueil 1996, I-2617 ; TF, *ATF* 130 I 326, cons. 3.2.3. L'ALCP prévoit que l'interdiction de la discrimination directe des ressortissants de l'UE peut être limitée par des mesures justifiées par des raisons d'ordre public (ALCP, annexe I, art. 5), ce par quoi il faut comprendre des motifs qui ne soient pas purement écomoniques (TF, 2 août 2004, *ATF* 130 II 493, cons. 3.2 ; Alvaro BORGHI, *La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE*, *Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999,* Éditions interuniversitaires suisses, Genève/Lugano/Bruxelles, 2010, § 75). Les raisons invoquées par les employeurs pour justifier le versement en euros du salaire de leur personnel frontalier ou communautaire sont purement économiques puisque cette mesure est censée contrer les conséquences négatives d'un cours de change défavorable (Jean Christophe Schwaab, « Paiement du salaire en euros, adaptation au cours de l'euro : que dit le droit du travail ? », *Jusletter* 8 août 2011, N 24). Sur cette question, *cf. infra* n° 518. Les discriminations indirectes, quant à elles, peuvent être justifiées par des « *considérations objectives, indépendantes de la nationalité des travailleurs concernés, et seulement si elles sont proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national* » (CJUE, 23 mai 1996, C-237/94, *O'Flynn,* Recueil 1996, I-2617).

[1101] Véronique BOILLET, *L'Interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes,* Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2010, p. 111.

385. **Précision concernant les étrangers non communautaires.** La loi fédérale sur les étrangers, applicable à défaut de convention internationale, dispose : « *Un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative qu'aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche.* » (LEtr, art. 22)[1102] L'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative précise en son article 22, alinéa 1er, ce qu'il faut entendre par « *conditions de rémunération et de travail* » : « *Pour déterminer les salaires et les conditions de travail en usage dans la localité et la profession, il y a lieu de tenir compte des prescriptions légales, des conventions collectives et des contrats-types de travail ainsi que des salaires et des conditions accordés pour un travail semblable dans la même entreprise et dans la même branche. Il importe également de prendre en considération les résultats des relevés statistiques sur les salaires.* »[1103] Certes, les « conditions de rémunérations usuelles » comprennent les rémunérations variables, sous quelque forme qu'elles se présentent. Mais contrairement à l'ALCP, ces dispositions n'imposent pas une véritable égalité de traitement. Elles visent uniquement à harmoniser la rémunération des différents salariés[1104].

386. **Égalité entre travailleurs en entreprise et travailleurs à domicile.** Les salariés qui exercent leur emploi à domicile sont protégés par la loi sur le travail à domicile[1105] qui prévoit en particulier que le salaire versé pour le travail à domicile doit être conforme aux taux appliqués à la rétribution d'activités équivalentes, exercées dans l'entreprise[1106]. La protection du travailleur à domicile se distingue de celle du travailleur étranger en ce que le travailleur étranger se voit garantir un salaire identique à la rémunération usuelle locale de la branche, alors que la protection du travailleur à domicile tend d'abord à lui assurer le même salaire que celui versé aux employés effectuant une activité comparable dans l'entreprise[1107]. Selon nous, la *ratio legis* commande de reconnaître le même domaine d'application de la protection que pour l'égalité entre hommes et femmes et entre Suisses et ressortissants communautaires. Cependant, on tiendra équitablement compte des frais supplémentaires ou des économies résultant du travail à domicile pour l'employeur et le travailleur (LTrD, art. 4, al. 1er)[1108].

[1102] Le salaire usuel est fixé dans l'autorisation de séjour ; le travailleur peut l'invoquer comme prétention civile en vertu de l'article 342, alinéa 2, du Code des obligations (TF, 8 mai 1996, *ATF* 122 III 110, cons. 4d ; TF, 18 juillet 2003, 4C.126/2003, *ATF* 129 III 618, cons. 5 ; Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « 1 :12 – Pour des salaires équitables », *FF* 2012. 503-528, spéc. 511).

[1103] *Cf.* TF, 8 mai 1996, *ATF* 122 III 110 ; TF, 18 juillet 2003, 4C.126/2003, *ATF* 129 III 618, cons. 5 ; Danthe, *Commentaire,* N 18 *ad* art. 322 CO.

[1104] *Cf.* à propos de l'article 9 de l'ancienne ordonnance limitant le nombre des étrangers (OLE), Gabriel Aubert, « L'usage en droit du travail », *DTA* 2001. 95-102, spéc. 96.

[1105] Pour une étude du droit de la rémunération du travailleur à domicile, *cf.* Josef MONTANARI, *Gesetzliche Lohnregelungen,* Buchdruckerei Heller, Muri AG, thèse, 1987, pp. 130 et s.

[1106] À défaut de salaire comparable dans l'entreprise, il y a lieu d'accorder au moins le taux du salaire usuel pour des travaux analogues dans la branche économique en question et dans la région. Deux prescriptions formelles doivent encore être observées : les conditions de travail doivent être communiquées ***par écrit*** (LTrD, art. 3). De plus, en cas de salaire à la tâche, l'employeur doit indiquer au travailleur à domicile le ***taux du salaire*** ainsi que le ***temps évalué*** pour l'exécution du travail (temps alloué), à moins qu'il ne puisse pas l'être d'avance en raison de la nature du travail à accomplir (LTrD, art. 4, al. 2). La loi cherche encore à protéger le travailleur à domicile contre le ***surmenage*** en exigeant de l'employeur qu'il tienne compte de la « *capacité personnelle de production* » du travailleur à domicile : en particulier, l'employeur doit fixer le délai imparti pour la livraison de l'ouvrage de telle manière que le travailleur à domicile n'ait à travailler ni plus de huit heures par jour ni les dimanches (LTrD, art. 7).

[1107] Lorsque le salaire pour une activité équivalente dans l'entreprise est inférieur à la rémunération usuelle de la branche dans la localité, c'est cette dernière qui prime pour le travailleur étranger occupé à domicile (TF, 23 décembre 1999, *JAR* 2000. 290).

[1108] GEISER/MÜLLER, *Arbeitsrecht,* p. 146.

387. **Champ d'application.** Selon la doctrine majoritaire, la discrimination salariale peut porter tant sur une rémunération fixe que variable, tant sur une rémunération contractuelle que discrétionnaire[1109]. Ces protections sont applicables tant à l'égard du ***montant*** de la rémunération qu'à l'égard de sa ***structure***. Elles concernent donc toutes les prestations particulières comme la remise d'actions gratuites, la gratification, la mise à disposition d'un véhicule de fonction, l'octroi d'un nombre de jours de vacances plus élevé, la participation aux primes d'assurance maladie, la prise en charge des frais d'écolage des enfants de certaines catégories de collaborateurs scolarisés dans une école privée, la gratuité des frais de parking du véhicule privé sur le lieu de travail, le paiement des frais de déménagement ou des frais d'installation, etc[1110]. Il faut y inclure également la progression de carrière. En effet, la rémunération d'un salarié est souvent liée à sa position hiérarchique dans l'entreprise. La ***discrimination dans la promotion*** cause des dommages tout aussi importants sur la rémunération.

388. La jurisprudence a suivi cette voie, du moins en matière d'égalité entre hommes et femmes. Dans une affaire où tous les cadres masculins d'une entreprise avaient perçu une gratification plusieurs années de suite alors que la seule cadre de sexe féminin n'en avait perçu qu'une seule année, le Tribunal fédéral a jugé qu'il était « hautement vraisemblable » que la salariée eût été « *victime d'une discrimination fondée sur le sexe [quant à] à l'octroi de cette gratification* »[1111]. Les capacités professionnelles de la salariée étant au moins équivalentes à celles de ses collègues masculins, l'égalité de traitement commandait qu'elle pût, à l'instar de ses collègues masculins, bénéficier d'une gratification[1112]. Dès lors, la salariée était fondée, conformément à l'article 5 de la loi sur l'égalité, à exiger un rappel de gratification, le dommage de la salariée consistant en la différence résultant de la soustraction du montant de la rémunération due par la rémunération perçue[1113]. Le Tribunal fédéral a également précisé à cette occasion que l'absence de versement d'une gratification, dès lors qu'elle est constitutive d'une discrimination à raison du sexe, ne saurait être compensée par l'octroi de jours de vacances supplémentaires[1114].

389. **Discrimination et liberté contractuelle.** On peut se demander, à la lecture de ces prises de position, s'il reste quelque chose du pouvoir discrétionnaire réputé être octroyé à l'employeur en matière de gratification, notamment de gratification bénévole[1115]. Certes, la solution retenue est renforcée par le fait que la ***discrimination indirecte*** doit être tout

---

[1109] Margrith Bigler-Eggenberger, *Et si la Justice ôtait son bandeau ? La jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'égalité entre femme et homme,* Bâle 2003, p. 277 ; Florence Aubry Girardin, « Egalité salariale et décisions judiciaires : questions pratiques du point de vue de la justice », *PJA* 2005. 1062 *sqq*., spéc. 1065 ; Roger Rudolph, « Fokus Arbetisrecht : Neuere Entwicklungen im Bonusrecht », *Trex* 2011. 92, spéc. 95 ; AUBERT, *Commentaire romand,* N 7 *ad* art. 322d CO ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 5 *ad* art. 322d CO ; VISCHER, *Der Arbeitsvertrag,* pp. 106-107 ; Samantha BESSON, *L'Égalité horizontale : l'égalité de traitement entre particuliers,* Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1999, p. 173. Dans un premier temps, une décision genevoise avait appliqué l'article 328 du Code des obligations à la discrimination portant sur une gratification (CAPH-GE, 5 décembre 2000, *JAR* 2001. 206). Se prononçaient il y a vingt ans contre l'application d'un principe d'égalité en matière de gratification bénévole : Daniel BRAND/Lucius DÜRR *et alii, Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht,* Cosmos Verlag, Muri-Bern, 1991, N 20 *ad* art. 322d CO.

[1110] CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 45.

[1111] TF, 22 décembre 2003, 4C.383/2002, *ATF* 130 III 145, cons. 4.3.2.

[1112] TF, 22 décembre 2003, 4C.383/2002, *ATF* 130 III 145, cons. 6.3.

[1113] TF, 22 décembre 2003, 4C.383/2002, *ATF* 130 III 145, cons. 6.2.

[1114] TF, 22 décembre 2003, 4C.383/2002, *ATF* 130 III 145, cons. 5.5.1. De manière générale, l'employeur ne saurait se prévaloir de ce qu'il a octroyé des jours de vacances supplémentaires à tel ou tel salarié pour justifier le versement d'une rémunération inférieure.

[1115] *Cf* la réponse de Danthe, *Commentaire,* N 15 *ad* art. 322 CO : « *Il n'y a plus de place pour la liberté contractuelle s'agissant d'égalité de rémunération entre les sexes.* »

autant interdite que la discrimination directe sauf à autoriser le contournement de la règle. Il y a discrimination indirecte existe lorsque l'on recourt à un critère de différenciation neutre en apparence du point de vue du sexe, mais ayant pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans être justifié objectivement[1116] (par exemple une prime accordée en fonction du nombre d'années de service effectives, ce qui discrimine les femmes qui cessent souvent d'exercer une activité lucrative pour élever leurs enfants en bas âge[1117] ou une rémunération inférieure pour les salariés à temps partiel uniquement[1118]). Mais, si l'employeur veut justifier l'absence d'octroi d'une gratification à un salarié exerçant un travail de valeur égale à celui d'un salarié de l'autre sexe ou d'une autre nationalité de l'Union européenne, il doit fournir des éléments objectifs de différenciation — l'objectivité neutralisant le caractère discrétionnaire. Il est vrai toutefois que l'on voit mal comment garantir l'effectivité réelle de l'égalité entre hommes et femmes ou entre nationaux et ressortissants communautaires sans inclure les gratifications dans le domaine d'application du principe. En définitive, l'employeur prévoyant n'accordera plus de gratification bénévole sauf à être en mesure de justifier objectivement des sommes versées à ce titre[1119].

§ 2 – LES AUTRES PROTECTIONS SPÉCIALES

390. On doit se demander si d'autres protections spéciales ne sont pas aujourd'hui tout aussi légitimes que les protections expressément consacrées en matière de rémunération[1120].

[1116] Arrêt de principe : TF, 8 juin 1998, *ATF* 124 II 409, cons. 7 ; TF, 23 septembre 2003, 2A.556/2002, cons. 7.1 ; Florence Aubry Girardin, « Egalité salariale et décisions judiciaires : questions pratiques du point de vue de la justice », *PJA* 2005. 1062 *sqq*., spéc. 1063.

[1117] TF, 8 juin 1998, *ATF* 124 II 409, cons. 9d.

[1118] TF, 3 juillet 1998, *ATF* 124 II 436, *PJA* 1998 1520, *RDAF* 1999 I 470, cons. 8d/aa ; Monique Cossali Sauvain, « Egalité entre femmes et hommes I », *FJS* 544, septembre 1997, 8 ; Florence Aubry Girardin, « Egalité salariale et décisions judiciaires : questions pratiques du point de vue de la justice », *PJA* 2005. 1062 *sqq*., spéc. 1063.

[1119] Pour une critique de cette évolution, *cf.* Patrick Morvan, « La fin des bonus discrétionnaires ou l'égalité par le bas », *JCP E* 22 mai 2009. 1558 : l'auteur estime qu'à suivre les orientations de la jurisprudence, il ne devrait plus y avoir de gratification bénévole pour personne, alors que certaines entreprises ne peuvent faire autrement que de continuer à en verser, en raison de la culture de leur secteur d'activité. *Cf.* également : Samantha BESSON, *L'Égalité horizontale : l'égalité de traitement entre particuliers,* Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1999, p. 19. Pour une piste de solution personnelle, *cf. infra* n° 671 et s. (conclusion)

[1120] Le droit français offre un exemple assez complet en la matière. Le principe de non-discrimination est consacré en tête du Code du travail dans l'article L. 1132-1. Le champ d'application de la protection est large : elle s'applique « *à la procédure de recrutement, d'accès à un stage, à une période de formation en entreprise, à la sanction, au licenciement, aux mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat* ». L'article L. 1132-2 étend la protection à « *l'exercice normal du droit de grève* » et l'article L. 1132-3-1, issu d'une loi du 10 août 2011 (loi n° 2011-939), à « *l'exercice des fonctions de juré ou de citoyen assesseur* ». La protection concerne aussi les salariés ayant témoigné de tels agissements ou les ayant relatés (C. trav., art. L. 1132-3). Le domaine de la protection est très étendu également : « *Sexe, moeurs, orientation sexuelle, âge, situation de famille, grossesse, caractéristiques génétiques, appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, opinions politiques, activités syndicales ou mutualistes, convictions religieuses, apparence physique, nom de famille, état de santé ou handicap.* ». La sanction est efficace puisque toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance de ces dispositions est sanctionné de ***nullité*** (C. trav., art. L. 1132-4).

D'ailleurs, un certain nombre de ces protections existent déjà dans le cadre de la procédure de licenciement (CO, art. 336). Nous allons passer en revue l'exercice d'une ***activité syndicale ou de représentation du personnel***, le contrat de travail ***à temps partiel***, l'***âge***, la ***situation familiale*** et l'état de ***santé***.

391. **Activité syndicale ou de représentation du personnel et rémunération variable.** Cette protection n'est pas consacrée légalement en droit suisse en dehors d'une disposition de droit du licenciement (CO, art. 336, al. 2)[1121] et d'une autre interdisant à l'employeur de défavoriser les représentants des travailleurs, avant ou après leur mandat, en raison de l'exercice de cette activité (LParticipation, art. 12, al. 2), mais le droit collectif la prévoit parfois. Ainsi, la Convention relative aux conditions de travail du personnel bancaire de 2014 prévoit en son article 38 que « *les membres de la représentation du personnel ne doivent subir aucun préjudice du fait de l'exercice de leur fonction* ». Dans une affaire, un tribunal arbitral institué par une CCT a déclaré discriminatoire le fait de réduire de moitié, au détriment d'un homme de confiance d'un syndicat, une gratification qui avait été versée intégralement à tous les autres travailleurs à l'occasion d'un jubilé[1122]. Il faut également savoir que la pratique, connue notamment au Royaume-Uni, d'incitations financières destinées à pousser les salariés à abandonner purement et simplement leur droit à représentation syndicale lors de négociations collectives a été jugée contraire à l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui protège la liberté d'association et de réunion[1123]. Elle n'est donc pas envisageable en Suisse sous peine de violer la CEDH.

392. Selon nous, la protection ne peut s'étendre en droit suisse qu'à l'exercice de l'activité syndicale ou de la représentation du personnel, mais non pas à l'affiliation syndicale. En effet, l'appartenance à un syndicat peut précisément permettre à un salarié de bénéficier de dispositions favorables d'une convention collective non étendue ; le principe est celui de la liberté d'affiliation (CO, art. 356a) et le refus des « monopoles d'embauche » ou « *closed shops* ». La protection contre la discrimination en droit suisse concernera donc uniquement ***l'exercice d'un mandat syndical***[1124]. L'article 38 de la Convention relative aux conditions

[1121] Pour un cas d'application exemplaire : TF, 12 août 1997, *JAR* 1998. 199.

[1122] Arrêt cité par Edwin SCHWEINGRUBER, *Commentaire du contrat de travail*, trad. Albert Laissue, Union syndicale suisse, Berne, 1975, p. 73 (l'auteur précise que les arbitres avaient retenu le fondement du droit de coalition).

[1123] CEDH, 2 juillet 2002, n° 30668/96, Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni.

[1124] En droit français, ce sont tant l'appartenance à un syndicat que l'exercice d'une activité syndicale qui ne peuvent être pris en considération par l'employeur sous peine de constituer une discrimination. Sur le principe, voir Soc., 8 juillet 1992, *Bull. civ.* V, n° 445 ; Soc., 29 mai 2001, *Bull. civ.* V, n° 187, *D.* 2001. IR. 2085, *RJS* 2001, n° 1030 ; Soc., 31 mars 2004, n° 01-43727, *D. Jurisprudence* ; Soc., 7 juin 2005, *Bull. civ.* V, n° 191. Le Code du travail précise qu'il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions, notamment en matière de rémunération (C. trav, L. 2141-5). La Cour de cassation exige une garantie non seulement ***matérielle***, mais encore ***formelle*** puisqu'elle estime que la mention, même simplement factuelle, de la fonction syndicale d'un salarié sur sa fiche d'évaluation annuelle est constitutive d'une discrimination à raison de l'activité syndicale (Soc., 11 janvier 2012, n° 10-16655, *BICC* 15 avril 2012, n° 489). Concernant la rémunération variable en particulier, un salarié ne peut être privé d'une prime d'assiduité dès lors que ses absences, autorisées par la convention collective, sont liées à l'exercice de son mandat (Soc., 2 juin 2004, n° 01-44474, *Bull. civ.* V, n° 160). De la même manière, une salariée, conseillère commerciale dans une banque, ne peut se voir diminuer le montant des primes variables qui dépendent du nombre d'entretiens commerciaux réalisés et du nombre de produits financiers vendus si son travail productif est réduit en raison de l'exercice de ses mandats syndicaux : il appartient à l'employeur de justifier, d'une part, que la clientèle confiée à la salariée a été adaptée en fonction des seules heures consacrées à l'exécution de ses obligations contractuelles et, d'autre part, que le montant de cette prime est identique à celui prévu au profit des autres salariés et est soumis à des abattements eux-mêmes proportionnés au temps de travail de production de la salariée. Dans cette affaire, l'intéressée avait donc droit de percevoir, au titre de la prime assise sur les produits financiers vendus, une somme fixée en tenant compte, pour la partie de son activité correspondant à ses mandats, du montant moyen de cette prime versée, pour un temps équivalent, aux autres salariés et, pour la part correspondant à son temps de production, une somme calculée sur la base d'objectifs réduits à la mesure de ce temps (Soc., 6 juillet 2010, n° 09-41354, *D.* 30 juillet 2010, comm. B. Ines. Soc., *D.* 2 septembre 2010, Actualité/droit du travail et sécurité sociale, p. 1884, *RJS* octobre 2010,

de travail du personnel bancaire nous paraît tout à fait adéquat dans sa rédaction actuelle et pourrait être généralisé.

393. **Travail à temps partiel et rémunération variable.** La doctrine suisse paraît sensible à éviter une discrimination des salariés à temps partiel[1125]. La protection consisterait à leur garantir une rémunération proportionnelle à leur temps de travail, sur une base identique à celle d'un travail égal à temps plein[1126]. Cependant, il n'existe pas de base légale en droit suisse, comme c'est le cas par exemple pour le travail à domicile. Aussi une juridiction cantonale a-t-elle jugé qu'un employeur était libre d'octroyer une treizième mois uniquement aux salariés employés à temps plein, à l'exclusion des salariés à temps partiel avec horaires variables[1127]. Il serait souhaitable que le législateur se saisisse de la question car les travailleurs à temps partiel sont parfois des salariés fragilisés et désireux de travailler à temps plein si on le leur proposait.

394. **Âge et rémunération variable.** Le droit suisse du travail est déjà familier de la question de l'âge, puisque ce facteur est pris en compte par le juge pour établir le caractère convenable d'une rémunération au sens de l'article 349a, alinéa 2, du Code des obligations[1128]. Dans quelques affaires, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de constater que le critère de l'âge pouvait, généralement en conjonction avec d'autres facteurs, représenter un élément conférant un caractère abusif au licenciement[1129]. *De lege ferenda,* une véritable protection contre la discrimination à raison de l'âge pourrait être introduite en droit suisse[1130]. Un arrêt récent a d'ailleurs marqué un pas dans cette direction en refusant la mise à la retraite d'office d'un salarié en raison de son âge[1131]. Il semblerait toutefois excessif d'en tirer la conclusion que le Tribunal fédéral s'oppose à toute discrimination à raison de l'âge. La prise en compte de l'âge du salarié est d'ailleurs ambivalente : elle peut conduire à reconnaître la dimension personnelle du travailleur, mais en même temps, elle peut se faire au détriment d'un autre critère, celui de ***l'ancienneté*** dans l'entreprise, lequel peut paraître plus objectif. Il faudra donc choisir entre les deux conceptions possibles de la question de l'âge du travailleur : interdiction de le prendre en considération car constituant un critère discriminatoire ou, au contraire, prise en considération de l'âge comme palliatif à l'ancienneté dans l'hypothèse de carrières à la trajectoire hachurée. Dans une récente affaire, le Tribunal fédéral a joué sur les deux tableaux, en jugeant qu'il était

---

décision n° 788, p. 709 à 711, *Gazette du Palais*, n° 246 à 247, 3-4 septembre 2010, Chronique de jurisprudence - droit du travail et de la protection sociale, p. 47, note P. Le Cohu).

[1125] Pascale BYRNE-SUTTON, *Le Contrat de travail à temps partiel,* Schulthess, Zurich, 2001, p. 134.

[1126] En droit français par exemple, il existe une disposition légale spécifique : « *Compte tenu de la durée de son travail et de son ancienneté dans l'entreprise, la rémunération du salarié à temps partiel est proportionnelle à celle du salarié qui, à qualification égale, occupe à temps complet un emploi équivalent dans l'établissement ou l'entreprise*. » (C. trav., art. L. 3123-10) Les travailleurs à temps partiels doivent donc bénéficier ***proportionnellement*** des avantages de rémunération consentis par l'employeur aux salariés à temps complet (Soc., 26 février 1997, n° 95-43030). De plus, une prime ne doit pas être réduite pour les travailleurs à temps partiel si elle présente un ***caractère forfaitaire*** (Soc., 15 septembre 2010, n° 08-45050, *Bull. civ.* V, n° 181).

[1127] Obergericht-BL, 23 janvier 1996, *SARB* 1997. 146 (l'employeur n'encourait pas de reproche car tous les travailleurs à temps partiel étaient traités défavorablement certes, mais à la même enseigne) ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 5 *ad* art. 322d CO.

[1128] *Cf. supra* n° 374.

[1129] TF, 20 décembre 2005, 4C.215/2005, *ATF* 132 III 115, *JT* 2006 I 152. Arrêt qui avait été nuancé par la suite par TF, 30 janvier 2007, 4C.388/2006 ; TF, 29 janvier 2008, 4A_419/2007 ; TF, 2 avril 2007, 4A_72/2008 ; TF, 3 avril 2009, 4A_60/2009. Pour une synthèse de cette évolution : Vincent Carron, « Résiliation abusive des travailleurs âgés », *Commentaire de jurisprudence numérique* 17 juillet 2013.

[1130] Kurt Pärli, « Neues beim arbeitsrechtlichen Diskriminierungschutz — mit einem Seitenblick auf die Entwicklung in der Europäischen Union », *Jusletter* 7 février 2011.

[1131] TF, 8 octobre 2009, 4A_311/2009, *DTA* 2010. 33, cons. 3.3 : « *La mise à la retraite suppose un licenciement, sauf mention expresse dans le contrat.* ». En revanche, l'âge du travailleur n'empêche pas le licenciement lorsqu'il n'exécute plus son travail à la satisfaction de l'employeur : TF, 3 avril 2009, 4A_60/2009, cons. 3.2.

compréhensible qu'un travailleur se trouvant à une année de la retraite soit moins motivé qu'un jeune et que l'employeur devait témoigner des égards particuliers pour une personne depuis longtemps à son service, du moins tant que le travail continuait à être fourni de manière objectivement satisfaisante[1132].

395. **État de santé et rémunération variable.** Le critère de la maladie d'un salarié peut-il être pris en compte au niveau de la rémunération ou constitue-t-il une discrimination prohibée ? De manière générale, le Tribunal fédéral autorise la prise en compte de l'état de santé du salarié lorsque les parties cherchent ainsi à favoriser le salarié malade[1133], ou à l'inverse lorsqu'elles subordonnent le paiement d'une indemnité à l'absence de cause d'empêchement (y compris un empêchement non volontaire comme la maladie) ayant pour effet de rallonger le délai de congé[1134]. Un arrêt cantonal s'est appuyé sur la doctrine pour juger que les absences dues à la maladie ne constituent pas, sauf clause contraire[1135], un motif de réduction de la gratification, du moins pas pendant la période durant laquelle l'employeur est obligé de continuer à verser le salaire[1136]. Cette solution nous paraît satisfaisante en ce sens qu'elle respecte la logique de protection des articles 324a et 324b. La protection est donc applicable à toutes les rémunérations variables obligatoires, au pourboire et à la gratification contractuelle[1137]. Seule la gratification bénévole en est exclue en l'absence de politique législative spécifique à ce domaine[1138].

396. **Situation familiale et rémunération variable.** De manière générale, le Tribunal fédéral admet que des différences de rémunération puissent se justifier par des raisons qui ne découlent pas directement de l'activité du salarié, mais par des considérations sociales, comme les charges de famille[1139]. Cette solution permet de favoriser les travailleurs ayant des responsabilités familiales[1140]. Ici aussi, nous retiendrons la règle selon laquelle un travailleur ne devrait pas être discriminé au niveau de sa rémunération variable en raison

---

[1132] TF, 18 février 2013, 4A_558/2012, cons. 2 : ce faisant, le Tribunal fédéral tente littéralement de ménager la chèvre et le chou par sa volonté d'allier une conception communautaire favorable à la prise en compte de l'âge du travailleur et une conception contractuelle fondée sur une appréciation du travail par des critères objectifs. Cette confusion témoigne de l'ambiguïté indépassable du droit du travail, entre communauté et contrat.

[1133] TF, 27 octobre 1981, *SJ* 1982. 229 (une clause contractuelle excluant le droit pour l'employeur de donner congé au travailleur malade pendant une durée supérieure à la période de protection légale est licite).

[1134] TF, 6 janvier 2005, 4C.384/2004, cons. 3.3 ; Olivia GUYOT/Juliette JACCARD/Hans KERN/Roxane ZAPPELLA, *Le Contrat de travail,* Fédération des Entreprises Romandes, Genève, 2e éd., 2010, N 302.6. Voir également le caractère non abusif du licenciement causé par des performances insuffisantes en raison de périodes nombreuses ou prolongées d'incapacité de travail (TF, 27 janvier 2014, 4A_507/2013, cons. 4).

[1135] TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, *DTA* 2003. 154-156, *JAR* 2004. 248, cons. 2.2.

[1136] CAPH-GE, 13 avril 2000, *JAR* 2001. 208 ; Peter BÖHRINGER, *Arbeitsrecht,* Orell Füssli, Zurich, 1996, p. 166; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 22 *ad* art. 322d CO ; Thomas Geiser, « Boni zwischen Privatrecht und öffentlichem Interesse », *recht* 2009. 115, spéc. 123.

[1137] *Contra* : Alexandre Richa/David Raedler, « Le "bonus" soumis à une condition objective », *GesKR* 2012. 524, spéc. 526, lesquels donnent de l'arrêt 4C.6/2003 du 24 avril 2003 une interprétation trop extensive : à notre avis, c'est seulement si les parties ont exclu la gratification contractuelle en cas de maladie que celle-ci tombe.

[1138] Pour approfondir la réflexion sur cette question, on se référera utilement aux exigences posées par le droit français où un accord collectif peut tenir compte des absences pour le paiement d'une prime, mais à la condition que toutes les absences, hormis celles qui sont légalement assimilées à un temps de travail effectif, entraînent les mêmes conséquences sur son attribution. La maladie ne peut donc être distinguée séparément (Soc., 11 janvier 2012, n° 10-23139, *BICC* 15 avril 2012, n° 492, *RJS* mars 2012. 201-202). Toutes les absences doivent donc être traitées de manière identique (Soc., 23 juin 2009, n° 07-42677). *Cf. infra* nbp 1526 sur la question des primes de ***grève***. En revanche, les absences légalement assimilées à du temps de travail effectif ne peuvent entraîner aucune diminution de salaire (Soc., 23 juin 2009, n° 07-42677). C'est le cas notamment des heures de délégation des représentants du personnel (Soc., 28 juin 2006, n° 05-41350), mais non d'une absence pour accident du travail (Soc., 17 octobre 2007, n° 06-40311) ou pour congé maternité (Soc., 11 avril 1991, n° 87-41975).

[1139] TF, 14 septembre 1999, *Tagblatt AG, ATF* 125 III 368, *JT* 2000 I 596, cons. 5 ; VISCHER, *Der Arbeitsvertrag,* p. 97.

[1140] Ce que consacre la loi sur le travail en matière d'heures de travail et de repos, notamment de travail supplémentaire et de pause de midi (art. 36).

de ses charges de famille, notamment dans la perspective d'un partage des tâches plus équitable entre hommes et femmes. Toutefois, cette protection ne pourrait pas être invoquée directement en l'absence de base légale formelle. Le travailleur pourra toujours se tourner vers la protection générale[1141].

[1141] Le droit à l'égalité de traitement des travailleurs ayant des charges de famille fut proclamée solennellement par la Charte sociale européenne de 1996, proclamation qui présente un caractère original en ce sens qu'elle vise également à favoriser l'***égalité des chances*** de ces travailleurs. Un arrêt récent de la Cour de justice de l'Union européenne traite un aspect particulier de la question. Les juges ont sanctionné la ville de Hambourg parce qu'elle prévoyait des conditions de rémunération plus favorables aux couples mariés qu'aux salariés célibataires. Des couples homosexuels, dans l'incapacité légale de se marier, se sont plaint de discrimination, grief que la Cour a admis, en considérant que les partenaires de vie enregistrés ont, comme un couple marié, des devoirs mutuels de secours et d'assistance et sont donc dans une situation comparable concernant l'élément de rémunération en cause (CJUE, 10 mai 2011, aff. C-147/08).

SECTION II

UNE PROTECTION GÉNÉRALE ?

397. La découverte d'un principe général d'égalité salariale semble être une tendance de plusieurs pays en Europe et à travers le monde[1142]. Le droit suisse ne consacre pas formellement ce principe[1143]. Toutes les différences sont apparemment permises entre les salariés d'un même employeur[1144] et, selon le Tribunal fédéral, le salarié doit d'ailleurs « *assumer sa plus ou moins bonne capacité de négociation* »[1145]. Mais WYLER observe avec clairvoyance la même tendance en Suisse que dans les autres pays[1146]. Et le Tribunal fédéral de lui emboîter le pas par l'usage d'une assertion aussi générale que : « *Le caractère facultatif de la gratification trouve ses limites dans le respect de l'égalité de traitement.* »[1147] Reste à identifier les fondements sur lesquels pourrait reposer cette protection générale.

398. Quatre fondements nous intéressent en particulier[1148] :

— la protection de la personnalité ;

— la protection de la confiance légitime ;

— l'interdiction de l'arbitraire ;

— l'effet horizontal des droits constitutionnels.

Les deux premiers sont ***consacrés***, moyennant certaines conditions (**§ 1**). En revanche, les deux derniers sont ***incertains*** en l'état actuel du droit positif (**§ 2**).

[1142] Pour la France, *cf.* par exemple : CE, 28 mai 1954, *Barel,* Rec. Lebon, p. 308 (protection des opinions politiques, sur le fondement de l'alinéa 5 du préambule de la Constitution de 1946 : « *Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions et de ses croyances.* ») ; pour le Royaume-Uni, *cf.* High Court of Justice, 1er janvier 2000, *Clark v. Nomura International Plc,* 2000 IRLR 766 et Vögeli Galli/Hidber, *RSJ* 2001. 450. Le Sénégal consacre expressément un principe assez large dans son Code du travail : « *À conditions égales de travail, de qualification professionnelle et de rendement, le salaire est égal pour tous les travailleurs, quels que soient leur origine, leur sexe, leur âge ou leur statut.* » (art. L. 105)

[1143] Le domaine des gratifications pose pourtant depuis longtemps la question de l'égalité de traitement : Adrian Staehelin, « Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im schweizerischen Arbeitsrecht », *BJM* 1982. 57, spéc. 58.

[1144] *Cf.* Daniel BRAND/Lucius DÜRR *et alii, Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht,* Cosmos Verlag, Muri-Bern, 1991, N 20 *ad* art. 322d CO. *Cf.* également, Obergericht-BL, 18 octobre 1983, *JAR* 1985. 128.

[1145] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR 2003. 221*, cons. 3.1 (le salarié qui négocie de manière moins habile qu'un autre doit se contenter de conditions de travail moins intéressantes). Ce qui revient à poser le critère de l'« habileté à négocier » comme fondement d'une juste rémunération. Le Tribunal fédéral juge également dans le même arrêt : « *Verhandelt ein Arbeitnehmer schlechter als seine Kollegen, so hat er die sich daraus ergebenden schlechteren Arbeitsbedingungen grundsätzlich hinzunehmen.* »

[1146] Dans l'édition de 2008 de son précis, WYLER indiquait : « [… L]*'égalité de traitement est un droit qui émerge.* » (p. 743). Cette analyse a été nuancée dans WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* pp. 369-375.

[1147] TF, 6 avril 2005, 4C.473/2004, cons. 3.2 (formulation un peu différente) ; TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.1 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, *JAR* 2013. 293, cons. 8.2.

[1148] D'autres fondements sont envisageables comme l'***abus de droit*** (CC, art. 2, al. 2), par exemple dans le cas où la situation d'un travailleur serait notablement péjorée par rapport à celle des autres : Samantha BESSON, *L'Égalité horizontale : l'égalité de traitement entre particuliers,* Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1999, p. 171.

§ 1 – LES FONDEMENTS CONSACRÉS

399. Dans le cadre de la protection générale, les fondements consacrés sont la ***protection de la personnalité*** (**A**) et la ***protection de la confiance légitime*** (**B**).

A. Protection de la personnalité et rémunération variable

400. **Sources.** S'il n'existe pas de principe général d'égalité salariale en droit positif suisse, il existe un principe général de protection de la personnalité. Protégée dans tout l'ordre juridique par l'article 28 du Code civil, la personnalité se définit classiquement comme l'ensemble des biens juridiques qui appartiennent à chaque personne du seul fait que cette personne existe[1149]. La protection contre la discrimination doit donc être reconnue à toute personne, y compris dans les rapports de pur droit privé[1150]. L'employeur est en outre soumis à un devoir particulier de protection de la personnalité du salarié, devoir qui lui incombe en vertu de l'article 328 du Code des obligations[1151]. Son champ d'application n'est pas limité à la gratification ; il s'étend à toutes les rémunérations variables et notamment aux avantages liés à la mise en place d'un plan social[1152].

401. **Contenu.** Le contenu de la protection de la personnalité en matière de rémunérations variables fut affiné par l'évolution jurisprudentielle qui a identifié les biens du travailleur protégés par l'article 328[1153]. On y inclut l'intégrité corporelle et l'intégrité psychique, et notamment l'honneur professionnel, la position et la réputation dans l'entreprise[1154] et même « *l'estime dont jouit le travailleur qui a ou paraît avoir les qualités morales ou professionnelles jugées nécessaires par le milieu de travail auquel il appartient* »[1155].

402. Dès lors, la jurisprudence en arrive à la synthèse suivante : le salarié peut faire contrôler le caractère injuste du refus d'octroi d'une gratification ou d'une rémunération variable par

---

[1149] Pierre TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité,* Schulthess, Zurich, 1984, p. 48.

[1150] Gabriel Aubert, « Discriminations salariales, protection de la personnalité et concurrence déloyale », *PJA* 1992. 572, spéc. 573.

[1151] Sur l'histoire de l'article 328 du Code des obligations en droit suisse du travail, *cf.* Anne-Lise SAILLEN, *La Protection de la personnalité du travailleur au sens de l'article 328 al. 1 CO,* Imprimerie Graphus, Lausanne, 1981, pp. 29 et s.

[1152] TPH-GE, 22 octobre 2001, *JAR* 2002. 213 (droit à la retraite anticipé). Toutefois, le droit du travail n'impose pas à l'employeur le paiement de prestations sous forme de plan social (*cf.* TF, 28 février 2013, 4A_610/2012, cons. 2). Ainsi, l'employeur qui estime ne pas avoir les moyens de s'acquitter d'un plan social pour certains salariés peut atténuer les conséquences d'un licenciement collectif avec un plan social plus modeste (TF, 10 décembre 2012, 4A_465/2012, cons. 2.3).

[1153] L'article 328 du Code des obligations n'énumère pas les biens qu'il protège : c'est qu'il s'agit de protéger toute la pesonne du travailleur. Cette disposition est donc volontairement ouverte, car elle est susceptible d'évolution (*Message 1967,* p. 353).

[1154] *Message 1967,* p. 353, où le Conseil fédéral rappelle que « *les rapports de service ne représentent pas seulement un échange de prestations, mais […] créent aussi un lien de communauté* ».

[1155] Anne-Lise SAILLEN, *La Protection de la personnalité du travailleur au sens de l'article 328 al. 1 CO,* Imprimerie Graphus, Lausanne, 1981, p. 73.

l'employeur à la condition préalable de prouver que ce refus est constitutif d'une violation de sa personnalité.

1° En droit, faire admettre la violation de la personnalité ne revient pas seulement à faire admettre une violation du principe de non-discrimination individuelle (« *ein Verstoss gegen das individuelle Diskriminierungsverbot* ») mais une sous-évaluation de la personne du salarié qui soit blessante pour ce dernier[1156].

2° En fait, démontrer une sous-évaluation de la personne du salarié blessante pour ce dernier revient à faire établir que le salarié est traité de manière clairement moins favorable (« *deutlich ungünstiger* ») qu'un grand nombre d'autres salariés de l'employeur[1157]. Ainsi, un salarié ne peut se prévaloir d'une discrimination du fait qu'une gratification lui a été refusée alors qu'il quittait l'entreprise et que sur l'ensemble des salariés ayant précédemment quitté l'entreprise, seul un petit nombre d'entre eux avaient pu bénéficier d'une gratification à cette occasion[1158]. Mais l'argument selon lequel l'entreprise connaîtrait des difficultés économiques n'est pas pertinent dès lors que les autres salariés perçoivent tout de même une gratification[1159]. En définitive, c'est dans l'importance du nombre que réside la violation potentielle. En effet, l'employeur reste libre de favoriser quelques salariés par rapport à d'autres. Certains auteurs ont estimé qu'était sanctionné non pas le fait de favoriser les collègues d'un salarié mais le fait de défavoriser un salarié[1160]. Autrement dit, l'employeur peut avoir ses ***chouchous***, il ne peut pas avoir de ***bouc émissaire***[1161].

403. Cependant, l'employeur peut également se fonder sur des critères objectifs pour établir des différences de traitement entre salariés[1162]. Ces critères sont par exemple, la nature de l'activité exercée, la fonction exercée, l'ancienneté, le rendement du salarié[1163] et même le fait que le salarié ait travaillé à temps partiel pour une autre entreprise du même secteur que celle de son employeur sans en avertir ce dernier[1164]. Il est également possible

---

[1156] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, cons. 3.1 ; TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 3.1 ; TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.2 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 11 *ad* art. 322d CO ; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 9 *ad* art. 322d CO ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 73. *Cf.* également : Anne-Lise SAILLEN, *La Protection de la personnalité du travailleur au sens de l'article 328 al. 1 CO,* Imprimerie Graphus, Lausanne, 1981, pp. 80 et s.

[1157] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, cons. 3.1 ; TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 3.1 ; TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.2 ; TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, cons. 7.4 ; CAPH-GE, 3 mars 2009, *JAR* 2010. 498, cons. 3.1.

[1158] TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 3.1.

[1159] Arbeitsgericht-ZH, 15 décembre 2009, *JAR* 2010. 681 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 5 *ad* art. 322d CO.

[1160] Hans-Peter Egli, « Les bonus vus sous l'angle juridique », *Employeur suisse* 26 février 2009. 39 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 5 *ad* art. 322d CO ; *cf.* également Vögeli Galli/Hidber, *RSJ* 2001. 448 : « *Es ist nur eine Schlechterstellung gegenüber der Mehrheit verboten, nicht eine Besserstellung Einzelner* ».

[1161] Rappelons que nous nous en tenons ici au droit privé, la règle étant différente dans le secteur public où les privilèges n'ont pas lieu d'être.

[1162] *Cf.* STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 5 *ad* art. 322d CO.

[1163] *Cf.* TF, 28 février 2013, 4A_610/2012, cons. 2.4 ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 75.

[1164] TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, *JAR* 2013. 293, cons. 8.4. La circonstance selon laquelle le salarié avait travaillé en parallèle pour un concurrent de l'employeur, retenue dans cet arrêt pour justifier la suppression de la gratification, pose un problème de qualification juridique : cette violation du devoir de fidélité caractérise-t-elle un fait prouvant que le salarié n'ayant pas effectué un « travail égal », il ne pourrait revendiquer un « salaire égal » ? S'agit-il d'une circonstance objective démontrant que la décision de l'employeur est rationnelle et non arbitraire ? Le comportement « mauvais » du salarié fait-il obstacle à toute violation de sa personnalité ? À notre avis, c'est le fondement de l'absence d'arbitraire qui serait le plus pertinent, mais la solution retenue prouve surtout que les juges admettent une sanction indirecte de la violation de l'obligation de fidélité par le biais d'un traitement défavorable par rapport aux autres salariés. On observe aussi que les critères objectifs généralement retenus pour fonder une décision rationnelle, tels que le rendement du salarié, son assiduité au travail, sa fidélité à l'entreprise, sont des critères en partie

d'attribuer des gratifications à une équipe de salariés, en fonction de la production qu'elle aura atteinte[1165]. Ces critères, objectifs, sont exclusifs de toute violation de la personnalité des salariés.

404. Une affaire particulière a fait l'objet d'interprétations doctrinales que nous considérons comme excessives. Dans cette espèce, le Tribunal fédéral n'a pas reproché à un employeur d'allouer un bonus à une salariée uniquement parce qu'elle avait une relation sentimentale avec le directeur général de l'entreprise et de le supprimer dès lors que les amants avaient rompu et que le contrat de travail avait été résilié[1166]. Il faut dire que la salariée en question occupait un poste de cadre supérieur, que sa rémunération de base était élevée et que le Tribunal fédéral s'est contenté d'admettre que la salariée ne pouvait prendre prétexte des versements dont elle avait bénéficié pour conclure à une modification de la nature de la gratification bénévole en gratification contractuelle ou rémunération obligatoire du fait qu'elle savait que ces versements n'étaient pas liés directement à ses prestations de travail, mais à la relation intime qu'elle entretenait avec le directeur. Cette décision pouvait laisser penser qu'un directeur a le droit de se comporter en dictateur des sentiments dans l'entreprise.

405. Une telle analyse poserait un certain nombre de questions juridiques, économiques et morales. Du point de vue ***juridique***, on peut se demander si le comportement de l'employeur qui favorise ou défavorise une salariée du seul fait de son attirance ou de l'arrêt de son attirance sexuelle ou sentimentale pour elle est constitutif d'une discrimination fondée sur le sexe, voire de harcèlement sexuel. En effet, il s'agit là, par l'emploi de l'arme financière — alors même que l'on parle d'une rémunération versée du fait de l'exécution d'un contrat de travail — d'exercer une contrainte psychologique sur la personne d'une salariée. Du point de vue ***économique***, on pourrait estimer que les actionnaires de la société sont lésés du fait de rémunérations versées sans lien aucun avec une quelconque plus-value apportée à la société. Du point de vue ***moral*** enfin, on constate que la rémunération est utilisée ici uniquement pour asseoir le pouvoir de celui qui est le chef. Juridiquement cela permettrait de considérer que la rémunération était soumise à une condition contraire aux mœurs et, partant, nulle (CO, art. 157). Comme la condition tombe, l'élément de rémunération serait dû selon notre analyse.

B. Protection de la confiance légitime et rémunération variable

406. Alternativement ou conjointement au principe de protection de la personnalité, le Tribunal fédéral admet qu'un salarié puisse réclamer le bénéfice d'une égalité salariale sur le fondement de la bonne foi et de la protection de la confiance légitime. Une étude

---

subjectifs, en ce qu'ils santionnent le comportement du travailleur. La solution retenue par le Tribunal fédéral dans cet arrêt trahit donc une attitude moralisatrice, à laquelle s'oppose le principe selon lequel le salaire de base, lorsque le travailleur s'est tenu à disposition, n'est pas affecté par le travail rémunéré au profit d'un tiers et au mépris du devoir de fidélité. Classiquement, les sanctions d'un tel comportement se limitent au licenciement immédiat et à la réparation du dommage causé (CO, art. 337b, al. 2), à la réparation du dommage causé par la violation contractuelle (CO, art. 321e) ou à la suppression du salaire afférent aux vacances (CO, art. 329d, al. 3).

[1165] CAPH-GE, 5 décembre 2000, *JAR* 2001. 206, cons. 71.

[1166] TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 2.5 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 5 *ad* art. 322d CO.

historique de la pratique et de la jurisprudence, principalement cantonale, nous enseigne d'ailleurs que le fondement de l'égalité et celui de la confiance légitime ont presque toujours été liés[1167]. En termes juridiques, cela revient à dire, en quelque sorte, que l'usage fait présumer le droit à l'égalité de traitement.

407. Autrement dit, la délimitation que l'employeur opère entre les *happy few,* auxquels il réserve un élément de rémunération dans certaines circonstances, et les autres doit être ***objectivement reconnaissable***. Dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire lorsque le salarié peut croire, de bonne foi, qu'il a droit aux mêmes avantages que les autres, alors les juges considéreront qu'il y a engagement tacite sur l'octroi d'une gratification, laquelle sera due par l'employeur[1168]. Le Tribunal fédéral juge que « *le fait que l'employeur favorise certains de ses employés peut avoir pour conséquence que des employés qui ne bénéficient pas du même traitement puissent, selon les principes de la bonne foi, conclure à une modification tacite, en leur faveur, de leur contrat de travail. Dans une telle situation, l'employeur doit leur accorder aussi le traitement censé favoriser certains employés uniquement parce qu'en vertu du principe de la bonne foi, ce sont ces conditions qui paraissent avoir été convenues* »[1169].

408. Le critère à l'aune duquel se mesure cette condition est celui de la ***bonne foi objective*** (*Treu und Glauben*)[1170]. Le Tribunal fédéral aménage aux juges cantonaux un pouvoir d'appréciation[1171] : c'est au juge, au vu de l'ensemble des circonstances, de déterminer si l'employeur a fait penser qu'il traiterait ses salariés sur un pied d'égalité[1172]. Le Tribunal fédéral donne une prescription de comportement à l'employeur : « *L'employeur qui traite d'une situation collective doit donc clairement déterminer et communiquer aux travailleurs les critères d'attribution ou de réduction des prestations en cause.* »[1173]

409. En résumé, l'employeur conserve sa liberté à l'égard de certains salariés tant qu'il reste objectivement clair que les bénéficiaires sont des privilégiés ; dès lors que les salariés bénéficiaires ne forment plus un club de *happy few*, l'employeur ne pourra pas refuser l'octroi d'un élément de rémunération variable aux autres salariés se trouvant dans les mêmes conditions d'emploi, sauf pour lui à démontrer qu'il existe des motifs de refus pertinents.

410. Cela dit, l'argument de la protection de la bonne foi peut également jouer ***en faveur de l'employeur***, par exemple lorsqu'il souhaite prouver l'existence d'un usage selon lequel les salariés qui quittent l'entreprise avant telle ou telle date dans l'année n'ont jamais droit à percevoir de gratification[1174]. Par ailleurs, la confiance ne peut légitimement naître qu'à l'égard d'actes de l'employeur ***rapprochés dans le temps***. Ainsi, un salarié ne peut comparer ses conditions de départ qu'avec celles de collègues partis en même temps que

---

[1167] *Cf.* notamment : Bericht 1956-1958 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1960. 177, spéc. 178; *cf. implicitement* TC-VD, 11 mars 2009, *JAR* 2010. 637 : « *Dans la mesure où aucun élément ne devait conduire le* [travailleur] *à considérer que cette pratique allait changer ou ne le concernait pas, il y a lieu d'admettre qu'il était en principe fondé à penser qu'il toucherait […] une telle indemnité.* »

[1168] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, cons. 3.1 ; TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.2 ; CAPH-GE, 3 mars 2009, *JAR* 2010. 498, cons. 3.1.

[1169] TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.2.

[1170] BRÜHWILER, *Einzelarbeitsvertrag,* N 4 *ad* art. 322d CO.

[1171] Pour un exemple : Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 29 mars 1984, *BJM* 1985. 289.

[1172] Pour un exemple de refus par les juges bâlois : Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 2 décembre 2010, *JAR* 2011. 428, cons. 2b.

[1173] TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.2.

[1174] *Cf.* TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.2.

lui, voire après lui, mais pas forcément avant lui[1175]. Un auteur s'appuie sur un arrêt pour aller jusqu'à dire que l'employeur n'est plus lié par un changement de pratique lorsqu'il a dûment communiqué ce changement[1176]. À notre sens toutefois, le Tribunal fédéral n'a tranché dans l'arrêt concerné que la question de l'égalité de traitement et non celle du changement de pratique, lequel doit obéir aux règles ordinaires de ***modification du contrat de travail***[1177].

§ 2 – LES FONDEMENTS INCERTAINS

411. **Interdiction de l'arbitraire et rémunération variable.** Le fondement de l'arbitraire avait été retenu par le Conseil fédéral dès les années 1960 : ce dernier prônait l'interdiction de l'arbitraire en matière de gratification[1178], domaine alors étendu par la doctrine aux différentes sortes de rémunérations variables[1179]. Concrètement, le Conseil fédéral cherchait à sanctionner la privation de gratification dans deux hypothèses : lorsque l'inégalité salariale résultait de ***motifs non pertinents*** ayant présidé à la décision patronale et lorsque cette dernière était ***arbitraire***[1180]. Ce faisant, le Conseil fédéral distinguait les « motifs non pertinents » (*sachfremde Motive*) de l'arbitraire[1181]. Pourtant, le législateur a fait le choix, en parallèle, de ne pas inscrire cette possibilité de contrôle dans la loi. Dès lors, la voie était ouverte à une interprétation jurisprudentielle plus restrictive.

412. Certes, certaines décisions cantonales ont parfois visé l'interdiction de l'arbitraire en parallèle du principe général d'égalité de traitement en matière d'octroi de gratification[1182]. Mais la jurisprudence fédérale s'est montrée plus réservée. Ainsi, le Tribunal fédéral estima que l'employeur ne pouvait être sanctionné du seul fait d'avoir pris une décision subjective, et même arbitraire[1183].

413. La doctrine offre une palette de positions. EGLI estime qu'un employeur est autorisé à verser à l'une de ses employées un bonus élevé uniquement parce qu'elle est sympathique et d'un physique agréable. Selon lui, il n'est pas non plus interdit à un employeur d'allouer

---

[1175] Pour un engagement de l'employeur de s'acquitter des primes d'assurance maladie de ses salariés y compris après leur départ à la retraite : *cf.* TF, 14 juin 2004, 4C.87/2004, cons. 2.2.4.

[1176] Philippe Carruzzo, « Gratification, indemnité de licenciement et égalité de traitement », *Entreprise romande* 24 août 2007, site internet : fer-ge.ch.

[1177] *Cf. infra* n° 621 (modification de l'usage). De plus, les prud'hommes genevois reconnaissaient une pratique de l'entreprise même lorsque tout un groupe de salariés ne reçoit pas d'indemnité dans le cadre d'une restructuration alors que les précédentes restructurations prévoyaient un tel avantage : CAPH-GE, 3 mars 2009, *JAR* 2010. 498, cons. 3.2.

[1178] *Message 1967,* p. 328.

[1179] *Cf.* Daniel MEYER, *Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht,* Stämpfli, Berne, 1976, p. 287 ; VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, p. 106 ; Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 73.

[1180] *Message 1967,* p. 328.

[1181] Dichotomie reprise par certaines décisions cantonales : *cf.* Obergericht-AG, 31 octobre 1974, *AGVE* 1974. 45, mais dont on peine à discerner le sens.

[1182] Récemment, la Cour de justice genevoise invoque encore le fondement de l'arbitraire, en parallèle de celui de l'égalité de traitement : CJ-GE, 1er février 2011, *JAR* 2012. 447, cons. 3.2.6.

[1183] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, cons. 3.1.

un bonus plus élevé à un employé parce qu'il est supporteur du même club de football que lui[1184]. TERCIER/FAVRE reconnaissent la nécessité de garantir une « certaine » égalité de traitement[1185]. Les autres auteurs lient plus ou moins clairement arbitraire de l'employeur et violation de la personnalité du travailleur. AUBERT considère qu'« *une disparité de traitement chicanière ou dépourvue de toute justification plausible, lors de la fixation de la gratification, peut constituer une atteinte à la personnalité* »[1186]. Pour DUC/SUBILIA, on peut « *estimer que le fait de ne donner une gratification qu'à certains [salariés], sans qu'objectivement ils [ne] se trouvent dans une situation différente de celle de leurs collègues ne bénéficiant pas de cette libéralité, porte atteinte aux droits de la personnalité des travailleurs auxquels cette prestation est refusée, en violation de CO 328 al. 1^er^* »[1187]. Pour REHBINDER/STÖCKLI et MEYER, c'est le devoir de protection de l'employeur (CO, art. 328) qui lui fait défense de verser dans l'arbitraire[1188]. Le lien est encore plus clair pour VÖGELI GALLI/HEHLI HIDBER : représente un traitement moins favorable arbitraire (« *willkürliche Schlechterstellung* ») le fait de traiter différemment des salariés placés dans des situations semblables, en se fondant sur des motifs non pertinents (« *aus sachfremden Gründen* »)[1189]. Selon BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, l'employeur ne peut agir arbitrairement en traitant un travailleur de manière discriminatoire[1190]. Pour eux, constitue une violation de l'article 328 toute décision de l'employeur dont il résulte qu'un travailleur est moins bien traité que ses collègues, sans raison objective et fondée, puisque dans une telle hypothèse, le travailleur concerné est atteint dans ses droits personnels, en particulier dans sa dignité et son honneur personnel et professionnel[1191]. Il en va de même de l'application du règlement intérieur ou d'entreprise et des instructions particulières de l'employeur, lesquels ne doivent pas défavoriser arbitrairement un travailleur par rapport à ses collègues[1192]. MEIER va plus loin, jusqu'à considérer que toute différence de traitement non justifiée est arbitraire et donc inadmissible[1193].

414. On observe ici une évolution dans les biens juridiques protégés par l'article 328 du Code des obligations. D'un article visant prioritairement à protéger la santé du travailleur, on fait une base légale pour la protection contre l'arbitraire. L'article 328 fonctionne ainsi comme le point de pénétration des droits fondamentaux dans les relations de travail[1194], visant à protéger le travailleur contre une décision purement subjective de l'employeur. Selon nous, il n'est donc pas excessif de dire que, progressivement, le fondement de l'arbitraire tend à s'autonomiser par rapport à celui de la violation de la personnalité et que les employeurs avisés ont tout intérêt à le respecter pour éviter de se trouver piégés par cette évolution.

[1184] Exemples donnés par Hans-Peter Egli, « Les bonus vus sous l'angle juridique », *Employeur suisse* 26 février 2009. 39, spéc. 40.

[1185] TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 509.

[1186] AUBERT, *Commentaire romand,* N7 *ad* art. 322d CO.

[1187] DUC/SUBILIA, *Droit du travail*, N 29 *ad* art. 322d CO.

[1188] REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 9 *ad* art. 322d CO ; Daniel MEYER, *Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht,* Stämpfli, Berne, 1976, pp. 109 *sqq*. Solution reprise par les prud'hommes genevois : CAPH-GE, 13 avril 2000, *JAR* 2001. 208. L'idée est que les critères d'octroi, de refus ou de diminution de la gratification doivent se fonder sur des éléments objectifs (marche des affaires, formation, ancienneté, expérience, performance, nature de l'activité) et non sur des considérations tirées de la race, de la religion du sexe ou encore de l'orientation sexuelle du salarié en question (CAPH-GE, 5 décembre 2000, *JAR* 2001. 206).

[1189] Nicole Vögeli Galli/Christine Hehli Hidber, « Bonuszahlungen : Möglichkeiten und Risiken. Eine Beurteilung nach schweizerischem und englischem Recht », *RSJ* 2001. 445, spéc. 448.

[1190] CAPH-GE, 5 octobre 1993, *JAR* 1994, 145 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 95.

[1191] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, pp. 144-145.

[1192] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 145.

[1193] Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61, spéc. 73 : « *Eine unbegründete Schlechterbehandlung ist willkürlich und unzulässig.* »

[1194] *Cf.* Samantha BESSON, *L'Égalité horizontale : l'égalité de traitement entre particuliers,* Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1999, p. 251.

415. **Effet horizontal des droits constitutionnels et rémunération variable.** On peut d'abord se demander si le droit suisse ne consacre pas un principe général d'égalité, applicable dans tout l'ordre juridique[1195]. L'article 8 de la Constitution fédérale semble aller dans ce sens. De manière tout à fait générale, le Tribunal fédéral juge que l'application des règles constitutionnelles aux relations entre les particuliers n'est pas exclue s'agissant de l'interprétation des clauses générales et des notions juridiques indéterminées du droit privé[1196]. Il estime toutefois que la reconnaissance de cet effet horizontal indirect des droits fondamentaux (*Dritt- und Horizontalwirkung*) n'empêche pas que les rapports entre les particuliers relèvent directement des seules lois civiles et pénales. Le raisonnement des juges de la Haute cour est le suivant : partant du principe selon lequel l'employeur est, en matière de gratification, libre d'agir comme bon lui semble, sa liberté ne peut être restreinte que par une réglementation spécifique, loi ou convention internationale[1197]. C'est donc par elles uniquement que l'individu est protégé contre les atteintes que d'autres sujets de droit privé pourraient porter à ses droits constitutionnels reconnus[1198]. Une protection n'est dès lors envisageable qu'à condition de se fonder sur une norme permettant l'irruption d'un droit fondamental dans chacune des branches du droit[1199]. C'est le cas des trois protections spéciales consacrées que nous avons étudiées plus haut[1200]. Le Tribunal fédéral fonde cette solution sur le principe de liberté contractuelle, intronisée « *l'un des principaux piliers des libertés fondamentales garanties par le droit privé* » (« *eine der tragenden Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten* »)[1201].

416. Il est pourtant établi que plusieurs juridictions cantonales visent depuis longtemps un principe général d'égalité salariale, sans autre précision[1202]. Cette exigence d'égalité de traitement vaut notamment pour la répartition des tâches nécessaires à l'exécution du travail, la demande d'effectuer des heures supplémentaires, la fixation des périodes de vacances, la tenue vestimentaire[1203]. Le Tribunal fédéral a lui aussi utilisé parfois une

---

[1195] Sur la notion d'effet horizontal des droits fondamentaux, *cf.* Samantha Besson, « Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l'homme », *Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme,* (Franz Werro édit.), Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2006, pp. 1-51, spéc. p. 2.

[1196] TF, 18 juin 1985, *ATF* 111 II 245, *JT* 1986 I 2, cons. 4b ; TF, 8 juillet 2011, 4A_265/2011, cons. 3.2.1. On parle alors d'« effet indirect » des droits fondamentaux sur le droit privé, c'est-à-dire que le droit privé sera interprété, quand il y a lieu de l'interpréter, de manière conforme aux droits fondamentaux.

[1197] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, cons. 3.1 ; TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 3.1.

[1198] TF, 27 mai 1981, *ATF* 107 IA 277, cons. 3a ; TF, 6 novembre 1985, *ATF* 111 II 330, cons. 5 ; TF, 2 septembre 1999, 4P.187/1999, cons. 2 ; TF, 8 juillet 2011, 4A_265/2011, cons. 3.2.1. Cette jurisprudence fut inaugurée en droit de la presse : *cf.* TF, 21 mars 1969, *ATF* 95 II 481, cons. 7 ; TF, 16 mars 1978, *ATF* 104 IV 11, cons. 1b.

[1199] Sur les réticences, anciennes, du droit suisse à instaurer un principe général d'égalité de traitement, *cf.* Urs Nef, « Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht », *RSJ* 1976. 17.

[1200] *Cf. supra* n° 382 et s.

[1201] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, cons. 3.1. *Cf.* également : TF, 17 octobre 1996, *JAR* 1997. 116 et TF, 27 novembre 2003, 2P.305/2002, *ATF* 130 I 26, cons. 4.3 (pour le rapport entre liberté économique et liberté contractuelle).

[1202] Bericht 1956-1958 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1960. 177, spéc. 178 ; Appellationsgerichtsausschusses-BS, 14 décembre 1962, *BJM* 1963. 113, spéc. 115 ; Bericht 1973 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1974. 248, spéc. 250 (application pure et simple du principe « à travail égal, salaire égal ») ; Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 6 décembre 1979, *JAR* 1981. 257 (les juges disent que le principe d'égalité de traitement existe « *nach ständiger Gerichtspraxis* ») ; CAPH-GE, 5 octobre 1993, *JAR* 1994, 145 : « *L'octroi d'une gratification doit respecter le principe de l'égalité de traitement, les travailleurs d'une même entreprise devant être traités de façon similaire.* » ; Obergericht-BL, 11 janvier 1994, *JAR* 1995. 304 : « *Für die Anwendung des Gleichhandlungsgrundsatzes genügt es, wenn die Mehrheit der Belegschaft eine Gratifikation erhält.* » ; Arbeitsgericht-ZH, 5 mai 1998, *ZR* 2000. 200 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 12 *ad* art. 322d CO ; VISCHER, *Der Arbeitsvertrag,* p. 106.

[1203] Tribunal du district d'Arbon, 17 décembre 1990, *JU-TRAV* 1991. 23, cons. 3b. C'est d'ailleurs la position que se sont engagées à tenir certaines grandes entreprises suisses, comme Migros, qui indique avoir choisi d'appliquer le principe « à travail égal, salaire égal » dans toute sa mesure : le salaire fixe est établi selon la fonction exercée et l'expérience du salarié ; le salaire variable augmente à mesure que le salarié a rempli les objectifs qui lui étaient assignés

formulation similaire : « *La gratification est par essence facultative, sous réserve du respect de l'égalité de traitement*. »[1204]. Dans une autre affaire, le Tribunal fédéral — sans toutefois donner raison au salarié — s'est appuyé sur WYLER et REHBINDER/STÖCKLI [1205] qui estiment que l'employeur doit respecter le principe d'égalité de traitement entre travailleurs notamment lorsqu'il fournit des prestations particulières, comme par exemple une participation aux cotisations d'assurance sociales ou privées excédant le minimum légal[1206]. Il ne serait donc pas incohérent que la jurisprudence aille jusqu'au bout de la logique dans laquelle elle s'est engagée et accomplisse la mutation du principe de non-discrimination dans certaines situations particulières à un principe général d'égalité de traitement. Une telle généralisation, connue dans d'autres droits[1207], trouve également une source textuelle internationale dans l'article 23 de la Déclaration universelle des droits de

(Migros, brochure « Diriger, développer, rémunérer les collaborateurs », 2005). En droit français, on s'était demandé s'il fallait inclure ou non les gratifications dans le champ d'application du principe d'égalité de rémunération. Malgré la formulation restrictive du principe (« à travail égal, *salaire* égal »), les juges estiment que le principe s'applique donc à ***tous les avantages*** liés au contrat de travail ou à l'appartenance à l'entreprise (salaire proprement dit et accessoires, congés divers, titres-restaurant) (Soc., 20 février 2008, *RJS* 5/08, n° 512 ; TGI Paris, 28 octobre 2008, *RJS* 3/09, n° 226). Si l'employeur est en droit d'accorder des avantages particuliers à certains salariés, telle une gratification, c'est à la condition que ***tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique*** puissent en bénéficier et que les règles déterminant l'octroi de cet avantage soient ***préalablement définies et contrôlables*** (Soc., 27 mars 2007, n° 05-42587 ; Soc., 25 octobre 2007, n° 05-45710, *SNCF*). Toute disparité de traitement au regard d'un même avantage pour des salariés se trouvant dans la même situation doit donc reposer sur des raisons objectives dont le juge peut contrôler la pertinence : l'employeur ***ne peut opposer son pouvoir discrétionnaire pour justifier la disparité*** (Soc., 13 mai 2009, 07-45356). Sont donc également concernés les avantages qualifiés de prime discrétionnaire (Soc., 30 avril 2009, n° 07-40527, *Bull. civ.* V, n° 121 ; *cf.* Patrick Morvan, « La fin des bonus discrétionnaires ou l'égalité par le bas », *JCP E* 22 mai 2009. 1558). La Cour de cassation a assoupli sa jurisprudence dans une affaire récente qui mettait en cause la banque UBS. Les juges suprêmes rappellent que le contrat de travail peut prévoir, en plus de la rémunération fixe, l'attribution d'une prime laissée à la libre appréciation de l'employeur (Soc., 10 octobre 2012, n° 11-15296). Par ailleurs, ils admettent que l'employeur ne justifie pas le mode de calcul de la gratification versée, dès lors qu'aucune atteinte au principe d'égalité des rémunérations n'est constatée puisque le salarié ne se trouvait pas dans une situation comparable aux travailleurs auxquels il se comparait (Bernard Aldigé, « Des conditions de licéité d'un bonus discrétionnaire au regard du principe "à travail égal, salaire égal" », *Gaz. Pal.* 25 octobre 2012. 12). Il revient donc à l'employeur de convaincre les juges du fond que les salariés ne sont pas dans une situation comparable (Soc., 29 octobre 1996, n° 92-43680 ; Soc., 8 novembre 2005, n° 03-46080 ; Soc., 19 septembre 2012, n° 11-14199).

[1204] TF, 6 avril 2005, 4C.473/2004, cons. 3.2 ; TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.1 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, *JAR* 2013. 293, cons. 8.2.

[1205] WYLER, *Droit du travail* (à l'époque édition de 2008), p. 744 ; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 8 *ad* art. 328 CO.

[1206] TF, 14 juin 2004, 4C.87/2004, cons. 2.2.4.

[1207] Le droit français, par exemple, a vu s'opérer un passage du principe de non-discrimination dans certains cas particuliers au principe d'égalité de traitement. L'accent fut d'abord mis, comme en droit suisse, sur l'égalité entre hommes et femmes (alinéas 3 et 5 du préambule de la Constitution de 1946, puis loi du 11 février 1950 et loi de 1973 codifiée aujourd'hui aux articles L. 3221-2 et s. du Code du travail) (*cf.* Mathilde Zylberberg, « Le principe "à travail égal, salaire égal" dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *BICC* avril-juin 2008. 3 ; Saïda Nouredine, « Le principe d'égalité de traitement appliqué aux avantages catégoriels conventionnels », *CSBP* 1er août 2011, n° 233, pp. 221 *sqq*.). En 1996, la Cour de cassation a conféré à ce principe une ***portée générale et impérative*** dans l'arrêt *Ponsolle* (Soc., 29 octobre 1996, n° 92-43680). Ce faisant, la juridiction suprême opérait le passage d'une règle de non-discrimination (une distinction n'est illicite que si elle procède d'un motif prohibé) à une règle d'égalité de traitement (la différenciation n'est licite que si elle procède d'un motif admis à la justifier) (Antoine Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. soc.* 2004. 694, spéc. 698 ; Thérèse Aubert-Monpeyssen, « Principe "à travail égal, salaire égal" et politiques de gestion des rémunérations » *Dr. soc.* 2005. 18, spéc. 19). D'ailleurs, l'égalité est clairement reconnue en droit français positif comme un ***principe de valeur constitutionnelle***, puisqu'elle figure dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, laquelle fait partie du « bloc de constitutionnalité », c'est-à-dire qu'elle est une des cinq composantes de la Constitution française (Cons. const., 16 juillet 1971, déc. 44 DC, *Liberté d'association ;* Louis FAVOREU *et alii, Droit constitutionnel,* Dalloz, coll. « Précis », Paris, 11e éd., 2008, pp. 125-126) : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits.* » L'égalité figure en outre dans la devise de la République française (Cst. fr., art. 2, al. 4). Le Conseil constitutionnel n'applique le principe d'égalité qu'à l'égard de situations semblables, laissant subsister une inégalité de traitement à l'égard de situations différentes. Le législateur peut donc régler de façon différente des situations distinctes, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit (Cons. Const., 6 mai 2011, n° 2011-127, QPC, *Semaine sociale Lamy* 20 juin 2011, n° 1497, p. 12, note B. Serisay).

l'homme de 1948[1208]. Elle aurait pour effet d'inverser la charge de la preuve : le salarié n'aurait plus à prouver qu'il a été discriminé, mais il reviendrait à l'employeur, en présence d'une inégalité de traitement, de démontrer qu'elle repose sur des motifs objectifs admissibles. Serait ainsi tout simplement étendu à tous les travailleurs d'un même employeur le système prévu pour l'égalité entre homme et femme.

[1208] Cet article dispose : « *1. Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage. 2. Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal. 3. Quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine et complétée, s'il y a lieu, par tous autres moyens de protection sociale. 4. Toute personne a le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affîlier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.* » On retrouve ce principe dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « *Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.* » (art. 21, al. 2).

CHAPITRE III

L'INTÉRÊT DES ACTIONNAIRES

---

418. De nouvelles limites au principe de liberté contractuelle en matière de rémunérations variables ont été instaurées récemment par le droit des sociétés. Elles débordent donc le cadre du droit du travail et ne seront par conséquent traitées ici que sous l'angle réduit de notre matière, pour éviter de mélanger hâtivement des problèmes distincts.

419. À titre préalable, il faut rappeler que c'est le droit des sociétés qui règle le ***processus de décision*** des rémunérations dans l'entreprise, à savoir :

— Qui est ***compétent*** pour décider du montant et de la structure des rémunérations des travailleurs salariés ? Le supérieur hiérarchique direct ? Les directeurs ? Les membres du conseil d'administration ? Les actionnaires via leur assemblée générale ? La distribution des pouvoirs entre les organes des sociétés commerciales a un impact direct sur l'arbitrage entre les intérêts respectifs des différentes parties prenantes de l'entreprise (actionnaires, dirigeants, salariés, sous-traitants, etc.)[1209].

— Quelle ***procédure*** doit être suivie pour décider des rémunérations ? Un comité des rémunérations doit-il être consulté au préalable ? Comment un tel comité doit-il être composé ? Un expert indépendant doit-il se prononcer sur les structures de rémunération mises en place ?

Rappelons également qu'une personne peut intervenir dans une société avec le statut de ***travailleur*** ou avec celui d'***administrateur***, ce dernier ne relevant pas du droit du travail, mais du seul droit des sociétés[1210].

[1209] Simon Deakin/Alan Hughes (edit.), *Enterprise and Community : New Directions in Corporate Governance,* Blackwell, Londres, 1997 ; Alain Supiot, « Le droit du travail bradé sur le marché des normes », *Dr. soc.* décembre 2005. 1087-1096.

[1210] TC-VD, 14 novembre 2011, *JAR* 2012. 543, cons. VI a ; Boris Heinzer, « Le double statut de l'administrateur-travailleur en droit privé », *Panorama du droit du travail* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2009, p. 349.

Le droit du travail n'est donc intéressé qu'à la marge par ces questions. Nous nous proposons néanmoins de répertorier ici les éléments importants du point de vue de notre étude.

§ 1 – CADRE JURIDIQUE

A. Principes

420. Depuis une dizaine d'années, le droit des sociétés a connu diverses évolutions sur le sujet des rémunérations des dirigeants. De nouvelles règles, issues de la volonté d'équilibrer les différents organes de la société anonyme[1211] en renforçant notamment la « démocratie actionnariale », viennent à présent apporter des limites à la liberté contractuelle en matière de rémunérations, notamment de rémunérations variables[1212]. Les contours de la notion de « démocratie actionnariale », qui fait office de point focal de ces innovations, sont imprécis[1213]. Il faut y voir, globalement, la volonté de rééquilibrer la répartition des pouvoirs au sein de la société anonyme, en faveur des actionnaires et en défaveur du conseil d'administration[1214].

B. Exigences

421. Pour synthétiser, nous dirons que les implications de ces nouvelles règles sur le droit du travail nous paraissent relever de deux exigences : la transparence et le contrôle.

[1211] Michel Jaccard/Erol Baruh, « L'équilibre des pouvoirs dans le cadre de la révision du droit de la SA », *RSDA* 2008. 135.

[1212] *Cf.* Daniel Häusermann, « Aktienrechtliche Umsetzung der "Abzocker"-Initiative: Spielraum und Rechtstechniken », *RSJ* 2012. 537.

[1213] Jean-Luc Chenaux, « Les comités d'actionnaires », *GesKR* 2011. 135, spéc. 136. *Cf.* également pour une précision : Peter Forstmoser, « "Say-on-Pay" – Die Volksinitiative "gegen die Abzockerei" und der Gegenvorschlag des Parlaments », *RSJ* 2012. 337, spéc. 340.

[1214] *Cf.* Michel Jaccard/Erol Baruh, « L'équilibre des pouvoirs dans le cadre de la révision du droit de la SA », *RSDA* 2008. 135.

1) L'exigence de transparence

422. Le renforcement de la transparence est un des objectifs du gouvernement d'entreprise (*corporate governance*)[1215]. Historiquement, cette exigence a marqué une première étape du processus réglementaire[1216]. En effet, des prescriptions sur la transparence avaient été édictées dans le cadre de l'autoréglementation de la bourse (par exemple la Directive concernant Informations relatives à la Corporate Governance du 29 octobre 2008[1217] qui reprend, conformément à l'article 8 LBVM, certains standards internationaux reconnus)[1218]. De nouvelles dispositions du Code des obligations, en vigueur depuis le 1er janvier 2007[1219], visent également à renforcer la transparence des « indemnités » (CO, art. 663b^{bis} et 663c, al. 3) : les sociétés dont les actions sont cotées en bourse doivent rendre publiques les indemnités qu'elles versent aux membres de leur conseil d'administration, de leur direction et de leur conseil consultatif, ainsi que les participations que ces mêmes personnes détiennent dans la société. Doivent notamment être indiqués dans l'annexe au bilan : le montant total des indemnités, la somme perçue par chacun des membres du conseil d'administration, la somme la plus élevée perçue par un membre de la direction, qui sera cité nommément, et les participations que détiennent dans la société chacun des membres du conseil d'administration et de la direction, y compris les prêts et autres crédits consentis à ces membres, aux anciens membres et à leurs proches (CO, art. 663b^{bis}, al. 4). La loi contient un descriptif détaillé de ce qu'il faut comprendre par « indemnités » (CO, art. 663b^{bis}, al. 2)[1220].

2) L'exigence de contrôle

423. Cette exigence pose la question de la compétence, au sein de la société anonyme, pour prendre les décisions concernant les rémunérations des dirigeants. Traditionnellement, le conseil d'administration fixait lui-même la rémunération de ses membres et des membres de la direction (CO, art. 716 et 716a)[1221]. Concrètement, une société anonyme peut rémunérer les membres du conseil d'administration soit sous forme de tantièmes (CO, art. 677), soit sous forme d'indemnités non réglementées[1222]. Contrairement aux tantièmes, les

[1215] Message du Conseil fédéral du 23 juin 2004 relatif à la modification du code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction), *FF* 2004. 4223, spéc. 4226 ; *cf.* Anne Héritier Lachat, « La crise des marchés financiers, la régulation et la surveillance », *Journée 2008 de droit bancaire et financier*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2009, pp. 25-34, spéc. p. 30.

[1216] *Cf.* BÄCHLER, *Vergütungen*, p. 103.

[1217] La Bourse suisse avait édicté précédemment une directive concernant les informations relatives au Corporate Governance le 17 avril 2002, dans le but de fournir aux investisseurs les informations-clefs.

[1218] Cette directive ancre le principe « *comply or explain* » : si l'émetteur renonce à publier certaines informations, il doit justifier ce choix individuellement et substantiellement dans le rapport de gestion (art. 7 de la directive).

[1219] Pour des propositions visant à élargir encore le champ de la transparence, *cf.* Valentin Jentsch/Hans Caspar von der Crone, « Aktuelle Entwicklungen in der Vergütungslandschaft des Finanzplatzes Schweiz », *RSDA* 2012. 377, spéc. 411 et s.

[1220] Sur la question en droit commercial, *cf.* Beat Barthold/Marc Widmer, « Regulierung der variablen Vergütung ? Eine Bewertung der schweizerischen Regulierungsbestrebungen im Vergütungsbereich », *PJA* 2009. 1389.

[1221] Compétence qui peut être déléguée à l'un de ses comités (Michel Jaccard/Erol Baruh, « L'équilibre des pouvoirs dans le cadre de la révision du droit de la SA », *RSDA* 2008. 135, spéc. 137).

[1222] *Cf.* Anne Héritier Lachat, « Quelques propos sur la rémunération et la société anonyme », *Economie, environnement, éthique. De la responsabilité sociale et sociétale* (Liber Amicorum Anna Petitpierre-Sauvain, édit. Rita Trigo Trindade/Henry Peter/Christian Bovet), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2009, pp. 173-179, spéc. 174.

indemnités peuvent être comptabilisées comme des charges, ce qui est plus intéressant du point de vue fiscal et explique qu'elles soient plus répandues dans la pratique[1223]. De ce fait, il existe un risque de conflit entre les intérêts de ces personnes et ceux de la société[1224].

424. Des excès récents dans les montants des rémunérations octroyées aux dirigeants ont conduit certaines institutions à réagir[1225]. D'autant que les tantièmes ont progressivement disparu au profit des indemnités, ce qui a eu pour effet de soustraire à l'assemblée générale la compétence de fixer la rémunération du conseil d'administration, puisque l'assemblée générale n'a vocation à intervenir *ex lege* qu'en matière de tantièmes[1226]. Pénalement, dans le procès de la Banque cantonale vaudoise, deux dirigeants furent même condamnés, l'un pour abus de confiance (CP, art. 138) et faux dans les titres (CP, art. 251), l'autre pour complicité d'abus de confiance, pour s'être octroyé des bonus en violation des règles internes de la banque et sous le motif fallacieux d'« indemnité forfaitaire pour l'appui au développement en Asie »[1227].

C. Réglementation

425. Au niveau civil, une réglementation souple a progressivement émergé, dans le cadre de l'autoréglementation. Par exemple, le Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise, rédigé par la Fédération des entreprises suisses economiesuisse, cherchant à empêcher les primes de départ excessives, pose deux exigences en ce sens : premièrement, « *les contrats de travail conclus avec les cadres dirigeants contiennent des clauses de résiliation adaptées au marché et qui sauvegardent les intérêts de la société* » ; en second lieu, « *quand un cadre supérieur quitte la société de manière anticipée, celle-ci lui verse uniquement les indemnités de départ prévues dans le contrat ou négociées dans le respect de l'intérêt de la société* » (§ 26)[1228]. Dans cette lignée, en 2011 un tiers des sociétés cotées suisses proposait à ses actionnaires un vote consultatif sur le système de rémunération des dirigeants[1229].

[1223] Message du Conseil fédéral du 5 décembre 2008 relatif à l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives » et à la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme), *FF* 2009. 265, spéc. 276.

[1224] Message du Conseil fédéral du 23 juin 2004 relatif à la modification du code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction), *FF* 2004. 4223, spéc. 4227 ; Michel Jaccard/Erol Baruh, « L'équilibre des pouvoirs dans le cadre de la révision du droit de la SA », *RSDA* 2008. 135, spéc. 137 ; BÄCHLER, *Vergütungen*, pp. 73 et s.

[1225] Les juges allemands le firent de manière forte dans un arrêt *Mannesmann,* concernant une prime exceptionnelle que les membres du conseil de surveillance de cette société avaient octroyée à un directeur à titre de reconnaissance, mais sans aucun bénéfice pour la société (BGH, 21 décembre 2005, 3 StR 470/04, *Mannesmann* : « *Bewilligt der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft für eine erbrachte dienstvertraglich geschuldete Leistung einem Vorstandsmitglied nachträglich eine zuvor im Dienstvertrag nicht vereinbarte Sonderzahlung, die ausschliesslich belohnenden Charakter hat und dem Unternehmen keinen zukunftsbezogenen Nutzen bringt (kompensationslose Anerkennungsprämie), liegt hierin eine treupflichtwidrige Schädigung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens.* »).

[1226] Anne Héritier Lachat, « Quelques propos sur la rémunération et la société anonyme », *Economie, environnement, éthique. De la responsabilité sociale et sociétale* (Liber Amicorum Anna Petitpierre-Sauvain, édit. Rita Trigo Trindade/Henry Peter/Christian Bovet), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2009, pp. 173-179, spéc. 175.

[1227] TF, 23 avril 2010, 6B_1000/2009 et 6B_1001/2009.

[1228] Sur ce code, *cf. supra* n° 326.

[1229] « Davantage de contrôles sur les rémunérations », *24 Heures* 26 janvier 2011.

426. Mais ce *soft law* est apparu insuffisant à certains[1230], notamment en raison de la crise financière de 2008[1231]. Des intrusions dans l'autonomie privée furent envisagées pour obtenir une réduction des indemnités de la haute direction[1232].

427. L'administration, à travers la FINMA, n'a pas hésité à imposer certaines règles aux établissements financiers faisant l'objet de sa surveillance[1233]. Sans fixer le niveau des rémunérations, la circulaire 2010/1 prévoit que le conseil d'administration porte la responsabilité principale concernant le système de rémunération et qu'il supervise la direction de l'établissement dans ce domaine. Il doit édicter un règlement sur la rémunération (§ 16) et établir un rapport annuel sur la mise en œuvre de la rémunération (§ 61). Les rémunérations variables doivent aussi être couvertes par le succès à long terme de l'entreprise (§ 39) et attribuées selon des critères durables (§ 44). Si le système de rémunération d'une entreprise menace sa capacité à remplir les exigences de la FINMA en matière de capital ou de liquidités, la FINMA peut demander une adaptation du système ou des montants de rémunération (§ 9 et 79)[1234].

428. Parallèlement, le Conseil fédéral avait adopté, le 21 décembre 2007, un message pour une révision du droit des obligations, dans le but de renforcer la gouvernance d'entreprise, d'assouplir les règles relatives à la structure du capital, de moderniser le régime de l'assemblée générale et de réformer le droit comptable[1235]. Ainsi, au 1er janvier 2013 est entré en vigueur un ***nouveau droit comptable***[1236], qui différencie les exigences de présentation des comptes en fonction de l'importance économique de l'entreprise et prévoit d'accorder des droits à des minorités mises ainsi en mesure d'imposer des comptes consolidés établis selon une norme comptable reconnue, contre la volonté de l'organe supérieur de direction ou d'administration[1237].

[1230] Avis du Conseil fédéral du 17 novembre 2010, *FF* 2010. 7589, spéc. 7592. La rémunération de l'exécutif de la société est considérée comme un des piliers de la gouvernance d'entreprise : on parle d'*equity governance* pour souligner le besoin d'aligner la rémunération de la direction avec les intérêts des actionnaires (Andreas Bohrer, « Corporate Governance in the era of "Too Big To Fail" », *GesKR* 2011. 326, spéc. 339).

[1231] *Cf.* Andreas Bohrer, « Corporate Governance in the era of "Too Big To Fail" », *GesKR* 2011. 326, spéc. 330.

[1232] Message du Conseil fédéral du 5 décembre 2008 relatif à l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives » et à la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme), *FF* 2009. 265, spéc. 267.

[1233] Pour les autres règles édictées par la FINMA relativement aux rémunérations variables, *cf. supra* n° 79, 124, 253-258, 300 et *infra* 509-513.

[1234] Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « 1 :12 – Pour des salaires équitables », *FF* 2012. 503-528, spéc. 517 ; *cf.* BÄCHLER, *Vergütungen,* p. 14.

[1235] Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2007 relatif à la modernisation du droit des obligations, *FF* 2008. 1407.

[1236] *RO* 2012. 6679.

[1237] Florian Zihler, « Aperçu général du nouveau droit comptable », *ECS* 11/12. 814.

§ 2 – L'ORDONNANCE CONTRE LES RÉMUNÉRATIONS ABUSIVES

A. Genèse et situation actuelle

429. Une initiative populaire, intitulée « ***contre les rémunérations abusives*** » a été déposée en 2008 et acceptée par vote populaire en mars 2013. Cette initiative vient compléter la Constitution fédérale en introduisant un nouvel alinéa à l'article 95 qui limite les indemnités versées à la haute direction des sociétés anonymes suisses cotées en bourse et étend la démocratie actionnariale[1238].

430. Précédemment, le Conseil fédéral avait élaboré un contre-projet indirect qui visait à prendre en compte les critiques formulées par l'initiative mais de manière moins contraignante juridiquement[1239]. Dans la foulée, la Commission des affaires juridiques du Conseil des États avait proposé son propre contre-projet indirect[1240] et une initiative parlementaire avait lancé le modèle dit des tantièmes[1241]. Selon ce modèle, la part des indemnités qui dépasserait trois millions de francs aurait été considérée comme une part de bénéfice, c'est-à-dire comme des tantièmes, avec les implications de droit des sociétés et de droit fiscal que cela comporte[1242]. Le Conseil fédéral avait alors été amené à se

[1238] Initiative populaire fédérale, examen préliminaire, *FF* 2006. 8319. Cette initiative, qui s'applique aux sociétés côtées en bourse (soit 0,074 des sociétés anonymes et Sàrl suisses : Stefan Knobloch, « Ist die Volksinitiative "gegen die Abzockerei" umsetzbar ? », *GesKR* 2012. 372), donne des prérogatives spécifiques à ***l'assemblée générale*** : voter le montant global des rémunérations (argent et valeur des prestations en nature) du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif ; désigner chaque année le président du conseil d'administration et chacun des membres du conseil d'administration, du comité de rémunération et un représentant indépendant. Elle organise certaines ***modalités du vote*** : les caisses de pension doivent communiquer le contenu de leur vote à leurs assurés (elles doivent voter dans leur intérêt) ; les actionnaires peuvent voter à distance par voie électronique ; ils ne peuvent pas être représentés par un membre d'un organe de la société ou par la banque dépositaire. Cela signifie que seule la représentation des droits de vote par un mandataire indépendant est admise. Elle ***interdit certaines sortes de rémunérations*** aux membres des organes : les indemnités de départ, les autres indemnités, les rémunérations anticipées et les primes pour achat ou vente d'entreprises ; elle leur interdit d'être engagés simultanément dans plusieurs sociétés d'un même groupe en tant que travailleur ou consultant. Elle interdit la délégation de la gestion de la société à une personne morale. Elle donne une ***nouvelle extension aux statuts*** qui doivent régler : le montant des rentes, des crédits et des prêts octroyés aux membres des organes ; les plans de bonus et de participation des membres des organes ; le nombre de mandats externes que les membres des organes peuvent exercer ; la durée du contrat de travail des membres de la direction. Elle prévoit des ***dispositions pénales*** en cas de violation des nouvelles dispositions (trois ans de peine privative de liberté et six rémunérations annuelles de peine pécuniaire).

[1239] Projet de modification du code des obligations (Droit de la société anonyme), *FF* 2009. 307. *Cf.* Daniel LENGAUER/Mirjam HOLDEREGGER, *Droit des sociétés et droit du marché des capitaux,* Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2009, pp. 7 et s.

[1240] Projet de modification du code des obligations (Indemnités dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse et autres modifications du droit de la société anonyme), *FF* 2010. 7573.

[1241] Initiative parlementaire 10.460 du 22 juin 2010 « Traitement des rémunérations très élevées du point de vue du droit des sociétés et du droit fiscal », déposée par la Commission de l'économie et des finances du Conseil des États, retirée le 28 août 2012.

[1242] L'attribution de tantièmes n'est possible que si quatre conditions sont réunies : l'existence d'un mandat d'administrateur ; l'existence d'une base statutaire (CO, art. 627, ch. 2) sans quoi le droit des actionnaires à une part proportionnelle du bénéfice net serait violé (CO, art. 660) (TF, 6 juillet 1965, *ATF* 91 II 298, cons. 10 ; TF, 12 octobre 2004, 4C.386/2002) ; le prélèvement des tantièmes sur le bénéfice résultant du bilan, après les affectations à la réserve légale et le versement aux actionnaires d'un dividende de 5 % ou du taux supérieur prévu par les statuts (CO, art. 677), la fixation du montant des tantièmes par l'assemblée générale (CO, art. 698, al. 2), uniquement après approbation des

prononcer en faveur d'un modèle mixte : modèle des tantièmes et modèle alternatif de la minorité de la commission qui se fondait sur le mécanisme dit des rémunérations inadmissibles au sens de l'article 731m du nouveau contre-projet indirect[1243]. Alors que le contre-projet se situait plutôt dans la lignée d'un renforcement progressif de la « corporate governance » — gouvernement de l'entreprise selon des règles souples[1244] —, l'initiative acceptée a opté pour une limitation stricte des rémunérations abusives.

431. Cette réglementation rejoint une tendance internationale[1245]. Elle n'est certainement pas anticapitaliste, mais au contraire vise la maximisation de la *shareholder value*, l'enrichissement le plus grand possible des actionnaires. L'idée est d'empêcher les rémunérations contraires au marché, mais non pas forcément d'intervenir sur le marché lui-même[1246].

432. Le législateur dispose encore d'une certaine latitude pour transcrire l'initiative dans la loi[1247]. Un avant-projet d'ordonnance, accompagné d'un rapport explicatif, avait été dévoilé le 14 juin 2013[1248]. Une procédure d'audition fut ouverte le 14 juin 2013 et s'est achevée le 28 juillet 2013[1249]. L'avant-projet a reçu un accueil globalement positif[1250]. Une ordonnance contre les rémunérations abusives a transposé l'initiative dès janvier 2014[1251], avec un effet immédiat en principe (ORAb, art. 26-32). La loi devrait être révisée après cette ordonnance transitoire[1252].

---

comptes annuels (Rapport complémentaire du 22 novembre 2010 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, *FF* 2011. 207, spéc. 208 et 211).

[1243] Avis du Conseil fédéral du 3 décembre 2010 sur le Rapport complémentaire du 22 novembre 2010 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, *FF* 2011. 241.

[1244] Pour un tableau comparatif de l'initiative et du contre-projet, *cf.* Henry Peter/Paul-Benoît Duvoisin, « Initiative Minder ou contre-projet indirect ? Que voter ? », 26 février 2013, disponible sur le site du Centre de droit bancaire et financier de l'Université de Genève : cms.unige.ch/droit/cdbf.

Le contre-projet indirect, sans prévoir de disposition pénale, proposait également que l'assemblée générale se prononçât annuellement sur le montant global des indemnités de la direction, mais les statuts pouvaient déterminer si cette consultation revêtait un caractère contraignant ou était effectuée à titre consultatif. Le contre-projet ne prévoyait rien sur l'élection des membres du comité de rémunération. Concernant la réglementation des plans de bonus et de participation des membres des organes, ils devaient être réglés dans le règlement de rémunération, soumis à l'approbation de l'assemblée générale. Étaient également déterminés par le règlement de rémunération les critères régissant les crédits, les prêts et les rentes, ainsi que la durée et les modalités de résiliation des contrats de travail des membres de la direction. Les statuts ne réglaient pas le nombre de mandats externes des membres des organes, mas il existait une obligation de publier les mandats dans le rapport de rémunération. Les indemnités de départ étaient interdites. L'assemblée générale pouvait toutefois approuver des dérogations, à la majorité qualifiée, dans la mesure où celles-ci sont dans l'intérêt de la société. Le contre-projet prévoyait en outre : une reformulation de la disposition sur l'action en restitution des prestations indûment perçues afin d'en améliorer l'efficacité (CO, art. 678 ; CPC, art. 107, al. 1er) ; une concrétisation des devoirs de diligence relatifs à la fixation des indemnités (CO, art. 717, al. 1bis).

[1245] Brigitta Moser-Harder, « Abzocker-Initiative liegt im internationalen Trend », *Jusletter* 14 janvier 2013.

[1246] Daniel Häusermann, « Aktienrechtliche Umsetzung der "Abzocker"-Initiative: Spielraum und Rechtstechniken », *RSJ* 2012. 537, spéc. 540.

[1247] Daniel Häusermann, « Aktienrechtliche Umsetzung der "Abzocker"-Initiative: Spielraum und Rechtstechniken », *RSJ* 2012. 537, spéc. 539.

[1248] Tous deux disponibles sur le site internet de l'Office fédéral de la justice.

[1249] Lettre de Simonetta Sommaruga et communiqué du Conseil fédéral du 14 juin 2013, tous deux disponibles sur le site internet du Département fédéral de justice et police.

[1250] « Accueil positif pour l'ordonnance sur les rémunérations abusives », *Le Temps* 28 juillet 2013. Pour un avis plus critique, voir la lettre adressée par l'Union syndicale suisse à Mme la Conseillère fédérale Sommaruga (disponible sur le site internet de l'USS : uss.ch).

[1251] Pour l'instant il est prévu que l'ordonnance entre en vigueur le 1er janvier 2014, avant qu'une loi d'adaptation ne prenne le relai.

[1252] Voir la note « Dispositions transitoires / application de l'ordonnance contre les rémunérations abusives » sur le site internet de l'Office fédéral de la justice.

B. Structure

433. L'Ordonnance contre les rémunérations abusives détermine son propre champ d'application, soit les sociétés anonymes au sens des articles 620 à 762 du Code des obligations dont les actions sont cotées en bourse en Suisse ou à l'étranger (ORAb, art. 1er, al. 1er).

434. L'ordonnance dispose ensuite un certain nombre de règles propres aux acteurs concernés : l'assemblée générale (ORAb, art. 2), le conseil d'administration (ORAb, art. 3 à 6), le comité de rémunération (ORAb, art. 7) et le représentant indépendant (ORAb, art. 8 à 11). Elle détaille ensuite le contenu renouvelé des statuts (ORAb, art. 12) et le régime du rapport de rémunération (ORAb, art. 13 -17). Elle traite également des points saillants de l'initiative Minder : les approbations par l'assemblée générale (ORAb, art. 18 et 19), les indemnités interdites (ORAb, art. 20 et 21) et l'obligation de voter et de communiquer des institutions de prévoyance (ORAb, art. 22 et 23). Elle s'achève par des dispositions pénales (ORAb, art. 24 et 25) et des dispositions transitoires et d'entrée en vigueur (ORAb, art. 26 à 33).

C. Appréciation générale

435. L'ordonnance présente divers traits caractéristiques des nouvelles réglementations administratives qui émergent dans notre domaine.

Comme dans la circulaire de la FINMA, on observe une prétention de l'administration à ***outrepasser les normes légales***. En contradiction apparente avec le principe de hiérarchie des normes, l'ordonnance contre les rémunérations abusives se déclare supérieure aux dispositions contraires du code des obligations (ORAb, art. 1er, al. 2). Toutefois, cette violation de la supériorité de la loi par rapport à l'ordonnance peut se justifier dans la mesure où l'ordonnance applique la Constitution (notamment les dispositions transitoires de l'article 197, c. 10) qui, elle, est supérieure à la loi.

436. D'autre part, on découvre une réglementation qui n'est ***guère structurée*** de manière systématique. Par exemple, la section 8 sur les « approbations par l'assemblée générale » aurait pu être regroupée avec la section 2 intitulée « assemblée générale ». Cet aspect « fourre-tout » est symptomatique de ces réglementations éclatées, conçues sans véritable plan d'ensemble.

437. En outre, cette réglementation risque de ***faire doublon*** avec le fondement légal déjà en vigueur permettant la restitution de prestations indûment perçues par les membres du conseil d'administration (CO, art. 678)[1253].

438. Il y a par ailleurs un problème de ***discrimination entre entreprises*** se trouvant sur un même secteur concurrentiel puisque seules les sociétés anonymes suisses, qu'elles soient

[1253] Hans-Ueli Vogt/Emanuel Schiwow/Karin Wiedmer, « Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten », *PJA* 2009. 1359, spéc. 1383.

cotées en bourse en Suisse ou à l'étranger, sont concernées[1254]. Ainsi, seuls les contrats de travail des dirigeants de sociétés anonymes suisses et cotées en bourse seront affectés.

439. On pourrait aussi se demander s'il était pertinent de séparer les entreprises ***en fonction de leur forme juridique*** et même les sociétés cotées des sociétés non cotées. Plus généralement, la transformation du droit des sociétés en un droit prescrivant un contenu plutôt que se contentant de poser des règles d'organisation et de procédure est-elle vraiment pertinente sur le long terme[1255] ? On peut malheureusement craindre que ce changement de paradigme ne soit gros d'incertitudes juridiques à venir.

D. Problèmes juridiques en droit du travail et solutions proposées

440. Du point de vue du droit du travail, ces dispositions de droit des sociétés posent plusieurs problèmes résultant de ce principe que les directeurs sont liés à leur société par un contrat de travail.

1) La qualité d'employeur

441. Un principe cardinal du droit du travail veut que la rémunération du travail soit spécifiée par les parties dans le contrat de travail[1256]. La fixation de la rémunération des travailleurs relève normalement de la ***gestion des affaires courantes***[1257] ; elle doit donc être effectuée par un organe suffisamment réactif.

Si les rémunérations des directeurs sont fixées par l'assemblée générale de la société[1258], la difficulté est que l'employeur ***se dissout dans une entité aux contours fluctuants***. Selon nous, des comités de rémunération, aux compétences clairement délimitées (dont la compétence de décider des rémunérations des dirigeants), offrent une alternative plus

[1254] Ce qui aurait également pour conséquence que les sociétés anonymes fondées selon un droit étranger seraient exclues du champ d'application de la réglementation même si elles sont cotées à la bourse suisse : Daniel Häusermann, « "Abzocker"-Initiative umsetzen – aber wie ? », *RSJ* 2013. 153, spéc. 154.

[1255] Hans-Ueli Vogt/Emanuel Schiwow/Karin Wiedmer, « Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten », *PJA* 2009. 1359.

[1256] *Cf. infra* n° 484 et s. La transcription de certains principes de rémunération dans les statuts de la société ne va pas sans poser des problèmes pratiques, notamment de place (les réglementations de bonus font souvent plusieurs pages) et de justiciabilité (le salarié pourra-t-il se prévaloir de ces documents au même titre que d'un contrat ou d'un règlement intérieur ?). À ce sujet, *cf.* Stefan Knobloch, « Ist die Volksinitiative "gegen die Abzockerei" umsetzbar ? », *GesKR* 2012. 372, spéc. 378. Pour notre part, nous estimons que seuls les principes généraux devraient figurer dans les statuts, afin de préserver les règles sur la modification des rémunérations (*cf. infra* n° 570 et s.).

[1257] Peter BÖCKLI/Claire HUGUENIN/François DESSEMONTET, *Le gouvernement d'entreprise : rapport du groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme,* CEDIDAC, Lausanne, 2004, pp. 152 et 266 ; Michel Jaccard/Erol Baruh, « L'équilibre des pouvoirs dans le cadre de la révision du droit de la SA », *RSDA* 2008. 135, spéc. 138. *Cf.* également : BÄCHLER, *Vergütungen*, p. 71.

[1258] Devra être clairement tranché le point de savoir s'il s'agit d'une véritable compétence de décision ou d'une simple compétence d'approbation (*cf.* BÄCHLER, *Vergütungen*, p. 84).

compatible avec les exigences propres du droit du travail et permettent une organisation plus claire de la société anonyme[1259].

2) La détermination contractuelle de la rémunération

442. Si la somme globale des rémunérations des directeurs devait être approuvée par l'assemblée générale (Cst., art. 95, al. 3 nouveau)[1260], avec un effet obligatoire[1261] et à l'avance (non pas rétrospectivement)[1262], il deviendrait délicat de loger le montant du salaire dans une clause du contrat de travail[1263]. En effet, spécifier la rémunération dans le contrat de travail est un ***engagement contractuel*** (CO, art. 1er), sanctionné par l'engagement de la responsabilité du débiteur en cas d'inexécution (CO, art. 97). Comment dès lors articuler dette contractuelle à l'égard du travailleur et possible remise en question des limites du pouvoir de s'engager au sein même de la personne de l'employeur ? Si l'employeur prend un engagement valablement, il ne pourra en principe plus se défaire de son obligation. Comme l'assemblée générale est censée voter une enveloppe globale de rémunération pour les membres du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif, ce sont ces personnes qui s'affronteront pour se répartir le butin à l'image des guerriers de Clovis autour du vase de Soissons[1264]. Par ailleurs, de quelle manière engager un directeur en contrat à durée indéterminée, si on ne peut lui promettre que le salaire d'une année ?

443. L'ordonnance prescrit que les statuts règlent les modalités du vote sur les rémunérations, ainsi que la marche à suivre en cas de refus des rémunérations par l'assemblée générale (ORAb, art. 18, al. 2). Les conditions minimales qui doivent être respectées sont le vote annuel sur les rémunérations, le vote séparé sur les montants globaux accordés au conseil d'administration, à la direction et au conseil consultatif et le caractère contraignant du vote (ORAb, art. 18, al. 3). Lorsque l'assemblée générale vote sur les rémunérations de la direction de manière prospective, les statuts peuvent également prévoir, sans nécessaire approbation de l'assemblée générale, un montant complémentaire destiné à assurer la rémunération des membres de la direction nommés après l'approbation de l'indemnité fixe (ORAb, art. 19).

444. Ce problème se résout, à notre avis, grâce à l'analyse des trois angles d'approche suivants : la ***protection de la confiance***, la ***lacune contractuelle*** et la ***condition suspensive***. Nous proposerons ensuite ***quelques pistes de solution***.

[1259] Pour la pertinence du recours aux comités de rémunération pour lutter contre les conflits d'intérêts des membres du conseil d'administration et de la direction, *cf.* BÄCHLER, *Vergütungen*, pp. 85-86.

[1260] Il faudra encore déterminer en combien de votes différents devra se faire cette approbation : Stefan Knobloch, « Ist die Volksinitiative "gegen die Abzockerei" umsetzbar ? », *GesKR* 2012. 372, spéc. 375 et s.

[1261] Ce qui est disctuable : Daniel Häusermann, « "Abzocker"-Initiative umsetzen – aber wie ? », *RSJ* 2013. 153, spéc. 156.

[1262] Rudolf Wehrli, « Nach der Minder-Initiative – wie weiter ? », *GesKR* 2013. 3.

[1263] Message du Conseil fédéral du 5 décembre 2008 relatif à l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives » et à la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme), *FF* 2009. 265, spéc. 295.

[1264] *Cf.* GRÉGOIRE DE TOURS, *Histoire des Francs,* éd. et trad. R. Latouche, Les Belles Lettres, Paris, 1963, livre II, chapitre 27.

a. La protection de la confiance

445. Du point de vue de la ***compétence***, il s'agit de considérer que la rémunération, à défaut d'être comportée dans l'enveloppe votée par l'assemblée générale, n'a pas été promise par la personne compétente pour le faire au sein de la société. Le conseil d'administration se serait présenté faussement comme étant en mesure d'engager la société sur ce point, conformément à ce qui prévaut en droit général des sociétés anonymes (CO, art. 716a)[1265], mais en contradiction avec les prévisions de l'ordonnance[1266]. On se retrouverait donc dans une « situation boiteuse »[1267]. À appliquer la jurisprudence retenue en matière de résiliation du contrat de travail dans ce genre d'hypothèse, il en résulterait la nullité de l'acte, à condition que le salarié ait douté de sa validité[1268]. Certes cette solution juridique s'applique en principe à une déclaration unilatérale de volonté. Mais on pourrait aussi se demander si le conseil d'administration, dans le cadre de la négociation contractuelle, n'est pas organe de fait à l'égard du travailleur, ou s'il ne s'est pas porté fort à son égard de la décision de l'assemblée générale.

446. Cette situation doit se régler selon nous en tenant compte du fait que le directeur d'une société anonyme cotée en bourse, prévenu de ces nouvelles règles, aura du mal à opposer sa bonne foi et à invoquer la nécessaire protection de sa confiance concernant la promesse de rémunération. Aussi doit-on considérer qu'il ne pouvait comprendre la promesse formulée par le conseil d'administration comme susceptible de lier la société tant que l'assemblée générale de cette dernière n'aurait pas entériné les montants de rémunérations concernés, conformément au système mis en place par l'ordonnance.

447. Les auteurs de l'ordonnance tentent de régler ce problème en soutenant que « lorsqu'existe un rapport de travail, les indemnités variables doivent être qualifiées de gratifications au sens de l'article 322d du Code des obligations et elles ne fondent donc pas un droit ». Devant être systématiquement approuvées par l'assemblée générale, elles ne pourraient jamais se transformer en rémunération obligatoire. Ce raisonnement est beaucoup trop rapide et irrespectueux du système général des obligations. En effet, une rémunération variable n'est pas automatiquement bénévole, du seul fait qu'elle présente un caractère variable. À notre sens, le système des rémunérations variables persiste au-delà de l'ordonnance contre les rémunérations abusives. Une rémunération dont les éléments de calcul sont objectifs reste due qu'elle soit approuvée ou non par l'assemblée générale, si l'on doit considérer que l'administrateur qui l'a promise a valablement engagé la société. Le cas échéant, mais l'hypothèse devrait être rarissime en raison des éléments indiqués dans le paragraphe précédent, la société pourrait alors être débitrice d'un élément de rémunération en faveur d'un travailleur, à charge pour les actionnaires d'invoquer la responsabilité des administrateurs qui auraient violé leurs devoirs en outrepassant leurs pouvoirs.

[1265] TF, 10 décembre 2001, *SJ* 2002 I 389, cons. 1b ; Anne Héritier Lachat, « Quelques propos sur la rémunération et la société anonyme », *Economie, environnement, éthique. De la responsabilité sociale et sociétale* (Liber Amicorum Anna Petitpierre-Sauvain, édit. Rita Trigo Trindade/Henry Peter/Christian Bovet), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2009, pp. 173-179, spéc. 175.

[1266] Rapport explicatif de l'Avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives (ORAb), 14 juin 2013, disponible sur le site de l'office fédéral de la justice (bj.admin.ch), p. 19.

[1267] TF, 10 décembre 2001, 4C.234/2001, *ATF* 128 III 129, cons. 2b.

[1268] TF, 26 août 2003, 4C.151/2003, cons. 4.3.

448. Aussi croyons-nous pouvoir soutenir, contrairement aux auteurs du rapport explicatif de l'avant-projet d'ordonnance[1269], que les parties ont tout intérêt à contractualiser les exigences posées par l'ordonnance.

b. La lacune contractuelle

449. Le directeur, en tant que travailleur, pourra en tout temps exiger que son travail soit rémunéré (CO, art. 320, al. 2) et ce, même si l'assemblée générale n'a pas accepté l'enveloppe de rémunération idoine ou si le conseil d'administration n'est pas parvenu à répartir les sommes en questions entre les différentes personnes pouvant y prétendre[1270]. Une dette de la société sera immanquablement née en faveur du directeur, en rémunération de son travail. Le montant en sera déterminé selon les règles classiques de la lacune contractuelle (CO, art. 320, al. 2 et art. 322). De même, si les parties ne décident rien dans l'attente de la décision de l'assemblée générale, on se trouve, comme précédemment, en présence d'une lacune contractuelle que le juge doit compléter, sans tenir compte de la répartition des compétences au sein de la personne de l'employeur : cette question ne concerne pas le travailleur, tout directeur qu'il soit, lorsqu'il réclame la rémunération du travail qu'il a fourni.

450. Ceci dit, le directeur peut toujours ***renoncer*** à sa prétention ou opérer une ***remise de dette*** au profit de la société qui l'a employé[1271].

c. La condition suspensive

451. Pour pallier ces difficultés, on aurait pu penser à affecter la clause de rémunération du directeur d'une condition suspensive dont l'événement serait l'acceptation de l'enveloppe globale par l'assemblée générale. Mais la condition ne peut affecter qu'une obligation préalablement stipulée. Le conseil d'administration s'engagerait à payer une somme, à la condition de son approbation par l'assemblée générale. Le risque serait alors que le conseil d'administration se retrouve prisonnier d'un choix de montant, qui pourrait bien être dimminué par les actionnaires. De plus, une telle condition ne peut affecter en principe qu'une gratification et non la rémunération de base même si elle est variable[1272]. Aussi la solution de la condition suspensive n'est-elle qu'un pis-aller, au champ d'application nécessairement limité.

[1269] Rapport explicatif de l'Avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives (ORAb), 14 juin 2013, disponible sur le site de l'office fédéral de la justice (bj.admin.ch), p. 19.

[1270] Inversement, il faut souligner le paradoxe qu'il peut y avoir à exiger que les actionnaires votent l'ensemble de la rémunération à l'avance, alors que certains éléments de rémunération (comme la gratification par exemple) n'auraient vocation à être votés qu'après coup : Stefan Knobloch, « Ist die Volksinitiative "gegen die Abzockerei" umsetzbar ? », *GesKR* 2012. 372, spéc. 376.

[1271] On trouve quelques exemples de telles renonciations dans la pratique (*cf.* Michel Jaccard/Erol Baruh, « L'équilibre des pouvoirs dans le cadre de la révision du droit de la SA », *RSDA* 2008. 135, spéc. note 36 ; *cf.* « Daniel Vasella renonce à ses 72 millions de francs », *Le Temps* 19 février 2013).

[1272] *Cf. supra* n° 165 et s.

d. Autres pistes de solution

452. Une piste de solution consisterait à interpréter l'exigence de vote annuel de l'assemblée générale sur les rémunérations de la direction de telle manière que l'assemblée soit soumise à un impératif de fréquence annuelle de vote, mais que la rémunération votée pourrait s'étendre au-delà d'une année, ce qui reviendrait à alimenter un pool de rémunération pluriannuel[1273].

453. Une autre solution serait que l'assemblée générale vote annuellement le montant de la rémunération annuelle, ainsi que le montant correspondant à un éventuel délai de congé ; si l'assemblée générale refusait de voter le montant des salaires l'année suivante, le conseil d'administration pourrait licencier le directeur tout en possédant encore de quoi le rémunérer pendant le délai de congé[1274].

454. Enfin, on peut considérer qu'un congé-modification portant sur la rémunération du directeur serait justifié dans le cas où l'assemblée générale modifierait le montant de la rémunération. À notre avis toutefois, il vaut mieux prévoir une clause de modification unilatérale de la rémunération du directeur, à exercer toutefois de manière raisonnable[1275]. En toute hypothèse, faire peser sur l'assemblée générale la menace de saisir le juge pour obtenir une rémunération devrait équilibrer le rapport de force et inciter les actionnaires à trouver une solution satisfaisante.

3) L'illicéité de certaines sortes de rémunérations

455. L'interdiction de certaines rémunérations variables n'est pas une innovation de l'ordonnance. Elle existait déjà dans l'article 10a de la loi sur les banques[1276], lequel prévoit que le Conseil fédéral peut « *interdire totalement ou partiellement le versement de rémunérations variables* » et « *ordonner des adaptations du système de rémunération* » dans les banques d'importance systémique qui se voient accorder une aide financière par la Confédération[1277]. Cette disposition a pour but d'éviter que les ressources de l'État ne servent à financer des bonus exagérés[1278].

456. Dans l'ordonnance, certaines sortes de rémunérations deviennent ***illicites*** : indemnités de départ ; indemnités anticipées ; provisions pour le transfert ou la reprise de la totalité ou d'une partie d'entreprise ; prêts, crédits, rentes et rémunérations liées à la prestation,

[1273] Hans-Ueli Vogt/Manuel Baschung, « Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative gegen die Akzockerei ? », *GesKR* 2013. 5, spéc. p. 21.

[1274] Idée formulée par Edgar Philippin lors d'une conférence intitulée *La mise en œuvre de l'initiative contre les rémunérations abusives*, donnée à Genève le 6 janvier 2014.

[1275] *Cf. infra* n° 587.

[1276] Il s'agit d'un article introduit par la modification du 30 septembre 2011, introduite conformément au principe du *too big to fail* (*FF* 2011. 6897).

[1277] Julien Waeber, « Circulaire FINMA 2010/1 sur les systèmes de rémunération : des obstacles en droit civil? », *RSDA* 2012. 119, spéc. 121.

[1278] Message du Conseil fédéral du 20 avril 2011 concernant la révision de la loi sur les banques (Renforcement de la stabilité du secteur financier, too big to fail), *FF* 2011. 4365, spéc. 4412 et 4446.

lorsqu'ils ne sont pas prévus par les status ; titres de participation, droits de conversion et droit d'option, lorsqu'ils ne sont pas prévus par les statuts (ORAb, art. 20 et 21). La clause qui les prévoit doit donc être frappée de nullité (CO, art. 19 et 20)[1279].

457. Toutefois, si le directeur les a perçues, on ne pourrait exiger qu'il les rende que sur le fondement de l'***enrichissement illégitime***, lequel obéit à un régime propre. Or, peut-on affirmer que c'est « sans cause légitime » qu'un directeur s'est enrichi lorsqu'il a travaillé au service d'une société (CO, art. 62) ? Au contraire, ne doit-on pas considérer que la cause est légitime, même si le montant paraît ne pas l'être ? Aussi, une rémunération indûment perçue ne devrait pas être sanctionnée principalement par la voie de l'enrichissement illégitime, mais bien plutôt par celle de la ***responsabilité contractuelle***, que ce soit celle du travailleur ou celle de l'employeur. La responsabilité contractuelle du directeur pourra être engagée si les conditions de l'article 321e du Code des obligations sont remplies. Dans l'interprétation de cet article, il y aura lieu d'être d'autant plus exigeant que le poste occupé est élevé et la contre-partie du travail importante. De plus, comme précédemment, les actionnaires peuvent toujours actionner les administrateurs en responsabilité lorsqu'ils ont rémunéré de manière excessive un directeur incompétent[1280].

458. Dans la pratique, les conséquences pénales attachées à la violation de l'interdiction de l'octroi de certaines sortes de rémunération, devraient radicalement limiter la survenance de ce genre d'hypothèse. De plus, le sort des montants de rémunération versés devrait être scellé sur le plan pénal plutôt que sur le plan civil, comme nous allons le voir à présent.

4) La pénalisation du droit des rémunérations

459. Des conséquences pénales sont prévues en cas de non-observation de la nouvelle réglementation (ORab, art. 24)[1281].

Cette incrimination pose le problème connexe de la ***confiscation***. Aux termes de l'article 70, alinéa 1er, du Code pénal « *le juge prononce la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits* ». Certes, l'alinéa 2 de ce même article précise que « *la confiscation n'est pas prononcée lorsqu'un tiers a acquis les valeurs dans l'ignorance des faits qui l'auraient justifiée, et cela dans la mesure où il a fourni une contre-prestation adéquate ou si la confiscation se révèle d'une rigueur excessive* ».

[1279] Florian Zihler, « Verordnung gegen übermässige Vergütungen », *ECS* 2014. 46. Cet auteur estime que la revendication du travailleur pourrait également être considérée comme abusive.

[1280] Les auteurs de l'avant-projet d'ordonnance précisent d'ailleurs que l'approbation des indemnités par l'assemblée générale ne libère pas le conseil d'administration de son devoir de diligence dans le cadre de la fixation de la politique de rémunération de l'entreprise : Rapport explicatif de l'Avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives (ORAb), 14 juin 2013, disponible sur le site de l'office fédéral de la justice (bj.admin.ch), p. 20.

[1281] Cette sanction pénale est, selon un auteur, une disposition unique en son genre : Peter Forstmoser, « "Say-on-Pay" – Die Volksinitiative "gegen die Abzockerei" und der Gegenvorschlag des Parlaments », *RSJ* 2012. 337. Selon d'autres auteurs, la norme pénale contenue dans le texte de l'initiative ne pourrait être consacrée que dans une loi au sens formel et non dans une simple ordonnance : Pascal Brand/Karl-Marc Wyss/Pascal Zysset, « Nulla Minder-poena sine lege », *Jusletter* 27 mai 2013.

460. L'esprit et le but de la confiscation excluent que cette mesure puisse porter atteinte à des valeurs acquises de bonne foi lors d'un marché conforme à la loi[1282]. Ainsi, la jurisprudence considère que cette exception ne vise que le tiers qui a acquis des valeurs délictueuses après la commission de l'infraction, à l'exclusion de celui qui a reçu les valeurs directement par l'infraction, à l'instar par exemple de l'entreprise qui profite directement du produit illicite provenant d'une infraction commise par un de ses employés ou du proche d'un fonctionnaire corrompu auquel l'auteur a directement versé un pot-de-vin[1283]. Pour échapper au séquestre pénal, celui qui a reçu une somme qui est le produit d'une infraction doit donc ignorer de bonne foi la provenance délictueuse de la somme qui lui a été versée et cette bonne foi doit subsister au moment où il a accompli sa contre-prestation[1284]. La part de rémunération correspondant à une contre-prestation effectuée avant la date où la bonne foi du bénéficiaire a cessé échappe à la confiscation[1285].

461. Il paraît peu probable qu'un dirigeant de société anonyme cotée ignore, de bonne foi, tant au moment où il reçoit une rémunération que durant toute la période où il exécute le travail correspondant à cette rémunération, que cette dernière lui a, par hypothèse, été versée en fraude des droits des actionnaires. Ainsi, la confiscation de ces sommes est envisageable au plan pénal.

462. La législation contre les rémunérations abusives est amenée à évoluer dans les prochains mois et les prochaines années. Il conviendra donc d'y être attentif et d'ajsuter nos réflexions à ces évolutions.

[1282] TF, 21 septembre 1989, *ATF* 115 IV 175, cons. 2b/bb ; TF, 10 septembre 2012, 1B_365/2012 et 1B_367/2012, *SJ* 2013 I 13, com. B. Bertossa, cons. 3.3.

[1283] TF, 24 février 2006, 6S.298/2005, *SJ* 2006 I 461, cons. 4.1 ; TF, 8 septembre 2011, 6B_80/2011, cons. 4.2 ; TF, 10 septembre 2012, 1B_365/2012 et 1B_367/2012, *SJ* 2013 I 13, com. B. Bertossa, cons. 3.2.

[1284] TF, 5 mai 2006, 1S.5/2006, *SJ* 2006 I 489, cons. 3.2 ; TF, 10 septembre 2012, 1B_365/2012 et 1B_367/2012, *SJ* 2013 I 13, com. B. Bertossa, cons. 3.2.

[1285] TF, 5 mai 2006, 1S.5/2006, *SJ* 2006 I 489, cons. 3.1 et 3.2.2 ; TF, 10 septembre 2012, 1B_365/2012 et 1B_367/2012, *SJ* 2013 I 13, com. B. Bertossa, cons. 3.3.

PARTIE III

DES PROBLÈMES COMMUNS RENOUVELÉS

---

463. Dans les droits européens, le contrat de travail est un contrat ***consensuel***[1286] : il est formé par le seul échange des consentements des parties sans qu'aucune formalité ne soit, en principe, imposée à peine de nullité[1287]. Ce consensualisme signifie en pratique que la conclusion d'un contrat de travail se fait sans contrôle juridique préalable et contraignant. En bref, aucune autorité n'est appelée à contrôler la qualification donnée par les parties à leur convention. Or, l'insertion d'un mode de rémunération variable dans un rapport du travail n'est pas anodine. Elle peut conduire à se demander si les éléments caractéristiques du contrat de travail perdurent : se pose alors un problème de ***qualification*** du contrat (**chapitre I**). Elle conduit également à appréhender sous un jour nouveau les règles classiques qui régissent la ***formation*** (**chapitre II**), l'***exécution*** (**chapitre III**), la ***modification*** (**chapitre IV**) et la ***fin*** du contrat de travail (**chapitre V**).

[1286] POTHIER l'avait déjà relevé (*Traité du contrat de louage,* p. 352).
[1287] Définition de Philippe MALAURIE, *Droit civil illustré,* Defrénois, Paris, 2011, p. 297.

CHAPITRE I

RÉMUNÉRATION VARIABLE ET QUALIFICATION DU CONTRAT[1288]

« *Il n'y a que les services ignobles et appréciables à prix d'argent qui soient susceptibles du contrat de louage.* »

POTHIER, *Traité du contrat de louage*

464. **Risque d'entreprise et requalification.** Les éléments caractéristiques du contrat de travail sont résumés aujourd'hui par un quatuor dont la mélodie est familière : prestation de travail, rémunération, durée, lien de subordination. Mais le contrat de travail s'articule également autour du principe selon lequel le ***risque d'entreprise*** est supporté par

[1288] **Rémunérations variables et contrats de travail de droit public.** Généralement, l'emploi public est rémunéré par un système de ***grilles salariales*** ou d'***échelles de traitement*** (*cf.* Wolfgang Portmann, « Zum Inkrafttreten des Bundespersonalgesetzes und der Bundespersonalverordnung », *DTA* 2001. 179 ; Martine Morard, « Les systèmes de rémunération applicables à la fonction publique : exemple du canton de Fribourg », *RFJ* 2004. 201), afin de garantir un emploi raisonné et égal de l'argent public (sur l'égalité de traitement, *cf.* TF, 2 avril 2013, 8C_969/2012). Comme les rémunérations variables complémentaires risquent de perturber cet équilibre, voire de l'anéantir, elles sont généralement très contrôlées et leur octroi est soumis à des conditions strictes. Par exemple, l'Université de Genève a édicté un mémento sur les indemnités et rémunérations complémentaires au salaire de base, dont certaines sont purement et simplement interdites en cumul du traitement maximal. Dans la lignée des révisions générales des politiques publiques mises en place depuis les années 1990, on a assisté, en matière de rémunération des dirigeants du secteur public, à une convergence avec le secteur privé. On vit apparaître des indemnités de départ lors des changements de contrôle des sociétés publiques et se manifester une tendance consistant à lier les rémunérations à la performance. On a prôné une « nouvelle gestion publique », c'est-à-dire une gestion de l'administration en fonction des résultats à atteindre et non plus en fonction de procédures à suivre et de ressources à engager (Frédéric Varone, « Nouvelle gestion publique et évaluation : un couplage réussi grâce à la légistique ? », *De l'évaluation à l'action législatives, Actes du colloque en l'honneur du Professeur Jean-Daniel Delley* (édit. Ursula Cassani/Alexandre Flückiger), Université de Genève, 2009, pp. 27-46). On retrouve cette logique dans l'Ordonnance du 19 décembre 2003 sur les salaires des cadres, dont le but est de permettre au Conseil fédéral d'exercer une « réelle influence » sur la détermination du salaire des cadres et de favoriser la « transparence » à l'égard de l'opinion publique (Rapport de la Commission des institutions publiques du Conseil national, 25 avril 2002, *FF* 2002 6972, spéc. 6976). Sur l'intérêt que subsiste un régime différent pour le droit de la fonction publique de celui du droit commun du travail, *cf.* Marcel Pochard, « Droit de la fonction publique et droit commun du travail », *Vers un modèle européen de fonction publique ?* (dir. Laurence Potvin-Solis), Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 131-141. Sur la question de la rémunération variable dans un contrat administratif en droit français, *cf.* Florence Lerique, « La rémunération des fonctionnaires au mérite », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 2007. 683.

l'employeur[1289]. Or, certaines structures de rémunérations variables semblent procéder à une nouvelle ***répartition des risques***. Dès lors se pose la question de la qualification de la convention conclue dans ce cadre particulier[1290]. La volonté des parties étant première en matière contractuelle, c'est par elle, pour chaque espèce donnée, qu'il conviendra de débuter. Mais la qualification du contrat de travail n'est pas laissée à la libre disposition des parties[1291] ; ces dernières ne peuvent faire échec à la volonté du législateur en matière de qualification et le juge qui constate que les éléments caractéristiques du contrat de travail sont présents ***requalifiera*** la relation contractuelle en contrat de travail[1292], nonobstant un éventuel accord des parties sur la qualification originelle du contrat[1293].

465. **Critères de qualification.** On synthétise aujourd'hui de manière plus précise la définition juridique du contrat de travail comme la relation dans laquelle une ***personne physique*** effectue, ***à titre onéreux*** et dans la ***durée***, des actions ***pour le compte d'***une autre personne, ***sous sa direction***[1294] et en lui laissant supporter l'essentiel du ***risque lié à cette activité***[1295]. Un lien de subordination caractérise donc prioritairement la relation entre le travailleur et l'employeur[1296]. Mais la jurisprudence et la doctrine utilisent concurremment le fondement de la « relation de dépendance » (*Abhängigkeitsverhältnis*)[1297] ou même de la ***dépendance économique*** du travailleur[1298], voire de son intégration dans la structure de l'entreprise[1299]. En effet, il existe une présomption légale selon laquelle un contrat de travail est réputé conclu lorsqu'une personne accepte, pour une période donnée, l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni qu'***en échange d'une rémunération*** (CO, art. 320, al. 2)[1300]. Le contrat de travail étant par essence un ***contrat onéreux***[1301], l'idée est

---

[1289] Thomas Geiser, « Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn », *PJA* 2001. 382 ; *cf.* Christoph Senti, « Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation », *PJA* 2002. 669, spéc. 671.

[1290] Philippe MALAURIE, *Droit civil illustré,* Defrénois, 2011, p. 309.

[1291] *Inter multa* : TF, 21 mars 1995, *JAR* 1996. 95 ; TF, 5 juillet 2011, 4A.194/2011, cons. 5.3.

[1292] Dans l'hypothèse d'une requalification, le juge déterminera dans le même mouvement le montant de la rémunération due si rien n'était prévu : TF, 23 août 1999, *JAR* 2000. 109. La règle vaut aussi bien pour le droit suisse que pour le droit français : Ass. plén., 4 mars 1983, *Ecole des Roches, D.* 1983. 381, concl. Cabannes, *D.* 1984. IR. 164, obs. Béraud. On la retrouve en droit anglais : Deborah LOCKTON, *Employment Law,* Palgrave Macmillan, Londres, 7e éd., 2010, p. 23.

[1293] TF, 2 mai 2011, 4A_71/2011, cons. 2.3.

[1294] Voir la définition légale (CO, art. 319) et les apports jurisprudentiels : « *L'élément caractéristique du contrat de travail, qui permet de le différencier en particulier du contrat de mandat, est le rapport de subordination juridique qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle "personnel, organisationnel et temporel"* » (TF, 8 juin 1995, *ATF* 121 I 259, *SJ* 1996. 93, cons. 3a ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 2 *ad* art. 319 CO ; TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 476). On trouvait déjà chez Pothier une définition similaire du louage d'ouvrage : « *Le contrat de louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties contractantes donne un certain ouvrage à faire à l'autre qui s'oblige envers elle de le faire pour le prix convenu entre elles, que celle qui lui a donné l'ouvrage à faire s'oblige de son côté de lui payer.* » (POTHIER, *Traité du contrat de louage,* p. 350)

[1295] *Cf.* TF, 25 janvier 2007, 4C.276/2006, cons. 4.1.

[1296] TF, 24 novembre 1964, *Veuve Henri Duvoisin, ATF* 90 II 483, *JT* 1965 I 254, cons. 1 ; TF, 8 juin 1995, *ATF* 121 I 259, *SJ* 1996. 93, cons. 3a ; TF, 21 décembre 1998, *ATF* 125 III 78, *SJ* 1999 I 385, *Pra* 1999 91 506, cons. 4 ; TF, 1er septembre 2000, 4C. 135/2000, cons. 3a ; TF, 9 mars 2004, 4P.83/2003, cons. 3.2 ; TF, 5 juillet 2011, 4A.194/2011, cons. 5.6.1 ; TF, 24 octobre 2011, 4A_381/2011, cons. 6 ; TF, 16 juillet 2012, 4A_139/2011, cons. 5 ; ENGEL, *Contrats*, p. 290 ; Gabriel Aubert, « La compétence des tribunaux genevois de prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente », *SJ* 1982. 193, spéc. 202.

[1297] TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 468.

[1298] TF, 25 janvier 2007, 4C.276/2006, cons. 4.3 ; TF, 9 février 2009, 4A_553/2008, cons. 4.2 ; CAPH-GE, 9 avril 2010, *JAR* 2001. 459, cons. 2.4.

[1299] TF, 4 février 2000, *JAR* 2001. 135 ; TF, 9 mars 2004, 4P.83/2003.

[1300] TF, 6 mars 2013, 4A_641/2012, *DTA* 2013. 127 ; Christoph Senti, « Zulagen, Zuschläge und 13. Monatslohn », *PJA* 2006. 289. L'intérêt de la fiction posée par cet alinéa consiste, selon nous, à soustraire l'accord sur la rémunération des conditions d'existence du contrat de travail. Cette particularité isole le contrat de travail de la matrice des contrats spéciaux qu'est le contrat de vente, dans lequel le prix est un élément constitutif de l'accord des parties (*cf.* CO, art. 184 : « *La vente est un contrat par lequel le vendeur s'oblige à livrer la chose vendue à l'acheteur et à lui en transférer la propriété, moyennant un prix que l'acheteur s'engage à lui payer.* » ; le droit français est encore plus explicite, *cf.* C. civ., art. 1583 : « *[La vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur,*

que doit être protégée par le droit du travail — et donc rémunérée — la personne qui « *promet ses services* », selon la formulation du projet de Code des obligations (art. 1369)[1302]. L'analyse de ces éléments s'opère *in concreto*[1303]. Sauf intervention de lois spéciales de protection[1304], aucune distinction n'est opérée en fonction du type d'activité exercée par le salarié.

466. **Charge de la preuve.** En vertu de la maxime ***actori incumbit probatio,*** il appartient à la partie qui invoque l'existence d'un rapport juridique pour en déduire l'existence d'un droit de rapporter la preuve de l'existence de ce rapport juridique (CC, art. 8). Le Tribunal fédéral, juge toutefois que l'employeur ne peut plus se plaindre devant lui de la qualification de contrat de travail retenue par un tribunal cantonal pour une relation avec un salarié vendeur d'aspirateur — et malgré la dénomination de contrat d'agence retenue par les deux parties —, dès lors qu'il n'a ni contesté cette qualification devant la cour d'appel cantonale, ni invoqué la nécessité de compléter l'état de faits cantonal devant lui[1305]. Le juge qui requalifie en contrat de travail la relation entre les parties n'a même pas à garantir le ***droit d'être entendu*** de l'employeur. En effet, ces éléments sont de toute

---

dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. »). Sur la question du prix, *cf.* Didier Truchet, « Prix », *Dictionnaire de la culture juridique,* (édit. Denis Alland/Stéphane Rials), Presses Universitaires de France, Paris, 2003. 1212-1215, spéc. 1213.

[1301] VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, p. 84 ; P. Schneiter *DTA* 2005. 242, comm. sous TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004 et TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004 ; *cf.* CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 25. Cette présomption légale est ancienne puisqu'elle était déjà présente dans le Code fédéral des obligations de 1881 (art. 338, al. 2) ainsi que dans le Code de 1911 (art. 320, al. 2). Elle est considérée aujourd'hui, après des hésitations doctrinales (*cf.* Hermann BECKER, *Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse,* Stämpfli, « Berner Kommentar », Berne, 1934, N 4 *ad* art. 320 CO), comme une ***présomption irréfragable***, autrement dit une fiction légale (*Message 1967,* p. 304 ; pour une approche critique, voir Adrien Vion, « L'art. 320 al. 2 CO : une règle compatible avec les dispositions sur la conclusion des contrats ? », *SJ* 2013 II 29). Lorsqu'une personne accepte de travailler ***gratuitement*** sous la direction d'autrui, il n'y a pas contrat de travail (TF, 24 novembre 2004, 4P.194/2004, cons. 2.4 ; AUBERT, *Commentaire romand*, N 14 *ad* art. 319 CO), sauf si les parties n'ont renoncé que momentanément à une rémunération (TF, 13 mai 1969, *ATF* 95 II 126, cons. 3d ; TF, 11 septembre 1981, *ATF* 107 Ia 107, cons. 2b) : il y a soit mandat (CO, art. 394, al. 2), soit contrat innommé, lequel peut revêtir la forme d'un acte de complaisance (accompli, par exemple, par amitié ; TF, 20 septembre 1990, *ATF* 116 II 695, *JT* 1991 I 625, *SJ* 1991. 298, cons. 2b/bb ; TF, 24 novembre 2004, 4P.194/2004, cons. 2.4) ou du bénévolat (travail en faveur d'une cause souvent idéale comme la politique ou le service social ; *cf.* STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 2 *ad* art. 319 CO).

[1302] *Message 1905,* p. 159.

[1303] TF, 4 février 1986, *ATF* 112 II 41, *JT* 1986 I 253, *SJ* 1986. 388, cons. 1a/aa ; TF, 13 mai 1993, *ATF* 119 V 161 (pour le statut de cotisant social d'un journaliste indépendant) ; TF, 27 juin 1996, *ATF* 122 V 169 (l'activité d'une « hôtesse », dont la tâche consiste à entretenir des conversations téléphoniques dans le cadre d'un télékiosque, est qualifiée d'activité lucrative dépendante au sens de l'article 5, alinéa 2, LAVS) ; TF, 10 décembre 2001, *ATF* 128 III 129, *JT* 2003 I 10, *SJ* 2002 I 389, cons. 1 ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, *ATF* 129 III 664, *JT* 2004 I 60 ; TF, 9 janvier 2004, *ATF* 130 III 213, *JT* 2004 I 223 ; TF, 9 mars 2004, 4P.83/2003, cons. 3.2 (le Tribunal fédéral dit qu'il faut se fonder sur « *l'image globale que présente l'intégration de l'intéressé dans l'entreprise* ») ; AUBERT, *Commentaire romand,* N 5-13 *ad* art. 319 CO ; WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* pp. 21-22 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 2 et s. *ad* art. 319 CO ; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar*, N 1-12 *ad* art. 319 CO ; TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 476. Sur la distinction entre contrat de travail et activité dépendante au sens du droit de la sécurité sociale, *cf.* Sara Rousselle-Ruffieux, « Activité dépendante et indépendante au regard du CO et de la LAVS », *Panorama II en droit du travail,* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2012, pp. 177-209.

[1304] Par exemple, pour les marins (LNM), les travailleurs à domicile (LTrD), etc. Il faut également mentionner le travail en famille lequel se trouve régi non par le Code des obligations, mais par le Code civil, et donne droit non pas à une rémunération mais à une simple indemnité. Cette indemnité, que le Code civil veut « *équitable* », est appelée *Lidlohn* en allemand et vise à récompenser les enfants et petits-enfants qui vivent en ménage commun avec leurs parents ou grands-parents et leur consacrent un temps de travail (CC, art. 334, art. 334*bis* et art. 603, al. 2 ; *cf.* TF, 27 novembre 1941, *ATF* 67 II 200). Aussi le travail accompli en famille n'est-il rémunéré qu'à la marge, voire même pas du tout (*cf.* TF, 15 février 1923, *ATF* 49 II 1 ; pour une distinction plus approfondie entre « *Arbeitslohn* » et « *Lidlohn* » et les conséquences juridiques qu'elle comporte, *cf.* Roman Richers, « Arbeitslohn oder Lidlohn ? », 2004. 85-132). Dans le même ordre d'idée, l'article 322, alinéa 2, du Code des obligations pose la présomption selon laquelle l'entretien et le logement du salarié qui vit dans le ménage de l'employeur font partie de sa rémunération (*cf.* CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 26).

[1305] TF, 2 mai 2011, 4A_71/2011, cons. 2.2.

façon soustraits à sa liberté contractuelle du fait de l'application des normes impératives du droit du travail[1306].

467. **Modes de rémunération et qualification du contrat.** Dans la mesure où le montant de la rémunération est avant tout fonction de la volonté des parties (*cf.* CO, art. 319, al. 1er), l'***absence totale de rémunération fixe*** ne peut, à elle seule, remettre en cause l'existence d'un contrat de travail. Aussi ne doit-on pas cesser de qualifier une convention de contrat de travail du seul fait que la rémunération varie dans une mesure telle qu'elle est versée certains mois et n'est pas du tout versée d'autres mois[1307]. De la même manière, un paiement par factures mensuelles adressées par un travailleur à une entreprise n'exclut pas la qualification de contrat de travail — malgré le caractère variable des frais —, dès lors que les critères du contrat de travail sont réunis[1308]. Plus précisément, un mode de rémunération consistant en une ***provision*** calculée sur la base du chiffre d'affaires de l'entreprise n'empêche en rien la qualification de contrat de travail[1309]. C'est donc de manière erronée qu'une décision cantonale ancienne avait cru pouvoir considérer qu'un taux de commission anormalement élevé pouvait être un indice en faveur d'un contrat d'agence[1310].

468. **Contrat de travail et société simple.** La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun (CO, art. 530, al. 1er)[1311]. Elle suppose un *animus societatis,* ou une *affectio societatis,* soit la volonté commune à plusieurs personnes de s'associer. Dans un contrat de société également, il peut être convenu que l'***associé*** soit rémunéré — par une dérogation licite à l'article 537, alinéa 3, du Code des obligations[1312]. Par ailleurs, le rôle d'associé d'une personne peut apparaître dans les modalités de sa rémunération, notamment lorsque cette dernière est purement aléatoire[1313]. En ce qui concerne les rémunérations variables, la question s'est posée avec une acuité particulière dans le domaine du ***sport médiatique*** : on s'est demandé comment déterminer le régime de la clause du contrat d'un joueur de football — en apparence salarié du club dans lequel il évolue — clause qui stipulait que, en cas de transfert de son club d'origine à un autre club, le joueur aurait droit à une participation à l'indemnité de transfert négociée entre les deux clubs. Cette participation du joueur à l'indemnité de transfert a-t-elle pour conséquence que la relation entre les parties n'est plus un contrat de travail mais est devenue un contrat de société simple ? Le Tribunal fédéral rejette cette solution : il précise que la participation d'un footballeur à une indemnité de transfert — laquelle est d'ailleurs licite — fait partie,

[1306] TF, 2 mai 2011, 4A_71/2011, cons. 2.3.

[1307] TF, 25 février 2004, 4C.226/2003, cons. 3.2.1.

[1308] TF, 31 octobre 2002, 4C.177/2002, cons. 1.2.4.

[1309] CJ-GE, 6 mars 1959, *SJ* 1960. 153 ; CAPH-GE, 7 octobre 1980, *Quatre cents arrêts,* n° 1 ; CAPH-GE, 13 janvier 1982, *Quatre cents arrêts,* n° 20.

[1310] CAPH-GE, 7 novembre 1974, *Quatre cents arrêts,* n° 30.

[1311] *Cf.* arrêts de principe : TF, 7 octobre 1958, *ATF* 84 II 493 ; TF, 5 juillet 2011, 4A.194/2011, cons. 5.6.1.

[1312] TF, 1er septembre 2000, 4C.135/2000, cons. 3b. La qualification en ***droit de la sécurité sociale*** n'est pas déterminante : les autorités compétentes en la matière peuvent qualifier de revenus provenant d'une activité dépendante certaines sommes sans qu'il en découle une qualification automatique en droit du travail. Le fait que le prétendu employeur ait prélevé des cotisations sociales sur la rémunération peut toutefois, en fonction des circonstances, constituer un indice non arbitraire en faveur du contrat de travail (*cf.* TF, 8 juin 1995, *ATF* 121 I 259, *SJ* 1996. 93, cons. 3c ; TF, 27 juin 1996, *ATF* 122 V 169, cons. 6a ; TF, 21 juin 2011, 4A_184/2011, cons. 6 ; CAPH-GE, 9 avril 2010, *JAR* 2011. 459, cons. 2.5.7).

[1313] TF, 1er septembre 2000, 4C.135/2000, cons. 3b.

comme « avenant », de son contrat de travail ; le contrat de travail ne doit pas être requalifié en contrat de société simple[1314].

469. **Contrat de travail partiaire.** Une figure assez particulière, empruntée au droit allemand[1315], fut parfois envisagée : le « contrat de travail partiaire »[1316]. Il faut préciser que le critère du lien de subordination n'avait pas été fermement consacré comme le critère essentiel du contrat de travail avant un certain temps ; du coup, le Tribunal fédéral voyait dans des contrats de travail où la rémunération dépendait du résultat économique de l'activité exercée ou de l'opération exécutée par le salarié, des contrats de travail d'un type spécial ainsi dénommés[1317]. Les critères de qualification de ces contrats de travail partiaires étaient relativement flous : le Tribunal fédéral jugea dans une affaire que le simple « *caractère aléatoire de la rémunération* », dès lors qu'il faisait « *partager* » au salarié — dans une large mesure, certes — les pertes et profits de l'entreprise, était le signe de ce que le contrat n'était pas un contrat de travail ordinaire[1318]. La doctrine définit les contrats partiaires comme « *les contrats dans lesquels la rémunération d'une des parties dépend du succès de l'activité de l'autre* »[1319] : la rémunération y est proportionnelle aux résultats ou aux bénéfices réalisés[1320].

470. L'institution du contrat de travail partiaire permettait au Tribunal fédéral de soustraire les relations contractuelles en question à un certain nombre de règles impératives du droit du travail. La doctrine, notamment sous la plume du Professeur AUBERT, s'y opposa fermement : en dépit de ce qu'ils prévoyaient des rémunérations variables liées au profit et, dans une certaine mesure, aux risques économiques, il fallait considérer que ces contrats n'en restaient pas moins des contrats de travail au sens de l'article 319 du Code des obligations[1321]. En parallèle, des juridictions cantonales avaient déjà identifié depuis plusieurs années le critère du ***lien de subordination*** comme critère essentiel du contrat de travail. En effet, il avait été jugé il y a quarante ans déjà que le fait que la rémunération d'un chauffeur de taxi résultât de l'encaissement d'une partie du prix des courses effectuées ne s'opposait pas à l'existence d'un contrat de travail dès lors qu'était établie par ailleurs l'existence d'un lien de subordination caractérisant la relation entre l'exploitant du taxi et le chauffeur[1322]. Concernant, en particulier, la participation aux bénéfices, une juridiction genevoise avait clairement jugé qu'elle n'était pas suffisante à placer les parties sur un pied d'égalité et qu'elle ne créait pas un rapport de droit mixte où le contrat de travail et la société simple se fussent combinés ; la relation entre les parties demeurait un contrat de travail, nonobstant d'ailleurs le fait que l'employeur eût renoncé à prélever les cotisations de sécurité sociale normalement dues sur la somme qu'il avait versée à son

---

[1314] TF, 17 juillet 2007, 4A_59/2007, *DTA* 2007. 245-248, cons. 3.1-3.3.

[1315] Carl CROME, *Die partiarischen Rechtsgeschäfte*, Verlag von J. C. B. Mohr, Fribourg-en-Brisgau, 1897, p. 377 ; August Egger, « Die rechtliche Natur der stillen Beteiligung an einem Unternehmen », *Ausgewählte Schriften und Abhandlungen*, Schulthess, Zurich, 1957, tome II pp. 207 *sqq.* ; Hans Theodor SOERGEL/Wolfgang SIEBERT, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Kohlhammer, Stuttgart, 1999, 13e éd., N 14 *ad* vor § 705.

[1316] Initialement : Wilhelm BIRCHMEIER, *Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im schweizerischen Obligationenrecht,* Buchdruckerei J. Dossenbach, Baar, 1926, pp. 35 et s.

[1317] TF, 7 mai 1968, *ATF* 94 II 122, *SJ* 1969. 105, cons. 4c ; TF, 12 mai 1980, *ATF* 106 II 45, *JT* 1980 I 600, *SJ* 1981. 41, *JAR* 1982. 275 ; *cf.* pour un prêt partiaire : TF, 18 septembre 1973, *ATF* 99 II 303, *JT* 1974 I 383, *SJ* 1974. 324, cons. 4.

[1318] TF, 12 mai 1980, *ATF* 106 II 45, *JT* 1980 I 600, *SJ* 1981. 41, *JAR* 1982. 275.

[1319] TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 1120 ; *cf.* MORF, *Lohn und besondere Vergütungsformen,* p. 205.

[1320] TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 1120.

[1321] Gabriel Aubert, « Le contrat de travail partiaire », *RSJ* 1983. 169, spéc. 172-173 : « *Bien qu'il prévoie une rémunération variable, liée aux profits et dans une certaine mesure aux risques, le contrat de travail partiaire reste un contrat de travail.* » ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 40.

[1322] CJ-GE, 10 novembre 1972, *SJ* 1974. 157 ; *cf.* également : Zivilgericht-BS, 19 mars 1976, *BJM* 1977. 21, *JAR* 1980. 314.

cocontractant[1323]. Nous nous rallions donc à cette position qui nous paraît la plus conforme à la suprématie légale.

471. **Persistance de « contrats de travail *sui generis* » ?** Le Tribunal fédéral lui-même finit donc par faire machine arrière, progressivement : commençant par admettre le bien-fondé des critiques adressées à sa jurisprudence, il continua néanmoins à appliquer les règles de la société simple dans une espèce où les partenaires avaient des intérêts « *communs* » et non « *opposés* »[1324]. Etait-ce à dire que les parties au contrat de travail n'ont pas d'intérêts communs ? Cependant, et malgré cette évolution, le Tribunal fédéral semble avoir encore reconnu des formes de relations contractuelles qu'il qualifie de « contrat de travail *sui generis* ». Le régime de ces contrats fait bénéficier le travailleur d'une partie des normes protectrices du droit du travail, sans l'assimiler toutefois entièrement au travailleur salarié[1325]. Selon nous, cette notion de « contrat de travail *sui generis* » doit tout autant être rejetée comme impropre juridiquement et contraire à la sécurité du droit.

[1323] Cour mixte du canton de Genève, 7 juin 1979, *Bertoli c. Bailey*, *SJ* 1982. 193 ; Gabriel Aubert « La compétence des tribunaux genevois de prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente », *SJ* 1982. 193.

[1324] TF, 28 juin 1983, *SJ* 1984. 238.

[1325] TF, 9 mars 2004, 4P.83/2003, cons. 3.2.

CHAPITRE II

RÉMUNÉRATION VARIABLE ET FORMATION DU CONTRAT

« *Comme tous les hommes ont une égale liberté, il est injuste de prétendre les assujettir à quoi que ce soit sans un consentement de leur part.* »

Pufendorf

472. Le contrat de travail, comme tout contrat, est soumis à des ***règles générales de validité***. En matière de rémunération variable, ces règles connaissent des applications particulières[1326]. Le contrat de travail nécessite un accord des parties tant sur le travail que devra fournir le salarié que sur la rémunération que devra verser l'employeur. Si les parties ne se mettent pas d'accord sur la rémunération d'une prestation — en-dehors de tout commencement d'exécution en fait —, aucun contrat de travail ne vient à chef[1327].

[1326] Ces règles ne revêtent toutefois pas une importance pratique réelle en raison de leur faible effectivité juridique ainsi que nous allons le voir.

[1327] TF, 2 juillet 2010, 4A_155/2010, cons. 2.2. L'introduction d'un système de rémunération variable dans un contrat de travail réclame parfois une ***phase préalable de négociation*** entre les parties. Chacune des parties cherchera à négocier les différents éléments constitutifs du calcul de la rémunération variable. L'employeur comme le salarié se garderont dès lors d'oublier que cette phase de pourparlers précontractuels doit être marquée du sceau de la ***bonne foi*** ; si l'une des parties devait agir de mauvaise foi durant cette période, sa responsabilité civile pourrait être engagée sur le fondement de la *culpa in contrahendo.* Cette notion implique que l'ouverture des pourparlers crée déjà une relation juridique entre interlocuteurs et leur impose des devoirs réciproques. Aussi chaque partie est-elle tenue de négocier ***sérieusement*** et conformément à ses ***véritables intentions*** ; il lui appartient en outre de ***renseigner*** l'autre, dans une certaine mesure, sur les circonstances propres à influencer sa décision de conclure le contrat, ou de le conclure à des conditions déterminées (TF, 6 février 1979, *ATF* 105 II 75, *JT* 1980 I 66, cons. 2a ; TF, 20 septembre 1990, *ATF* 116 II 695, *JT* 1991 I 625, *SJ* 1991. 298, cons. 3 ; TF, 10 octobre 1995, *ATF* 121 III 350, *JT* 1996 I 187, *SJ* 1996. 197, *Pra* 1996 168 613, cons. 6c ; TF, 13 mai 2008, *ATF* 134 III 390, *JT* 2010 I 143, *SJ* 2008 I 361, *recht* 2009. 211, cons. 4.3.2 ; TF, 16 juin 2011, 4A_202/2011, *SJ* 2011 I 509, cons. 2.2). Néanmoins, le juge n'admettra pas une telle responsabilité trop facilement

473. L'accord des parties sur la rémunération est soumis à certaines ***conditions essentielles*** (**§ 1**). Par ailleurs, des préoccupations formelles entrent en ligne de compte (**§ 2**).

§ 1 – LES CONDITIONS ESSENTIELLES

474. La première est la ***capacité*** (en particulier la capacité de contracter) des parties[1328]. Elle ne pose pas de problème spécifique en droit des rémunérations variables. En revanche, la présence d'une rémunération variable peut affecter les autres conditions essentielles que sont le ***consentement*** **(A)** et les caractères spécifiques que doit revêtir l'***objet*** de la convention (**B**).

A. Rémunération variable et consentement

475. Il est de principe en droit suisse qu'un contrat puisse être invalidé — extrajudiciairement — pour vice du consentement : erreur, dol ou violence — appelée « crainte fondée » par le Code des obligations (CO, art. 23 à 31). Or, le vice du consentement peut porter sur la rémunération variable, au stade de la formation du contrat ou lors de la conclusion d'un avenant.

476. En bref, la ***crainte fondée*** est constituée par une contrainte matérielle (*vis absoluta*) ou une contrainte morale (*vis compulsiva*)[1329]. Le salarié peut invoquer la nullité d'un ***avenant*** modifiant sa rémunération variable, si l'employeur lui a inspiré une crainte fondée, intentionnellement et sans droit, pour le déterminer à accepter la modification ; la cause de la crainte est la menace d'un mal futur dans l'hypothèse d'un refus d'obtempérer[1330]. Il doit ressortir des faits que quelqu'un a usé d'intimidation à l'endroit du salarié[1331].

477. En synthèse, l'***erreur*** se définit juridiquement comme une divergence entre représentation fausse et représentation juste de la réalité[1332]. Elle peut porter sur un fait futur[1333]. L'erreur doit être essentielle (CO, art. 23). Sont essentielles les erreurs de déclaration (*in negotio, in*

---

lorsqu'il était légitime que les pourparlers durassent un certain temps, eu égard à la complexité de la rémunération variable envisagée. Pour un exemple concernant des provisions, *cf.* TF, 17 novembre 2005, 4C.247/2005, cons. 3.2.

[1328] Sur cette question, *cf.* Münir EKONOMI/Manfred REHBINDER, *Mängel des Arbeitsvertrages,* Stämpfli, Berne, 1983, pp. 11-13.

[1329] *Cf.* TF, 16 juin 1981, *ATF* 107 IV 107, *JT* 1982 IV 157, cons. 3c ; SCHMIDLIN, *Commentaire romand,* N 1-24 *ad* art. 29 & 30 CO.

[1330] TF, 19 novembre 1987, *SJ* 1988. 562 ; TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001, cons. 3a ; *cf.* également : ENGEL, *Obligations*, p. 363.

[1331] TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001, cons. 3b.

[1332] SCHMIDLIN, *Commentaire romand,* N 1 *ad* art. 23 & 24 CO.

[1333] TF, 7 juin 1983, *Rüttimann Frères, ATF* 109 II 105, *JT* 1984 I 134, cons. 4b.

corpore, in persona, in quantitate) (CO, art. 24, al. 1er, n° 1 à 3). En matière de rémunération variable, le salarié peut, en théorie, invoquer l'erreur sur la ***quantité***[1334], soit l'erreur sur l'étendue de la prestation ou de la contre-prestation : « *L'erreur est essentielle notamment […] lorsque la contre-prestation […] est notablement moins [étendue] que […] ne le voulait en réalité [celui des contractants qui se prévaut de son erreur]*. » (CO, art. 24, al. 1er, n° 3)[1335] Les erreurs de calcul n'infirment pas la validité du contrat mais doivent simplement être corrigées (CO, art. 24, al. 3). En réalité, l'invocation de l'erreur par le salarié est ***peu fréquente***[1336]. Les raisons de cette rareté tiennent à la sanction juridique du vice du consentement qui est théoriquement la « résolution du contrat avec effet *ex tunc* »[1337]. En conséquence, l'invocation d'un vice du consentement par le salarié entraînera théoriquement la ***disparition*** du contrat, c'est-à-dire la fin de la relation de travail. Or, le salarié n'a généralement que peu d'intérêt à abandonner la place de travail qu'il vient d'acquérir. Certes, l'alinéa 3 de l'article 320 du Code des obligations prévoit que la nullité du contrat de travail révélée après le commencement de son exécution ne supprime pas les conséquences juridiques induites par la relation de travail jusqu'au moment où l'invalidation est demandée[1338]. Cela signifie que le salarié percevra la rémunération qui lui est due pour le travail qu'il a accompli, ce qui revient à une résiliation avec effet *ex nunc*[1339]. Il n'en reste pas moins qu'il ne pourra que difficilement obtenir que l'employeur le rémunère à la hauteur du montant qu'il se représentait initialement. Quant à la nullité partielle (CO, art. 20, al. 2), elle n'est guère d'un meilleur secours : elle revient à supprimer purement et simplement la clause viciée concernant la rémunération[1340].

478. **L'invalidation de la transaction.** C'est donc plutôt à l'égard d'un ***contrat de transaction*** (réglant un litige portant sur le paiement ou les modalités d'une rémunération variable) qu'une déclaration d'invalidation sera plus utilement effectuée. À cet égard, le Tribunal fédéral a néanmoins jugé qu'une erreur sur les effets ***accessoires*** de la transaction — soit une simple erreur sur les motifs — ne permet pas au salarié de se soustraire à l'accord passé avec son employeur[1341].

[1334] Wilhelm BIRCHMEIER, *Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im schweizerischen Obligationenrecht*, Buchdruckerei J. Dossenbach, Baar, 1926, p. 64.

[1335] La version allemande peut aider à la compréhension : « *Wenn der Irrende […] eine Gegenleistung von erheblich geringerem Umfange sich hat versprechen lassen, als es sein Wille war.* »

[1336] *Cf.* AUBERT, *Commentaire romand,* N 3 *ad* art. 320 CO ; REHBINDER/ STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 30 *ad* art. 320 CO.

[1337] SCHMIDLIN, *Commentaire romand,* N 21 *ad* art. 31 CO.

[1338] Cette solution est soumise à trois conditions cumulatives : le caractère ***licite et non contraire aux bonnes mœurs*** de la prestation ; la présence d'un ***vice*** entraînant la nullité du contrat ; la ***bonne foi*** du salarié, soit sa conviction subjective que le contrat était valable (condition que le Tribunal fédéral interprète assez largement en faveur du salarié). *Cf.* TF, 21 juin 1988, *ATF* 114 II 279, *JT* 1988 I 537, *SJ* 1988. 609 ; TF, 11 mai 1992, *ATF* 118 V 79 ; TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 491.

[1339] La résiliation *ex nunc* est de toute façon admise par la doctrine lors d'invalidation des contrats de longue durée lorsque la rétroactivité créerait des difficultés insurmontables. *Cf.* SCHMIDLIN, *Commentaire romand,* N 30-33 *ad* art. 31 CO.

[1340] Une possibilité consisterait toutefois à autoriser le juge à déterminer la rémunération en fonction de l'usage (CO, art. 322) ou *ex æquo et bono* : *cf. infra* n° 619 et s. (lacune contractuelle)

[1341] TF, 3 mars 1992, *ATF* 118 II 58, *JT* 1993 I 154, cons. 3b. Pour une synthèse récente du régime de la transaction en droit du travail, *cf.* TF, 19 janvier 2012, 4A_563/2011, cons. 4.1: un accord de résiliation ne doit être admis qu'avec retenue car le travailleur renonce à des droits. La conclusion d'une transaction pose un autre problème, celui de son objet. À cet égard, les juges français ont considéré que la transaction, destinée à mettre fin à un différend opposant les parties quant au licenciement du salarié, qui ne comporte aucune disposition concernant les droits de celui-ci relatifs à des options sur actions, ne peut comprendre lesdits droits dans son objet : ces droits ne sont donc pas affectés par la transaction passée (Soc., 8 décembre 2009, n° 08-41554, *CSBP* 1er mars 2010, n° 218, p. 78).

B. Rémunération variable et objet du contrat

479. L'objet de l'obligation est la ***prestation promise*** par le débiteur. La rémunération, contre-prestation de l'employeur pour la prestation de travail du salarié, en représente un des éléments. L'objet — soit, pour notre étude, la rémunération du salarié — doit présenter certains ***caractères*** particuliers. Il doit être ***déterminé***, ***possible*** et ***licite***.

480. ***1°* Objet déterminé et rémunération variable.** Les parties doivent s'être mises d'accord sur les points essentiels du contrat tant objectivement (*essentialia negotii*) que subjectivement[1342]. La rémunération est précisément un élément essentiel du contrat de travail[1343]. En matière de rémunération variable, les parties doivent théoriquement se mettre d'accord spécifiquement sur la détermination et la structure de la rémunération variable. Cependant, l'absence de clause expresse régissant la rémunération — variable ou non — ne fait pas obstacle à l'existence du contrat de travail[1344] ; en effet, il suffit, pour qu'il y ait contrat de travail, que, d'après les circonstances, le travail ne soit fourni que contre rémunération (CO, art. 320, al. 2)[1345]. Aussi le contrat de travail n'est-il pas nul du seul fait que les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur le montant ou la structure de la rémunération variable. Dans l'hypothèse où la rémunération n'est pas déterminée par le contrat de travail individuel ni par un contrat-type ou une convention collective, l'employeur doit payer le salaire « usuel » (CO, art. 322, al. 1er), lequel inclura, le cas échéant, une part variable, en fonction des usages de la branche considérée. Les rémunérations variables discrétionnaires, du fait même de leur caractère discrétionnaire, échappent à tout accord.

2°* Objet possible et rémunération variable.** L'objet du contrat doit être possible. En matière de rémunération variable, cette exigence implique notamment que les objectifs fixés au contrat soient non seulement humainement réalisables, mais encore dans une mesure qui respecte la ***personnalité du salarié (CO, art. 328)[1346]. Dans notre domaine, le caractère possible de l'objet tend donc à se confondre avec son caractère licite.

3°* Objet licite et rémunération variable.** L'objet du contrat ne doit pas être ***illicite[1347] ou ***contraire aux mœurs***. Nous considérons comme illicites toutes les clauses ayant pour effet — direct ou indirect — de mettre en danger la ***santé*** ou la ***sécurité*** du travailleur salarié, notamment celles qui ont pour effet d'inciter le salarié à enfreindre les règles de sécurité. Sont visées les primes de rendement au kilomètre dans le domaine des transports routiers et les primes « au bon » pour les coursiers, c'est-à-dire toutes les rémunérations qui augmentent à mesure que la distance parcourue par les travailleurs augmente. Ces deux

---

[1342] Arrêt de principe : TF, 2 novembre 1945, *ZITAG, ATF* 71 II 267, *JT* 1946 I 198, cons. 3.

[1343] TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 477.

[1344] AUBERT, *Commentaire romand,* N 17 *ad* art. 319 CO ; TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 477.

[1345] *Cf.* également la règle posée par l'article 322 du Code des obligations et celle posée par l'article 326a, alinéa 2, du même code.

[1346] *Cf. supra* n° 400 et s.

[1347] À noter que l'objet du contrat doit être conforme non seulement aux dispositions légales, mais encore aux dispositions des ***conventions collectives*** et des ***contrats-types*** applicables (TF, 17 octobre 1996, *JAR* 1997. 116). Dès lors qu'une convention collective ou un contrat-type prévoient une ou plusieurs rémunérations variables, ces rémunérations devront être octroyées aux salariés bénéficiaires. Toutefois, en vertu du ***principe de faveur*** ancré à l'alinéa 2 de l'article 357 du Code des obligations, les dispositions normatives d'une convention collective le cèdent devant les contrats individuels qui sont plus favorables au travailleur (TF, 16 novembre 2005, 4C.239/2005, *DTA* 2006. 31-34). En matière de droit des rémunérations, le contrat de travail peut donc toujours déroger aux normes conventionnelles, dès lors que c'est en faveur du salarié (*cf.* également : TF, 4 mai 2005, 4C.67/2005, *DTA* 2005. 251-253, cons. 4.3).

sortes de primes incitent en effet à effectuer un maximum de courses dans un temps donné, donc à circuler le plus rapidement possible[1348].

481. En outre, nous estimons qu'il faut considérer comme ***contraires aux mœurs*** les clauses qui indexeraient la rémunération variable sur des objectifs pénalement répréhensibles[1349] ou même « socialement injustifiés »[1350]. Est visée la rémunération dont le montant progresserait dans la même mesure que le nombre de licenciements effectués par un cadre dirigeant. Selon nous, un salarié ne doit pas s'enrichir du simple fait d'avoir licencié d'autres salariés. Le licenciement d'un travailleur doit profiter à la compétitivité de l'entreprise et uniquement à elle.

§ 2 - LES PRÉOCCUPATIONS FORMELLES

482. Le contrat de travail n'est soumis, sauf exception[1351], à ***aucune exigence de forme ad validitatem*** (CO, art. 320, al. 1er). En procédure contentieuse s'applique toutefois le principe *actori incumbit probatio* (CC, art. 8), lequel implique qu'il appartient à celui qui prétend au paiement d'une rémunération variable d'apporter la preuve qu'un contrat de travail et une rémunération variable ont été conclus[1352]. Lorsque cette preuve a été rapportée, l'employeur ne peut se libérer de son obligation de verser la rémunération qu'en prouvant que le contrat de travail a pris fin[1353], ou qu'une autre cause l'autorise à s'abstenir de verser la rémunération. Les préoccupations formelles présentent donc une utilité certaine *ad probationem.* Elles varient en fonction des sources de l'accord : ***contrat*** (**A**) et ***règlement d'entreprise, règlement intérieur*** ou ***directives unilatérales*** (**B**).

[1348] La Cour de cassation française a jugé que des salariés engagés en qualité de coursiers à deux roues par une entreprise de transport routier de marchandises de proximité pouvaient à bon droit reprocher à leur employeur de compromettre leur sécurité en leur proposant une prime dite d'efficacité, intégrée à la part variable de leur rémunération et calculée en fonction du nombre de bons payés par les clients, réalisés au-delà d'un nombre déterminé (Soc., 13 novembre 2003, n° 01-46075 & n° 01-46089, *Bull. civ.* V, n° 282, *RJS* 1/04, n° 130 ; Soc., 24 septembre 2008, n° 07-44847, *Bull. civ.* V, n° 186). L'argument de l'employeur selon lequel l'attribution de certains bons tiendrait compte du temps d'attente du coursier chez le client est inopérant (Soc., 6 octobre 2010, n° 05-43530). La sanction de l'instauration de primes de ce genre obéit à un régime dérogatoire du droit commun des clauses illicites : la clause instaurant une prime ne sera pas considérée comme nulle, mais l'irrégularité sera sanctionnée par la prétention reconnue à tout salarié concerné d'exiger le paiement correspondant au montant de la prime qu'il ait atteint les objectifs ou non (Soc., 21 mars 2007, n° 05-45667).

[1349] HIRSIGER, *Zielvereinbarung*, p. 91.

[1350] Nous empruntons cette expression au droit allemand (*sozial ungerechtfertigt*), bien que ce dernier l'emploie dans un autre contexte, celui du licenciement (Kündigungsschutzgesetz, § 1).

[1351] Exception légale (par exemple : CO, art. 344a, al. 1, pour le contrat d'apprentissage) ou conventionnelle (*cf.* Convention relative aux conditions de travail du personnel bancaire, art. 3).

[1352] *Cf.* TF, 3 juillet 2012, 4A_92/2012, cons. 5.

[1353] TF, 21 décembre 1998, *ATF* 125 III 78, *SJ* 1999 I 385, *Pra* 1999 91 506, cons. 3 ; TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 504.

A. Rémunération variable et contrat individuel de travail

483. Les préoccupations formelles relatives à la rémunération variable visent globalement à protéger le salarié, partie présumée faible à la négociation contractuelle. Il s'agit de lui garantir un droit à l'***information*** (**1**), dans une ***langue*** qu'il comprend (**2**).

1) L'information

484. L'absence d'exigence de forme du contrat de travail a pour but de protéger la personne qui aurait travaillé, dans les faits, comme salariée alors même que la personne qui l'a employée aurait négligé de prévoir les modalités de la rémunération du travail fourni (CO, art. 320, al. 2)[1354]. Cependant, la philosophie de protection du salarié qui préside à cette règle peut produire l'effet inverse : l'absence d'exigence de forme peut devenir synonyme d'absence de connaissance par le salarié des conditions de son engagement. En vue de prévenir une telle carence, le Code prévoit donc qu'un ***devoir d'information*** pèse sur l'employeur.

485. **Signification et régime du devoir d'information.** Le devoir d'information fut introduit par souci de compatibilité de la législation fédérale suisse avec le droit communautaire européen. Il est régi par l'article 330b du Code des obligations[1355]. Il porte notamment sur « *le salaire et les éventuels suppléments salariaux* » (CO, art. 330b al. 1er l. d). Le devoir d'information est une ***obligation accessoire*** de l'employeur, dont le salarié peut demander le respect indépendamment de toute autre obligation[1356]. Pour s'acquitter de son devoir d'information en matière de rémunération, l'employeur doit indiquer le ***montant*** de la rémunération, sa ***structure*** et ses ***modalités***[1357].

486. ***1° Montant.*** Pour le salaire fixe, l'énonciation du montant mensuel ou annuel est suffisante ; pour la rémunération variable, l'employeur doit en indiquer les « facteurs de

---

[1354] Sauf exception (par exemple, CO, art. 360), la rémunération peut être conclue par oral même si la forme écrite est prescrite pour le contrat de travail en question : STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 3 *ad* art. 322 CO.

[1355] Une obligation similaire est inscrite à l'article 19, alinéa 2, de la loi fédérale sur la location de services.

[1356] Thomas Pietruszak, « Die Informationspflichten des Arbeitgebers gemäß Art. 330b OR – zu Hintergrund, Inhalt und Rechtsfolgen der neuen Regelung », *Jusletter* 29 mai 2006.

[1357] **Précisions.** Ajoutons encore ceci :

1° En bonne logique, l'alinéa 2 de l'article 330b rappelle que toutes ces informations doivent être renouvelées dans l'hypothèse d'une ***modification***.

2° La réglementation légale ne prévoit pas de ***sanction*** particulière contre l'employeur qui ne respecterait pas son devoir d'information (*cf.* CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 28). Lorsque le salarié cherche à reprocher un défaut d'information à l'employeur, notamment sur la façon dont est calculée sa rémunération, il lui reste deux options : invoquer la technique de l'interprétation objective de la clause (CO, art. 18) ; reprocher à l'employeur, sur le fondement de la bonne foi (CC, art. 2), de ne pas avoir attiré son attention sur certains éléments pertinents pour le calcul. Le Tribunal fédéral semble n'admettre ce grief que lorsque la façon de calculer la rémunération variable est insolite (TF, 3 avril 2012, 4A_716/2011, *DTA* 2012. 248, *JAR* 2013. 221, cons. 3.6).

3° Un certain nombre de contrats de travail ***spéciaux*** ont leurs propres règles de forme. Le contrat d'engagement d'un marin, par exemple, doit indiquer « *de manière claire et précise » le « salaire et la monnaie dans laquelle il sera payé* » (LNM, art. 70, l. g). Dans l'hypothèse d'une location de service, le contrat de travail doit mentionner expressément le salaire, les indemnités et allocations ainsi que les déductions afférentes aux assurances sociales (LSE, art. 19, al. 2, l. e) et les prestations dues en cas d'heures supplémentaires (LSE, art. 19, al. 2, l. g).

calcul de la rémunération » (*Berechnungsfaktoren*). Dans l'hypothèse où la rémunération n'aurait pas fait l'objet d'un accord entre les parties, l'employeur indiquera le montant du salaire usuel[1358].

2° Structure. L'employeur doit indiquer tous les éléments de rémunération (conditionnels ou inconditionnels), qui ne dépendent ni dans leur principe ni dans leur montant de son bon vouloir. En revanche, l'employeur n'est pas astreint à un devoir d'information au sujet des formes de rémunération discrétionnaire[1359].

3° Modalités. L'employeur doit apporter des précisions au niveau de l'exigibilité de la rémunération variable. Il doit notamment préciser si une partie du salaire annuel est versée sous la forme d'un treizième salaire. Dans cette dernière hypothèse, l'employeur indiquera quelles sont les modalités de paiement de ce treizième salaire[1360]. L'employeur mentionnera également le lieu, le moment, le temps et les moyens de paiement[1361].

2) La langue

« *Il n'y a personne qui ait en vertu du droit naturel l'empire du monde.* »

Vitoria

« *The intellectual health of the planet is dependent on multilingualism. Without exposure to the alternative visions of the world expressed by other languages, our view of ourselves and of our planet remains inward-looking, unchallenged, and parochial.* »

David CRYSTAL, « Language diversity, endangerment, and public awareness », *British Academy Review* été 2011 (n° 18). 12-20, spéc. 14

487. **Langue du pays et globalisation.** Le droit à l'information qui est reconnu au salarié n'aurait ***aucune effectivité*** si des règles ne venaient préciser la langue dans laquelle cette information doit être donnée. Le droit suisse est globalement peu regardant sur la question : la langue du contrat importe peu dès lors qu'il est établi que la volonté des parties est concordante[1362]. Or, par un phénomène de globalisation de l'économie, il arrive que des plans de rémunérations variables soient conçus dans un pays utilisant une autre langue que celui dans lequel il sera appliqué.

[1358] Wolfgang Portmann, « Die Informationspflicht des Arbeitsgebers gemäß Art. 330b OR », *DTA* 2007. 1-8, spéc. 5 ; Danthe, *Commentaire*, N 23 *ad* art. 322 CO.

[1359] *Cf.* Wolfgang Portmann, « Die Informationspflicht des Arbeitsgebers gemäß Art. 330b OR », *DTA* 2007. 1-8, spéc. 5.

[1360] *Cf. supra* n° 259 et s. (le treizième salaire)

[1361] Pour le régime juridique de ces différents éléments, *cf. infra* n° 493 et s.

[1362] Gewerblisches Schiedsgericht-BS, 19 juin 1989, *JAR* 1992. 199 ; Arbeitsgericht-ZH, 20 novembre 1989, *JAR* 1991. 98 (même si le contrat est rédigé dans une langue que le salarié ne comprend pas) ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 27.

488. Sans invoquer de sanction spécifique, à défaut de base légale, nous estimons que le contrat de travail devrait toujours être rédigé ou traduit ***dans la langue qui prévaut au lieu d'exécution du travail***, et ce pour deux raisons distinctes :

1° pour une raison ***théorique*** : un système de rémunérations variables doit être inscrit dans un référent culturel commun aux parties, car elles doivent en partager les valeurs. D'ailleurs, une langue charrie avec elle tout un substrat idéologique[1363]. À défaut, le sens véritable de la réglementation risquerait d'échapper à la partie concernée et son consentement pourrait être vicié. De plus, l'importation pure et simple de plans de rémunérations variables à partir de systèmes étrangers, sans souci d'acculturation ni langagière, ni juridique est risquée.

2° pour une raison ***pratique*** : on constate fréquemment que les parties croient mieux maîtriser le vocabulaire et la grammaire d'une langue étrangère que ce n'est le cas en réalité[1364]. Les litiges dans lesquels des parties francophones, germanophones ou italophones se battent sur le sens d'un mot ou d'une phrase d'un document rédigé en anglais sont loin d'être isolés[1365], sans compter les erreurs de traduction restées inaperçues[1366].

Aussi la prudence comme la sécurité du droit se joignent-elles pour commander de s'accorder sur les termes précis d'une langue présumée être comprise avec certitude par les parties[1367] soit, idéalement, la langue du lieu d'exécution du contrat, comme c'est déjà le cas pour le certificat de travail[1368].

[1363] *Cf.* par exemple : Anna Lietti, « Et voilà pourquoi l'allemand met le verbe à la fin », entretien avec Heinz Wismann, *Le Temps* 25 septembre 2012.

[1364] Pour un exemple récent où la clause d'un contrat de travail rédigé en anglais contient une faute de grammaire : TF, 3 avril 2012, 4A_716/2011, *DTA* 2012. 248 ; *JAR* 2013. 221. *Cf.* également l'étude parue dans le numéro 26-27 de la revue médicale danoise *Läkartidningen* révélant que les médecins danois qui avaient lu un article d'information médicale en anglais avaient perdu 25 % d'information par rapport aux médecins ayant lu le même article dans leur langue maternelle, alors même que les médecins désavantagés avaient indiqué comprendre parfaitement l'anglais.

[1365] Voir par exemple TF, 26 juin 2009, 4A_200/2009, cons. 3 ; TF, 6 juin 2011, 4A_152/2011 et 4A_156/2011, cons. 4.2 ; TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, cons. 8.4 ; TF, 3 avril 2012, 4A_716/2011, *DTA* 2012. 248 ; *JAR* 2013. 221.

[1366] Comme dans cette affaire (TF, 1er novembre 2012, 4A_400/2012) où les juges ont traduit « *granted solely at the Company's discretion* » par « octroyé uniquement à la discrétion de la société », alors qu'en français « à la discrétion de » signifie soit « à la compétence de », soit « à la sagesse de » (*TLFI*). Le passage du sens de « à la libre appréciation », resté en anglais et attesté en français dès le XVe siècle, à celui de « retenue » ou « sagesse »,est le signe d'une forme de raffinement intellectuel relayé dans leurs œuvres par des auteurs du Grand siècle comme Molière ou La Fontaine.

[1367] C'est la solution retenue par le droit français où le principe est que le contrat de travail est obligatoirement rédigé en français (C. trav., art. L. 1221-3). Il en est de même du règlement intérieur et, plus généralement, de tout document qui comporte des obligations pour le salarié ou des dispositions qu'il lui faut comprendre pour exécuter son travail (C. trav., art. L. 1321-6 ; *cf.* Viviane Stultz, « Polémique autour de l'usage de l'anglais dans les entreprises », *Petites affiches* 31 octobre 2005. 3), comme par exemple un plan d'options sur actions (Soc., 29 juin 2011, 09-67.492, *CSBP* août 2011, n° 233, p. 220, note F.-J. Pansier). La fixation d'objectifs dans une langue autre que le français a pour effet de les rendre inopposables au salarié ; le juge ne doit pas en tenir compte. Pour une exception relative au transport aérien due à des impératifs de sécurité, voir cependant Soc., 12 juin 2012, n° 10-25822, *RJS* août-septembre 2012. 648, *JCP S* 18 septembre 2012. 23.

[1368] TF, 5 septembre 2003, 4C.129/2003, cons. 6.1 ; TF, 13 septembre 2007, 4A_117/2007. La doctrine précise que cette logique de rédaction du certificat de travail dans la langue usuelle du lieu de travail répond au but du certificat (Susanne JANSSEN, *Die Zeugnispflicht des Arbeitsgebers,* thèse, Berne, 1996, p. 67). Si la langue du lieu de travail est différente de la langue de travail, un certificat dans les deux langues est conseillé (David Aubert, « Article 330a CO », *Commentaire du contrat de travail* (édit. Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon), Stämpfli, Berne, 2013, N 11 *ad* art. 330a CO).

B. Rémunération variable, règlement d'entreprise, règlement intérieur et directives unilatérales

489. Le salarié n'est pas toujours informé de ses conditions de rémunération par son seul contrat de travail. Il arrive en effet que le ***règlement d'entreprise*** le ***règlement intérieur*** ou des ***directives unilatérales*** instaurent un système de rémunérations variables.

490. De manière générale, l'employeur se voit reconnaître un ***pouvoir de direction*** qui l'autorise à édicter des directives générales sur l'exécution du travail et à donner des instructions particulières à ses salariés (CO, art. 321d), via des directives unilatérales ou sous la forme d'un règlement intérieur ou d'un règlement d'entreprise *stricto sensu*[1369]. Cependant, le pouvoir de direction n'est pas illimité. Au contraire, son ***contenu*** est réglementé par le droit du travail. En effet, si l'employeur est généralement libre d'adopter ou non des directives unilatérales ou un règlement intérieur[1370] et libre d'en déterminer unilatéralement le contenu, c'est à condition de respecter la ***loi*** (sous peine de nullité : CO, art. 20)[1371], les ***conventions collectives*** applicables[1372] et la ***personnalité*** du salarié (sous peine d'engager sa responsabilité : CO, art. 328)[1373]. Seul le règlement d'entreprise *stricto sensu* est soumis au contrôle de l'autorité cantonale, mais il ne s'agit pas là d'une condition de validité (LTr, art. 39)[1374].

491. La présence de rémunérations variables dans des directives unilatérales, un règlement intérieur ou un règlement d'entreprise pose problème au niveau de leur modification, comme nous le préciserons plus loin[1375].

[1369] *Cf.* REHBINDER/ STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 1 *ad* art. 321d CO. Certains auteurs isolent encore les ***conditions générales de travail*** (*allgemeine Arbeitsbedingungen*), dont ils considèrent qu'elles ont pour but de réglementer de manière uniforme les rapports du travail dans l'entreprise (Frank Vischer/Dominique Guex, « Art. 37-39 LTr », *Loi sur le travail,* Thomas GEISER/Adrian VON KÄNEL/Rémy WYLER (édit.), Stämpfli, Berne, 2005, p. 487). Elles revêtent la nature d'un acte juridique ; elles doivent donc être approuvées par chaque salarié avant de lui être appliquées (Jean-Fritz STÖCKLI, *Allgemeine Arbeitsbedingungen,* Stämpfli, Berne, 1979, pp. 34 *sqq.*). Le Tribunal fédéral applique les règles classiques pour l'interprétation des conditions générales : TF, 2 août 2012, 4A_245/2012, cons. 3.2.

[1370] Sous réserve des ***entreprises industrielles*** au sens de l'article 5 de la loi fédérale sur le travail lesquelles doivent être pourvues d'un règlement d'entreprise, pour autant qu'il soit nécessaire (LTr, art. 37).

[1371] AUBERT, *Commentaire romand,* N 1 *ad* art. 321d CO.

[1372] *Cf.* TF, 8 octobre 1997, *JAR* 1998. 282.

[1373] *Cf.* Marie-Gisèle Danthe, « Les limites qu'instaure l'article 328 CO au droit de l'employeur de donner des directives et de contrôler l'activité du salarié », *Panorama en droit du travail* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2009, pp. 163 *sqq*.

[1374] Le droit suisse n'a donc pas suivi le même chemin que le droit français qui, depuis la loi du 4 août 1982, soumet le règlement d'entreprise à une réglementation stricte de son contenu et de sa procédure d'adoption ainsi qu'à un contrôle de légalité. Le règlement d'entreprise français ne peut contenir que des règles relatives à l'hygiène et à la sécurité, ainsi que les règles générales et permanentes relatives à la discipline (C. trav., art. L. 1321-1 ; Soc., 9 mai 2012, n° 11-13687, *BICC* 15 octobre 2012, n° 1143, *RJS* juillet 2012, n° 633 p. 544) Une disposition du règlement d'entreprise qui porterait sur un élément de rémunération serait donc en principe illégale. Cependant, la jurisprudence française a cherché à ne pas priver les salariés d'une telle disposition qui, tout en ne faisant pas partie du catalogue des dispositions autorisées au sein du règlement d'entreprise, est néanmoins favorable aux salariés. Ainsi, un élément de rémunération prévu par le règlement d'entreprise sera appréhendé comme l'expression d'un engagement unilatéral de l'employeur qui liera ce dernier, sauf pour lui à le dénoncer selon la procédure particulière de dénonciation des engagements unilatéraux (Soc., 22 janvier 1992, *D.* 1992. 378, note B. Mathieu ; Soc. 10 janvier 1995, *Bull. civ.* V, n°18, *D.* 1995. Somm. 357, obs. E. Dockès ; Soc., 7 juillet 1998, *Dr. soc.* 1998. 955, obs. J. Savatier, *D.* 1999. Somm. 176, obs. M.C. Amauger-Lattes ; Soc., 19 mai 1999, *Bull. civ.* V, n°236 ; Soc., 10 mars 2004, *Dr. soc.* 2004. 834, note M. Véricel, *Dr. ouvr.* 2004. 547, note I. Mayrat. Sur la procédure de dénonciation des engagements unilatéraux, *cf. infra* n° 621).

[1375] *Cf. infra* n° 622 et s.

CHAPITRE III

RÉMUNÉRATION VARIABLE ET EXÉCUTION DU CONTRAT

---

492. La présence d'une rémunération variable entraîne certaines particularités dans l'exécution du contrat de travail, au niveau de la ***protection*** de la rémunération (**section I**), des ***heures supplémentaires*** (**section II**) et de l'***exception d'inexécution*** (**section III**).

SECTION I

LA PROTECTION DE LA RÉMUNÉRATION VARIABLE

493. Diverses modalités du paiement sont à envisager en droit des rémunérations variables : hormis le ***lieu***[1376], le ***temps***[1377] et l'***instrument***[1378] du paiement, il s'agit du ***moment*** (**§ 1**) et de la ***monnaie*** du paiement (**§ 2**). Par ailleurs, la rémunération revêt certains ***caractères*** qui participent de sa protection (**§ 3**). Enfin, des règles spécifiques régissent la ***preuve*** du paiement de la rémunération variable (**§ 4**).

[1376] Le choix du lieu du paiement est laissé à la ***libre disposition des parties***. Lorsque le contrat de travail ne prévoit pas de lieu de paiement spécifique, la rémunération variable, si elle représente une somme d'argent, est ***portable*** : elle doit être payée au lieu de domicile du créancier, c'est-à-dire du salarié, au moment du paiement (CO, art. 74, al. 2, ch. 1 ; TF, 14 janvier 2003, 4C.323/2002, cons. 3.4). Si la rémunération variable est octroyée en nature, elle représente alors une chose déterminée et doit être « *délivrée dans le lieu où elle se trouvait au temps de la conclusion du contrat* » (CO, art. 74, al 2, ch. 2). La plupart des paiements étant aujourd'hui informatisés, ces règles ont peu d'impact en pratique. On aurait pu envisager qu'elles servent à déterminer le for d'une procédure, mais le droit du travail connaît des fors spéciaux, protecteurs du salarié (*cf.* CPC, art. 34 : « *Le tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou celui du lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle est compétent pour statuer sur les actions relevant du droit du travail.* »). À noter que la rémunération conserve une importance procédurale lorsqu'elle se confond avec la valeur litigieuse d'un procès. En effet, les litiges portant sur un contrat de travail ne donnent pas lieu à perception de frais judiciaires lorsque la valeur litigieuse n'excède pas 30 000 francs (CPC, art. 113, al. 2, d, pour la conciliation et art. 114, c, pour la procédure au fond).

[1377] L'article 323b, alinéa 1er, du Code des obligations prescrit que le « salaire » — terme qui comprend, implicitement, la rémunération variable — est payé « *pendant les heures de travail* ». Cette règle peut être modifiée par accord ou usage. En pratique, le paiement étant généralement effectué par l'intermédiaire d'instruments bancaires, il aura lieu ***indépendamment des heures de travail***. La réglementation sur le temps du paiement conserve toutefois son importance pour la part de la rémunération variable payée en espèces, en nature ou par chèque. Dans toutes ces hypothèses, l'employeur ne peut exiger du salarié que ce dernier se mette à sa disposition, pour recevoir sa rémunération variable, en-dehors de ses heures de travail. Une règle spéciale existe pour les marins, lesquels ne peuvent recevoir paiement de leur rémunération lorsqu'ils se trouvent dans une « *auberge* » ou une « *taverne* » (LNM, art. 76, al. 3). Cette règle, manifestement protectrice des intérêts des marins en ce qu'elle cherche à les soustraire aux dangers de l'alcoolisme, revêt un caractère anti-libéral car elle est un moyen détourné d'empêcher la libre disposition du salaire. Il y aurait lieu de se demander si elle conserve une pertinence aujourd'hui en droit positif.

[1378] **Rémunérations variables en espèces.** Pour déterminer les instruments de paiement admissibles, il faut se reporter à la partie générale du Code des obligations. L'article 84 du Code prévoit que « *le paiement d'une dette qui a pour objet une somme d'argent se fait en moyens de paiement ayant cours légal dans la monnaie due* ». Le salaire dû en francs suisses peut être versé en espèces — pièces et billets — émises par la Banque nationale suisse, par chèque, par virement bancaire ou postal.

Rémunérations variables en nature. Les rémunérations en nature, comme les actions, sont payées par le transfert de la titularité de l'action selon les procédés spécifiques au droit des sociétés ou au droit des biens en général.

§ 1 – LE MOMENT DU PAIEMENT

A. Le principe

494. Le moment du paiement correspond à celui de l'***exigibilité*** des sommes dues par l'employeur au titre de la rémunération variable. En bonne logique, la rémunération devrait être due — proportionnellement à la durée travaillée — dès que le salarié a travaillé une minute au service de l'employeur. Des raisons pratiques ont pourtant conduit à adopter le ***principe de la priorité du travail sur le paiement*** : le salarié travaille avant d'être payé[1379].

495. Le caractère temporellement premier du travail sur la rémunération est consacré par l'article 323, alinéa 1er, du Code des obligations, qui prévoit que le salaire est versé en principe mensuellement[1380]. Le paiement de la rémunération intervient normalement ***à la fin du mois***, en vertu du principe général relatif à l'exigibilité des créances mensuelles (CO, art. 76, al. 1er)[1381]. Une autre solution — comme des délais de paiement plus courts ou un autre terme de paiement — peut être stipulée dans l'accord des parties, la convention collective ou le contrat-type ; elle peut également résulter d'un usage. En matière de rémunération variable, le caractère mensuel du paiement du salaire fixe n'emporte pas de conséquence spécifique sinon que la rémunération variable aura généralement tendance à être versée en même temps qu'une échéance du salaire fixe. Cette conséquence ne présente rien d'obligatoire ni de systématique : la rémunération variable est autonome quant au moment de son paiement, soit par choix de l'employeur (lequel n'attend pas toujours une échéance mensuelle pour verser une rémunération variable comme une gratification ou une prime exceptionnelle), soit en raison des règles d'exigibilité propres à certaines rémunérations variables (gratification contractuelle, rémunération sur objectifs, provision, participation, actionnariat salarié) — règles dont la spécificité est généralement liée à la nature même de la rémunération variable en question.

496. De plus, l'exigibilité de toutes les créances financières liées aux rapports de travail s'opère *ex lege* au plus tard ***à la fin du contrat*** (CO, art. 339, al. 1er)[1382]. Ce principe spécial d'exigibilité vient se superposer à la date d'exigibilité des créances déjà exigibles avant la fin des rapports de travail, sans la modifier[1383]. La rémunération variable due au salarié au titre de son contrat de travail devient donc exigible au plus tard le lendemain du dernier jour du contrat de travail à 0 heure[1384]. L'application du principe du *clean break* — terme

---

[1379] En allemand, on dit que le travailleur est « *vorleistungspflichtig* » (VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, p. 94).

[1380] *Cf.* BÄCHLER, *Vergütungen*, p. 166.

[1381] *Cf.* TF, 9 octobre 2008, 4A_192/2008.

[1382] Cet alinéa dispose : « *À la fin du contrat, toutes les créances qui en découlent deviennent exigibles*. ». *Cf.* Raniero ADDORISIO DE FEO, *Die Fälligkeit von Vertragsforderungen*, Schulthess, Zurich, 2001, pp. 160 et s. Les plans d'investissement ne sont pas concernés, ni les structures hybrides comme les « *carried interests* » (*cf.* Rémy Wyler, « Chronique. Droit du travail », *JT* 2013 II 187, spéc. p. 190).

[1383] TF, 20 mars 2006, 4C.320/2005, cons. 6.1 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, N 1 *ad* art. 399 CO ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, N 2 *ad* art. 339 CO.

[1384] **Intérêts moratoires.** La date d'exigibilité de la rémunération variable est importante pour la détermination du moment à partir duquel l'employeur pourra être considéré comme étant en retard dans l'exécution de son obligation de paiement, c'est-à-dire tombé en ***demeure*** (CO, art. 102) et, dès lors, pour la détermination du *dies a quo* du calcul des intérêts en cas de rappel de rémunération. L'intérêt moratoire courra dès la date de demeure du créancier (CO, art. 104),

que nous empruntons au droit de la famille[1385] — fait en sorte que les parties rompent tout lien financier à la fin du contrat[1386]. En particulier, des actions ou des options sur actions bloquées deviennent exigibles[1387], sauf si ces dernières ne font l'objet que d'une expectative et non d'un droit acquis[1388] ou qu'elles représentent une gratification contractuelle dont il n'est pas spécifiquement prévu qu'elle soit versée *pro rata temporis* en cas de départ en cours d'année (CO, art. 322d, al. 2)[1389], ou encore qu'elles soient soumises à la condition suspensive d'une absence de résiliation du contrat[1390].

497. Pour autant, les principes du paiement mensuel du salaire et de l'exigibilité de toutes les créances à la fin du contrat de travail ne sont pas absolus : ils sont tempérés par l'institution des ***acomptes*** (**A**) et connaissent un certain nombre d'***exceptions*** (**B**)[1391].

B. Le tempérament : l'acompte

498. Un tempérament au principe de priorité du travail pourra être invoqué par le salarié à l'égard de toute rémunération variable non discrétionnaire : l'***acompte sur rémunération***. L'employeur devra alors lui accorder, à certaines conditions[1392], le paiement de son salaire (CO, art. 323, al. 4)[1393].

---

sans qu'il ne soit nécessaire pour le salarié d'interpeler l'employeur (évoquant cette solution, mais sans trancher : TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, *ATF* 129 III 664, *JT* 2004 I 60, cons. 7.4 ; *cf.* également, BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, N 1 *ad* art. 339 CO ; REHBINDER/ STÖCKLI, *Berner Kommentar*, N 24 *ad* art. 323 CO) et sans préjudice de l'invocation par le salarié d'un dommage supplémentaire à l'intérêt moratoire (CO, art. 106). Il y a dommage supplémentaire par exemple si le salarié comptait sur sa rémunération pour effectuer un paiement à ses propres créanciers et que ces derniers l'ont mis en demeure du fait de son retard, lui réclamant un intérêt moratoire. En cas de ***licenciement immédiat***, la somme due en application de l'article 337c, alinéa 1er, du Code des obligations porte intérêts du fait de l'application de l'article 339, alinéa 1er, du Code des obligations dès le moment du licenciement immédiat (TF, 4 octobre 1977, *ATF* 103 II 274, cons. 3b ; TF, 12 janvier 2011, 4A_474/2010, *DTA* 2011. 112, *JAR* 2012. 121, cons. 2.2.1).

Prescription. Les rémunérations variables sont soumises à une prescription ***quinquennale*** (CO, art. 128). La prescription commence à courir dès le moment de l'***exigibilité*** de la rémunération variable (*cf.* CO, art. 130, al. 1er).

[1385] Franz WERRO, *Concubinage, mariage et démariage,* Stämpfli, Berne, 5e éd., 2000, p. 145.

[1386] Ce principe connaît bien évidemment des exceptions, comme une éventuelle indemnité compensatrice de l'obligation de non-concurrence qui serait mise à la charge du salarié, indemnité obligatoire en droit allemand (§ 74 (2) HGB) et en droit français (Soc., 10 juillet 2002, n° 00-45135, *Bull. civ.* V, n° 239) ; sur la question des clauses de non-concurrence, *cf.* René KUHN, *Das Konkurrenzverbot im Arbeitsvertragsrecht,* Cosmos-Verlag, Muri-Bern, 1981 et Aurélien Witzig, « ″Secrets de fabrication″ et ″secrets d'affaires″ (art. 340 CO) », *Panorama II en droit du travail,* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2012, pp. 247 *sqq*.

[1387] STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 8 *ad* art. 339 CO ; DUC/SUBILIA, *Droit du travail*, N 12 *ad* art. 339 CO. Précisant à juste titre la réserve de restrictions qui pourraient être assimilées à une clause de non-concurrence valablement conclue : WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* p. 994. Si les actions sont conservées par l'employeur, il doit les remettre au travailleur en vertu de l'article 339a. Bien entendu, les règles sont différentes si l'on se trouve en présence d'un plan d'investissement (*cf. supra* n° 329 et s.).

[1388] WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, p. 995.

[1389] *Cf. infra* n° 640 et s.

[1390] WYLER/HEINZER, *Droit du travail,* pp. 995-996. *Cf. supra* n° 168.

[1391] Sur certaines questions d'exigibilité de la rémunération propres au contrat de travail intérimaire, *cf.* Luc THÉVENOZ, *Le Travail intérimaire,* Payot, « Collection juridique romande », Lausanne, 1987, p. 251.

[1392]. Le salarié doit avoir « *exécuté* » le travail pour lequel il demande rémunération, c'est-à-dire qu'il doit avoir mis son temps de manière utile à la disposition de l'employeur ; il doit être dans le « *besoin* », c'est-à-dire qu'il serait exposé, s'il devait attendre la prochaine échéance de paie, à un dommage ou à un inconvénient (selon nous, on peut considérer comme un dommage ou un inconvénient toute demande de prêt que le salarié devrait formuler auprès de quiconque pour une dette arrivée à échéance dont il serait débiteur : loyer, crédit à la consommation, etc.) ; l'employeur doit pouvoir

499. **Avances et acomptes : précision de vocabulaire.** Le Code des obligations parle d'« *avances* », mais c'est improprement qu'il emploie ce terme[1394]. En effet, l'« avance » dont on parlerait ici ne s'applique qu'à l'***exigibilité*** de la créance et non à sa ***naissance***. Comme la créance en rémunération naît au fur et à mesure de l'exécution du travail par le salarié, l'employeur, par une telle « avance », n'effectue pas un prêt au salarié. L'« avance » dont parle le code se caractérise comme un paiement anticipé sur une dette non encore échue[1395]. Une telle « avance », même portant sur une provision, peut être librement consentie dans un contrat de travail et ne sera pas requalifiée en prêt de consommation au sens de l'article 312 du Code des obligations[1396], ni en contrat de compte courant[1397]. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle aucun intérêt ne peut être calculé sur la somme « avancée »[1398]. La somme dite « avancée » ne correspond pas à un travail non encore exécuté par le salarié. Seule la date de paiement est avancée, non la somme due. Dès lors, le terme d'« avance » est ici inapproprié. C'est d'« *acompte* » qu'il faut parler[1399]. On réservera le terme d'« *avance* » à l'hypothèse où l'employeur octroie au salarié un ***véritable prêt*** (prêt en nature ; CO, art. 305 et s., ou, plus vraisemblablement, prêt de consommation : CO, art. 312 et s.).

C. Les exceptions

500. Deux sortes de rémunérations variables sont soumises à des règles spéciales : la ***provision*** et la ***participation*** (**1**). Par ailleurs, l'administration est venue compliquer le système civil. En effet, face aux conséquences désastreuses de la crise de 2008, l'autorité de régulation des marchés financiers, la ***FINMA***, a choisi d'imposer des ***règles spéciales*** d'exigibilité des rémunérations variables pour certains établissements financiers (**2**).

« *raisonnablement* » procéder au paiement, c'est-à-dire sans mettre son entreprise en péril (TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 510).

[1393] Lorsque ces conditions ne sont pas remplies, l'employeur peut toujours octroyer une somme au salarié avant la date de son exigibilité. Ce sont les règles générales sur ***l'exécution anticipée*** qui sont alors applicables (CO, art. 81 ; TF, 20 mars 2006, 4C.320/2005, cons. 5.4).

[1394] En allemand, le terme employé est « *Vorschuss* » (*cf.* VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, p. 95).

[1395] TF, 14 octobre 2002, 4C.247/2002, *ATF* 129 III 118, *JT* 2003 I 144, *JAR* 2003. 210, cons. 2.2 ; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar*, N 26 et s. *ad* art. 323 CO ; *cf.* STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, N 16 et s. *ad* art. 323 CO.

[1396] TF, 14 octobre 2002, 4C.247/2002, *ATF* 129 III 118, *JT* 2003 I 144, *JAR* 2003. 210, cons. 2.2.

[1397] TF, 14 octobre 2002, 4C.247/2002, *ATF* 129 III 118, *JT* 2003 I 144, *JAR* 2003. 210, cons. 2.3. Pour la définition du compte courant, voir notamment TF, 9 mai 1974, *ATF* 100 III 79 ; TF, 20 juin 1978, *ATF* 104 II 190 ; TF, 12 février 2001, *ATF* 127 III 147.

[1398] TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 510.

[1399] Ce que font correctement le Tribunal fédéral dans TF, 6 mars 2000, *ATF* 126 III 119 et le droit français : l'article L. 3242-1, alinéa 3, du Code du travail prévoit que « *le paiement de la rémunération est effectué une fois par mois* », mais « *un acompte correspondant, pour une quinzaine, à la moitié de la rémunération mensuelle, est versé au salarié qui en fait la demande* ». Dans l'hypothèse de l'avance, l'employeur ne pourra, en droit français, opérer de retenue de salaire pour se faire rembourser que s'il s'agit de retenues successives ne dépassant pas le dixième du montant des salaires exigibles (C. Trav., art. L. 3251-3). Pour les retenues en droit suisse, *cf. infra* n° 530.

1) Les exceptions légales

501. **La provision.** L'alinéa 2 de l'article 323 est explicite : « *La provision est payée à la fin de chaque mois, à moins qu'un terme de paiement plus court n'ait été convenu ou ne soit usuel ; toutefois, lorsque l'exécution de certaines affaires exige plus d'une demi-année, l'échéance de la provision peut être différée par accord écrit pour ces affaires.* » En outre, les provisions relatives aux affaires dont l'exécution a lieu, entièrement ou partiellement, après la fin du contrat peuvent voir leur exigibilité différée à deux conditions : la présence d'un ***écrit*** et, sauf exception, une ***durée limitée*** de six mois au maximum, ou d'une année au maximum pour les affaires donnant lieu à des prestations successives, ou encore de deux ans au maximum pour les contrats d'assurance ou les affaires dont l'exécution s'étend sur plus d'une demi-année (CO, art. 339, al. 2).

502. Une technique particulière existe, souvent appelée « avance sur provision » ou « avance sur commission ». Cette technique consiste pour l'employeur, lorsque le montant de la provision due au salarié est calculée sur une base annuelle, à verser mensuellement un montant forfaitaire au salarié, la somme des douze montants forfaitaires correspondant au montant estimé de la provision annuelle. Ce système permet à l'employeur de calculer le montant dû au salarié à titre de provision sur une base annuelle, sans priver pour autant le salarié d'un paiement mensuel proche de ce qu'il percevrait si sa provision était calculée sur une base mensuelle. La provision annuelle est en quelque sorte « lissée » sur les douze mois de l'année. Un tel dispositif, qui représente généralement plutôt un ***acompte*** sur provision, est envisageable aux conditions énumérées à l'alinéa 2 de l'article 323 du Code des obligations : convention ou usage[1400]. Par ailleurs, un acompte sur provision est parfaitement envisageable selon l'alinéa 4 de l'article 323. On peut également concevoir une véritable avance sur provision[1401].

503. Lorsque le montant versé par l'employeur à titre d'acompte ou d'avance se révèle plus élevé que la somme finalement due au terme de la période de calcul de la provision, apparaît alors un ***trop-perçu*** en faveur du salarié, que l'employeur sera tenté de réclamer[1402]. Néanmoins, une telle restitution n'est envisageable que si une interprétation de la volonté des parties fait apparaître que le salarié avait compris qu'il recevrait peut-être moins sur son total annuel que la somme des différentes rémunérations mensuelles qu'il a déjà perçues[1403]. *A contrario,* lorsque l'acompte ou l'avance sur provision représente une « provision minimale garantie », le salarié n'a aucune obligation de restituer un éventuel trop-perçu[1404]. En revanche, l'employeur peut prévoir de prélever 10 % des commissions et les placer dans un fonds de ristourne pour garantir les éventuels retours de commissions entraînés par les annulations de contrats par les clients[1405].

[1400] *Cf. supra* n° 498.

[1401] Sur la distinction entre « avance » et « acompte », *cf. supra* n° 499. Le droit français connaît un régime similaire : dès lors que le système de rémunération appliqué par l'employeur ne contrevient ni aux dispositions légales, ni aux dispositions réglementaires, il relève de la liberté contractuelle de consentir pour certains mois une avance sur commission, portée en déduction les mois suivants (Soc., 11 juillet 2007, n° 06-41.611).

[1402] Olivia GUYOT/Juliette JACCARD/Hans KERN/Roxane ZAPPELLA, *Le Contrat de travail,* Fédération des Entreprises Romandes, Genève, 2e éd., 2010, N 302.4.

[1403] *Cf. supra* n° 222 (clause de remboursement).

[1404] TF, 14 octobre 2002, 4C.247/2002, *ATF* 129 III 118, *JT* 2003 I 144, *JAR* 2003. 210, cons. 2.6.

[1405] TF, 8 octobre 2012, 4A_378/2012.

504. **La participation.** La participation est due ***dès que*** le résultat d'exploitation est constaté, et ***au plus tard six mois*** après la fin de l'exercice (CO, art. 323, al. 3). Les mêmes délais sont applicables lorsque le contrat prend fin (CO, art. 339, al. 3).

505. Lorsque l'employeur s'est engagé à verser des acomptes mensuels relatifs à une participation, il ne pourra se soustraire à cette obligation que si sa connaissance des chiffres provisoires servant au calcul de la participation lui apprend — de façon évidente — qu'aucune somme n'est due à ce titre au salarié[1406]. Lorsque l'employeur a versé un montant excessif à titre d'acompte ou d'avance sur la participation (parce que le salarié était dans le besoin — CO, art. 323, al. 4 —, à titre d'exécution anticipée — CO, art. 81 — ou par un prêt — CO, art. 305 ou 312), il ne peut en exiger le remboursement par le salarié que s'il a clairement fait valoir sa prétention ***dès qu'il a eu connaissance ou dès qu'il a eu la possibilité d'avoir connaissance*** de cet excès, et au plus tard ***à la fin du contrat***[1407]. Lorsque l'employeur s'abstient de manifester son erreur, le salarié pourra considérer qu'il y a ***remise de dette conventionnelle*** (CO, art. 115), exprimée par actes concluants et dont l'acceptation par lui-même est présumée (CO, art. 6)[1408].

506. Lorsque l'employeur résilie le contrat avec effet immédiat de façon ***injustifiée***, il ne peut prétendre récupérer les acomptes ou les avances effectués[1409]. Il ne peut pas non plus refuser de payer les participations non encore échues mais qui seraient devenues exigibles au cours de la durée du contrat qui restait normalement à courir — jusqu'à son terme contractuel pour un contrat à durée déterminée ou jusqu'à la fin du délai de résiliation applicable pour un contrat à durée indéterminée[1410]. En effet, dans une telle hypothèse, le salarié n'est pas responsable de n'avoir pas participé à la création de la valeur du chiffre d'affaires, du bénéfice ou de tout autre critère d'évaluation.

507. **L'exigibilité des actions ou des options sur action bloquées.** Dès lors que l'on se trouve en présence d'un véritable ***plan d'intéressement***, et non d'un plan d'investissement[1411], les dispositions impératives du droit du travail doivent être respectées[1412]. Aussi, lorsque des actions ou des options sont qualifiées de rémunération variable obligatoire, elles deviennent exigibles au plus tard à la fin des rapports de travail ou selon les modalités spécifiques prévues pour la participation[1413]. Dans une affaire où un plan d'intéressement prévoyait la remise d'actions à un salarié et la possibilité pour ce dernier de les revendre à la société émettrice, après six années, à leur valeur effective, mais à la condition, en cas de départ du salarié, qu'il se comporte encore pendant deux ans en « *good leaver* », le tribunal des prud'hommes genevois a considéré que ces conditions étaient nulles, puisque le rachat des actions à leur valeur effective était un élément de rémunération variable obligatoire : dès lors, le salarié pouvait demander le rachat de ses actions à leur valeur effective, dès son départ, quelle qu'en soit la date[1414]. En revanche, une telle condition est possible à l'égard d'une gratification[1415].

[1406] CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 62.

[1407] TF, 20 mars 2006, 4C.320/2005, cons. 5.5 (précisant une décision plus ancienne : TF, 6 mars 2000, *ATF* 126 III 119, *JT* 2000 I 630, *JAR* 2001. 195, *RJB* 2002. 317, com. W. Wiegand).

[1408] TF, 20 mars 2006, 4C.320/2005, cons. 5.5.

[1409] TF, 7 mai 2010, 4A_570/2009, cons. 7.4.

[1410] *Cf.* TF, 7 mai 2010, 4A_570/2009, cons. 7.4.

[1411] Sur cette distinction, *cf. supra* n° 324 et s.

[1412] TF, , 8 avril 2004, 4C.329/2003, *ATF* 130 III 495.

[1413] *Cf.* PORTMANN, *Basler Kommentar,* N 2 *ad* art. 339 CO.

[1414] TPH-GE, 16 mars 1999, *JAR* 2001. 400, cons. 4.

[1415] *Cf. supra* n° 165 et s.

508. Certes, l'article 323 ne figure pas dans la liste des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé au détriment du salarié (CO, art. 362). Cependant, dans la mesure où cet article concerne la rémunération, on doit lui reconnaître un caractère relativement impératif[1416]. Certains auteurs admettent toutefois qu'il soit dérogé à cette règle au détriment du salarié, si c'est par convention collective ou contrat-type[1417], avis auquel nous nous rangeons dans le cadre particulier que nous exposerons par la suite[1418].

2) L'exception administrative

509. La FINMA, dans sa circulaire 2010/1 « Systèmes de rémunération », prévoit l'obligation pour certains établissements financiers de verser une partie des rémunérations variables sous forme différée (§ 49). Ces rémunérations variables différées ne sont acquises définitivement qu'après l'écoulement d'un délai de ***trois ans*** (§ 52)[1419].

510. La réglementation mise en place par la FINMA rappelle les recommandations du Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise édité par la Fédération des entreprises suisses[1420]. Ce code prévoit notamment que « *la rémunération doit être en rapport évident avec le succès de l'entreprise sur la durée et la contribution personnelle* » et qu'« *il faut éviter que [la rémunération] ne crée de fausses incitations* » (§ 26)[1421].

511. Ces règles administratives posent un problème de coordination avec les articles 323 et 339 du Code des obligations[1422]. La FINMA elle-même en est consciente qui prône une révision du droit du travail sur ces points[1423]. Le Professeur AUBERT a justement dénoncé l'incompatibilité des règles administratives avec les règles civiles et pointé le risque d'insécurité juridique qui en découle[1424]. La *ratio legis* de la réglementation civile consiste en ceci que la situation doit être rapidement clarifiée en cas de rupture des relations contractuelles et qu'il est difficilement envisageable que des parties qui n'ont théoriquement plus aucun compte à se rendre se doivent encore paiement d'une rémunération. En toute hypothèse, la loi doit pour l'instant prévaloir sur le règlement

---

[1416] TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 510.

[1417] TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 510 ; ENGEL, *Contrats*, p. 316 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 7 *ad* art. 323 CO.

[1418] *Cf. infra* n° 509-513.

[1419] Cette réglementation s'inscrit dans le cadre d'un mouvement international (*cf.* par exemple pour les États-Unis : Alexander Nikitine, « USA – Gesetzliche Regulierung der Management-Vergütung », *GesKR* 2009. 368).

[1420] Sur ce code, *cf. supra* n° 300, 326, 425. La Commission européenne a également publié des « Recommandations sur les politiques de rémunération dans le secteur des services financiers » le 30 avril 2009, *JOUE* n° L 120, 15 mai 2009, p. 22.

[1421] L'idée directrice de cette réglementation consiste à éviter les effets pervers du système de rémunération sur la prise de risques et à viser un système de bonus/malus permettant d'éviter en partie l'appétence des dirigeants pour les gains rapides : Anne Héritier Lachat, « La crise des marchés financiers, la régulation et la surveillance », *Journée 2008 de droit bancaire et financier*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2009, pp. 25-34, spéc. pp. 30-31.

[1422] Julien Waeber, « Circulaire FINMA 2010/1 sur les systèmes de rémunération : des obstacles en droit civil? », *RSDA* 2012. 119, spéc. 127 et 131.

[1423] Rapport explicatif de la Circulaire, juin 2009, disponible sur le site internet finma.ch, pp. 8, 27-29 et 42.

[1424] Gabriel Aubert, « La FINMA, les bonus et le droit », *Le Temps* 12 février 2010. Benoît Chappuis parle avec raison d'une « *situation juridique inhabituelle* » (Benoît Chappuis, « Bonus des dirigeants : la jurisprudence du Tribunal fédéral à l'épreuve des règles de la FINMA », *La Pratique contractuelle 2* (édit. Pascal Pichonnaz/Franz Werro), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2011. 91-120, spéc. 92). CHAPPUIS explique de manière éclairante que cette situation est due à la proclamation contemporaine de deux revendications contradictoires : la sécurité et la liberté (*idem,* p. 94).

administratif[1425]. C'est ainsi qu'est construit notre pyramide des normes (*cf.* Cst., art. 5 et 190)[1426]. Par ailleurs, même à considérer la circulaire de la FINMA comme devant s'imposer aux contrats de travail concernés, elle n'entraînerait pas pour autant la nullité des clauses concernées, du moins de toutes celles dont la conclusion est antérieure à la promulgation de la circulaire[1427].

512. À notre avis, le problème réside en ceci que la circulaire prévoit que la rémunération doit évoluer en fonction de critères d'évaluation (§ 54), c'est-à-dire que l'employeur pourrait continuer à porter un jugement sur les prestations du salarié après la fin de la relation contractuelle. De plus, il paraît compliqué d'imposer le ***risque*** de l'évolution à une personne qui n'a plus aucun effet sur ladite évolution, alors même que le caractère différé de la rémunération est censé concerner les personnes « *dont l'activité influe notablement sur le profil de risque de l'établissement financier* » (§ 53).

513. Pour tenter d'opérer une ***conciliation entre règles civiles et règles administratives***, nous proposons la piste suivante : si l'on ne peut concevoir une variation fondée sur des critères subjectifs après la fin de la relation contractuelle, on peut accepter une variation fondée sur des critères ***objectifs***, comme l'évolution du chiffre d'affaires, du bénéfice ou du cours de l'action de l'entreprise, pendant une période limitée à trois ans au maximum[1428]. Nous prônons dès lors une révision du Code des obligations sur ce point. Par ailleurs, nous proposons d'appliquer par analogie la règle de l'article 339c, alinéa 4, du Code des obligations selon laquelle une prime de départ peut voir son échéance différée par écrit[1429]. Ainsi, une prime de départ d'un montant forfaitaire pourra être versée plusieurs années après le départ du salarié[1430].

[1425] *Cf.* STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 2 *ad* art. 322d CO ; Hansueli Schöchli, « Wenn "Boni" keine Boni sind – Juristische Fallstricke in der Umsetzung der geplanten Bonusrichtlinie für die Banken », *NZZ* 7 octobre 2009.

[1426] *Cf.* Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre,* (1e éd. 1934, 2e éd. 1960), trad. fr. de la 2e éd. *Théorie pure du droit* par Charles Eisenmann, Bruylant/L.G.D.J., Bruxelles/Paris, 1999, pp. 224 et s.

[1427] Benoît Chappuis, « Bonus des dirigeants : la jurisprudence du Tribunal fédéral à l'épreuve des règles de la FINMA », *La Pratique contractuelle 2* (édit. Pascal Pichonnaz/Franz Werro), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2011. 91-120, spéc. 114-115. CHAPPUIS tranche la question en faisant valoir que des sanctions administratives ne pourront être prononcées contre les employeurs assujettis qu'à la condition qu'ils n'aient pas respecté la circulaire sur des éléments de droit dispositif au regard du droit du travail (*idem,* p. 116).

[1428] *Contra* : Thérèse Amstutz, « Circulaire FINMA 10/1 / Problématique de droit du travail des rémunérations variables », *Perspectives et risques de nouveautés juridiques 2009/2010,* Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2010, pp. 45 et s., spéc. 51, laquelle prône une solution inverse de la nôtre, à savoir le maintien d'une appréciation sujective afin de garantir la qualification de gratification à l'élément de rémunération en cause. Outre qu'il n'est pas dit que la gratification ne soit pas comprise dans la règle générale de l'article 339 du Code des obligations (la doctrine se prononce plutôt pour une application de cet article à la gratification, du moins quand cette dernière présente des traits communs avec la participation aux résultats : WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, p. 699 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 7 *ad* art. 339 CO ; dans la même direction mais sans distinguer entre la gratification contractuelle et la gratification bénévole qui est de toute façon hors de cause : DUC/SUBILIA, *Droit du travail*, N 12 *ad* art. 339 CO), cette proposition nous paraît ouvrir la porte à de nombreuses contestations : comment l'employeur peut-il évaluer subjectivement un travailleur qui a quitté son entreprise depuis trois ans ?

[1429] Sur cette règle en général, *cf.* STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 14 *ad* art. 339c CO. Pour un exemple d'étalement du paiement : TC-JU, 15 avril 1982, *JAR* 1986. 162, *JU-TRAV* 1984. 31, cons. 9.

[1430] On pourrait également envisager d'appliquer par analogie le tempérament de l'alinéa 3 de ce même article, selon lequel l'indemnité peut être réduite si son paiement exposerait l'employeur à la gêne. Nous manifestons toutefois une certaine réticence à l'égard de cette généralisation du fait que cette règle ouvre la voie des interprétations contradictoires qui risquent de nuire à la sécurité juridique.

§ 2 – LA MONNAIE DU PAIEMENT

514. La monnaie du paiement pose des problèmes juridiques d'un point de vue ***international*** (**A**) et d'un point de vue ***interne*** (**B**).

A. Du point de vue international

515. La monnaie du paiement de la rémunération pose un problème original de variabilité de cette dernière. Cette variabilité spécifique est due au système monétaire international en vigueur. Dans ce système, les monnaies ***fluctuent*** généralement les unes par rapport aux autres. De ce fait, le pouvoir d'achat d'une monnaie peut progresser ou diminuer par rapport aux autres monnaies en fonction de l'évolution de leurs cours respectifs. Cette question a connu un regain d'actualité depuis la crise économique de 2008. En effet, le cours du franc suisse a marqué une tendance à s'apprécier fortement par rapport à l'euro et au dollar américain. Dès lors, les entreprises exportatrices ont vu le prix des biens et services qu'elles proposaient à la vente augmenter pour leurs clients à l'étranger. Ces bouleversements économiques ont parfois incité les entreprises à réduire leurs coûts de personnel, ou à les aligner sur les monnaies étrangères. Certaines entreprises ont par exemple choisi de payer leurs salariés suisses en euro. Des parlementaires ont alors réagi en déposant des initiatives pour interdire le paiement du salaire dans une monnaie autre que le franc suisse[1431].

516. Pourtant, la solution juridique la plus simple, dès lors que chaque État reconnaît une monnaie sur son territoire, consiste à décider que la rémunération soit payée ***en monnaie de l'État sur le territoire duquel la prestation de travail est effectuée*** : le franc suisse en Suisse, l'euro en France ou en Allemagne. C'est d'ailleurs ce que semble indiquer la règle générale posée par l'article 323b, alinéa 1er, du Code des obligations lequel prescrit que le salaire en numéraire est payé « *en monnaie ayant cours légal* ». Le salaire numéraire[1432] serait donc en principe payé en francs suisses[1433]. Il est vrai que cette disposition légale ne précise pas quel doit être l'État émetteur de la monnaie « *ayant cours légal* ». De plus, elle n'est pas impérative : les parties peuvent donc prévoir que le salarié travaillant en Suisse sera payé dans une autre monnaie que le franc suisse[1434].

[1431] *Cf.* initiative parlementaire n° 11447 déposée le 15 juin 2011 par Marina Carrobio Guscetti « *Kampf dem Lohndumping. Keine Löhne in Euro* ». La Commission de l'économie et des redevances a proposé le 27 mars 2012 de ne pas donner suite à cette initiative. *Cf.* également : motion n° 113534 déposée le même jour par Corrado Pardini « *Verbot von Eurolöhnen* » et motion n° 113608 déposée le lendemain par Meinrado Robbiani « *Löhne in ausländischer Währung* ». Il n'a pas été donné suite à ces motions.

[1432] La même règle sera appliquée lorsqu'il s'agit de monétiser une rémunération en nature.

[1433] GEISER/MÜLLER, *Arbeitsrecht*, p. 141.

[1434] Danthe, *Commentaire,* N 8 *ad* art. 323b CO. *Cf.* Jean-Fritz Stöckli, « Lohngleichheit für Grenzgänger bei Währungsverschiebungen », *DTA online* 2012, n° 262, N 5. Le même mécanisme existe en droit français : l'article L.

517. Dans l'hypothèse où les parties conviennent que le salaire sera versé dans une monnaie autre que la monnaie du pays d'exécution du contrat, un certain nombre de règles s'appliquent. Il faut distinguer les ***règles générales*** du droit des obligations[1435] (**1**) et les ***règles spéciales*** du droit du travail (**2**).

1) Devise étrangère et partie générale

518. **Possibilité de la conversion.** Tout d'abord, il convient de distinguer entre la monnaie de la créance et la monnaie du règlement de la créance : il n'y a pas forcément identité entre les deux[1436]. De plus, un mécanisme particulier existe : la partie générale du Code des obligations dispose que le débiteur peut toujours acquitter sa dette en monnaie suisse lorsque le lieu du paiement est en Suisse (CO, art. 84, al. 2)[1437]. À suivre cette règle, l'employeur devrait pouvoir payer en francs suisses le salaire de son employé travaillant en Suisse, alors même que le contrat de travail prévoit une monnaie étrangère pour le paiement du salaire. Cette réglementation légale introduit visiblement un ***système de variabilité du salaire à raison de la fluctuation des différentes monnaies***. En effet, lorsque le contrat de travail prévoit le paiement du salaire en monnaie étrangère, et si le cours de cette monnaie augmente par rapport au franc suisse, l'employeur qui déciderait de payer le salaire en francs suisses diminuerait, par ce procédé purement financier, la valeur effective de son obligation. Le salaire ***réel*** touché par le salarié — le salaire évalué à l'aune du pouvoir d'achat — subirait alors une diminution, du seul fait de la substitution, comme monnaie du paiement, de la monnaie nationale à la monnaie étrangère. Une telle variabilité du ***salaire réel*** est-elle admissible ?

519. À notre sens, il ne faudrait autoriser le paiement par l'employeur dans la monnaie nationale lorsque son cours est dévalorisé par rapport à la monnaie étrangère contractuelle que dans l'hypothèse restrictive où le salarié a consciemment accepté le ***risque monétaire***. Une telle acceptation suppose préalablement que le salarié ait eu connaissance de ce que l'employeur pouvait se départir de son obligation sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 84 du Code des obligations précité. Par ailleurs, l'acceptation du risque monétaire ne peut être le fait que du salarié dont les connaissances économiques et financières sont à ce point aiguisées qu'il soit en mesure d'évaluer de son propre chef le risque qu'il prend sur les revenus de son travail.

520. Ainsi, en vertu du principe d'interdiction de l'abus de droit ancré à l'article 2 du Code civil, on refusera à l'employeur le bénéfice de l'alinéa 2 de l'article 84 du Code des obligations, sauf pour lui à démontrer le consentement avisé de son salarié. On refusera également la substitution défavorable de monnaie, du fait de la loi, lorsque « *l'exécution*

3241-1 du Code du travail autorise comme modes de paiement la monnaie métallique ou fiduciaire ayant cours légal. Ce principe peut être soumis à stipulation contraire (*Précis Dalloz* 2013, p. 938).

[1435] Il faudrait également mentionner le risque d'infraction à la législation sur la ***concurrence déloyale*** auquel s'expose l'employeur dont le paiement de la rémunération dans une monnaie étrangère reviendrait à une sous-enchère salariale abusive et répétée au sens de l'article 7 de la loi.

[1436] Sandra Brändli/Manuel Stengel, « Währungsfragen im Zusammenhang mit dem Lohn von Grenzgängern », *Schweiz und Europa — Auswirkungen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft* (édit. : Anne-Cathrine Tanner/Claudia Siebeneck/Beat Brändli), Stämpfli, Berne, 2011, pp. 337 et s.

[1437] *Cf.* TF, 14 janvier 2008, 4C.258/2006, *ATF* 134 III 151.

littérale du contrat » a été stipulée par des mots tels que « *valeur effective* », ou tout autre formule analogue (CO, art. 84, al. 2). On refusera enfin cette substitution lorsque, les conditions énoncées précédemment étant remplies, elle relève néanmoins de la mauvaise foi de l'employeur. Pour agir de bonne foi, l'employeur devra, en toute hypothèse, informer préalablement le salarié des motifs pour lesquels il choisit de renoncer aux stipulations contractuelles pour payer le salaire en francs suisses[1438].

2) Devise étrangère et droit du travail

521. Quelle que soit la monnaie stipulée au contrat, les parties doivent s'assurer que le ***salaire minimum*** (légal [1439] ou conventionnel) et le principe de ***non-discrimination*** sont respectés[1440]. En particulier, lorsque la convention collective prévoit un salaire minimum en francs suisses, la rémunération perçue par le salarié à la fin du mois doit correspondre à ce salaire minimum après conversion, le cas échéant, en francs suisses[1441].

522. De plus l'utilisation d'une devise étrangère ne doit pas avoir pour effet de faire peser le ***risque d'entreprise*** sur le salarié[1442]. Dans quelle hypothèse le paiement de la rémunération

---

[1438] Le droit suisse n'impose ***aucune majoration*** lorsqu'une conversion est effectuée d'une monnaie étrangère en monnaie nationale. À titre comparatif et historique, signalons que le droit français connaissait cette technique : un décret n° 57-910 du 10 août 1957 *(JORF* 11 août 1957) réglait la question en prévoyant une majoration de 20 % lors de toute conversion en francs français d'une dette issue d'un contrat libellé dans une devise étrangère (Soc., 20 janvier 1961, *Bull. civ.* IV, n° 96). Quant à la ***date de la conversion,*** elle est celle du ***jour du paiement***, sauf si le ***retard*** apporté à celui-ci est imputable à l'une des parties (*cf.* Soc., 22 juin 1993, n° 90-42.142, *RJS* 1993. 589, n° 987). En effet, « *l'employeur ne peut se prévaloir de l'inexécution de son obligation de payer pour prétendre retarder jusqu'au jour du paiement la conversion […] des sommes qu'il était tenu de payer en exécution du contrat de travail* » (Soc., 22 juin 1993, 90-42.142, *RJS* 1993. 589, n° 987).

[1439] Dans l'hypothèse d'une forte variation des monnaies, le paiement des salariés communautaires ou frontaliers en monnaie étrangère peut être constitutive d'une ***sous-enchère abusive et répétée*** autorisant l'autorité compétente à édicter un contrat-type contenant des salaires minimums obligatoires selon la procédure des articles 360a et suivants du Code des obligations (Jean Christophe Schwaab, « Paiement du salaire en euros, adaptation au cours de l'euro : que dit le droit du travail ? », *Jusletter* 8 août 2011, N 17-20).

[1440] *Cf. supra* n° 378 ; Danthe, *Commentaire,* N 9 *ad* art. 323b CO ; sur cette question, *cf.* Anne Troillet, « La monnaie du salaire dans les situations transfrontalières », *Panorama II en droit du travail,* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2012, pp. 231 et s. ; Jean-Fritz Stöckli, « Lohngleichheit für Grenzgänger bei Währungsverschiebungen », *DTA online* 2012, n° 262, N 12-64, lequel trouve des motifs justificatifs à la discrimination indirecte (notamment afin de contrer les difficultés économiques des entreprises confrontées à des modifications soudaines et importantes du taux de change), à condition que la rémunération soit liée au pouvoir d'achat du salarié dans son pays de résidence. Pour notre part, nous estimons que le lieu de résidence du travailleur, sauf exception légitime, relève de sa vie privée. On ne voit pas pourquoi les rémunérations des travailleurs résidant dans l'Union européenne devraient servir de variable d'ajustement à ce qui relève de la politique macroéconomique. En outre, rien n'empêche des travailleurs résidant en Suisse d'aller s'approvisionner dans un pays voisin dans lequel les biens et services seraient moins chers. Mais ceci relève encore une fois de la vie privée du travailleur et nous ne voyons pas pourquoi on devrait autoriser une pratique discriminatoire, pour ne pas dire une pratique divinatoire, puisque l'employeur n'a pas vocation à contrôler le lieu dans lequel ses salariés se ravitaillent (CO, art. 323b, al. 3). Un tribunal bâlois a jugé que la diminution de la rémunération des salariés frontaliers constituait une discrimination inadmissible à leur égard (Philipp Gremper, « Frage der Zulässigkeit der Zahlung des Lohnes in Euro », *Revue de l'avocat* 2012. 73, spéc. 79), jugement confirmé en appel (Kantonsgericht-BL, 17 décembre 2012, 400 12 152, *JAR* 2013. 422, cons. 3 ; Richard Étienne, « Payer ses frontaliers en euros n'est pas légal », *La Tribune de Genève* 18 décembre 2012).

[1441] Sur la conversion dans le cadre d'une poursuite, *cf.* TF, 21 novembre 2008, 5A_559/2008, *ATF* 135 III 88. Le droit français pose en outre des exigences générales de validité des clauses prévoyant une variation de la rémunération du salarié : elles doivent être fondées sur des éléments ***objectifs*** et ***indépendants de la volonté*** de l'une des parties (Soc., 7 novembre 2001, n° 99-43.450, *JS Lamy* 2001. 2, n° 85, note P.-H. Antonmattei).

[1442] *Cf.* Rapport de la Commision de l'économie et des redevances du 27 mars 2012 concernant l'initiative n° 11447 de Carobbio Guscetti « *Lutte contre la sous-enchère salariale. Interdiction de verser les salaires en euro* » : « *L'article*

dans une monnaie étrangère fait-il peser le risque d'entreprise sur le salarié ? Un auteur estime que c'est le cas en toute hypothèse, même en cas de variation mineure de la monnaie[1443] ; d'autres auteurs semblent considérer qu'il faille attendre un effondrement du cours de la monnaie[1444]. Nous retiendrons une voie médiane en considérant qu'une dévaluation sensible de la monnaie étrangère par rapport à la monnaie nationale a pour effet de reporter le risque d'entreprise sur le salarié : ce fut le cas par exemple lors de la dévaluation de l'euro face au franc suisse lors de la crise de 2008, et surtout durant l'été 2011.

B. Du point de vue interne

523. **Indexation des salaires.** La question de la monnaie du paiement de la rémunération se pose du point de vue interne en raison du phénomène de l'***inflation***[1445]. En cas d'inflation, une unité monétaire perd en pouvoir d'achat par un phénomène de hausse du prix des biens et services. Le problème juridique consiste alors à décider de la licéité d'une éventuelle ***clause d'indexation*** des rémunérations sur la variation des prix, ce qui représente aussi un phénomène original de variabilité de la rémunération.

524. Le droit suisse ne contient pas d'interdiction de l'indexation des rémunérations[1446]. On estime même que, dans les années 1990, entre deux tiers et trois quarts des conventions collectives contenaient des dispositions sur la compensation du renchérissement[1447].

324, alinéa 1er, du Code des obligations protège les employés contre les employeurs qui souhaiteraient leur faire supporter le risque d'entreprise. » Cette règle existe également en droit français : Soc., 2 juillet 2002, n° 00-13.111, *Bull. civ.* V, n° 229, *Sem. Soc. Lamy* 9 septembre 2002, n° 1087 et 1088, *Dr. soc.* 2002. 998, obs. C. Radé, *GADT*, n° 54, *D.* 2003, somm. 391, obs. V. Wauquier ; ESCANDE-VARNIOL, *Répertoire Dalloz*, N 138.

[1443] Jean Christophe Schwaab, « Paiement du salaire en euros, adaptation au cours de l'euro : que dit le droit du travail ? », *Jusletter* 8 août 2011, N 10.

[1444] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, N 3 *ad* art. 324 CO.

[1445] « *L'inflation (du latin* inflatio, *« gonflement, enflure ») est un phénomène macro-économique qui se traduit par une hausse auto-entretenue du niveau général des prix.* » (Jean-Claude DROUIN, *Tous économistes,* Presses Universitaires de France, 3e éd., 2008, p. 165)

[1446] Ce genre de restriction est connu en droit français. Elle vise à permettre aux salariés de négocier des augmentations de salaire décorrélées des variations des prix dues à l'inflation : l'idée est que les augmentations de salaire doivent suivre les augmentations de ***productivité*** et de ***bénéfices*** de l'entreprise concernée et non pas se rattacher à des évolutions purement ***macroéconomiques***. Depuis une ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958, modifiée par une ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959, existe donc une interdiction des indexations automatiques fondées sur l'une des trois références suivantes : le salaire minimum interprofessionnel garanti ; le niveau général des prix et des salaires ; le prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention, ou avec l'activité de l'une des parties. Une loi du 2 janvier 1970 a contribué à inscrire dans le Code du travail l'interdiction d'indexer les salaires sur le SMIC dans les accords collectifs (C. trav., art. L. 3231-3 ; *Précis Dalloz* 2008, p. 972). Toutes les clauses de révision automatique des rémunérations ne sont donc pas illicites en droit français (Alain Bouilloux, « Salaire (fixation, montant) », *Répertoire de droit du travail,* décembre 2000 (mise à jour décembre 2010), N 77). Une indexation fondée sur le chiffre d'affaires ou le bénéfice de l'entreprise est, par exemple, admissible (*Précis Dalloz* 2008, p. 972). Fut également admise par les juges français, dans un contrat exécuté en Irak, la clause stipulant que la rémunération mensuelle se composait d'une part variant avec les hausses conjoncturelles en France et d'une autre part évaluée en dinars irakiens, variant comme l'évolution du coût de la vie locale. Comme la part évaluée en monnaie étrangère devait être versée directement en Irak, il en résultait que la clause était en relation directe avec l'objet de la convention : elle était donc valable à ce titre (Soc., 25 octobre 1990, n° 87-40.852, *Bull. civ.* V, n° 507, *RJS* 12/1990, n° 971). En revanche, l'employeur avait l'obligation de faire varier la rémunération en fonction de l'évolution du taux de change.

[1447] Pour une analyse détaillée de la question, *cf.* Niklaus BLATTNER/Walter HESS/Mathias JEGER/Christoph KLINGEN, *Lohninderxierung : Formen, Verbreitung und Wirkungen,* Verlag Rüegger, Coire/Zurich, 1993.

§ 3 – LES AUTRES CARACTÈRES PROTECTEURS DE LA RÉMUNÉRATION

525. *« Mes gages, mes gages, mes gages ! »* Tel est le cri poussé par Sganarelle — dernière réplique de la pièce —, lorsque son maître, Dom Juan, périt. Molière fait prévaloir le registre de la farce, et le public est invité à rire de ce valet qui ne pense qu'à être payé alors que son maître est châtié pour son mépris des choses sacrées. Pourtant, peu nombreux sont ceux qui, placés dans la situation de Sganarelle, riraient de voir ainsi disparaître la rémunération due pour leurs services. En effet, le salaire est au XXI[e] siècle la source principale de revenu d'une majorité de la population de nos pays, à tel point que le sociologue Robert Castel a créé le concept de « *société salariale* » pour qualifier notre société[1448]. Aussi — hors l'hypothèse rare d'un salarié par ailleurs rentier —, la rémunération est utilisée en priorité par chacun pour subvenir à ses besoins vitaux et familiaux. Fort de ce constat, le législateur a développé tout un pan du droit du travail en vue de protéger la rémunération du salarié en tant que telle[1449].

A. Une rémunération partiellement inconditionnelle

526. Le caractère en principe ***inconditionnel*** de la rémunération tire son origine d'une formulation imprécise du Tribunal fédéral. La Haute cour avait jugé que l'article 322 du Code des obligations était « *de droit dispositif* » et n'entrait pas, à ce titre, dans le domaine de protection de l'article 341, alinéa 1[er][1450]. Ce faisant, le Tribunal fédéral cherchait simplement à consacrer le caractère non immuable de la rémunération au cours de la relation contractuelle[1451].

527. Cependant, d'aucuns avaient cru pouvoir déduire de cette énonciation que la rémunération était facultative dans le contrat de travail, ce qui revenait à supprimer un élément constitutif de la qualification même de ce contrat. À la suite notamment de la critique doctrinale de solutions jurisprudentielles consécutives à ce débat[1452], le Tribunal fédéral juge aujourd'hui de manière bien établie que le caractère dispositif qu'il persiste à reconnaître à l'article 322[1453] a pour seule conséquence que les parties peuvent, par un

---

[1448] Robert CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale,* Fayard, Paris, 1995 ; *cf. supra* nbp 34.

[1449] On pourrait même considérer que l'entier du droit de la rémunération (règles sur sa fixation, sa modification, la qualification des divers éléments par lesquels elle peut être structurée) a pour objet la ***protection de la rémunération*** : *cf.* Hans-Peter Tschudi, « Probleme des Lohnschutzes », *ArbR* 1992. 9, lequel distingue une protection formelle (*formeller Lohnschutz*), visant à garantir l'obtention du salaire par le salarié, et une protection matérielle (*materieller Lohnschutz*), régissant le montant du salaire.

[1450] TF, 3 juillet 1998, *ATF* 124 II 436, *PJA* 1998 1520, *RDAF* 1999 I 470, cons. 10e/aa.

[1451] *Cf. infra* n° 570 et s. Plutôt que de dire que l'article 322 est de droit dispositif, ce qui entraîne une confusion intellectuelle avec le principe selon lequel la prestation fournie dans le contrat de travail est obligatoirement rémunérée (*cf.* CO, art. 320, al. 2), on pourrait dire que ***l'article 12 du Code des obligations***, qui consacre la possibilité de modifier le contrat, trouve normalement application en droit du travail.

[1452] *Cf.* AUBERT, *Commentaire romand*, N 4 *ad* art. 341 CO.

[1453] Par exemple dans TF, 9 novembre 2005, 4C.242/2005, cons. 4.2. Pour une critique, *cf.* David AUBERT, *Le contrat de travail des voyageurs de commerce,* Éditions Bis et Ter, Lausanne, 2010, p. 179.

accord, décider d'augmenter ou de diminuer la rémunération en cours de contrat, avant même l'échéance du délai légal de congé[1454]. Cependant, un tel accord ne vaut jamais que ***pour l'avenir*** et ne peut porter sur la rémunération de prestations déjà accomplies par le salarié[1455].

528. **Rémunération conditionnelle.** Faisant un pas supplémentaire dans la protection du salarié, le Tribunal fédéral considère désormais que l'employeur ne peut soumettre le paiement du salaire pour des prestations déjà effectuées par le salarié à une ***condition suspensive***, et notamment à la condition de sa présence effective dans l'entreprise à une date déterminée[1456]. Une telle condition serait illicite et, partant, nulle (CO, art. 20, al. 2). Le caractère inconditionnel de la rémunération s'étend à tout type de rémunération, fixe ou variable, à l'exception des gratifications, qu'elles soient discrétionnaires ou convenues[1457].

529. Cette règle paraît cohérente du point de vue de la systématique légale : en effet, si l'alinéa 2 de l'article 322d précise que la gratification n'est pas due légalement en cas de départ du salarié avant l'occasion qui y donne droit, cela signifie que la gratification est, par essence, conditionnelle et, *a contrario,* que le salaire de base est dû en toute hypothèse, sans quoi la précision légale n'aurait pas de raison d'être[1458].

530. **Tempérament.** Un tempérament légal à cette jurisprudence existe en vertu de l'article 323a du Code des obligations, aux termes duquel un accord des parties, un usage, un contrat-type ou une convention collective peuvent prévoir à certaines conditions une ***retenue*** à titre de garantie en faveur de l'employeur[1459]. De plus, l'employeur peut toujours se prévaloir de la ***répétition de l'indu*** lorsque les conditions de cette institution sont remplies[1460].

[1454] TF, 18 février 1997, 4C.474/1996, cons. 1 ; TF, 9 novembre 2005, 4C.242/2005, cons. 4.2.

[1455] TF, 21 mai 2003, 4C.62/2003, cons. 3.2 ; TF, 7 septembre 2004, 4C.173/2004, *JAR* 2005. 262, cons. 3.1 ; TF, 28 février 2006, 4C.426/2005, *DTA* 2006. 188-190, cons. 5.2 ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, cons. 5.1 ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 41 ; Rémy Wyler, « Salaire de base et impossibilité d'y renoncer (art. 341 CO) », *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc* (édit. Bettina Kahil-Wolff/Pierre-Yves Greber/Mirela Caçi), IRAL, Lausanne, 2001, pp. 399 et s., spéc. 409-413 ; Danthe, *Commentaire,* N 4 *ad* art. 322 CO.

[1456] TF, 28 février 2006, 4C.426/2005, *DTA* 2006. 188-190, cons. 5.2 ; TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2. Pour une critique de cette jurisprudence, *cf.* Peter Reinert, « Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht », *PJA* 2009. 3, spéc. 6. La même logique prévaut dans le principe selon lequel l'employeur reste tenu de rémunérer son salarié malgré le fait que ce dernier ait accompli du travail rémunéré pour un tiers au mépris de son devoir de fidélité (TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, *JAR* 2013. 293, cons. 9.1).

[1457] TF, 11 octobre 1994, 4C.47/1994, *JAR* 1995. 102 ; TF, 22 janvier 2002, 4C.263/2001, cons. 4b ; TF, 1er avril 2005, 4C.467/2004, cons. 3 ; TF, 28 février 2006, 4C.426/2005, *DTA* 2006. 188-190, cons. 5.1 ; TF, 1er mars 2006, *JAR* 2007. 206, *DTA* 2006. 266-268, cons. 5.3. ; TF, 13 juillet 2007, 4A_115/2007, *DTA* 2007. 249-253, cons. 4.3.1 ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, cons. 4.1 ; TF, 26 mars 2009, 4A_28/2009, cons. 2.4; TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.2 ; TF, 15 mai 2012, 4A_26/2012, *JAR* 2013. 242, cons. 5.2.1 ; Obergericht-ZH, 21 juillet 1982, *JAR* 1983. 96 ; CAPH-GE, 10 janvier 1986, *JAR* 1987. 165, cons. 5 ; CJ-GE, 30 mai 2012, CAPH/117/2012, cons. 3.1 ; AUBERT, *Commentaire romand,* N 8 *ad* art. 322d CO ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 73. *Cf. supra* n° 165 et s.

[1458] On voit ici un rapprochement opéré entre « flexible », « discrétionnaire » et « conditionnel ».

[1459] TF, 25 février 2010, 4A_608/2009, *DTA* 2010. 94-96, cons. 3.1 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, N 6 *ad* art. 323a CO ; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, pp. 282-283 ; BRÜHWILER, *Einzelarbeitsvertrag,* N 3 et s. *ad* art. 323a CO ; pour le cas d'une peine conventionnelle : TF, 20 avril 1993, *ATF* 119 II 162, cons. 2.

[1460] Lorsque l'employeur effectue des paiements au salarié de manière involontaire, il est autorisé à en demander le remboursement en se fondant sur le mécanisme de l'enrichissement illégitime et en particulier de la ***répétition de l'indu*** (CO, art. 63 ; AG-ZH, 19 avril 1990, *JAR* 1991. 126 ; VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, p. 95. Pour des cotisations sociales versées en trop, *cf.* AG-ZH, 13 mai 1987, *JAR* 1990. 144. Il ne suffit pas que les paiements aient été effectués par mégarde, encore faut-il qu'ils l'aient été par erreur et de manière involontaire (TF, 20 décembre 2004, 4C.398/2004, cons. 3.1 ; *cf.* également : TF, 19 décembre 1989, 4C.176/1989 ; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 44 *ad* art.

B. Une rémunération partiellement incessible

531. Le travailleur ne peut céder ou mettre en gage tout ou partie de sa rémunération future — fixe ou variable —, sauf pour s'acquitter d'obligations dont le fondement se trouve dans le droit de la ***famille*** (CO, art. 325)[1461] ; la cession et la mise en gage de la rémunération en garantie d'autres obligations est ***nulle*** (CO, art. 325)[1462]. Par une interprétation extensive d'un arrêt du Tribunal fédéral[1463], certains auteurs estiment que cette interdiction ne vise que le salaire de base et non d'autres avantages accordés bénévolement par l'employeur comme la gratification[1464]. Nous estimons que le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question pour l'instant, si bien que nous excluons la cession et la mise en gage de la rémunération variable pour des prestations non encore effectuées. En revanche, nous l'admettons pour des prestations déjà effectuées, conformément à la lettre de la loi.

C. Une rémunération partiellement insaisissable

532. **Protection du minimum vital et saisie directe sur salaire.** La rémunération bénéficie d'un statut privilégié jusques à l'égard des créanciers du salarié, pourtant extérieurs au rapport de travail. En effet, elle est en partie protégée contre la saisie, voie d'exécution à l'encontre du salarié en tant que personne physique. Le droit de la poursuite prévoit en effet que la part des revenus du travail qui est indispensable au salarié et à sa famille — le ***minimum vital*** — ne peut être saisie (LP, art. 93, al. 1er). Au-delà de cette protection, il arrive que l'employeur soit requis de verser une partie de la rémunération directement entre les mains de l'administration poursuivante : c'est l'hypothèse de la ***saisie directe sur salaire***. Deux questions techniques en rapport avec le caractère variable de la rémunération se posent à l'office de l'administration qui procède à une telle saisie sur salaire.

533. Comment l'administration doit-elle comptabiliser l'éventuel treizième salaire ou la gratification contractuelle dont bénéficie le salarié ? Ne doit-elle en tenir compte qu'au moment de son versement ou ce versement peut-il être anticipé par proratisation mensuelle ? Un arrêt déjà ancien du Tribunal fédéral a fait remarquer que le minimum vital du salarié devait être préservé mois après mois, nonobstant le fait que le treizième salaire

---

322 CO). L'employeur peut invoquer le paiement de l'indu à propos de toute forme de rémunération variable (par exemple : TF, 12 janvier 2011, 4A_474/2010, *DTA* 2011. 112, *JAR* 2012. 121, cons. 3, à propos de frais d'écolage des enfants du salarié payés deux fois).

[1461] TF, 5 décembre 1991, *ATF* 117 III 52 ; TF, 25 février 2010, 4A_608/2009, *DTA* 2010. 94-96, cons. 3.1.

[1462] *Cf.* Eugen Bucher, « Keine Lohnzession mehr », *recht* 1991. 112 ; Rémy Wyler, « Salaire de base et impossibilité d'y renoncer (art. 341 CO) », *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc* (édit. Bettina Kahil-Wolff/Pierre-Yves Greber/Mirela Caçi), IRAL, Lausanne, 2001, pp. 399 et s., spéc. 403-404.

[1463] TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, *SJ* 2006 I 45, *JAR* 2006. 329, *Pra* 2006. 655, *RJB* 2006. 430, note T. Koller, cons. 6.3. Pourtant, le Tribunal fédéral ne vise directement que l'article 323b, alinéa 3, du Code des obligations.

[1464] Olivia GUYOT/Juliette JACCARD/Hans KERN/Roxane ZAPPELLA, *Le Contrat de travail,* Fédération des Entreprises Romandes, Genève, 2e éd., 2010, N 317.

constitue une créance du salarié en cours d'année, puisque c'est l'exigibilité de la créance et non sa naissance qui est reportée. Ainsi, l'office ne peut pas, pour fixer la part saisissable du salaire, incorporer au revenu mensuel une part correspondante du treizième mois ou de la gratification que le salarié s'attend à toucher[1465].

534. En revanche, la gratification, lorsqu'elle est versée, pourra être directement saisie par l'office. Le fait que la gratification soit discrétionnaire et relève de la simple générosité de l'employeur n'empêche pas l'office de s'en saisir[1466].

535. **Compensation.** La préservation du minimum vital affecte également la compensation que l'employeur est tenté de faire valoir avec ses propres créances à l'encontre du salarié. En effet, la compensation n'est possible qu'avec la ***part saisissable*** de la rémunération, sauf pour les créances dérivant d'un dommage causé intentionnellement à l'employeur (CO, art. 323b, al. 2). Cet alinéa est-il applicable à toute rémunération variable ou doit-on en réserver l'application aux rémunérations variables obligatoires ? Certains auteurs se prononcent en faveur de la seconde solution[1467]. Il faut leur donner raison puisqu'il ne peut exister de compensation à l'égard d'une rémunération discrétionnaire. En effet, la compensation suppose l'existence de deux dettes, et donc de deux créances (*cf.* CO, art. 120)[1468]. Or, aucune créance ne peut naître entre les mains du salarié à l'égard d'une rémunération variable discrétionnaire[1469]. Dès lors que, dans l'hypothèse d'une rémunération discrétionnaire, on ne se trouve pas en présence d'une dette de l'employeur, ***aucune compensation ne peut être opérée à l'égard d'une telle rémunération***. En revanche, une fois déterminé, le montant d'une gratification contractuelle pourra être opposé en compensation. Son montant ne devra toutefois pas être artificiellement gonflé en vue d'augmenter d'autant le montant de la compensation.

D. Une rémunération partiellement privilégiée

536. En cas de faillite de l'employeur, les créances du salarié qui résultent du contrat de travail ont rang privilégié lors de la collocation des créances (LP, art. 219, al. 4, 1e classe, l. a)[1470]. L'***objet du privilège*** est large : il s'étend aux « *créances que le travailleur peut faire valoir en vertu du contrat de travail ou qui sont nées ou sont devenues exigibles pendant le semestre précédant l'ouverture de la faillite* », ainsi qu'aux « *créances résultant d'une résiliation anticipée du contrat de travail pour cause de faillite de l'employeur* » (LP, art.

[1465] TF, 21 mars 1945, *ATF* 71 III 60, *JT* 1945 II 49, cons. 4 ; TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 510. Une décision plus récente mentionne dans la partie en fait une saisie sur salaire « *fixée tout d'abord à 950 fr. par mois (…) puis à 350 fr. par mois plus 13e salaire ou gratification* », sans que l'on ne puisse discerner le sens exact de cette précision (TF, 27 septembre 2001, 7B.213/2001).

[1466] TF, 21 mars 1945, *ATF* 71 III 60, *JT* 1945 II 49, cons. 4.

[1467] TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 508 : à propos, en particulier, de la participation aux résultats.

[1468] *Cf.* également : JEANDIN, *Commentaire romand,* N 1 *ad* art. 120 CO.

[1469] *Cf. supra* n° 88 et s.

[1470] Sur la question des effets de la faillite sur les contrats de travail en cours, *cf.* Gabriel Aubert, « L'employeur insolvable », *Journée 1992 de droit du travail et de la sécurité sociale,* Schulthess, Zurich, 1994, pp. 105-138, spéc. pp. 116 *sqq*.

219, al. 4, 1e classe, l. a)[1471]. En revanche, son ***étendue*** est limitée au montant annuel maximal assuré dans l'assurance-accidents obligatoire[1472].

537. La formulation légale actuelle résulte d'une réforme législative de 2003[1473], réforme consécutive à un arrêt du Tribunal fédéral qui avait mis en évidence l'incohérence de la réglementation en matière de gratification[1474]. En effet, le texte légal originel ne permettait d'inclure dans le champ du privilège que les créances ***nées*** durant le semestre précédant la faillite. Les créances nées antérieurement, mais pourtant non payées et donc encore ***exigibles*** n'étaient pas prises en compte[1475]. Dès lors, pour une faillite intervenant en décembre, le salarié voyait privilégiée, pour son treizième salaire, uniquement la part correspondant aux mois de juillet à décembre et non celle des mois de janvier à juin. La distinction entre naissance et exigibilité de la créance aboutissait ainsi à cette situation paradoxale que le salarié était mieux protégé si la faillite de son employeur intervenait durant le premier semestre de l'année que durant le second semestre[1476]. Pour cette raison, l'exigibilité de la créance fut ajoutée parmi les conditions d'ouverture du privilège des créances salariales. Ainsi, les créances qui ne deviennent exigibles qu'une fois par année sont privilégiées pendant dix-sept mois après leur naissance. Dans l'exemple d'un employeur tombant en faillite le 31 mai, le salarié pourra obtenir le privilège de son treizième mois de l'année précédente, ainsi que de sa part au treizième mois *pro rata temporis* pour les cinq premiers mois de l'année[1477].

538. **Le privilège de la gratification contractuelle.** Cette réforme législative a entraîné des effets non seulement pour le treizième salaire, mais également pour les gratifications contractuelles. Le droit à gratification contractuelle est soumis à condition suspensive ; dès lors, il ne naît pas, sauf convention contraire (CO, art. 322d, al. 2), au fur et à mesure que la prestation de travail est exécutée par le salarié, mais en totalité au moment où il est prévu — expressément ou tacitement[1478] — que la gratification soit versée[1479]. La créance en gratification ne sera donc pas privilégiée tant qu'elle n'est pas née. Cependant, si cette créance est née mais que son exigibilité a été contractuellement reportée, alors elle sera éligible au privilège. Par exemple, s'il a été convenu qu'une gratification d'un certain montant serait due au salarié à la fin de sa dixième année de service, mais qu'il a également été convenu que le droit à cette gratification ne serait exigible que douze mois plus tard, alors la gratification sera privilégiée lorsque la faillite aura été ouverte après la naissance du droit et avant l'expiration des six mois suivant son échéance[1480]. En revanche, si la convention des parties prévoit la naissance du droit à gratification *pro rata temporis*,

---

[1471] *Cf.* Nicolas Jeandin, « L'insolvabilité en relation avec les contrats de bail et de travail », *RDS* 2005. 189-218, spéc. 203 et s. Pour une énumération plus détaillée : Nicolas Jeandin, « Les privilèges de l'art. 219 LP », *SJ* 2013 II 177, spéc. p. 193.

[1472] Loi fédérale du 18 juin 2010, *RO* 2010. 4921 ; Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 26 juin 2009, *FF* 2009. 7217 ; Michael Krampf, « Lohnprivileg des Arbeitnehmers im Konkurs. Eine aus mehreren Gründen sinnvolle Beschränkung », *Jusletter* 5 janvier 2004 ; Patrick Bühlmann, « Stellung der Arbeitnehmer im Konkurs des Arbeitgebers – Begrenzung des Arbeitnehmerprivilegs », *TREX* 2010. 346.

[1473] Loi fédérale du 19 décembre 2003 sur les créances salariales, en vigueur depuis le 1er janvier 2005 (*RO* 2004. 4031-4032).

[1474] TF, 31 août 2000, 5C.155/2000, cons. 4c.

[1475] Kurt Meier, « Lohnforderungen im Arbeitgeber-Konkurs », *Plädoyer* 1998. 38.

[1476] Voir le rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 7 novembre 2001 concernant l'initiative parlementaire « Créances salariales en cas de faillite », *BOAF* 2001. 00.459n.

[1477] Franco Lorandi, « Arbeitsverträge in der Insolvenz des Arbeitgebers », *Jusletter* 25 octobre 2004, N 33. Pour davantage de détails, voir également Franco Lorandi, « Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren », *PJA* 2004. 1209-1224.

[1478] *Cf. supra* n° 97 et s.

[1479] *Cf.* STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 16 *ad* art. 322d CO.

[1480] Rapport du 23 juin 2003 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, *FF* 2003. 5815.

alors elle suivra le régime du privilège du treizième salaire que nous venons d'exposer. Par exemple, dans l'hypothèse d'une gratification versée tous les cinq ans en récompense de la fidélité du salarié, et si l'employeur tombe en faillite après quatre ans et demi de service du salarié, le droit à gratification acquis par le salarié pendant quatre ans et demi sera privilégié[1481]. Ce principe établi, il conviendra encore d'évaluer le montant dû au salarié au titre de la gratification contractuelle, selon les règles applicables en la matière[1482].

§ 4 – LA PREUVE DU PAIEMENT

539. **Preuve de la créance et preuve du paiement.** En matière de rémunération variable, la preuve concerne deux aspects distincts : la preuve qu'une rémunération variable ***est due*** et la preuve qu'une rémunération variable due ***a été payée***. C'est à la seconde preuve que nous nous intéressons ici, la première preuve étant relative à l'existence et à l'exigibilité des différentes rémunérations variables[1483].

L'employeur doit établir deux documents : premièrement, le ***bulletin de paie*** mensuel ; en second lieu, le ***certificat de salaire*** annuel[1484].

540. **Bulletin de paie.** Le bulletin de paie est appelé « *décompte* » par le Code des obligations : l'employeur doit en remettre un exemplaire au salarié (CO, art. 323b, al. 1er, 2e phr. ; *cf.* également LTrD, art. 4, al. 3)[1485]. En retour, l'employeur peut demander au salarié une quittance de réception du paiement (CO, art. 88). Le décompte indique notamment toutes les rémunérations variables versées au salarié (primes, gratifications, participations, provisions, etc.)[1486]. Il doit être aussi ***précis*** que possible et tenir compte notamment des spécificités de certaines rémunérations variables telles que la provision ou l'actionnariat salarié : tous les éléments nécessaires à la ***bonne intelligibilité*** de la rémunération variable doivent être fournis par l'employeur. Aussi l'employeur y fera-t-il figurer toutes les données chiffrées sur lesquelles il s'est fondé pour procéder au calcul de la rémunération variable du salarié. Le résultat des calculs opérés par l'employeur ne doit pas être auréolé de mystère ; au contraire, il doit être intelligible au salarié. De la même manière, si une partie de la rémunération variable du salarié est investie, sous le contrôle de l'employeur, dans un plan d'épargne[1487], une information intelligible doit lui être fournie à cet égard. Le salarié doit connaître la position de ses avoirs, de la même manière qu'un déposant auprès d'une banque. L'employeur qui ne favoriserait pas le principe d'intelligibilité de sa

[1481] Rapport du 23 juin 2003 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, *FF* 2003. 5816.
[1482] *Cf. supra* n° 140 et s.
[1483] *Cf. supra* n° 99 et s. pour la question de l'***existence*** et n° 491 et s. pour la question de l'***exigibilité***.
[1484] Il existe également un « relevé de compte » pour les marins (LNM, art. 76, al. 2).
[1485] GEISER/MÜLLER, *Arbeitsrecht,* p. 141. En droit français**,** la non remise du bulletin de paie est susceptible de constituer l'élément matériel du délit de ***travail dissimulé*** dans les termes de l'article L. 8222-1 du Code du travail (Alain COEURET/Élisabeth FORTIS, *Droit pénal du travail,* LexisNexis, Paris, 5e éd., 2012, p. 533).
[1486] WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, p. 192 ; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 4 *ad* art. 323b CO.
[1487] *Cf. supra* n° 324 et s.

rémunération variable par le salarié ne pourrait par la suite se prévaloir de sa bonne foi en cas de litige. En tout état de cause, il n'y aura pas abus de droit du salarié qui demande les éléments nécessaires à la bonne compréhension du calcul de sa rémunération variable.

541. **Certificat de salaire.** Le certificat de salaire est un instrument de ***droit fiscal***. Un modèle est édité par l'Administration fédérale des contributions. L'administration publie également un guide d'établissement du certificat de salaire[1488]. Il est prévu que soient indiquées dans le certificat de salaire toutes les rémunérations variables perçues par le salarié, notamment « *les prestations non périodiques* » (point 3), ce par quoi il faut entendre, notamment, les « *bonus, gratifications, primes d'engagement, indemnités de départ, primes de fidélité, primes et cadeaux pour ancienneté de service* ». La nature de chaque prestation doit être précisée. Doivent également être indiqués les « *droits de participation* » (actions ou options remises au salarié en vertu du plan d'intéressement au cours de l'année civile considérée) (point 5). En particulier, les participations du salarié (l'administration parle de « *participations de collaborateur* ») dans une entreprise du groupe, comme une société mère étrangère par exemple, doivent être indiquées. Il est précisé que la valeur d'une « participation de collaborateur » est égale à la ***différence*** entre la valeur vénale et le prix de cession au salarié, soit le prix de souscription. En revanche, les participations de collaborateur qui constituent des « *droits en cours de formation* », comme les options non imposables à l'attribution, les « *actions fantômes* » ou les « *stock appreciation rights* », doivent être signalées à part, sous la rubrique « *observations* ». La même règle s'applique aux participations de collaborateur dont la nature ou le montant sont inconnus de l'employeur direct, comme lorsque la participation de salarié a été remise directement au salarié par la société mère étrangère. De plus, l'employeur doit fournir, sur une feuille annexe, tous les détails relatifs à la participation de collaborateur. Lorsque l'autorité fiscale cantonale a agréé la valeur vénale d'une participation de collaborateur, cette mention doit être rappelée[1489].

542. **Force probante.** Se pose encore la question de la force probante de ces deux documents. Le certificat de salaire n'est certes pas une reconnaissance de dette. Néanmoins, il peut représenter un indice du montant que le salarié a gagné « *du point de vue de l'employeur* »[1490]. Par exemple, le fait que le certificat de salaire présente un salaire annuel plus élevé que la somme des rémunérations mensuelles est un indice que l'employeur a octroyé au salarié une rémunération supplémentaire (généralement une gratification). Par ailleurs, l'absence d'un élément de rémunération sur le certificat de salaire ne signifie pas automatiquement que l'employeur n'ait jamais versé le montant correspondant[1491]. L'interprétation du certificat de salaire par le salarié selon le ***principe de confiance*** est une question de droit que le Tribunal fédéral revoit librement[1492].

543. **Production des pièces.** Au-delà des documents apportant la preuve du paiement des rémunérations variables doit être étudiée la production de pièces dans le cadre d'un litige.

[1488] Site internet : steuerkonferenz.ch.

[1489] Une motion parlementaire propose de permettre à l'employeur d'attester de manière forfaitaire des prestations salariales accessoires de peu d'importance, à l'image de la solution prévue à l'alinéa 4 de l'article 5 LAVS (motion n° 06.430 du 11 mai 2006, « Certificat de salaire. Création d'une base légale », non encore traitée au Conseil national).

[1490] TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2.1.

[1491] TF, 15 novembre 2011, 4A_408/2011, cons. 4. Voir également, de manière générale : TF, 6 juin 2013, 4A_135/2013, cons. 2.

[1492] TF, 26 octobre 2006, 4C.203/2006, *ATF* 133 III 61, cons. 2.2.1 ; TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2.1.

La décision qui ordonne à l'employeur de produire des pièces indiquant les montants annoncés à titre de bonus potentiels, les copies des courriers adressés aux cadres de l'entreprise, ainsi que la liste des salaires des employés pour différentes années, ne saurait lui causer un préjudice irréparable. Dans une affaire, l'employeur avait expliqué qu'il refusait de produire les pièces réclamées car elles concernaient des données confidentielles relatives à des tiers au procès sans lien direct avec le litige ; l'employeur avait invoqué au surplus le secret commercial et le secret d'affaires ainsi que l'article 178, alinéa 2, dernière hypothèse, du Code cantonal vaudois de procédure civile du 14 décembre 1966, selon lequel l'obligation faite à la partie de produire les titres en sa possession ne vise pas la correspondance privée de nature confidentielle échangée avec des tiers ; il avait soutenu en conséquence n'être soumis à aucune obligation de production. L'employeur plaidait au surplus que les pièces litigieuses relevaient de la sphère privée de ses salariés, protégée par l'article 28 du Code civil et les articles 328 et 328b du Code des obligations, et que leur production occasionnerait un préjudice irréparable pour lui et pour ses salariés. Face à ces objections, le Tribunal fédéral maintint l'obligation de production et prôna tout simplement le caviardage des noms des personnes concernées[1493].

[1493] TF, 27 avril 2009, 4A_315/2008, *DTA* 2009. 232-236 (CO, art. 328b ; LTF, art. 93, al. 1) ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 2 *ad* art. 322d CO. Le droit français adopte une position similaire: « *Lorsque le calcul dépend d'éléments détenus par l'employeur, celui-ci est tenu de les produire en vue d'une discussion contradictoire.* » (Soc., 29 janvier 2008, n° 06-42712, *JCP S* 15 juillet 2008, com. P. Morvan).

SECTION II

LES HEURES SUPPLÉMENTAIRES

544. **Base de calcul de l'indemnisation des heures supplémentaires et du travail supplémentaire.** Le Code des obligations prescrit la majoration d'un quart du paiement des heures supplémentaires majoré d'un quart, sauf convention contraire (CO, art. 321c). Il en va de même, dans une certaine mesure, pour le travail supplémentaire au sens de la loi sur le travail (LTr, art. 13). Quelle base de calcul de la rémunération doit être retenue pour déterminer la majoration de rémunération ? L'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail précise en son article 35a qu'en cas de salaire au temps, le supplément se calcule d'après le salaire horaire, sans l'allocation de résidence, l'allocation de ménage et les allocations pour enfants. Le Tribunal fédéral en tire la conclusion que « *seuls les éléments appartenant au salaire peuvent être inclus* », ce qui exclut les gratifications[1494].

545. Il nous paraît acquis qu'une gratification bénévole ne peut faire partie de la base de calcul de l'indemnisation des heures supplémentaires. Mais qu'en est-il de la gratification contractuelle ?

1° Une ***solution uniforme,*** valable tant pour l'indemnisation des heures supplémentaires au sens du Code des obligations que pour l'indemnisation du travail supplémentaire au sens de la loi sur le travail serait plus propre à assurer la sécurité du droit. La même solution doit également être valable pour les suppléments de rémunération liés au travail de nuit et au travail le dimanche.

546. ***2°*** Il faut déterminer si l'on applique un régime uniforme à la gratification bénévole et à la gratification contractuelle ou si on les distingue pour traiter la gratification contractuelle comme les autres rémunérations obligatoires. La jurisprudence a oscillé entre ces deux possibilités, privilégiant tantôt l'une tantôt l'autre. Des ***préoccupations pratiques*** nous conduisent à renoncer à retenir la gratification contractuelle dans la base de calcul de l'indemnité pour heures supplémentaires. En effet, la part d'appréciation que conserve l'employeur quant à la détermination du montant de la gratification contractuelle empêche d'en connaître l'étendue par avance. Une éventuelle régularisation du paiement des heures supplémentaires une fois connu le montant de la gratification contractuelle risquerait d'avoir pour effet une diminution préventive de ce montant par l'employeur pour tenir compte de cette forme de « retour de bâton », ce qui serait de toute manière contreproductif pour le salarié.

547. Sur la question de l'interférence d'un élément de rémunération variable sur la rémunération des heures supplémentaires, il faut encore ajouter ceci : lorsque le salaire de base consiste en une rémunération aux pièces ou à la tâche, l'ordonnance 1 sur le travail prévoit que « *le supplément de salaire se calcule en règle générale* ***d'après le salaire moyen de la période de paye*** » (OLT 1, art. 33, al. 2). Nous proposons d'appliquer la

[1494] TF, 14 février 2003, 4C.310/2002, cons. 6.1 ; *cf.* STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 2 *ad* art. 322d CO ; Christoph Senti, « Zulagen, Zuschläge und 13. Monatslohn », *PJA* 2006. 289, spéc. 302.

même solution, *mutatis mutandis,* à l'indemnisation des heures supplémentaires selon le Code des obligations. La même solution sera retenue pour le calcul de l'indemnisation du travail de nuit et du travail le dimanche lorsque la rémunération consiste, en tout ou partie, en une autre sorte de rémunération variable à tendance obligatoire[1495].

[1495] Christoph Senti, « Zulagen, Zuschläge und 13. Monatslohn », *PJA* 2006. 289, spéc. 303.

SECTION III

L'EXCEPTION D'INEXÉCUTION

548. Le retard dans l'exécution de son obligation par le débiteur, notamment le retard de l'employeur dans le paiement de la rémunération variable, entraîne notamment l'application du régime de la ***demeure***. Ce régime emporte lui-même l'application d'une institution juridique particulière : l'***exception d'inexécution***. Mais le retard de l'employeur peut entraîner l'application d'***autres régimes*** : la sécurité sociale[1496], la résiliation du contrat[1497] et la demeure de l'employeur[1498].

[1496] Par son effet de simple ajournement de l'obligation, l'*exceptio* ne revêt, en pratique, que peu d'intérêt pour le salarié. Ce qui l'intéresse prioritairement est d'être payé effectivement et régulièrement. Certes, le droit de la sécurité sociale devrait protéger le salarié par le mécanisme des ***indemnités en cas d'insolvabilité*** de l'employeur et il est vrai que le salarié est indemnisé, à certaines conditions, pour les créances qu'il a à faire valoir contre son employeur (LACI, art. 51, al. 1er). Cependant, l'administration a tendance à ne voir l'existence d'une créance contre l'employeur qu'en faveur du salarié qui a travaillé sans rémunération correspondante (*cf.* la brochure du Département fédéral de l'économie « L'indemnité en cas d'insolvabilité », p. 7, disponible sur le site espace-emploi.ch). Or, le salarié n'a pas « réellement » travaillé, s'il a opposé l'*exceptio* à l'employeur insolvable.

[1497] Le salarié non rémunéré par la faute de l'employeur dispose de l'arme de la ***démission avec effet immédiat*** (CO, art. 337 et s. ; *cf.* Gabriel Aubert, « L'employeur insolvable », *Journée 1992 de droit du travail et de la sécurité sociale,* Schulthess, Zurich, 1994, pp. 105-138, spéc. p. 109). Cette voie lui est ouverte à condition que ce soit « *de manière répétée et prolongée* » que l'employeur soit en retard dans le paiement d'une rémunération échue et que ce retard persiste nonobstant sommation de payer par le salarié (TF, 2 juillet 2008, 4A_199/2008, *JT* 2009 I 56, résumé R. Wyler). Le salarié peut choisir la voie de l'article 337 du Code des obligations ou celle de l'article 337a, laquelle exige préalablement la réclamation d'une sûreté (*cf.* Nicolas Jeandin, « L'insolvabilité en relation avec les contrats de bail et de travail », *RDS* 2005. 189-218, spéc. 202-203). Dans les deux hypothèses, une éventuelle clause de prohibition de concurrence devient inefficace (CO, art. 340c, al. 2). Le droit suisse fait ici application du critère d'évaluation de la bonne foi par le pouvoir d'appréciation du juge (CC, art. 4). Une Cour cantonale en a déduit que l'absence de paiement d'une ***commission*** au moment convenu par les parties n'autorise pas le salarié à rompre son contrat avec effet immédiat (CAPH-GE, 19 mai 1976, *Quatre cents arrêts,* n° 283). Le critère sera donc celui de savoir si l'on pouvait, ***de bonne foi***, exiger du salarié qu'il maintienne le contrat nonobstant le manquement de l'employeur. On en conclut que le droit de résilier avec effet immédiat sera reconnu au salarié en cas de manquement grave de l'employeur dans le paiement de la rémunération variable. À défaut du ***droit***, le salarié conserve toujours le ***pouvoir*** de résilier le contrat avec effet immédiat : il ne sera jamais forcé à rester dans la relation contractuelle mais devra assumer les conséquences d'une résiliation sans droit (sur la distinction entre pouvoir de résilier et droit de résilier, *cf.* Franz WERRO, *Le mandat et ses effets,* Éditions universitaires, « Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg », tome 128, Fribourg, 1993).

Il est intéressant de rapprocher ce régime de celui du droit français qui connaît une forme particulière de rupture du contrat de travail, la ***prise d'acte de rupture*** : le salarié peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail, laquelle entraînera l'application du régime du licenciement sans cause réelle et sérieuse, lorsque l'employeur manque à son obligation de verser la rémunération, même si l'absence de paiement ne concerne qu'une partie du salaire (Soc., 13 février 2001, n° 98-46084 ; *cf.* ESCANDE-VARNIOL, *Répertoire Dalloz*, N 17 ; *Précis Dalloz* 2013, pp. 427-430, ; *cf. supra* nbp n° 546). Comme nous l'avons déjà remarqué à propos de la nullité du contrat pour vice du consentement, se pose ici un problème d'***effectivité*** de l'institution juridique en question.

[1498] Les prétentions du salarié en cas de demeure de l'employeur constituent une véritable créance et n'ont pas le caractère de dommages-intérêts (*Rapport 1909*, p. 769 ; *Message 1967,* p. 338 ; TF, 20 juin 1927 *ATF* 53 II 247, *SJ* 1928. 21 ; Emile Thilo, « De la demeure de l'employeur », *RSJ* 1927/28. 36). Il en résulte que le salarié ne peut réclamer que le salaire convenu — et non pas des dommages-intérêts ; en d'autres termes, les prétentions du salarié au paiement du salaire épuisent ses droits (CAPH-GE, 14 janvier 1981, *SJ* 1981. 554, cons. 5). Il résulte en outre de l'article 324, alinéa 1er, du Code des obligations que le risque d'entreprise incombe non pas au travailleur, mais à l'employeur ; en conséquence, lorsque, pour des motifs économiques, il refuse la prestation de travail dûment offerte, l'employeur tombe en demeure et reste devoir le salaire (TF, 28 mai 1998 *ATF* 124 III 346, cons. 2a ; TF, 18 décembre 1998, *ATF* 125 III 65, *JT* 2000 I 355, cons. 5).

549. L'exception d'inexécution est une institution de la partie générale du droit des obligations. Elle s'applique donc à titre de ***principe*** au contrat de travail (**§ 1**). Ce principe connaît des ***exceptions*** en droit de la rémunération, en vue de protéger le salarié (**§ 2**).

§ 1 – LE PRINCIPE

550. **Origines, fondements, mécanisme et sources.** L'exception d'inexécution (*exceptio non adimpleti contractus*) est un moyen de défense[1499], d'usage dans les contrats synallagmatiques[1500], consistant pour l'une des parties à refuser d'exécuter son obligation tant que l'autre contractant n'a pas effectué la sienne[1501]. L'obligation ne disparaît pas, elle est simplement ajournée[1502]. Le droit suisse, à l'instar du droit allemand[1503], en connaît une formulation expresse (CO, art. 82), qui représente une application particulière du principe de ***bonne foi***[1504]. L'*exceptio* emporte des conséquences juridiques différentes en fonction du type de conflit qui oppose les parties : conflit ***individuel*** (**A**) ou conflit ***collectif*** (**B**).

A. Conflit individuel

551. « ***Pas de salaire, pas de travail*** »[1505]. C'est sous la forme d'un principe général que le Tribunal fédéral a d'abord appliqué l'*exceptio* à la rémunération : le salarié peut refuser d'exécuter sa prestation de travail si l'employeur est en retard dans le paiement de rémunérations échues[1506]. Il en résulte que le refus de travailler du salarié, dès lors qu'il

[1499] On retrouve ici la marque des post-glossateurs : celui qui invoque l'*exceptio* ne peut prétendre être dégagé définitivement de son obligation ; *cf.* François TERRÉ/Philippe SIMLER/Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations,* Dalloz, « Précis », Paris, 10e éd., 2009, p. 643. Il s'agit d'un moyen de défense au fond (CORNU, *Vocabulaire juridique,* p. 426).

[1500] Depuis POTHIER (*Traité du contrat de vente,* n° 279 et 327) et DOMAT (*Lois civiles,* Livre I, titre I, section 3, n° 2).

[1501] Serge GUINCHARD/Gabriel MONTAGNIER (dir.), *Locutions latines juridiques,* Dalloz, Paris, 2007, p. 29.

[1502] *Cf.* François TERRÉ/Philippe SIMLER/Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations,* Dalloz, « Précis », Paris, 10e éd., 2009, p. 644.

[1503] BGB, § 320, al. 1er.

[1504] François TERRÉ/Philippe SIMLER/Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations,* Dalloz, « Précis », Paris, 10e éd., 2009, p. 644) : cette institution fut créée par les canonistes et les post-glossateurs, les premiers par des considérations d'ordre moral (« *Non servanti fides non est fides servanda.* »). Le droit français, peut-être réticent à consacrer solennellement cette voie de « justice privée », ne la mentionne pas sous la forme d'un principe général dans le Code civil de 1804, mais la dégage de plusieurs dispositions spéciales (droit de la vente aux articles 1612, 1651 et 1653 du Code civil, droit de l'échange à l'article 1704 du Code civil et droit du dépôt salarié à l'article 1948 du Code civil).

[1505] *Cf.* ESCANDE-VARNIOL, *Répertoire Dalloz*, N 17.

[1506] TF, 24 mai 1994, *ATF* 120 II 209, *JT* 1995 I 367, *Pra* 1995 105 338, cons. 6a (le Tribunal fédéral parle d'un « droit de rétention de caractère personnel », *cf.* déjà dans TF, 29 octobre 1968, *ATF* 94 II 263, *JT* 1970 I 41, cons. 3a) ; *cf.* STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag,* N 2 *ad* art. 337a CO ; TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 510.

trouve sa justification dans l'exception d'inexécution, fait tomber l'employeur en demeure (CO, art. 324, al. 1er) [1507]. Cette conséquence est sévère pour l'employeur qui doit rémunérer le salarié qui se fait justice lui-même, avant de pouvoir exiger toute nouvelle prestation de sa part. On mesure ainsi la portée comminatoire de l'institution et la brèche qu'elle ouvre en faveur de la sanction morale dans le jeu traditionnel du droit des obligations. *A contrario* toutefois, le salarié ne peut plus invoquer l'*exceptio* dès que l'employeur recommence à verser la rémunération échue [1508].

552. **L'*exceptio* invoquée par l'employeur ?** En bonne logique juridique, l'employeur peut également invoquer l'exception d'inexécution lorsque le salarié n'exécute pas du tout son obligation[1509]. Cependant, lorsque le salarié exécute ***mal*** son obligation, l'employeur doit se contenter d'engager la ***responsabilité contractuelle*** du travailleur pour mauvaise exécution du contrat (CO, art 321e). La mise en place d'un système de rémunération variable calculée en fonction d'objectifs de qualité du travail permet précisément à l'employeur de pallier cette carence institutionnelle[1510].

553. **Domaine.** Cette règle est applicable à toutes les rémunérations variables, pour autant qu'elles ne soient pas purement discrétionnaires, comme la gratification bénévole[1511]. L'application de l'*exceptio* à la gratification contractuelle pose des problèmes spécifiques :

— ***L'employeur*** peut-il supprimer une gratification contractuelle du fait que le salarié a cessé d'exécuter sa prestation de travail, en faisant jouer l'exception d'inexécution (CO, art. 82), à cause d'un retard dans le paiement de salaires échus ? Le principe selon lequel le salarié conserve sa prétention en versement du salaire à la suite d'un refus justifié de travailler s'applique également à la gratification contractuelle : l'employeur ne peut se soustraire à l'obligation de payer une gratification contractuelle en se fondant sur des circonstances survenues par sa propre faute[1512]. Si l'employeur diminue le montant de la gratification contractuelle en raison du retrait du salarié alors qu'il est lui-même responsable de ce retrait, il commet un abus de droit[1513].

554. — ***Le salarié*** peut-il faire jouer l'exception d'inexécution lorsque l'employeur, tout en versant le salaire de base, refuse de lui verser la gratification qui lui est due ? La réponse du Tribunal fédéral à cette question est négative : la gratification ne représente pas pour l'employeur une « obligation de prester parallèle » (*Leistungspaar*) à la prestation de travail que le salarié doit effectuer au titre du contrat de travail[1514]. Selon la Haute cour, dès lors que le salaire mensuel de base est versé, le salarié ne peut refuser de prester parce

---

[1507] Arrêt de principe : TF, 24 mai 1994, *ATF* 120 II 209, *JT* 1995 I 367, *Pra* 1995 105 338, cons. 9.

[1508] TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2.4 ; Frank Emmel, « Art. 319-362 », *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,* (Claire Huguenin/Markus Müller-Chen/Daniel Girsberger édit.), Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2012, N 2 *ad* art. 322d CO ; sur cette question et le lien qu'elle entretient avec l'article 56 du Code de procédure civile, *cf.* Jean-Marc Schaller, « Darf ein Schuldner die Leistung verweigern ? », *Jusletter* 21 mars 2011.

[1509] Wilhelm BIRCHMEIER, *Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im schweizerischen Obligationenrecht*, Buchdruckerei J. Dossenbach, Baar, 1926, p. 7.

[1510] *Cf. supra* n° 266 et s.

[1511] TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2.4 ; *cf. supra* n° 88 et s.

[1512] TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2.3.1.

[1513] TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2.3.1 ; REHBINDER/ STÖCKLI, *Berner Kommentar*, N 17 *ad* art. 322d CO.

[1514] TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser, cons. 2.4.

que la gratification de l'année en cours n'est pas versée[1515]. Le Tribunal fédéral justifie cette règle par l'analyse doctrinale selon laquelle la gratification n'a pas pour seule vocation à récompenser les services rendus par le salarié, mais sert également à le motiver pour l'avenir[1516].

555. Cette solution ne convainc pas complètement, à cause de son ***manque de systématisme juridique***. Il suffirait pourtant de reprendre notre classification tripartite pour résoudre ce problème : gratification bénévole, gratification contractuelle, rémunération obligatoire. La rémunération obligatoire est clairement une obligation de prester parallèle[1517]. La gratification bénévole, quant à elle, est effectivement hors de cause. En revanche, on voit mal comment il serait possible de juger que la gratification contractuelle ne représente pas une obligation de prester parallèle. Cette analyse semble se fonder sur l'idée selon laquelle la gratification ne se trouverait qu'« indirectement » dans la relation d'échange du travail fourni[1518], et peut-être aussi sur cette autre idée selon laquelle le tiers de la gratification aurait pour objectif de motiver le salarié pour l'avenir.

Premièrement, ces deux idées ne reposent pas sur des fondements juridiques clairs et univoques[1519]. En second lieu, l'analyse menée par la jurisprudence ne pourrait se concevoir que dans l'hypothèse où la gratification contractuelle ne représentât qu'un faible pourcentage de la rémunération totale du salarié. En effet, lorsque la gratification s'élève à un pourcentage non modique, voire important, de la rémunération du salarié, alors tombe l'idée selon laquelle le paiement de la gratification ne représente pas une obligation synallagmatique de l'employeur. Le salarié doit d'ailleurs pouvoir se prémunir contre une éventuelle faillite de son employeur. Rien ne justifie que le salarié travaille sans contrepartie, sauf à introduire par la petite porte la notion de bénévolat dans le contrat de travail. Il n'y a pas lieu de prévoir ici un régime d'exception. La sécurité du droit commande de s'en tenir à la distinction efficace entre gratification bénévole, d'une part, gratification contractuelle et rémunération obligatoire, d'autre part.

556. En réalité, le problème soulevé ici porte plutôt sur le point de savoir si la gratification contractuelle est ***exigible*** ou non. Il est vrai que souvent, la gratification est versée à une date symbolique[1520]. Il faut donc qu'il y ait accord, oral ou écrit, exprès ou tacite, sur le moment de versement de la gratification contractuelle pour que cette dernière soit exigible. En l'absence d'accord sur le moment de l'exigibilité, ce dernier sera, au plus tard, la fin du contrat de travail. Dans l'intervalle, la gratification contractuelle non exigible ne pourra être considérée comme une obligation de prester parallèle ; le salarié ne pourra donc refuser de prester du fait qu'elle n'est pas versée[1521]. En revanche, il pourra le faire pour une gratification contractuelle devenue exigible.

[1515] Une juridiction cantonale a même jugé que le travailleur n'avait pas le droit de refuser de travailler si l'employeur ne lui devait qu'un montant tout à fait minime (*geringe Lohnrestanzen*) : Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 4 janvier 2011, *JAR* 2012. 435.

[1516] STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 2 *ad* art. 322d CO.

[1517] R. Hirsiger, note sous TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *PJA* 2010. 1336, 5b).

[1518] *Cf.* STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 7 *ad* art. 322d CO.

[1519] Pour s'en convaincre, *cf.* notamment *supra* n° 88 et s.

[1520] *Cf. supra* n° 55.

[1521] R. Hirsiger, note sous TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *PJA* 2010. 1336, 5b).

B. Conflit collectif

557. Comment appliquer l'*exceptio* en cas de conflit collectif ? Rappelons que la grève ne rompt pas en elle-même le contrat de travail. Le contrat de travail n'est que suspendu et le gréviste doit normalement retrouver son emploi à la fin du conflit. Pendant cette période de suspension, le salarié est dispensé de son obligation de fournir sa prestation de travail ; en contrepartie, il perd son droit à rémunération tant que dure la grève. La perte de salaire est proportionnelle à l'interruption de travail ; elle s'étend à l'ensemble de la rémunération.

558. À partir de ce mécanisme général, diverses modalités doivent être précisées.

1° L'employeur peut-il se prévaloir de l'*exceptio* pour refuser de verser la rémunération du salarié alors que, par un manquement grave à ses propres obligations, il est ***lui-même à l'origine*** de l'arrêt de travail ? Si on admettait cette possibilité, la *ratio legis* de la norme serait bafouée : en effet, l'employeur qui ne verse pas une rémunération pourrait prendre prétexte du refus consécutif de travailler du salarié non payé pour se prétendre libéré de son obligation de payer la rémunération. Il faut donc admettre que l'employeur ne peut être libéré de l'obligation de verser la rémunération lorsque l'inexécution du travail est la réponse à une inexécution préalable de sa part[1522].

559. ***2°*** L'employeur peut-il refuser l'octroi d'une gratification à un salarié en raison de sa participation à une grève légale ? Cette question pose le problème de la ***discrimination*** du salarié. Comme le droit suisse ne sanctionne pas de manière automatique la discrimination fondée sur l'appartenance ou l'activité syndicale[1523], il nous faut reprendre notre distinction en forme de triptyque :

— l'employeur peut supprimer une ***gratification bénévole*** en raison de la participation du salarié à une grève légale, sauf à, ce faisant, effectuer une discrimination interdite ou violer la personnalité du salarié[1524] ;

— l'employeur ne peut supprimer ou diminuer la ***gratification contractuelle*** que si ce geste apparaît équitable[1525]. Pour en juger, il faudra se fonder sur des critères objectifs tels que les éventuelles difficultés auxquelles l'entreprise aura pu se trouver confrontée du fait de la grève ;

— l'employeur ne peut pas supprimer un élément de ***rémunération obligatoire*** du fait de la participation du salarié à une grève légale, sauf bien entendu pour la période correspondant à l'arrêt de travail[1526].

[1522] Le droit français en fait d'ailleurs la démonstration : Soc., 20 février 1991, n° 89-41148, *Bull. civ.* V, n° 80, *Dr. soc.* 1991. 315, rapp. P. Waquet, note J. Savatier ; Soc., 21 mai 1997, n° 95-42542, *Bull. civ.* V, n° 183, *Dr. soc.* 1997. 763, obs. J.-E. Ray ; Soc., 3 mars 2007, n° 05-44776, *Bull. civ.* V, n° 65, *D.* 2007. AJ 1423.

[1523] *Cf. supra* n° 391-392.

[1524] *Cf. supra* n° 378 et s.

[1525] *Cf. supra* n° 140 et s.

[1526] En droit français, l'employeur ne peut prendre des mesures discriminatoires à l'encontre des salariés ayant participé à une grève (C. trav., art. L. 2511-1, al. 2 ; Soc., 25 octobre 1961, *Dr. soc.* 1962 ; Soc., 4 juillet 1979, *D.* 1980. IR. 88, obs. J. Pélissier). Ainsi, la suppression d'un avantage financier décidée dans le but de faire échec à l'exercice du droit de grève, est illicite et frappée de nullité (Soc., 13 février 1996, *Dr. ouvr.* 1996. 217, concl. Y. Chauvy). En réponse, les entreprises françaises ont développé plusieurs techniques de contournement de ces dispositifs de protection des grévistes, parmi lesquels on compte les primes d'assiduité et les primes de surcroît d'activité.

560. **Le *lock-out.*** En droit suisse, l'employeur peut, à certaines conditions, recourir à la technique du *lock-out.* Si l'employeur fait usage du *lock-out* de manière licite, il empêche l'accomplissement du travail, sans être en demeure de payer le salaire[1527].

§ 2 – LES EXCEPTIONS À L'*EXCEPTIO*

561. Nous venons de le voir, le salarié qui n'exécute pas la prestation à laquelle il est tenu en vertu du contrat de travail peut se voir opposer le refus de l'employeur de lui verser sa rémunération. Cependant, un tel refus est encadré par des règles ayant vocation à garantir tout de même la rémunération du salarié dans deux hypothèses : en cas d'***empêchement non fautif de travailler*** (**A**) et à l'occasion de ***congés rémunérés*** (**B**).

Les primes d'assiduité. Il faut savoir au préalable qu'en droit français de la grève, la faute lourde commise par le salarié gréviste autorise l'employeur à le licencier (C. Trav., art. L. 2511-1). Mais en l'absence de faute lourde, l'employeur ne peut ni licencier le salarié, ni même le sanctionner. S'est alors développée, comme moyen de sanction indirecte de la participation des salariés à une grève, la pratique des « primes d'assiduité ». La prime d'assiduité est une prime complémentaire due au salarié qui ne s'absente pas de son travail au cours d'une période déterminée. Cette prime est réduite ou même supprimée en fonction du nombre d'absences relevées au cours de la période de référence, le montant de la réduction n'étant pas forcément proportionnel à la durée de l'absence (une absence d'une heure peut, par exemple, entraîner une réduction de trente pour cent de la prime ; *Précis Dalloz* 2008, p. 1449). Après avoir admis la licéité de la plupart des clauses de réduction de prime d'assiduité (arrêt de principe : Soc., 25 octobre 1961, *D.* 1961. 749, note G. Lyon-Caen), la jurisprudence française a évolué suite à la loi du 17 juillet 1978 (C. Trav., art. L. 2511-1, al. 2), aux termes de laquelle l'exercice du droit de grève ne saurait donner lieu, de la part de l'employeur, à des mesures discriminatoires en matière de rémunération et d'avantages sociaux (*Précis Dalloz* 2008, p. 1449). L'affirmation de principe reste la même : il est loisible à l'employeur de tenir compte des absences motivées par la grève à l'occasion de l'attribution d'une prime destinée à récompenser une assiduité profitable à l'entreprise. Mais l'employeur ne peut user de cette possibilité que « *si toute absence, quelle qu'en soit la cause, autorisée ou non, entraîne les mêmes conséquences* » (Soc., 25 mars 1982, *Bull. civ.* V, n° 224, *Grands arrêts* 2008, n° 204 ; Soc., 21 octobre 1982, *Bull. civ.* V, n° 569 ; Soc., 19 novembre 1987, *Bull. civ.* V, n° 655 ; Soc., 28 mars 1989, *Bull. civ.* V, n° 260 ; Soc., 6 novembre 1991, *Dr. soc.* 1991. 932, rapp. Ph. Waquet ; Soc., 2 mars 1994, *Dr. soc.* 1994. 523 ; Soc., 18 janvier 1995, *RJS* 3/95, n° 292 ; Soc., 13 janvier 1999, *RJS* 2/99, n° 258 ; Soc., 10 décembre 2002, *RJS* 2/03, n° 241 ; Soc., 25 octobre 2007, n° 06-42399, *Société Charal ;* Soc., 11 janvier 2012, n° 10-23139, *BICC* 15 avril 2012, n° 492, *RJS* mars 2012. 201-202). En droit suisse, l'employeur peut également faire de l'assiduité du salarié un critère pour la détermination du montant de la gratification contractuelle qui lui sera versé (DUC/SUBILIA, *Droit du travail*, N 23 *ad* art. 322d CO : « *Les absences du travailleur pourront entrer en ligne de compte* »). Les primes d'assiduité y sont donc valables.

Les primes de surcroît d'activité. Pour inciter les salariés non-grévistes à fournir un travail intensif, la pratique française a imaginé que l'employeur attribue, en plus de la rémunération ordinaire, une prime de surcroît d'activité. Cette prime n'est pas irrégulière à moins de tomber sous le coup de l'interdiction des mesures discriminatoires à l'occasion des grèves (C. Trav., art. L. 2511-1 ; Soc., 15 octobre 1981, *Bull. civ.* V, n° 785). La prime dont l'attribution est décidée après la fin de la grève pourrait éviter précisément cette illicéité (Crim., 19 juin 1979, *Bull. crim.* n° 217, *D.* 1980. IR. 88, obs. J. Pélissier). Cependant, la Cour de cassation juge qu'est discriminatoire l'attribution par l'employeur d'une prime aux salariés selon qu'ils ont participé ou non à un mouvement de grève : lorsque ne sont exclus du paiement d'une prime exceptionnelle que les salariés grévistes, ces derniers peuvent réclamer le montant de la prime à titre de dommages-intérêts (Soc., 1er juin 2010, n° 09-40144, *Bull. civ.* V, n° 119, *BICC* 1er novembre 2010, n° 1594). La prime doit donc être octroyée avec discernement, en fonction du seul travail supplémentaire fourni à l'occasion du mouvement de grève.

[1527] *Cf.* de manière très indirecte et avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale : TF, 18 juin 1985, *ATF* 111 II 245, *JT* 1986 I 2, cons. 4b ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 119.

A. Rémunération variable et empêchement non fautif de travailler

562. **Principe.** Le salarié malade ou empêché de travailler sans faute de sa part a parfois droit au maintien de sa rémunération pendant une certaine durée, malgré l'inexécution du travail[1528]. Le siège de la matière se trouve aux articles 324a et 324b du Code des obligations[1529]. Le code ne précise pas ce qu'il faut comprendre par « *salaire* » au sens du premier alinéa de l'article 324a. Le Conseil fédéral avait posé le principe suivant : le salarié doit obtenir « *la même rémunération que s'il avait travaillé* »[1530]. Les juges incluent donc la rémunération variable obligatoire[1531] et la gratification contractuelle[1532].

563. **Méthode.** Concrètement, lorsque le salarié perçoit une rémunération variable, l'employeur doit verser le montant que le salarié « *aurait vraisemblablement gagné* »[1533]. Le Conseil fédéral envisage l'application de cette règle en particulier au salaire aux pièces, au salaire à la tâche et à la provision[1534]. Ainsi, lorsque la rémunération est composée de provisions, l'employeur doit la calculer en fonction de la moyenne obtenue durant l'année écoulée[1535]. Si la durée d'emploi est inférieure à une année, on tiendra compte de la moyenne de tous les gains perçus, dans la mesure où l'on parvient à approcher de la manière la plus précise possible le ***salaire hypothétique*** (le salaire qui aurait été probablement alloué en l'absence d'incapacité de travail)[1536], sauf à procéder à une estimation par une application *a pari* de l'article 42, alinéa 2, du Code des obligations[1537]. En raison des variations saisonnières auxquelles certaines activités sont soumises, l'idée est que le résultat obtenu soit représentatif des gains qui pourraient être perçus durant une année entière[1538].

564. Tous les éléments de rémunération non discrétionnaires sont donc inclus dans le domaine de protection des articles 324a et 324b du Code des obligations[1539]. Inversement, cela

---

[1528] TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, *DTA* 2003. 154-156, *JAR* 2004. 248, cons. 2.2.

[1529] Lorsque le salarié vit en communauté domestique avec l'employeur, des règles spéciales s'appliquent (CO, art. 328a, al. 2 et 3) ; il en va de même pour le contrat d'engagement du voyageur de commerce (CO, art. 349c) et pour le contrat de travail à domicile (CO, art. 353b).

[1530] *Message 1967,* p. 341.

[1531] TF, 7 septembre 2004, 4C.173/2004, *JAR* 2005. 262, cons. 4.2 ; Thomas Geiser, « Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit », *PJA* 2003. 323, spéc. 327 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, N 9 *ad* art. 324a/b CO.

[1532] Arbeitsgericht-ZH, 8 novembre 1978, *JAR* 1981. 251 : cette décision cantonale doit faire autorité non pas uniquement par le rôle prééminent que jouent les juges zurichois dans la formation de la jurisprudence suisse, mais surtout par sa parfaite logique juridique. Kantonsgericht-ZG, 15 décembre 2003, *GVP-ZG* 2003. 161, cons. 3.3. Sur cette question, *cf.* Christoph Senti, « Zulagen, Zuschläge und 13. Monatslohn », *PJA* 2006. 289, spéc. 298. *Cf.* également, Philippe GNAEGI, *Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie,* Schulthess, Zurich, 1996, pp. 72-73.

[1533] *Message 1967,* p. 341.

[1534] Cette dernière en référence à l'article 349c, alinéa 1er, relatif aux voyageurs de commerce.

[1535] *Cf.* TF, 25 novembre 1998, *ATF* 125 III 14, *JT* 1999 I 359, *SJ* 1999 I 315, cons. 2b (en l'espèce pour des dommages-intérêts suite à la résiliation d'un contrat d'agence) ; TF, 7 septembre 2004, 4C.173/2004, *JAR* 2005. 262*,* cons. 4.2 ; AUBERT, *Commentaire romand,* N 44 *ad* art. 324a CO.

[1536] *Cf.* TF, 25 novembre 1998, *ATF* 125 III 14, *JT* 1999 I 359, *SJ* 1999 I 315, cons. 2b ; TF, 7 septembre 2004, 4C.173/2004, *JAR* 2005. 262*,* cons. 4.2.

[1537] TF, 7 septembre 2004, 4C.173/2004, *JAR* 2005. 262*,* cons. 4.2 ; PORTMANN, *Basler Kommentar,* N 12 *ad* art. 324a CO.

[1538] *Cf.* TF, 7 septembre 2004, 4C.173/2004, *JAR* 2005. 262*,* cons. 4.4. Sur les questions de calcul mathématique de ces éléments, *cf.* Martin Farner, « Lohnberechnung. Ein kleines liber abaci für Arbeitsrechtler », *ArbR* 2005. 103.

[1539] **Subrogation.** L'employeur qui paie la rémunération de son employé pendant une incapacité de travail consécutive à un accident de la circulation peut poursuivre en justice le tiers civilement responsable, par une application *a pari* de l'article 51, alinéa 2, du Code des obligations. L'employeur doit, à cet égard, être mis sur le même pied d'égalité que les assureurs sociaux et les assureurs de choses subrogés (TF, 26 septembre 2000, 4C.292/1999, *ATF* 126 III 521, *JT* 2001 I 506, *SJ* 2001 I 199, *DTA* 2001. 110, comm. W. Portmann, cons. 2).

signifie que lorsque, en application du régime des articles 324a et 324b, l'employeur ne doit pas le salaire, il ne doit plus aucune forme de rémunération ni discrétionnaire ni contractuelle[1540]. La règle peut être précisée par convention collective, contrat-type ou accord individuel. Cependant, l'employeur qui, alors qu'il était soumis à une convention collective ne prévoyant la souscription obligatoire d'une assurance-accident couvrant la perte de gain pour accident qu'à hauteur de 80 % du salaire assuré, a contracté volontairement une assurance complémentaire pour que ses salariés soient couverts à 100 %, ne peut voir sa responsabilité recherchée ni pour le cinquième non couvert en raison d'une réduction opérée par l'assurance pour faute grave de la part du salarié dans la survenance de l'accident, ni pour le fait d'avoir déclaré un salaire moyen lorsque la rémunération est variable tout au long de l'année[1541].

B. Rémunération variable et congés rémunérés[1542]

565. **Méthodes de calcul.** Pour le calcul de la rémunération variable due au titre des congés rémunérés, on peut tirer de l'article 329d, alinéa 1er, du Code des obligations le principe selon lequel le salarié ne doit pas être traité différemment du point de vue salarial lorsqu'il est en vacances que s'il travaillait : il ne doit subir ni perte ni accroissement de revenu[1543]. Lorsque le salarié est payé en fonction du temps de travail, le salaire afférent aux vacances est simplement calculé *pro rata temporis*. Lorsqu'il s'agit de compenser une rémunération variable, la loi est muette[1544]. La doctrine et la jurisprudence ont envisagé deux méthodes différentes : la méthode de calcul individuelle et la méthode de calcul forfaitaire.

566. La ***méthode de calcul individuelle*** consiste à verser au salarié l'équivalent des rémunérations variables qu'il aurait effectivement perçues s'il avait travaillé ; la ***méthode de calcul forfaitaire*** consiste à prendre comme critère le revenu effectivement réalisé par le salarié sur une période de référence et à lui verser le pourcentage de ce revenu correspondant à une indemnité de vacances[1545]. Pour quatre semaines de vacances par an,

---

[1540] TF, 17 novembre 1994, *JAR* 1995. 112, *SJ* 1995. 784, cons. 5 ; Arbeitsgericht-ZH, 8 novembre 1978, *JAR* 1981. 251 ; REHBINDER/ STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 17 *ad* art. 322d CO ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 22 *ad* art. 322d CO ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, N 15 *ad* art. 322d CO.

[1541] CAPH-GE, 8 octobre 1986, VI/633/85, cons. 4.

[1542] Une question similaire se pose concernant le supplément de salaire pour travail supplémentaire, travail de nuit, travail du dimanche. Ce supplément se calcule en cas de ***salaire au temps*** d'après le salaire horaire sans l'allocation de résidence, l'allocation du ménage ni les allocations pour enfants (OLT1, art. 33, al. 1er). En cas de ***salaire à la tâche***, le supplément se calcule en règle générale d'après le salaire moyen de la période de paye sans l'allocation de résidence, l'allocation de ménage ni les allocations pour enfants (OLT1, art. 33, al. 2). Les prescriptions de la législation fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants s'appliquent par analogie à l'évaluation du revenu en nature, des suppléments de service et des pourboires (OLT1, art. 33, al. 3). Si plusieurs prescriptions légales sur le versement de salaire sont applicables pour la même période, le travailleur perçoit uniquement le supplément qui lui est le plus favorable (OLT1, art. 33, al. 4). *Cf. supra* n° 544 et s. (les heures supplémentaires)

[1543] TF, 16 juin 1992, *ATF* 118 II 136, cons. 3b ; TF, 25 juin 2003, *ATF* 129 III 493, cons. 3.1 ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, *ATF* 129 III 664, *JT* 2004 I 60, cons. 7.3 ; TF, 7 septembre 2004, 4C.173/2004, *JAR* 2005. 262, cons. 5.1 ; TF, 26 septembre 2005, 4C.147/2005, cons. 3 ; Roger Rudolph, « En ligne de mire : Droit du travail. Pomme de discorde : Vacances », *TREX* 2013. 170.

[1544] Notons que le droit des ***voyageurs de commerce*** ne prévoyant pas de dispositions particulières concernant le salaire en cas de vacances, ce sont les dispositions générales des articles 329a à 329d du Code des obligations qui lui sont applicables (CO, art. 355).

[1545] TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, *ATF* 129 III 664, *JT* 2004 I 60, cons. 7.3 ; REHBINDER/ STÖCKLI, *Berner Kommentar*, N 5 *ad* 329d CO.

cette proportion est de 8,33 %[1546] ; elle monte à 10,64 % pour cinq semaines de vacances par an[1547].

567. **Choix entre les deux méthodes.** Le Tribunal fédéral estime que chacune des deux méthodes comporte des inconvénients et des risques d'erreur[1548]. Son choix se porte pourtant en priorité sur la ***méthode de calcul forfaitaire***, malgré le schématisme qui la caractérise[1549]. Il s'agira donc d'identifier la moyenne des revenus réalisés durant les derniers mois de travail ou au cours d'une autre période appropriée, étant observé que plus la période de référence est longue, plus la méthode de calcul forfaitaire se révèle généralement pertinente[1550]. Ce n'est que lorsque les circonstances font apparaître que l'utilisation de la méthode forfaitaire ne permet pas d'établir un salaire afférent aux vacances qui apparaisse adéquat, qu'il faut préférer la méthode individuelle. Ce peut être le cas lorsque le salaire des vacances est compensé par le fait que le salarié peut grouper ses commandes ou les contrats qu'il conclut avant ou après les vacances[1551]. La convention collective applicable peut d'ailleurs régler la question[1552]. En particulier, pour le salarié payé à la commission, le juge peut appliquer le pourcentage correspondant au nombre de semaines de vacances par année au montant des commissions effectivement obtenues pendant les périodes de travail[1553]. Lorsqu'un salarié payé à la commission est remplacé durant ses vacances par d'autres salariés, il ne doit pas subir de perte de rémunération du fait que les remplaçants sont moins productifs que lui[1554]. En revanche, le salarié doit assumer la baisse de rémunération qui serait due à son propre fait sans que l'employeur n'ait commis de faute[1555].

568. **Assiette de l'indemnité.** Le salaire dû pour les vacances est calculé sur la base du salaire mensuel complet, y compris les indemnités permanentes, comme les allocations ou les suppléments à la rémunération de base versés en compensation du travail effectué la nuit, en fin de semaine et les jours fériés dès lors qu'ils revêtent un caractère régulier et durable[1556]. Si le salarié n'a pas pu bénéficier de ses vacances pendant la période de référence, le salaire afférent aux vacances après la période de référence doit tenir compte du montant du salaire annuel brut, y compris le treizième salaire et les commissions[1557]. S'il est clair que les heures supplémentaires effectuées régulièrement doivent être prises en compte dans la base de calcul de l'indemnité pour vacances, il en va différemment de la

---

[1546] TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, *ATF* 129 III 664, *JT* 2004 I 60, cons. 7.3 ; Gabriel Aubert, « Le droit des vacances : quelques problèmes pratiques »*, Journée 1990 de droit du travail et de la sécurité sociale,* Schulthess, Zurich, 1990, p. 114.

[1547] TF, 26 septembre 2005, 4C.147/2005, cons. 3.

[1548] TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, *ATF* 129 III 664, *JT* 2004 I 60, cons. 7.3 ; TF, 7 septembre 2004, 4C.173/2004, *JAR* 2005. 262, cons. 5.1.

[1549] TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, *ATF* 129 III 664, *JT* 2004 I 60, cons. 7.3.

[1550] TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, *ATF* 129 III 664, *JT* 2004 I 60, cons. 7.3 ; REHBINDER/ STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 7 *ad* 329d CO ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, N 3 *ad* art. 329d CO ; Gabriel Aubert, « Le droit des vacances : quelques problèmes pratiques »*, Journée 1990 de droit du travail et de la sécurité sociale,* Schulthess, Zurich, 1990, p. 121 ; Eric CEROTTINI, *Le droit aux vacances,* thèse, Lausanne, 2001, p. 199 *sqq*.

[1551] TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, *ATF* 129 III 664, *JT* 2004 I 60, cons. 7.3 ; Gabriel Aubert, « Le droit des vacances : quelques problèmes pratiques »*, Journée 1990 de droit du travail et de la sécurité sociale,* Schulthess, Zurich, 1990, p. 121 ; Eric CEROTTINI, *Le droit aux vacances,* thèse, Lausanne, 2001, p. 200.

[1552] Pour un exemple, *cf.* Gabriel Aubert, « La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1987 », *SJ* 1988. 561-592, spéc. 585.

[1553] TF, 26 septembre 2005, 4C.147/2005, cons. 3.

[1554] CAPH-GE, 12 décembre 1988, IV/826/86, cons. 4.

[1555] CAPH-GE, 13 décembre 1989, X/1083/88, cons. 4.

[1556] TF, 5 décembre 2005, 4C.313/2005, *ATF* 132 III 172 ; TF, 30 janvier 2012, 4A_466/2011, *ATF* 139 III 107, cons. 3.

[1557] *Cf.* TF, 29 janvier 2004, 4C.217/2003, cons. 4.3 ; TF, 7 septembre 2004, 4C.173/2004, *JAR* 2005. 262, cons. 5.1.

gratification bénévole qui en est exclue[1558]. De même, les ***primes pour travail en équipe*** ne seront pas prises en compte si elles ont ***fortement varié*** durant la période de référence, au point que le salarié ne devait pas s'attendre à en bénéficier s'il avait travaillé normalement durant sa période de vacances[1559]. Lorsque le salarié est payé au moyen d'une ***rémunération sur objectifs***, il ne peut pas réaliser le même chiffre d'affaires durant les mois où il prend ses vacances. Le Tribunal fédéral semble laisser les parties libres de s'organiser comme elles le souhaitent à cet égard. Néanmoins, si l'employeur admet qu'il faut un correctif pour tenir compte des vacances, alors cette déclaration devra être retenue à l'avantage du salarié[1560].

569. **Moment du paiement.** Le seul fait que la rémunération du salarié soit variable ne peut suffire à justifier une dérogation au principe général selon lequel le salaire afférent aux vacances doit être versé au moment où celles-ci sont prises. Les parties ne peuvent valablement convenir que ce salaire sera inclus dans le salaire des périodes de travail effectivement accompli[1561]. En effet, le Tribunal fédéral juge depuis longtemps qu'un « salaire global », qui inclurait la rémunération des vacances, est illégal en principe. Cette règle est valable ***même lorsque le salarié est payé aux pièces ou à la tâche***[1562]. Un accord contraire n'est possible que dans les cas exceptionnels où des ***motifs objectifs*** justifient cette solution, en particulier lors de l'occupation très irrégulière de salariés à temps partiel[1563].

[1558] CAPH-GE, 10 décembre 1997, XII/1198/95, cons. 3 ; *cf.* WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, p. 400.

[1559] *Cf.* Obergericht – ZH, 2 février 2004, *DTA* 2004. 27-29, cons. IV/3.

[1560] TF, 1er octobre 2012, 4A_310/2012, *JAR* 2013. 43, cons. 2.2. En droit français, sont des éléments de salaire pris en compte dans la rémunération annuelle de référence servant de base de calcul à l'indemnité de congés-payés notamment les pourboires et les primes, dès lors qu'elles sont obligatoires, permanentes et qu'elles ne sont pas affectées par le départ en congés. Il s'agit des primes de performance, d'objectifs, de rendement, ainsi que des commissions récompensant l'activité personnelle du salarié dont le calcul est opéré sur la base des salaires des périodes travaillées, à l'exclusion des périodes de congés (Soc., 30 avril 2003, n° 01-41874). Par exemple, un commercial rémunéré d'une partie fixe et d'une partie variable dont les commissions versées correspondent, au moins en partie, à l'activité de prospection qu'il déploie, doit voir ces commissions incluses dans l'assiette de l'indemnité de congés payés (Soc., 16 septembre 2009, n° 08-41484 ; Soc., 20 janvier 2010, n° 08-43310). Les indemnités d'astreinte (Soc., 4 juillet 1983, n° 81-40819) et les primes liées à une servitude sont également prises en compte. Sont en revanche exclues de la rémunération annuelle les sommes versées au titre de la participation et de l'intéressement au résultat de l'entreprise, le remboursement des frais et les primes, telle la prime d'ancienneté (Soc., 2 avril 1997, n° 94-41540) ou le treizième mois (Soc., 20 décembre 2006, n° 04-43966), qui rémunèrent tant les périodes de travail que les périodes de congés. En effet, les primes assises sur les périodes de travail et de congés confondues seraient payées, pour partie du moins, deux fois. À l'inverse, si la prime, comme une prime de fin d'année par exemple (Soc., 5 juin 2008, n° 06-46366), rémunère les seules périodes de travail à l'exclusion des périodes de congés payés, elle doit être incluse dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés.

[1561] TF, 16 décembre 2009, 4A_478/2009, *DTA* 2010. 23, *JU-TRAV* 2012. 46, cons. 4.

[1562] TF, 17 novembre 1981, *ATF* 107 II 430, *JT* 1982 I 94, *SJ* 1982. 241, cons. 3a ; TF, 25 novembre 1987, KUHN/KOLLER, 5.4.A.1 ; TF, 21 février 2002, 4C.301/2001, cons. 3 ; TF, 16 décembre 2009, 4A_478/2009, *DTA* 2010. 23, *JU-TRAV* 2012. 46, cons. 4.

[1563] La part du salaire global destinée à la rémunération des vacances doit alors être clairement indiquée dans le contrat de travail et dans chaque décompte de salaire (TF, 25 juin 2003, *ATF* 129 III 493, cons. 3 ; TF, 7 juillet 2003, 4C.90/2003, *DTA* 2003. 219-222, cons. 2.4 ; TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, *ATF* 129 III 664, *JT* 2004 I 60, cons. 7.2 ; TF, 25 janvier 2007, 4C.219/2006, *DTA* 2007. 88-90, cons. 2.1 ; TF, 16 décembre 2009, 4A_478/2009, *DTA* 2010. 23, *JU-TRAV* 2012. 46, cons. 4). Dans le contrat écrit, l'indication porte sur le prorata ou sur le montant à affecter aux vacances ; dans les décomptes, elle porte sur le montant (TF, 25 juin 2003, *ATF* 129 III 493, cons. 3.3 ; TF, 16 décembre 2009, 4A_478/2009, *DTA* 2010. 23, *JU-TRAV* 2012. 46, cons. 4). Si ces conditions ne sont pas respectées, l'employeur doit payer le salaire des vacances en sus de la rémunération globale dont les parties sont convenues (TF, 16 juin 1992, *ATF* 118 II 136, cons. 3b ; TF, 25 juin 2003, *ATF* 129 III 493, cons. 3.4 TF, 16 décembre 2009, 4A_478/2009, *DTA* 2010. 23, *JU-TRAV* 2012. 46, cons. 4). En revanche, il n'existe aucune obligation légale d'indemniser les jours fériés pour les salariés payés à l'heure, à l'exception du 1er août lorsqu'il tombe sur un jour qui aurait normalement été travaillé, sauf s'il existe un contrat, une convention collective, un contrat-type ou un usage (CO, art. 322, al. 1er) plus favorable au salarié (TF, 16 décembre 2009, 4A_478/2009, *DTA* 2010. 23, *JU-TRAV* 2012. 46, cons. 5 ; TF, 4 mai 2010, 4A_54/2010, *ATF* 136 I 290, cons. 2.4 & 2.2.).

CHAPITRE IV

RÉMUNÉRATION VARIABLE ET MODIFICATION DU CONTRAT

« *La parole donnée librement ne peut plus être reprise de la même manière.* »

Jacques GHESTIN[1564]

570. **Successivité, mutabilité et intangibilité.** Une caractéristique essentielle du contrat de travail est son déploiement dans la durée[1565]. Juridiquement, le contrat de travail présente nécessairement un caractère ***continu*** ou ***successif***[1566]. Or, l'inscription du contrat de travail dans le temps pose immanquablement la question de sa ***mutabilité***[1567]. Peuvent en effet survenir des ***changements de fait*** — liés plus ou moins directement à la relation de travail (changement de l'environnement économique dans lequel baigne l'entreprise, changement de technologie, etc.) — lesquels appellent souvent en réponse une volonté de ***modification en droit*** de la relation contractuelle (l'employeur cherchant à adapter aux nouveaux faits les termes juridiques de cette relation). La mutabilité du contrat de travail se heurte pourtant au principe juridique d'***intangibilité*** des contrats. Cette intangibilité est le corollaire du principe de ***force obligatoire*** des contrats, principe essentiel au regard de la

---

[1564] Jacques Ghestin, « Contrat », *Dictionnaire de la culture juridique,* (édit. Denis Alland/Stéphane Rials), Presses Universitaires de France, Paris, 2003. 276-281, spéc. 278.

[1565] *Cf.* CO, art. 319, al. 1er : « *pour une durée déterminée ou indéterminée* ».

[1566] **Précision de vocabulaire.** Le droit suisse du travail utilise le terme « continu » pour qualifier le contrat s'étendant dans la durée, réservant le terme « successif » aux contrats de travail en chaîne. La doctrine française utilise le terme de « contrat successif » ou de « contrat à exécution successive » dans le premier sens (*Précis Dalloz* 2008, p. 387). Le contrat ***successif*** ou ***à exécution successive*** est celui dans lequel « *l'une des parties au moins exécute ses obligations à des termes régulièrement échelonnés (ex. versements périodiques de loyers par le locataire, des salaires par l'employeur […]), l'autre partie […] fournissant [par exemple] sa prestation soit de façon permanente (jouissance du logement pour le bailleur), soit à un rythme différent (prestation de travail pour l'employé)*. » (CORNU, *Vocabulaire juridique*, p. 260).

[1567] La mutabilité étant « *la qualité de ce qui se prête à un changement ou à une modification volontaire* » (CORNU, *Vocabulaire juridique,* p. 671).

nature même du contrat comme source d'obligation[1568] : les contrats doivent être respectés par les parties qui les ont conclus[1569]. *A contrario*, une rémunération variable non contractuelle comme la ***gratification bénévole*** n'est pas soumise au principe de force obligatoire des contrats[1570].

571. Le contrat de travail, pour intangible qu'il soit, n'en est pas pour autant immuable : les parties peuvent, en tout temps, se mettre d'accord sur une nouvelle clause de rémunération variable[1571]. La modification[1572] de la rémunération variable peut donc avoir lieu même ***en cours d'exécution du contrat***. En définitive, le principe d'intangibilité impose simplement qu'un nouvel accord soit conclu, ce que l'absence d'immutabilité du contrat de travail autorise.

572. Schématiquement, la rémunération variable peut être modifiée par deux procédés distincts :

— un accord modificatif (*Änderungsvertrag*), ***avec l'accord*** du salarié (**Section I**) ;

— un congé-modification (*Änderungskündigung*)[1573] ou d'autres modes moins fréquents, ***sans l'accord*** du salarié (**Section II**)[1574].

[1568] Il s'agit là de la consécration légale de l'adage *pacta sunt servanda.* L'origine lointaine de cet adage remonte à l'édit du prêteur qui, en tout cas à l'époque de Cicéron, avait introduit la formule « *pacta conventa servabo* » (« *je sanctionnerai les pactes convenus* »), certes pour des cas très particuliers (« *exceptio pacti conventi* ») (LÉVY/CASTALDO, *Histoire du droit civil,* p. 784). Par la suite, il fut conceptualisé par les canonistes, lors de l'affirmation du principe du consensualisme (Huguccio, dans la Glose ordinale des Décrétales, rappelle notamment que « Dieu ne fait pas la différence entre de simples paroles et un serment » : « *Ex nudo pacto oritur actio* […] *quia mortaliter peccat recedendo a pacto* […] *Inter simplicem loquelam et juramentum non facit Deus differentium* », *cf.* LÉVY/CASTALDO, *Histoire du droit civil,* p. 814). Le principe trouva son expression achevée sous la plume des auteurs de l'Ecole du Droit de la nature (Suarez, Grotius, Pufendorf, Domat) (*cf.* LÉVY/CASTALDO, *Histoire du droit civil,* p. 821). On trouve une systématisation du principe *pacta sunt servanda* dans le Code général des Etats prussiens de 1794 (titre V de la I^e^ partie du Code), avant une consécration solennelle dans le Code Napoléon à l'alinéa 1^er^ de l'article 1134 : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*. » C'est bien la loi qui confère au contrat sa force obligatoire : l'accord des volontés n'intervient que comme procédure spécifique de création d'effets de droit (Jacques Ghestin, « Contrat », *Dictionnaire de la culture juridique,* (édit. Denis Alland/Stéphane Rials), Presses Universitaires de France, Paris, 2003. 276-281, spéc. 278). Le droit suisse ne consacre pas expressément le principe *pacta sunt servanda* dans le Code des obligations ; cependant, l'effet juridique du principe est inscrit dans la combinaison des articles 1^er^ et 97 du Code des obligations : dès lors qu'un contrat est « parfait » (CO, art. 1^er^, al. 1^er^), le débiteur engage sa responsabilité s'il ne l'exécute pas ou ne l'exécute qu'imparfaitement (CO, art. 97, al. 1^er^).

[1569] Pierre angulaire d'une véritable « *constitution civile* » (l'expression est de Kant : *Zum ewigen Frieden*, 1795, trad. fr. *Projet de paix perpétuelle* par Jules Barni revue par Alain Lagarde, Hatier, Paris, 1988, p. 36) ayant vocation à assurer les droits de chacun, le principe de force obligatoire des contrats est, en définitive, un moyen au service de la ***paix*** (le mot latin *pactum* est formé sur *pax*, la « paix »). L'institution, en sus de son ancrage dans la tradition européenne, pourrait également correspondre à un attitude de synthèse de la personnalité de l'individu affirmant son « identité » en respectant sa parole. Faut-il comprendre l'identité comme l'identique à soi-même ? Comme le montre François Terré, la question est plus subtile : « *Ce n'est pas parce qu'il n'a pas changé que, parmi d'autres raisons, le contractant tient parole et se conforme à l'article 1134, alinéa 1^er^, du Code civil, c'est parce qu'il veut affirmer son identité, quitte à contrarier sa nature.* » (François Terré, « Les nouvelles formes de l'entreprise », *Gazette du Palais* 18-19 mai 2011. 7).

[1570] Cependant, une fois que l'employeur a pris l'engagement de verser une gratification bénévole, il ne peut plus modifier le montant promis (*cf.* TF, 4 septembre 2013, 4A_219/2013, cons. 3.3).

[1571] TF, 12 janvier 2011, 4A_474/2010, *DTA* 2011. 112, *JAR* 2012. 121, cons. 2.2.1.

[1572] Sous le vocable de modification, il faut comprendre également la ***suppression*** : la suppression d'un élément de rémunération est une modification du contrat. Elle obéit aux mêmes règles.

[1573] En effet, comme c'est le cas pour tout contrat de durée, il peut être mis fin au contrat de travail. Il y aura donc modification du contrat de travail si, entre les mêmes parties, un contrat de travail cesse et qu'un autre soit conclu avec des modalités différentes.

[1574] **Modification en faveur du salarié.** Gardons-nous toutefois de voir dans toute modification du contrat de travail une péjoration de la situation du salarié : la modification de la rémunération peut opérer aussi dans un sens favorable au salarié. La règle selon laquelle une gratification discrétionnaire versée à trois années d'affilée est réputée acquérir un caractère obligatoire est un exemple de modification du contrat en faveur du salarié : il s'agit d'une modification qui

SECTION I

LA MODIFICATION AVEC ACCORD DU SALARIÉ

573. **Interdiction des modifications unilatérales.** Le droit suisse et la plupart des droits européens partent de la même prémisse : l'employeur ne peut réduire ***unilatéralement*** la rémunération variable sans que le salarié n'y consente[1575]. Dans cette logique, le Tribunal fédéral a jugé qu'une réduction unilatérale de la rémunération constitue une inexécution partielle de l'obligation de payer le salaire[1576]. Le fait de modifier les ***attributions*** du salarié ou son ***périmètre d'activité*** entraîne les mêmes conséquences sur la rémunération qu'une modification directe de cette dernière[1577].

574. **Régime de l'accord modificatif.** Dès lors, un accord modificatif est nécessaire. Pour rendre un tel accord effectif, il faut régler quatre questions : le ***domaine*** de l'accord modificatif (**§ 1**), sa ***date d'effet*** (**§ 2**), son ***moment*** (**§ 3**) et sa ***forme*** (**§ 4**).

---

acquiert un caractère contractuel puisque l'employeur n'est autorisé à revenir sur cet avantage qu'en respectant les règles de modification de la rémunération (*cf.* Gabriel Aubert, « L'usage en droit du travail », *DTA* 2001. 95-102, spéc. 95 ; *cf. supra* n° 133-135).

[1575] *Cf. inter* multa : Cour de cassation civile-NE, 19 décembre 2000, *RJN* 2000. 103 ; TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 503 ; Danthe, *Commentaire,* N 6 *ad* art. 322 CO. On retrouve cette idée, *mutatis mutandis,* en droit anglais : « *On contractual principles, any changes in the terms of the contract must be mutually agreed, and the employer who attempts a unilateral variation may find a constructive dismissal claim against him.* » (Deborah LOCKTON, *Employment Law,* Palgrave Macmillan, Londres, 7e éd., 2010, p. 34) En droit français, le principe d'intangibilité contractuelle a pris, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, valeur de dogme (Patrick Morvan, « La révision de la rémunération variable », *JCP S* 2008. 1198 et s., n° 2) : « *La rémunération contractuelle du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié, même de manière minime, sans son accord ; il en va de même du mode de rémunération prévu par le contrat, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode serait plus avantageux.* » Ce principe ne souffre pas d'exception et il revêt un caractère d'ordre public : Soc., 19 mai 1988, Juris-Data n° 1998-002097, *Bull. civ.* V, n° 265 ; Soc., 28 janvier 1998, *Dr. Soc.* 1998. 528 et 523 (chron. G. Couturier) ; Soc., 3 mars 1998, *Bull. civ.* V, n° 109, *D.* 1998 IR. 85, *CSBP* 1998, n° 99 A. 27, obs. A. Philbert, *Dr. Soc.* 1998. 529 ; Soc., 30 mai 2000, n° 97-45068 et n° 98-44016, *Gaz. Pal.* 19 septembre 2000, n° 263, p. 13 ; Soc., 18 mai 2011, n° 09-60175, *Bull. civ.* V, n° 117 ; Soc., 31 octobre 2012, n° 11-18886. De plus, le retour à un temps plein, après passage à temps partiel sans réduction de salaire, implique nécessairement une révision de la rémunération en proportion de l'augmentation du temps de travail, même si le montant du salaire avait été déterminé sur une base mensuelle forfaitaire qui n'a pas été modifiée en dépit de la variation du temps de travail (Soc., 26 octobre 2010, n° 09-40810). Plus récemment, la Cour de cassation a énoncé que « *la modification unilatérale du contrat de travail par l'employeur cause nécessairement un préjudice au salarié* », préjudice qui doit être réparé (Soc., 30 mars 2011, n° 09-68723 : en l'espèce, l'employeur avait modifié la clause de remboursement des frais forfaitaires). Le fait de modifier unilatéralement les conditions du calcul de la rémunération variable d'un salarié constitue un manquement de l'employeur à ses obligations, que le salarié peut sanctionner en prenant acte de la rupture du contrat (Soc., 12 janvier 2005, n° 02-46659, *CSBP* 1er avril 2005, n° 169, p. 189).

[1576] TF, 25 février 2010, 4A_608/2009, *DTA* 2010. 94-96, cons. 3.1.

[1577] Le droit français le reconnaît expressément : Soc., 9 mai 2007, n° 06-40657, *CSBP* septembre 2007, n° 193, p. 359 : « *La Cour d'appel, après avoir rappelé que le salarié assurait jusqu'à l'intégration de son employeur dans un groupe la direction du service " International Emergent " au sein du département " Corporate Finance ", a relevé que la réorganisation de cette activité réduisait le périmètre d'activité du salarié aux marchés de la zone euro et avait une incidence sur le montant de sa rémunération variable et ses perspectives d'évolution de carrière.* » Toutefois, la suppression d'une prime variable liée à une tâche annexe qui disparaît dans la nouvelle affectation du salarié sans que soit constaté qu'elle a été contractualisée n'emporte pas modification du contrat de travail (Soc., 16 mars 2011, n° 08-42.671, *BICC* 15 juillet 2011, n° 893, *RJS* mai 2011, décision n° 394, p. 369, *Revue Lamy droit des affaires* mai 2011, Droit du travail - Repères, n° 3451, p. 55 à 57, note P.-H. Antonmattéi).

§ 1 – LE DOMAINE DE L'ACCORD MODIFICATIF

575. **Modification du contrat et changement des conditions de travail.** Dans la relation de travail, tout ne relève pas du domaine contractuel : hormis les rémunérations entièrement discrétionnaires que nous avons exclues de ce chapitre, certains éléments peuvent être modifiés sans que l'employeur ne doive recourir à la procédure de la modification contractuelle. Admettre le contraire reviendrait à supprimer le pouvoir de direction de l'employeur, lequel l'autorise précisément à donner des ordres et à en changer[1578]. Mais le droit de modifier les directives ne doit pas aboutir à opérer une modification contractuelle[1579]. Il faut donc distinguer les éléments qui relèvent de la ***base contractuelle*** (qui nécessitent un accord modificatif ou un congé-modification) et ceux qui ne relèvent que des ***simples conditions de travail***, modifiables en tout temps par décision unilatérale de l'employeur[1580]. Juridiquement, il s'agit de distinguer ce qui appartient en propre à l'accord des parties (CO, art. 1er) et ce qui relève du pouvoir de direction de l'employeur (CO, art. 321d).

576. La rémunération appartient aux *essentialia negotii* du contrat de travail. Certes, le salarié, par des considérations de protection sociale, sera rémunéré même si rien n'est prévu au contrat (CO, art. 320, al. 2 et 322, al. 1)[1581]. La rémunération n'en constitue pas moins le socle de la relation de travail du point de vue contractuel[1582] : aussi doit-on considérer qu'elle relève de l'article premier du Code des obligations et non de son article 321d. Elle ne peut donc être modifiée que par modification contractuelle[1583]. Il en va de même des attributions et responsabilités du salarié, lorsque leur modification entraîne un impact sur la rémunération[1584].

[1578] La jurisprudence française exprime bien cette idée en jugeant que toute modification du contrat ne peut intervenir qu'avec l'accord des deux parties ; en revanche, « *l'exécution du contrat étant placée sous le signe de la subordination du salarié à l'employeur, celui-ci peut modifier les conditions de travail* » (*Précis Dalloz* 2008, p. 751 ; *cf.* Philippe Waquet, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS* décembre 1996. 791 ; Philippe Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* mai 1999. 383. Pour une analyse détaillée de la question en droit français, *cf.* Frédéric Géa/Marie-France Mazars, « Contrat de travail et normes collectives », *BICC* 1er octobre 2012. 40).

[1579] DOGAN YENISEY, *La modification*, pp. 98 et s. ; Werner Gloor, « Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive », *DTA* 2008. 249-268, spéc. 254.

[1580] Sous réserve de la licéité et de la non-contrariété aux mœurs des directives (CO, art. 19 et 20), y compris dans le respect de la personnalité du salarié (CO, art. 328).

[1581] *Cf.* les arrêts de principes : TF, 17 novembre 1964, *ATF* 90 II 443 ; TF, 13 mai 1969, *ATF* 95 II 126.

[1582] L'expression « socle contractuel » est de Philippe Waquet : « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* mai 1999. 383, spéc. 386.

[1583] Werner Gloor, « Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive », *DTA* 2008. 249-268, spéc. 254. Aboutissant à la même solution : David Aubert, « La modification du contrat de travail et plus spécifiquement du règlement d'entreprise », *Panorama du droit du travail* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2009, pp. 21-35, spéc. p. 34. Voir également : TF, 4 septembre 2013, 4A_219/2013, cons. 3.3 : l'ajout d'une retenue supplémentaire sur une indemnité de départ ne peut être prévue par un simple règlement, du moins pas si le salarié a marqué son refus à cet égard.

[1584] TF, 14 juillet 1964, *Quatre cents arrêts*, n°276 ; TF, 5 septembre 2003, 4C.129/2003, *UBS SA, JAR* 2004. 308 ; GSGer-BS, *RSJ* 1989, n°2 p. 83.

577. En particulier, constituent une modification contractuelle : la transformation d'un treizième mois convenu contractuellement en rémunération discrétionnaire[1585], le changement de proportion et des paramètres entre la partie fixe et la partie variable de la rémunération[1586], la transformation d'une rémunération en espèces en une rémunération par l'attribution d'options sur actions[1587], un système de commissionnement différent de celui prévu au contrat[1588], la réduction du taux de commission[1589].

578. En revanche, ne constitue pas selon nous une modification contractuelle mais un simple changement des conditions de travail la ***modification des objectifs*** fixés par l'employeur et pertinents pour la détermination d'une rémunération sur objectifs[1590].

579. Si l'employeur n'obtient pas l'accord du salarié pour modifier un élément appartenant au socle contractuel, il devra procéder par la voie du congé-modification[1591].

§ 2 – LA DATE D'EFFET DE L'ACCORD MODIFICATIF

580. **Question.** À quelle échéance une modification de la rémunération variable est-elle effective ? L'alternative à trois branches est la suivante :

[1585] Appellationshof-BE, 8 mars 1995, *JAR* 1996. 150, cons. 3 ; TF, 6 décembre 1995, *JAR* 1997. 124 ; Tribunal de la ville de Locarno, 14 mars 1998, *SAZ* 1999. 204.

[1586] DOGAN YENISEY, *La modification*, p. 117.

[1587] Exemple tiré de la jurisprudence française : Soc., 29 juin 2011, n° 09-67492, *CSBP* août 2011, n° 233, p. 220, note F.-J. Pansier. *Cf.* également : Soc., 24 septembre 2003, n° 01-43090 (modification des objectifs et des barèmes) ; Soc., 29 juin 2011, n° 09-71107 ; Soc., 13 juin 2012, n° 11-18532 (nouveau plan de commissionnement imposé par l'employeur).

[1588] Exemple tiré de la jurisprudence française : Soc., 28 janvier 1998, *Sté Systia Informatique, Bull. civ.* V, n° 40, *RJS* 3/98, n° 274, *JCP E* 98, p. 1456, note C. Lefranc.

[1589] Exemple tiré de la jurisprudence française : Soc., 19 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 265.

[1590] En droit français, l'employeur peut modifier unilatéralement les objectifs dans le cadre de son pouvoir de direction, dès lors qu'ils sont ***réalisables*** et ont été ***portés à la connaissance*** du salarié en début d'exercice (Soc., 2 mars 2011, n° 08-44977, *JCP S* 19 avril 2011, note P. Morvan, *RJS* mai 2011, déc. n° 393, *JCP E* 5 mai 2011, note P. Morvan). Lorsque le contrat de travail prévoit que la rémunération variable dépend d'objectifs fixés annuellement par l'employeur, le défaut de fixation de ces derniers constitue un manquement justifiant la prise d'acte de la rupture par le salarié (Soc., 29 juin 2011, n° 09-65710 : *cf. supra* nbp 546). À défaut d'accord ou de procédure valable de modification sans accord du salarié, c'est le juge qui détermine cette rémunération variable en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes (Soc., 22 février 2000, n° 97-43465). Par ailleurs, le droit français connaît une procédure spéciale de modification du contrat pour motif économique : l'article L. 1222-6 du Code du travail précise que l'employeur doit adresser au salarié une proposition de modification par lettre recommandée avec accusé de réception (al. 1er), lettre qui doit préciser au salarié qu'il dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître un éventuel refus (al. 2), étant observé qu'à défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée (al. 3). Lorsque l'entreprise fait partie d'un groupe comprenant d'autres entités qui interviennent sur le même secteur, la cause économique s'apprécie au niveau du secteur d'activité commun (Soc., 5 avril 1995, *Bull. civ.* V, n° 123 ; Soc., 14 décembre 2011, n° 10-11042 et n° 10-13922, *BICC* 1er avril 2012, n° 391 et 392, *RJS* mars 2012. 196-197).

[1591] *Cf. infra* n° 609 et s. Le droit français le dit dans les termes les plus clairs : l'employeur ne peut imposer au salarié une modification de son contrat de travail ; il peut seulement lui proposer une modification et, si le salarié refuse, il a le choix soit de renoncer à la modification envisagée, soit d'engager une procédure de licenciement (Soc., 5 mars 1997, *Bull. civ.* V, n° 95 et n° 96, *CSBP* 1997 n° 91 A.35 ; Soc., 4 février 2009, n° 07-44142, *CSBP* 1er juin 2009, n° 211, p. 144, obs. Frédéric-Jérôme Pansier).

— soit la modification entre en vigueur ***immédiatement*** (dès la conclusion de l'accord modificatif),

— soit elle entre en vigueur ***rétroactivement*** (à une date antérieure à la conclusion de l'accord modificatif),

— soit elle entre en vigueur ***postérieurement*** (par exemple, à l'issue du délai de congé normalement applicable à la relation contractuelle en question ou à l'issue du délai de résiliation légal minimum).

581. **Solution.** La jurisprudence a d'abord hésité entre les trois branches de l'alternative[1592]. Le Tribunal fédéral s'est orienté très progressivement vers la première solution : ***l'entrée en vigueur immédiate*** de la modification est possible[1593]. Pour aboutir à la solution de l'entrée en vigueur immédiate, le Tribunal fédéral a écarté tant l'***accord rétroactif*** (**A**) que la protection par un ***délai minimal*** (**B**).

A. Interdiction d'un accord rétroactif

582. La modification ne peut porter que sur la rémunération correspondant à des prestations à venir et non à des prestations déjà effectuées[1594]. Pourquoi cette restriction du domaine d'exercice de la liberté contractuelle ? Le fondement de cette interdiction réside dans la protection accordée par l'article 320, alinéa 2, du Code des obligations. Les juges déduisent de cette norme que l'on ne peut admettre que très restrictivement la renonciation au salaire lorsqu'elle aurait pour effet de remettre en cause la qualification, comme contrat de travail, des rapports entre les parties ; une telle renonciation est même sans effet lorsqu'elle vise une activité qui, usuellement, n'est déployée que contre rémunération[1595].

B. Absence de protection par un délai minimal

583. L'histoire de cette matière est un peu mouvementée. Les juges se sont trouvés confrontés à la question suivante : le salarié peut-il valablement renoncer, avec effet immédiat, à certains avantages contractuels, en-dehors de toute résiliation[1596] ? En 1976, le Tribunal fédéral avait jugé que l'employeur qui entendait modifier le contrat pour réduire ses

[1592] *Cf.* TF, 29 septembre 1976, *ATF* 102 Ia 417, *JT* 1977 I 276 (entrée en vigueur de la modification à l'issue du délai de résiliation seulement).

[1593] TF, 27 juin 1978, *ATF* 104 II 204 (où il fut jugé qu'il n'était pas arbitraire de considérer que l'employeur, en convenant avec un travailleur d'une réduction du salaire de base, n'entendait pas éluder une disposition impérative concernant des allocations de renchérissement). Bien entendu, rien n'empêche les parties qui le décident de s'accorder sur une entrée en vigueur postérieure à la date de l'accord.

[1594] TF, 28 février 2006, 4C.426/2005, *DTA* 2006. 188-190, cons. 5.2.1 ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, cons. 5.1 ; *cf. supra* n° 526 et s.

[1595] Arbeitsgericht-ZH, 3 mars 2004, *DTA* 2004. 170-173, cons. 5.2c.

[1596] Gabriel Aubert, « La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1986 », *SJ* 1987. 551.

prestations devait respecter le délai légal minimum de résiliation[1597] ; un accord contraire, autorisant l'employeur à faire entrer en vigueur immédiatement une modification de rémunération, ne liait pas le juge. En 1982, le Tribunal fédéral opéra un revirement de jurisprudence, admettant qu'une réduction de salaire convenue entre les parties pouvait prendre effet avant l'échéance du délai légal minimum de résiliation[1598]. Le Professeur AUBERT objecta avec raison que le salarié est protégé de toute renonciation aux créances découlant de son contrat par l'article 341 du Code des obligations, qui s'oppose à ce que le travailleur renonce à certaines créances pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci[1599]. Pour le Tribunal fédéral toutefois (et malgré la pertinence de cette critique), l'article 322 du code, qui fixe le principe du paiement du salaire, ne revêt pas un caractère impératif[1600]. Comme les parties ont la faculté de mettre fin d'un commun accord au contrat de travail à tout moment et que le travailleur peut renoncer au paiement du salaire pour l'avenir, il était logique pour les juges de considérer que, sauf disposition impérative contraire d'une convention collective, les parties pussent convenir d'une réduction de salaire prenant effet avant l'échéance du délai de congé[1601]. Bien entendu, la solution retenue par le Tribunal fédéral ne convainc que si la modification est acceptée par le salarié, ce qui est l'hypothèse que nous visons ici[1602].

§ 3 – LE MOMENT DE L'ACCORD MODIFICATIF

584. **Question.** Un accord modificatif peut toujours intervenir en cours d'exécution du contrat[1603]. Mais cet accord doit-il nécessairement intervenir en cours d'exécution du contrat de travail, ou le contrat initial[1604] peut-il prévoir un droit de modification unilatérale à exercer discrétionnairement par une des parties en cours d'exécution du contrat ? Autrement dit, le salarié peut-il donner un accord préalable à des modifications futures, lesquelles procéderont alors de la volonté unilatérale de l'employeur ? En

[1597] TF, 29 septembre 1976, *ATF* 102 Ia 417, *JT* 1977 I 276 (délai alors prévu à l'ancien article 336b du Code des obligations).

[1598] TF, 18 mai 1982, *Trans-Route*, *SJ* 1983. 94, *JU-TRAV* 1983. 11.

[1599] *Cf.* Arbeitsgericht-ZH, 10 juin 1981, *JAR* 1983. 165, *ZR* 1983. 269 ; Gabriel Aubert, « La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1986 », *SJ* 1987. 551 ; AUBERT, *Commentaire romand,* N 5 *ad* art. 341 CO.

[1600] TF, 18 mai 1982, *Trans-Route*, *SJ* 1983. 94, *JU-TRAV* 1983. 11, cons. 2. Nous avons expliqué plus haut le sens de cette formulation surprenante, *cf. supra* n° 526 et s.

[1601] TF, 18 mai 1982, *Trans-Route*, *SJ* 1983. 94, *JU-TRAV* 1983. 11, cons. 2. L'article 341, alinéa 1er, du Code des obligations ne s'y oppose donc pas, notamment car il ne s'applique pas aux accords à caractère transactionnel comportant des concessions réciproques (TF, 17 novembre 1980, *ATF* 106 II 222, *JT* 1981 I 151, cons. 2 : « *L'article 341, alinéa 1er du Code des obligations ne peut être invoqué qu'en cas de renonciation unilatérale du travailleur à l'égard de l'employeur.* »).

[1602] Pour l'hypothèse où le salarié refuse la modification, *cf. infra* n° 606 et s.

[1603] La règle découle implicitement de l'article 12 du Code des obligations : « *Lorsque la loi exige qu'un contrat soit fait en la forme écrite, cette règle s'applique également à toutes les modifications du contrat, hormis les stipulations complémentaires et accessoires qui ne sont pas en contradiction avec l'acte.* » Le droit français l'énonce expressément (C. civ., art. 1134, al. 2 : « [Les conventions] *ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.* »).

[1604] Voire une clause subséquente.

particulier, l'employeur peut-il se réserver le droit de fixer, au début de chaque exercice annuel, les critères ouvrant droit à l'attribution d'un élément de rémunération et les modalités de calcul de cet élément[1605] ?

585. **Réponse.** Si l'on retient une analyse stricte du principe d'autonomie de la volonté, il faut admettre la validité de la clause contractuelle par laquelle le salarié déclare consentir par avance à toute modification de sa rémunération variable par l'employeur. Toutefois, une telle clause renferme un risque d'***arbitraire***. Les juges ont eu conscience de ce danger et le Tribunal fédéral avait interdit les clauses dans lesquelles venait se loger une condition ***purement potestative***[1606]. Cependant, le Code des obligations n'érige pas en principe la nécessité du caractère déterminé ou déterminable de l'objet du contrat (*cf.* CO, art. 19 et 20)[1607] ce qui marquerait une limite claire à la potestativité. Aussi un contrat de travail

---

[1605] *Cf.* CARRUZZO, *La Rémunération*, pp. 73-74.

[1606] TF, 6 mars 1897, *Aluminium-Industrie-Gesellschaft, ATF* 23 I 265, cons. 2.

C'est également dans la notion de ***potestativité*** que doit être trouvé le fondement de la prohibition des clauses de révision anticipée par la Cour de cassation française. La lecture combinée des articles 1129 du Code civil (qui dispose que l'obligation doit être déterminée ou déterminable) et des articles 1170 et 1174 du même code, sanctionnant de nullité la condition purement potestative, permet d'aboutir au raisonnement suivant : lorsqu'elle n'est pas déterminée au moment de la conclusion du contrat, la rémunération peut être simplement rendue ***déterminable***, mais en fonction de critères ***précis*** et ***objectifs***, « *qui ne font pas dépendre celle-ci de la volonté unilatérale et arbitraire de l'employeur* » (Soc., 17 octobre 2007, n° 05-44621). Ainsi, l'employeur ne peut se réserver le droit de modifier la rémunération variable de manière unilatérale : « *Une modification du contrat de travail ne peut être réalisée sans l'accord du salarié, peu important que cette modification ait été ou non prévue dans le contrat de travail.* » (Soc., 29 juin 1999, 97-42.248, *Bull. civ.* V, n° 306, p. 221 ; Soc., 30 mai 2000, *Canon,* 2 arrêts : 97-45.068 et 98-44.016, *Bull. civ.* V, n° 206, p. 160, à propos d'une clause prévoyant la possibilité pour l'employeur d'adapter la part variable de la rémunération en fonction de l'évolution du marché, et ce en raison de son imprécision ; Soc., 27 février 2001, n° 99-40219 ; Soc., 3 juillet 2001, 99-42.761, *Bull. civ.* V, n° 242, p. 193, *RJS* 2001, n° 1112 ; Soc., 3 juillet 2001, *Aviceau, Dr. soc.* 2001.1006, obs. C. Radé ; Soc., 5 juin 2008, n° 07-41186) Cette règle s'applique indifféremment quelle que soit la modification de la rémunération contractuelle (Soc., 28 janvier et 3 mars 1998, *Dr. soc.* 1998.523, note G. Couturier, *RJS* 3/98, n° 274 et comm. E. Dockès, p. 168 ; Soc., 19 mai 1998, *Bull. civ.* V, n°265 ; Soc., 30 mai 2000, *D.* 2000.IR.175 ; Soc., 27 février 2001, *Dr. soc.* 2001.514, note C. Radé ; Soc., 3 juillet 2001, *Dr. soc.* 2001.1007, obs. C. Radé ; Soc., 8 janvier 2002, n° 99-44.467, pour un taux de commission). Le salarié peut également refuser toute modification indirecte de sa rémunération variable. Tel est le cas lorsqu'en application d'une clause de mobilité l'employeur affecte le salarié dans un établissement ayant un chiffre d'affaire très inférieur à celui dans lequel il exerçait jusqu'alors (Soc., 18 mai 2005, n° 03-42.585 ; Soc., 14 octobre 2008, n° 07-41.454). Toutes ces clauses, qualifiées de « léonines », sont nulles en raison de la ***condition purement potestative*** qu'elles renferment. En revanche, une clause du contrat initial peut parfaitement stipuler que la rémunération variable sera modifiée par accord ultérieur des parties ou en fonction de critères objectifs (*cf.* Patrick Morvan, « La révision de la rémunération variable », *JCP S* 2008. 1198 et s., n° 16), indépendants de la volonté de l'employeur (Soc., 2 juillet 2002, *Bull. civ.* V, n°229, *D.* 2003, Somm. 391, obs. V. Wauquier, *Grands arrêts,* n°52). En effet, les critères objectifs ne sont pas purement potestatifs. Lorsqu'une clause a ainsi vocation à s'appliquer de plein droit, en fonction de critères objectifs, l'employeur n'a plus besoin de solliciter l'accord du salarié. S'il le fait tout de même, cela signifie que sa « proposition » est une modification de contrat que le salarié peut donc refuser (Soc., 12 mars 2002, n° 99-42.993). La règle consacrée par la Cour de cassation ne se justifierait pas dans le cadre d'une conception purement contractuelle du contrat de travail. En effet, l'alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil, selon lequel les contrats ne peuvent être révoqués que du consentement mutuel des parties permet précisément l'existence d'une clause de révision anticipée, à condition bien sûr qu'elle soit stipulée d'un commun accord (Patrick Morvan, « La révision de la rémunération variable », *JCP S* 2008. 1198 et s., n° 16 ; le raisonnement mené dans l'arrêt de Soc., 27 février 2001, 99-40.219, *Bull. civ.* V, n° 60, p. 45, doit donc être écarté pour manque de rigueur juridique). D'ailleurs, la révision anticipée était validée par la Cour de cassation jusque dans les années 1980 (Soc., 17 décembre 1987, 84-45.382, *Bull. civ.* V, n° 745, p. 471 : à l'égard de formules de calcul du taux d'une commission sur chiffre d'affaires que l'employeur se réservait clairement le droit de modifier).

[1607] La doctrine explique que le contrat n'est pas nul si son objet est déterminable (ce qu'énonce expressément l'alinéa 3 de l'article 184 du Code des obligations : « *Le prix de vente est suffisamment déterminé lorsqu'il peut l'être d'après les circonstances.* »). Le caractère déterminable de l'objet peut provenir des stipulations contractuelles elles-mêmes ou de la faculté offerte à l'une des parties ou à un tiers de le déterminer ultérieurement (Hugo OSER/Wilhelm SCHÖNENBERGER, *Das Obligationenrecht, 1. Teil, Zürcher Kommentar,* Schulthess, Zurich, 2e éd., 1929, N 86 *sqq. ad* Vorbemerkungen zu Art. 1-67 OR). Dans cette hypothèse, la détermination de l'objet doit être effectuée de manière équitable (« *nach billigem Ermessen* »). *Cf.* Andreas VON TUHR/Hans PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Schulthess, Zurich, 3e éd., 1979, tome I, p. 191 (idée reprise de la doctrine allemande: *cf.* Alfred Söllner, « Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsrecht », *Abhandlungen der geistes- und sozialwissenschaftlichen Klasse*, Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz, 1966, n° 1, pp. 9 et s. et pp. 118 et s.).

n'est-il pas nul du fait que la rémunération n'y est pas déterminée, voire même n'est pas déterminable (*cf.* CO, art. 322, al. 1er)[1608] ou ne sera déterminée que par une des parties. Une telle clause est admissible en principe. Toutefois, la partie générale du code impose des limitations, par l'entremise du régime des ***obligations conditionnelles*** (**A**) et de celui de l'***interdiction de l'abus de droit*** (**B**).

A. Révision anticipée et nullité de la condition

586. Le droit des obligations conditionnelles sanctionne de nullité tout acte effectué pendant que la condition est en suspens qui « *empêcherait que l'obligation ne fût dûment exécutée* » (CO, art. 152, al. 1er et 3). Cette règle a une conséquence pratique en matière de rémunération variable conditionnelle : l'employeur qui se réserverait le droit de modifier de manière unilatérale les conditions d'exercice d'une option sur action ne peut en faire usage pendant la période de suspension de la condition, soit dès que le salarié est investi du droit d'exercer l'option et jusqu'à la fin du délai d'exercice initialement prévu[1609].

B. Révision anticipée et abus de droit

587. Celui qui invoque un droit — en l'occurrence le droit de modifier unilatéralement la rémunération variable — sera privé de l'exercice de ce droit s'il l'exerce dans des conditions qui sont manifestement contraires à l'esprit dans lequel ce droit lui a été accordé[1610]. Dans cette hypothèse, la clause autorisant la modification unilatérale d'un élément de rémunération variable sera inefficace : il appartiendra alors au juge de déterminer la rémunération due en fonction des circonstances de l'espèce (application par analogie de l'article 2, alinéa 2, du Code des obligations)[1611]. La Cour d'appel des prud'hommes de Genève a jugé qu'une clause habilitant l'employeur à mettre en vigueur des options sur action et à modifier unilatéralement leur durée d'exercice pouvait être susceptible d'influencer de manière déterminante, et donc excessive, l'équilibre contractuel. En particulier, la restriction de la durée d'exercice des options, lorsqu'elle est

[1608] Le cas échéant, c'est au ***juge*** qu'il appartiendra d'établir le montant de la rémunération, par « complétement » du contrat.

[1609] TPH-GE, 27 août 2002, *JAR* 2003. 150, cons. 4b.

[1610] Selon la jurisprudence, l'interdiction de l'abus de droit est une « *mesure protectrice* », qui impose une « *limite éthique matérielle au droit formel* » : « *Le droit réel l'emporte sur le droit fictif dans les cas où la mise en œuvre d'un droit prétendu crée une injustice flagrante et ferme la voie à la reconnaissance du droit effectif.* » (arrêt de principe : TF, 24 juin 1999, *ATF* 125 III 257, *JT* 1999 II 163, *SJ* 2000 I 33). La règle prohibant l'abus de droit permet au juge de « *corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste* », étant observé que « *l'existence d'un abus de droit se détermine selon les circonstances concrètes de l'espèce* » et que « *les cas typiques en sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire* » (TF, 16 décembre 2008, 4A_319/2008, *ATF* 135 III 162, *JT* 2009 I 500, *SJ* 2009 I 313, *Pra* 2009 101 677, *RDAF* 2010 I 450, cons. 3.3.1).

[1611] Cet alinéa dispose : « *À défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire.* »

imposée unilatéralement par l'employeur à un moment où leur valeur économique est faible, a « *pour conséquence d'anéantir leur "valeur temporelle"*[1612]*, de sorte que la contre-prestation à laquelle l'employé pouvait espérer prétendre est dérisoire par rapport à la prestation qu'il a, par hypothèse, déjà fournie* »[1613]. La nullité de cette modification unilatérale doit être constatée[1614].

588. Nous estimons donc que la clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier unilatéralement la rémunération variable du salarié doit être ***claire et précise***. Les conditions pouvant mener à une diminution de la rémunération doivent reposer sur des ***éléments objectifs*** et non sur le seul arbitraire de l'employeur. Cette solution permet de garantir à la fois l'effectivité de l'interdiction de l'abus de droit et l'effectivité de la force obligatoire des contrats. Si elles n'étaient pas respectées, l'article 97 du Code des obligations et l'article 2 du Code civil seraient violés[1615].

§ 4 – LA FORME DE L'ACCORD MODIFICATIF

A. Absence d'exigence de forme

589. S'il est acquis que le salarié peut renoncer, en tout temps[1616], à une partie de son salaire pour une échéance à venir[1617], la question se pose néanmoins de la forme — et donc de la preuve — de cette renonciation. La jurisprudence considère que le salarié peut renoncer sans respecter aucune forme particulière. Bien entendu, si une forme spéciale est requise pour la formation du contrat initial, par la loi (par exemple : CO, art. 344a, al. 1er, art. 347a, al. 1er, art. 360, al. 2)[1618], une convention collective, un contrat-type ou le contrat lui-même (CO, art. 16)[1619], elle doit être respectée pour toute modification subséquente (CO, art. 12)[1620].

[1612] *Cf. supra* n° 322 et s.

[1613] TPH-GE, 27 août 2002, *JAR* 2003. 150, cons. 4a.

[1614] TPH-GE, 27 août 2002, *JAR* 2003. 150, cons. 4d.

[1615] *Cf.* Thomas Geiser, « Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Flexibilisierung der Arbeit », *PJA* 1998. 1019, spéc. 1027.

[1616] TF, 18 mai 1982, *Trans-Route*, *SJ* 1983. 94, *JU-TRAV* 1983. 11, cons. 2 ; *cf. supra* n° 526 et s.

[1617] Et non pour des prestations déjà effectuées : TF, 28 février 2006, 4C.426/2005, *DTA* 2006. 188-190, cons. 5.2.1 ; TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, cons. 5.1 ; *cf. supra* n° 526 et s.

[1618] Cette règle vaut également pour l'introduction d'un nouveau sytème de rémunération des heures supplémentaires lorsque l'article 321c, alinéa 3, du Code des obligations exige la forme écrite (TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, *JAR* 2013. 293, cons. 4.1).

[1619] Notez que les parties peuvent en tout temps supprimer la forme réservée, sans que cette modification ne doive elle-même respecter la forme convenue (Julia Xoudis, « Articles 11-16 », *Code des obligations I,* Helbing & Lichtenhahn, « Commentaire romand » (édit. Luc Thévenoz/Franz Werro), Genève, 2e éd., 2012, N 26-27 *ad* art. 16 CO).

[1620] *Cf.* Werner Gloor, « Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive », *DTA* 2008. 249-268, 252. Doit être réservé le cas de la dénonciation abusive d'un vice de forme : TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, *JAR* 2013. 293, cons. 6.1 ; Schiedsgericht-BS, 1er octobre 1981, *JAR* 1982. 100 ; REHBINDER/STÖCKLI,

590. Dans une affaire où les parties étaient convenues par écrit d'une rémunération sur objectifs, les juges lucernois se sont demandé si cette clause pouvait être modifiée ultérieurement par simple accord verbal. Une telle modification est acceptable, pour autant que la partie qui prétend déduire des droits de cette modification en établisse le caractère certain. Le raisonnement des juges se fonde sur l'idée que le caractère écrit des éléments de fixation de la rémunération vise principalement à en faciliter la preuve, mais n'empêche pas que le travailleur puisse prétendre à un élément de rémunération non prévu par écrit (CO, art. 320, al. 2). En conséquence, le versement d'un élément de rémunération ne peut pas dépendre de l'observation d'une forme. Le fait que les parties aient prévu que les modifications dussent intervenir par écrit ne change rien à ce résultat[1621]. Chaque partie est donc autorisée à rapporter la preuve de la modification des critères d'octroi de l'élément de rémunération[1622]. Par ce jugement est tranchée la question controversée de la réserve d'une forme écrite relative à des modifications contractuelles en droit de la rémunération. Certes, de manière générale, c'est par les règles relatives à l'interprétation que l'on déterminera si une réserve de forme relative à la conclusion du contrat s'étend à des modifications contractuelles ultérieures[1623]. Mais nous approuvons les juges lucernois de restreindre le recours à l'interprétation à l'égard de la forme de la modification des clauses de rémunération du contrat de travail. En effet, il ressort de la logique du système que, dans ce domaine particulier, le recours à la forme écrite vise uniquement la protection de la rémunération sans pouvoir la mettre en péril. En définitive, un élément de rémunération ne peut être refusé au salarié qui rapporte la preuve d'un accord sur ce point, quelle que soit la forme prise par cet accord.

B. Preuve de l'acceptation

591. Concrètement, l'employeur qui se prévaut de l'existence d'un nouveau système de rémunération variable doit prouver que le salarié l'a accepté (*cf.* CC, art. 8)[1624]. On applique les règles générales du droit des obligations en matière d'échanges des volontés : lorsque la volonté du salarié est claire, le nouveau système est accepté ou refusé[1625].

Berner Kommentar, N 11 *ad* art. 321c CO ; Thomas Geiser, « Rechtsprechung zum Arbeitsrecht 2012 », *PJA* 2013. 437, spéc. 439.

[1621] Obergericht-LU, 14 mars 2011, *JAR* 2012. 503, cons. 5.

[1622] Obergericht-LU, 14 mars 2011, *JAR* 2012. 503, cons. 7.

[1623] Julia Xoudis, « Articles 11-16 », *Code des obligations I,* Helbing & Lichtenhahn, « Commentaire romand » (édit. Luc Thévenoz/Franz Werro), Genève, 2e éd., 2012, N 30 *ad* art. 16 CO. L'article 12 du Code des obligations n'est pas applicable à cette hypothèse.

[1624] *Cf.* Appellationshof-BE, 8 mars 1995, *JAR* 1996. 150, cons. 3b.

[1625] Notez que se pose encore un problème d'***interprétation de l'accord modificatif***, même accepté. Dans une affaire où une enveloppe de 7 % des bénéfices bruts devait être partagée entre trois directeurs à raison d'un tiers de l'enveloppe chacun, un directeur étant parti, les deux directeurs restant croyaient pouvoir prétendre à la moitié de l'enveloppe chacun. Le Tribunal fédéral s'oppose à cette interprétation en expliquant que dans l'hypothèse où le nombre de directeurs avait augmenté, il n'aurait pas été possible de baisser le pourcentage ; corrélativement, il n'était pas possible de prétendre à une augmentation de ce même pourcentage en cas de diminution du nombre de directeurs (TF, 17 juillet 2012, 4A_130/2012, *JAR* 2013. 274, cons. 5). Ce raisonnement se révèle un peu sophistique si on lui oppose le fait que le seul chiffre mentionné par les parties était celui de l'enveloppe globale, soit 7 %, et qu'il est probable que la charge de travail des directeurs restant a augmenté suite au départ de l'un d'entre eux (ce point aurait dû être vérifié selon nous). Il nous paraîtrait plus prudent, pour aboutir à la solution défavorable au salarié voulue par le Tribunal fédéral, d'énoncer directement un taux de 2,33 % par directeur, dès le début, et non de parler d'« enveloppe ».

592. **Présomption d'acceptation.** Lorsque le salarié n'exprime pas sa volonté, c'est le régime de l'acceptation tacite qui trouve application[1626]. Le principe général en la matière est résumé par l'adage « qui ne dit mot ne consent pas ». Ainsi, le salarié qui ne déclare pas sa volonté à l'égard d'une offre de l'employeur est présumé la refuser[1627]. Cependant, le Code instaure une présomption d'acceptation si un refus n'est pas transmis dans un délai raisonnable « *lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, soit en raison de la nature spéciale de l'affaire, soit en raison des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse* » (CO, art. 6). Cette présomption d'acceptation a été précisée par la jurisprudence : en règle générale, il y a présomption d'acceptation lorsque l'offre est favorable au destinataire[1628].

593. À l'égard d'une ***augmentation de salaire***, un tribunal tessinois a considéré que dans le cas où un salaire supérieur à celui qui a été fixé dans le contrat de travail a été payé durant une longue période, il faut prendre le salaire effectif payé comme nouvelle référence, une telle adaptation du contrat pouvant être faite tacitement[1629]. Un auteur estime que la présomption d'accord du salarié lorsque la modification de la rémunération lui est favorable a pour conséquence que l'employeur qui souhaite limiter dans le temps l'octroi de l'avantage doit le spécifier clairement sous peine de ne pouvoir opposer cette limitation au salarié de bonne foi[1630]. En faveur de la ***modification de la nature d'une gratification contractuelle en rémunération variable obligatoire***, le Tribunal fédéral a jugé que, même si le contrat de travail écrit faisait dépendre le bonus de certains objectifs, le salarié pouvait admettre avoir droit au bonus alors même que cette condition n'était pas réalisée, dans la mesure où, pendant plusieurs années, le bonus avait été versé indépendamment de la pleine réalisation des objectifs. Il s'agit d'une modification tacite du contrat, selon le principe de la confiance, par laquelle la gratification contractuelle devient rémunération variable obligatoire[1631].

594. Lorsque la modification entraîne une baisse de la rémunération, le Tribunal fédéral est toutefois plus strict que la loi. Selon notre synthèse de la jurisprudence, il faut que le consentement du salarié revête trois caractères :

— un consentement ***direct*** : l'acceptation étant « *l'acte par lequel le destinataire de l'offre manifeste la volonté de conclure un contrat conforme à l'offre* »[1632], elle vaut rejet de l'offre et formulation d'une nouvelle offre si elle n'est pas conforme à l'offre, soit qu'elle en rejette certains éléments, soit qu'elle en modifie ou en ajoute. Par exemple, le Tribunal fédéral a refusé de considérer comme une acceptation le fait pour un salarié de contresigner une proposition de modification à la baisse de sa rémunération formulée par

[1626] Lorsque l'offre est faite par courrier et sans délai pour accepter, on applique le régime de ***l'offre entre absents*** (CO, art. 5).

[1627] *Cf.* par exemple : TF, 26 mars 2001, 4C.14/2001, cons. 1b : « *Sauf circonstances particulières, le silence du destinataire ne saurait être considéré comme valant acceptation.* »

[1628] Voir notamment : TF, 25 novembre 1986, *ATF* 112 II 500, *JT* 1987 I 94, *SJ* 1987. 225, cons. 3b ; TF, 18 décembre 1997, *ATF* 124 III 67, cons. 3a (contrat de bail) ; TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, *DTA* 2005. 27-30, cons. 3.1 ; TF, 25 octobre 2004, 4C.212/2004, cons. 2.2 ; David Aubert, « La modification du contrat de travail et plus spécifiquement du règlement d'entreprise », *Panorama du droit du travail* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2009, pp. 21-35, spéc. p. 22.

[1629] Tribunal du travail de la ville de Locarno, 26 mai 2008, *JU-TRAV* 2010. 10, *Employeur suisse* 20 mai 2010, n°10.

[1630] CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 41.

[1631] TF, 8 mai 2007, 4A_23/2007, *DTA* 2007/3. 160-163, cons. 4.3.

[1632] Voir notamment : TF, 18 mai 1987, C 28/87, cons. 2a (reprenant la formule de ENGEL, *Obligations,* p. 144).

l'employeur tout en l'accompagnant de réserves exprimées dans une lettre distincte[1633]. Ici comme ailleurs, la volonté des parties sera interprétée selon les règles classiques[1634].

— un consentement ***éclairé*** : « *Une acceptation tacite du travailleur ne peut être admise que s'il a été dûment renseigné sur les nouvelles conditions proposées.* »[1635] Ainsi, la simple signature apposée par le salarié sur une quittance de salaire d'un montant inférieur au salaire contractuel n'autorise pas l'employeur à considérer que le salarié ait accepté une modification de sa rémunération[1636], si aucune indication ne lui a été fournie.

— un consentement ***clair*** et ***non équivoque*** : l'acceptation doit être dûment établie[1637], c'est-à-dire « *tout à fait claire* »[1638]. Un accord tacite ne peut être déduit du seul fait que le travailleur n'a pas réagi à une décision unilatérale de l'employeur de réduire la rémunération, qu'il ne résilie pas le contrat et continue son travail[1639]. La simple réception par le salarié d'une déclaration unilatérale de l'employeur indiquant son intention de supprimer une rémunération variable ne permet pas de conclure à l'existence d'une acceptation[1640]. Par ailleurs, concernant un système de bonus que l'employeur cherchait à mettre en place, il a été jugé que la présomption d'acceptation supposait que le système de bonus soit « *entièrement favorable* » au salarié ; ce n'est pas le cas si le système lie le versement du bonus à la condition de la poursuite des rapports de travail entre les parties[1641].

595. Toutefois, l'acceptation du salarié doit être présumée lorsque la ***bonne foi*** impose une réaction du salarié en cas de désaccord[1642]. C'est le cas lorsqu'un salarié en contrat à durée déterminée accepte pendant toute la durée du contrat un salaire inférieur à celui dont les parties étaient convenues : le salarié n'ayant pas à craindre de perdre son emploi puisqu'il était embauché en contrat à durée déterminée, il aurait dû protester en cas de désaccord[1643].

[1633] TF, 18 mai 1987, C 28/87, cons. 2b.

[1634] *Cf. supra* n° 98 et s.

[1635] TF, 18 mai 1982, *Trans-Route*, *SJ* 1983. 94, *JU-TRAV* 1983. 11, cons. 3 ; TF, 28 janvier 2014, 4A_477/2013, cons. 2.3.

[1636] TF, 5 juillet 1983, *ATF* 109 II 327, *JAR* 1985. 126, cons. 2b ; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 44 *ad* art. 322 CO.

[1637] TF, 18 février 1997, 4C.474/1996, cons. 1 et 2 ; TF, 9 novembre 2005, 4C.242/2005, cons. 4.3 ; TF, 25 février 2010, 4A_608/2009, *DTA* 2010. 94-96, cons. 3.1. Pour une modification par une formule d'augmentation de salaire, *cf.* Appellationshof-BE, 17 octobre 1974, *RSJB* 1976. 457, cons. 4.

[1638] TF, 6 décembre 1995, 4C.359/1995, *JAR* 1997. 124*,* cons. 3b ; Arbeitsgericht-ZH, 19 octobre 2009, AN 090713, *JU-TRAV* 2012. 6.

[1639] TF, 18 mai 1982, *Trans-Route*, *SJ* 1983. 94, *JU-TRAV* 1983. 11, cons. 3 ; TF, 26 mars 2001, 4C.14/2001, cons. 1b (le Tribunal fédéral confirme ici sa jurisprudence selon laquelle « *il incombe à l'employeur, en l'absence d'acceptation, de prendre lui-même l'initiative de la résiliation du contrat* ») ; TF, 23 novembre 2011, 4A_419/2011, *JAR* 2012. 360, cons. 4.3.1 ; TF, 3 décembre 2012, 4A_452/2012, cons. 2.3 (« *Qu'un travailleur ne fasse pas valoir sa prétention durant le rapport de travail ne permet pas de déduire […] que cette prétention n'existe pas.* ») ; TF, 28 janvier 2014, 4A_477/2013, cons. 2.3 ; TC-FR, 22 avril 1980, *RSJ* 1982. 96 ; Cour de cassation civile-NE, 19 décembre 2000, *RJN* 2000. 103, cons. c. De plus, le simple fait de laisser s'écouler du temps tout en agissant dans le délai de prescription ne dénote pas un abus de droit en principe (TF, 21 mai 1968, *ATF* 94 II 37, cons. 6a et 6b ; TF, 11 septembre 1984, *ATF* 110 II 273, cons. 2 ; TF, 4 mai 2005, 4C.42/2005, *ATF* 131 III 439, cons. 5.1 ; TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 & 4A_174/2012, *JAR* 2013. 293, cons. 6.1). Le droit français rejette également toute présomption d'acceptation en matière sociale : « *L'acceptation par le salarié de la modification de son contrat de travail ne se présume pas et ne peut résulter de la seule poursuite par lui de l'exécution du contrat de travail dans ses nouvelles conditions.* » (Soc., 29 novembre 2011, n° 10-19435, *RJS* février 2012, déc. n° 110 et déc. n° 173) Un éventuel abus de droit du salarié n'est pas caractérisé du simple fait de l'absence de contestation (Soc., 6 octobre 2010, n° 09-68962).

[1640] TF, 6 décembre 1995, 4C.359/1995, *JAR* 1997. 124*,* cons. 3b.

[1641] TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, *DTA* 2005. 27-30, cons. 3.1.

[1642] TF, 5 juillet 1983, *ATF* 109 II 327, cons. 2b ; TF, 29 juillet 2013, 4A_216/2013, *DTA* 2014. 25, cons. 6.3 ; Paul Steiner, « Das Schweigen des Arbeitsnehmers », *Festgabe für den Schweizerischen Juristentag 1944 in St. Gallen,* pp. 273 et s., spéc. p. 279.

[1643] TF, 9 novembre 2005, 4C.242/2005, *DTA* 2006. 29-31, cons. 4.3 et 4.4.

C'est aussi le cas lorsqu'il est reconnaissable par le salarié que l'employeur « compte sur » une acceptation tacite et que, si le salarié devait refuser, il procéderait alors à un licenciement[1644]. Dans ce système, l'employeur peut estimer qu'il y a acceptation tacite de la part du salarié dès lors que ce dernier a laissé s'écouler, sans réaction, trois versements de salaire successifs, inférieurs ou supérieurs aux prévisions contractuelles[1645]. C'est encore le cas lorsque le salarié a été entièrement associé au processus de modification dont il pouvait dès lors mesurer toutes les implications pour le calcul de sa rémunération[1646]. Ce raisonnement est valable quel que soit l'élément sur lequel porte la modification : montant ou sorte de rémunération (par exemple, passage d'une gratification en espèces à une gratification en nature sous forme d'actions)[1647]. La présomption que le salarié ait accepté l'offre modificative est une ***présomption simple***, qui peut être renversée par le salarié s'il prouve l'existence de circonstances particulières à l'aune desquelles l'employeur, malgré une absence de réaction supérieure à trois mois, ne devait pas conclure à une acceptation tacite de la réduction de la rémunération[1648]. Le Tribunal fédéral considère également qu'il n'est pas arbitraire de refuser un rappel de salaire au travailleur qui, dans le cadre d'une rémunération sur objectifs, ne s'octroie à lui-même qu'un montant inférieur à celui auquel il pouvait contractuellement prétendre : en agissant de la sorte, le salarié a ***tacitement accepté*** une rémunération inférieure[1649].

596. **Conséquences pratiques et critique.** La logique de certaines décisions du Tribunal fédéral revient à imposer, sans ambages, une règle de conduite au salarié : si ce dernier refuse de consentir à une réduction de sa rémunération, il doit protester et refuser de continuer le travail à des conditions et selon des modalités différentes de celles qui sont prévues dans son contrat[1650]. À l'inverse, s'il accepte de continuer de travailler aux nouvelles conditions qui lui sont imposées par son employeur, le contrat de travail aura été tacitement modifié. Le Tribunal fédéral considère qu'une réclamation postérieure du salarié serait constitutive d'un abus de droit[1651], voire tout simplement dépourvue de fondement contractuel[1652]. Cette solution pose selon nous divers problèmes juridiques :

597. ***1°*** Le Tribunal fédéral valide ici une ***modification unilatérale du contrat***. GLOOR qualifie la modification unilatérale du contrat d'oxymore juridique, puisqu'elle fait échec à la

[1644] *Cf.* Danthe, *Commentaire,* N 7 *ad* art. 322 CO.

[1645] TF, 16 décembre 2009, 4A_478/2009, *DTA* 2010. 23, *JAR* 2012. 46, cons. 3 (pour un cas de salaire aux pièces) ; Arbeitsgericht-ZH, 3 mars 2004, *DTA* 2004. 170-173, cons. 5.3 a-c (le tribunal cantonal parle d'une « *longue période* », soit au moins trois à six versements) ; Tribunal d'appel-TI, 11 avril 2006, *JAR* 2007. 472, cons. 3.

[1646] TF, 17 juillet 2012, 4A_130/2012, *JAR* 2013. 274, cons. 3.3.

[1647] TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 4.2 ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 75.

[1648] TF, 12 juillet 2010, 4A_223/2010, *JU-TRAV* 2010. 8, cons. 2.1.2. Pour les juges bâlois, l'employeur doit alléguer et prouver les éléments permettant d'expliquer pourquoi le travailleur devait comprendre le versement d'un salaire inférieur au salaire convenu comme une offre de modification de la rémunération. À défaut, le travailleur peut justifier son absence de réaction pendant huit mois par le fait qu'il pensait que le paiement de la part non versée de son salaire était simplement ajourné (Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 12 avril 2011, *JAR* 2012. 439).

[1649] TF, 25 février 2004, 4C.226/2003, cons. 5.2. En stricte logique juridique, il faudrait dire que le salarié s'octroyant son salaire à lui-même, il a plutôt fait une offre de modification de sa rémunération à la baisse, offre tacite que l'employeur aurait acceptée tacitement. La question aurait dû être non pas de savoir si le salarié avait accepté tacitement une baisse de sa rémunération mais de déterminer si l'offre de baisse du salarié était valable ou s'il ne fallait pas plutôt la considérer comme une remise de dette en faveur de l'employeur et appliquer le régime de cette institution ; *cf. infra* n° 599.

[1650] TF, 16 décembre 2009, 4A_478/2009, *DTA* 2010. 23, *JU-TRAV* 2012. 46, cons. 3.

[1651] TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter, cons. 4.2.

[1652] TF, 16 décembre 2009, 4A_478/2009, *DTA* 2010. 23, *JU-TRAV* 2012. 46, cons. 3.

théorie de l'offre et de l'acceptation[1653]. La justification invoquée est que le silence prolongé de la partie au contrat remplacerait son consentement défaillant[1654]. Certes, cette justification n'est pas aberrante. Mais elle implique que dans la pratique, l'employeur aurait toujours intérêt à essayer de ***passer en force*** : si le salarié ne proteste pas, l'employeur aura pu modifier le contrat selon son bon vouloir ; si le salarié proteste, l'employeur n'aura qu'à le licencier. Le Tribunal fédéral va encore plus loin : rien n'empêche l'employeur de passer en force à l'égard de certains salariés (les « dociles »), alors qu'il prendrait des égards pour d'autres en les invitant formellement à prendre position sur la réduction de salaire, à la condition toutefois de laisser passer un certain laps de temps entre ces deux attitudes. En effet, le principe d'égalité de traitement fondé sur l'article 328 du Code des obligations ne peut être convoqué s'il y a « *décalage dans le temps* »[1655]. Pour les contrats à durée déterminée, on invoque généralement comme explication le fait le salarié ne risque pas la perte de son emploi ; cependant le travailleur risque le non-renouvellement de son contrat et l'étiquette désagréable de « revendicateur », lors même qu'il ne demande rien de plus que le maintien du contrat aux conditions de sa conclusion.

Dans un système contractuel, la volonté des parties doit être respectée et ce, d'autant plus que le Tribunal fédéral estime que le salarié doit bénéficier ou subir les conséquences de sa plus ou moins grande capacité de négociation au moment de la conclusion du contrat[1656]. Est-ce à dire que le salarié doive être en mesure d'adopter une attitude de ***lutte*** tant lors de la négociation de sa rémunération que lors de chaque versement de sa paie ? Une fois la négociation initiale passée, la relation entre employeur et salarié doit être apaisée, avant une éventuelle période de renégociation. Où est passé l'idéal de ***paix*** attaché au principe de force obligatoire des contrats ? Il faut en revenir au sens des mots : ***le fait de ne pas respecter ses obligations contractuelles est une inexécution contractuelle et non une offre de modifier le contrat*** : doit-on considérer que l'acheteur qui ne paie pas le prix au vendeur, loin de ne pas exécuter le contrat, se contente de faire une offre de modification du contrat de vente en contrat de donation, offre que le vendeur serait présumé accepter s'il ne s'y opposait immédiatement ou très rapidement ? Certainement pas[1657]. Il est clair au contraire que le ***délai de prescription*** est précisément le cadre dans lequel le créancier peut réclamer l'exécution de son obligation par son débiteur, sans devoir craindre une modification du contrat par le jeu de la présomption d'acceptation. Certes, l'offre peut être tacite, mais elle doit être une proposition : or, une inexécution contractuelle n'est pas une proposition. ***Proposer n'est pas imposer***[1658].

[1653] Werner Gloor, « Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive », *DTA* 2008. 249-268, spéc. 252 ; *cf.* également : Higi, « Einseitige Vertragsänderungen – eine normale Anomalie? », *FS Gauch,* 2004, pp. 439 et s.; *cf.* également : Danthe, *Commentaire,* N 7 *ad* art. 322 CO.

[1654] Werner Gloor, « Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive », *DTA* 2008. 249-268, spéc. 252.

[1655] TF, 16 décembre 2009, 4A_478/2009, *DTA* 2010. 23, *JU-TRAV* 2012. 46, cons. 3.

[1656] *Cf. supra* nbp 1145.

[1657] Il y aurait de plus un paradoxe intellectuel à considérer que ce qui choque en matière de vente serait normal en matière de travail, alors que le contrat de travail a précisément été conçu juridiquement sur le modèle de la vente.

[1658] L'étymologie est éclairante : proposer, c'est « poser au-devant », alors qu'imposer, c'est « poser au-dessus ». Dans un cas, les parties sont à égalité, dans l'autre cas, l'une des parties prend l'ascendant sur l'autre. Tout le droit européen des obligations est fondé, depuis la fin du XVIII[e] siècle au moins, sur une approche égalitaire des parties au contrat, préalable nécessaire à une société où chacun est apprécié en fonction de ses mérites propres et non du pouvoir que lui donne sa naissance.

598. ***2°*** Plus juridiquement, le Tribunal fédéral tente une autre explication : l'article 322 n'étant pas de nature impérative[1659], les parties peuvent se mettre d'accord sur une diminution de la rémunération en cours de contrat[1660]. L'article 341 n'apporte aucune protection à cet égard. L'observation de la forme écrite pour modifier un contrat n'étant nécessaire que dans la mesure où la conclusion du contrat initial était soumise à cette forme (CO, art. 12), le contrat de travail ordinaire pourra être modifié sans aucune exigence de forme. Par ce raisonnement, le Tribunal fédéral perd de vue le fait que l'absence d'exigence de forme du contrat de travail est une règle qui a vocation à protéger le salarié[1661]. La forme normale du contrat de travail est le contrat écrit, non seulement pour des raisons de sécurité de la transaction, mais également par respect du devoir d'information qui pèse sur l'employeur (CO, art. 330b). Il serait donc parfaitement logique d'exiger que les modifications du contrat de travail qui sont défavorables au salarié soient formulées par écrit.

599. ***3°*** Dans le système du Tribunal fédéral, la modification opère ***avec effet rétroactif***, puisque le salarié ne pourra plus invoquer, sur le fondement du contrat initialement signé, une violation de ses obligations contractuelles par l'employeur concernant le paiement de sa rémunération. Autre incohérence juridique : ce système suppose que l'offre de l'employeur comprendrait en elle-même un caractère rétroactif ; pourtant, la fiction posée veut que le salarié soit présumé avoir accepté au bout d'un certain nombre de mois sans réaction. Or, pour le Tribunal fédéral, le contrat est réputé avoir été modifié dès le premier passage en force de l'employeur. L'effet rétroactif implique donc une ***remise de dette*** au bénéfice de l'employeur. Juridiquement, sont dès lors censés coexister un contrat modificatif et une remise de dette : le contrat modificatif entrerait en vigueur une fois le nombre de répétitions atteint ; pour les inexécutions contractuelles antérieures, il y aurait remise de dette par le salarié. Or, la remise de dette, si elle n'exige aucune forme spéciale (CO, art. 115), nécessite néanmoins un accord des volontés du débiteur et du créancier[1662], que ne réalise pas la signature d'une quittance de salaire d'un montant inférieur au salaire contractuel[1663]. En effet, la remise de dette doit faire apparaître clairement la volonté du créancier de renoncer définitivement à tout ou partie de sa créance, le juge devant se montrer très prudent avant d'en reconnaître une[1664].

600. ***4°*** Il ne faut pas comparer ce système avec celui de l'accord tacite en matière de gratification contractuelle. En effet, dans cette dernière hypothèse, l'employeur est ***maître de donner ou de ne pas donner*** pendant toutes les années où la confiance légitime du salarié se forme. Il y a un acte libre de volonté de sa part. Cette liberté est la raison pour laquelle la répétition peut ensuite lui être imputée. Il en va autrement du salarié qui voit sa rémunération amputée par l'employeur sans qu'il ne lui demande son avis : il n'y a aucun acte de volonté de la part du salarié. De plus, dans le cas de la gratification contractuelle, la présomption d'acceptation peut jouer en faveur du salarié selon les termes de la jurisprudence classique relative à l'article 6 du Code des obligations, puisque la modification lui est favorable.

[1659] TF, 3 juillet 1998, *ATF* 124 II 436, *PJA* 1998 1520, *RDAF* 1999 I 470, cons. 10 e/aa ; TF, 9 janvier 2001, 4C.182/2000, cons. 5c ; *cf. supra* n° 526 et s.

[1660] TF, 18 février 1997, 4C.474/1996, cons. 1.

[1661] D'où la règle de l'alinéa 2 de l'article 320 du Code des obligations qui pose une présomption de contrat ***à l'avantage du salarié***.

[1662] Arrêt historique : TF, 15 octobre 1943, *ATF* 69 II 373, *JT* 1944 I 202.

[1663] TF, 5 juillet 1983, *ATF* 109 II 327, cons. 2b.

[1664] TF, 5 juillet 1983, *ATF* 109 II 327, cons. 2b.

601. ***5°*** La solution du Tribunal fédéral revient à faire comme si toute clause de rémunération du contrat de travail était assortie d'une ***clausula rebus sic stantibus***. Le problème est que le fait permettant l'invocation — tacite — de cette clause est ici la pure et simple volonté unilatérale de l'employeur, son arbitraire. Or, la *clausula* trouve son fondement dans le principe de bonne foi (CC, art. 2), c'est-à-dire qu'elle doit permettre de rétablir l'équilibre contractuel qui aurait été gravement rompu par des circonstances imprévisibles et inévitables[1665]. On ne voit pas que ce soit le cas lorsque l'employeur choisit de passer en force.

602. **Conclusion.** Parce que ce serait violer le régime de la remise de dette, parce que ce serait méconnaître les fondements de la *clausula rebus sic stantibus,* parce que ce serait confondre confiance légitime et passage en force, proposer et imposer, parce que ce serait oublier que la forme normale du contrat de travail est l'écrit, parce que ce serait consacrer juridiquement l'absence de sanction de celui qui ne respecte pas ses obligations contractuelles, parce que ce serait intervertir la liberté de celui qui donne volontairement et l'absence de liberté de celui qui ne reçoit pas involontairement, parce que ce serait valoriser les revendicateurs au détriment des plus paisibles, parce que ce serait obliger le salarié à adopter une attitude de suspicion et de lutte tout au long de l'exécution du contrat, parce que ce serait rompre l'idéal de paix attaché au principe de force obligatoire des contrats, parce que nous croyons que le droit du travail ne doit pas favoriser l'arbitraire mais au contraire civiliser les relations de travail, nous rejetons pour notre part la modification contractuelle par accord tacite lorsqu'elle est défavorable au salarié.

C. Existence de l'offre

603. Ce système, relativement favorable à l'employeur en l'état actuel de la jurisprudence, est néanmoins tempéré par la nécessité de l'existence d'une offre « réelle ». Ainsi, l'employeur qui se borne à déclarer, de façon unilatérale, qu'il lui est impossible de verser un treizième salaire prévu au contrat, ne se comporte pas *a priori* comme le pollicitant d'une remise de dette[1666]. De même, l'employeur qui propose, « pour le passé », une remise de dette à son salarié concernant des salaires versés en trop et, « pour l'avenir », une modification à la baisse de la rémunération, ne peut considérer que la concession qu'il fait pour le passé est liée à l'acceptation par le salarié de la baisse de sa rémunération que s'il fait le lien de manière claire entre les deux éléments[1667]. Par ailleurs, lorsque le salarié écrit à l'employeur pour lui demander de confirmer les conditions de sa rémunération, le silence de l'employeur doit être interprété comme une acceptation tacite des conditions mentionnées par le salarié[1668]. Le Tribunal fédéral a récemment marqué un pas de plus dans cette protection en refusant de reconnaître l'existence d'une offre de la part d'un employeur qui s'est contenté de rémunérer son salarié en dessous de ce qui était

[1665] TF, 9 mars 1967, *Bourgeoisie de Chermignon, ATF* 93 II 185 ; TF, 7 décembre 1971, *ATF* 97 II 390, *JT* 1973 I 80 ; TF, 26 septembre 1974, *ATF* 100 II 345, *JT* 1975 I 614 ; TF, 13 janvier 1975, *ATF* 101 II 17, *JT* 1976 I 63 ; TF, 18 septembre 1981, *ATF* 107 II 343, *JT* 1982 I 272 ; TF, 24 avril 2001, *ATF* 127 III 300, *JT* 2001 I 239 ; *cf. infra* n° 617 et s.

[1666] TF, 26 mars 2001, 4C.14/2001, cons. 1b.

[1667] TF, 18 mai 1987, C 28/87, cons. 3 (en l'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que la remise de dette du salarié avait été tacitement acceptée).

[1668] TF, 19 novembre 1987, *SJ* 1988. 562.

contractuellement prévu[1669]. L'exigence de l'existence d'une offre de l'employeur peut toutefois se retourner contre le salarié. En effet, le salarié qui, sans avoir lui-même exprimé formellement son accord, veut se prévaloir, par le jeu de l'article 6 du Code des obligations, d'un droit de participer à un plan de participation aux résultats mis en place par l'employeur, doit rapporter la preuve que l'employeur lui a fait une offre en ce sens[1670].

D. Inexécution contractuelle et remise de dette

604. La jurisprudence s'est intéressée à une seconde question : la remise de dette (CO, art. 115). Cette institution revient pour le créancier à accepter la modification unilatérale du contrat par le débiteur. En effet, en présence d'une inexécution contractuelle, le créancier a le choix de poursuivre l'exécution du contrat en engageant au besoin la responsabilité du débiteur ou de renoncer à poursuivre en remettant la dette. Aussi, on avait pu se demander si l'employeur qui cessait de verser une gratification bénévole devenue gratification contractuelle ou rémunération obligatoire pouvait prétendre à se voir appliquer non pas le régime de la modification unilatérale du contrat mais celui de la remise de dette par le salarié. Comme la remise de dette ne se présume point[1671], il y a lieu de considérer qu'en principe, on se trouve en présence d'une modification unilatérale, par l'employeur, d'un élément contractuel[1672]. En bref, si la modification n'est pas acceptée par le salarié, il y a inexécution contractuelle ou modification sans l'accord du salarié[1673].

[1669] TF, 28 janvier 2014, 4A_477/2013, cons. 2.3.
[1670] TF, 25 septembre 2007, 4A_114/2007, cons. 3.2.
[1671] TF, 5 juillet 1983, *ATF* 109 II 327 : la signature d'une quittance de salaire d'un montant inférieur au salaire contractuel n'est pas une remise de dette.
[1672] TF, 6 décembre 1995, 4C.359/1995, *JAR* 1997. 124*,* cons. 3b ; DELBRÜCK, *Die Gratifikation*, pp. 102 et 103.
[1673] *Cf. infra* n° 606 et s.

SECTION II

LA MODIFICATION SANS ACCORD DU SALARIÉ

606. Par définition, les rémunérations entièrement discrétionnaires peuvent être modifiées sans accord du salarié. Les règles que nous allons exposer ici s'appliquent donc aux rémunérations variables obligatoires[1674].

607. **Sources.** Le principe *pacta sunt servanda* a pour champ d'application naturel le contrat, mais la rémunération du salarié peut avoir une origine autre que contractuelle (accord collectif, usage, engagement unilatéral). Le régime de la modification sans accord du salarié variera donc selon les différentes sources de la rémunération variable : ***contrat*** (**§ 1**) ou ***autres sources*** (**§ 2**).

§ 1 – RÉMUNÉRATION VARIABLE PRÉVUE PAR CONTRAT

608. Trois fondements juridiques ont pour conséquence de modifier la rémunération variable sans accord du salarié : le ***congé-modification*** (**A**), les ***sanctions pécuniaires*** (**B**) et la ***clausula rebus sic stantibus*** (**C**). Comme il emporte des conséquences similaires, il faut également faire une place au régime des ***lacunes contractuelles*** (**D**).

A. Le congé-modification

609. Lorsque le salarié refuse une modification ou une suppression de tout ou partie de sa rémunération variable (montant, critères d'attribution, modalités de calcul), l'employeur peut toujours procéder par « congé-modification » (*Änderungskündigung*). Selon le

[1674] La ***variation du montant*** de la gratification contractuelle est parfois traitée comme une modification de cet élément de rémunération. Selon nous, une telle variation (encadrée par des garde-fous posés à son caractère discrétionnaire, *cf. supra* n° 140 et s.) se distingue de la modification de cet élément de rémunération qui concerne la suppression pure et simple de son octroi ou le changement des conditions de son attribution.

Tribunal fédéral, il y a congé-modification lorsqu'une partie se voit signifier une résiliation du contrat de travail accompagnée d'une offre de conclure un nouveau contrat à des conditions moins favorables. Le congé et la proposition de nouveau contrat ne sont pas nécessairement simultanés, mais le congé est destiné à exercer une pression pour faire accepter le nouveau contrat[1675].

610. Le ***domaine*** du congé-modification est le même que celui de l'accord modificatif. Il concerne selon nous le socle contractuel[1676] et exclut le simple changement des conditions de travail dont la modification ne nécessite pas de procédure autre que l'information du salarié.

611. Le salarié peut faire contrôler la motivation de la modification de sa rémunération et, le cas échéant, faire sanctionner le caractère ***abusif*** du licenciement prononcé suite à un éventuel refus de sa part[1677]. Le licenciement prononcé dans le cadre d'un congé-modification est abusif lorsque l'employeur a tenté d'imposer des modifications appelées à entrer en vigueur immédiatement (avant l'expiration du délai de résiliation), lorsqu'il utilise la résiliation comme moyen de pression pour imposer au travailleur une modification injustifiée ou lorsque le congé est donné parce que l'employé refuse de conclure un contrat qui viole la loi, une convention collective ou un contrat-type applicable[1678]. Les juges ont également considéré que le congé-modification pouvait être qualifié d'abusif lorsque la modification du contrat est clairement dépourvue de justification économique, et ceci même si les nouvelles conditions de travail ne devaient prendre effet qu'à l'échéance du délai de congé[1679]. En toute hypothèse, le caractère abusif du licenciement peut résulter également non pas des motifs qui le justifient, mais de la façon dont l'employeur donne[1680]. Selon GLOOR, c'est donc à un triple examen que doit s'astreindre le juge avant d'admettre un congé-modification : un examen des ***motifs*** (*Motivprüfung*), un examen du

[1675] TF, 2 août 2007, 4A_192/2007, cons. 4 ; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, pp. 656-658.

[1676] Sur cette notion, *cf. supra* n° 575.

[1677] Les règles du ***licenciement collectif*** sont applicables le cas échéant (*cf.* David Aubert, « La modification du contrat de travail et plus spécifiquement du règlement d'entreprise », *Panorama du droit du travail* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2009, pp. 21-35, spéc. p. 24).

[1678] TF, 22 avril 1997, *ATF* 123 III 246, *JT* 1998 I 300, cons. 3 ; TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, cons. 3.5 ; TF, 1er mars 2007, 4C.282/2006, cons. 4.2 ; TF, 2 juillet 2010, 4A_155/2010, cons. 3.3 ; TF, 5 juillet 2011, 4A.194/2011, cons. 6.1.

[1679] TF, 22 avril 1997, *ATF* 123 III 246, *JT* 1998 I 300, *JAR* 1998. 187, cons. 3 ; TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, cons. 3.5 ; CAPH-GE, 3 mars 2009, *JAR* 2010. 498, cons. 4.1 ; Frank Vischer, « Das schweizerische Arbeitsrecht : Rechtspolitische Weichenstellung », *PJA* 2013. 349, spéc. 350-351. Selon la jurisprudence, les motifs économiques doivent être matériellement justifiés (*sachlich gerechtfertigt*), suffisants pour rendre nécessaire la modification en fonction de la place de l'entreprise dans son marché (*betriebliche Notwendigkeit*) et la modification doit être adéquate pour atteindre le but visé (*billig*) (TF, 22 avril 1997, *ATF* 123 III 246, *JT* 1998 I 300, *JAR* 1998. 187, cons. 3 ; TF, 13 octobre 1998, *ATF* 125 III 70, cons. 2a ; TF, 6 mars 2000, *JAR* 2001. 270 ; TF, 1er mars 2007, 4C.282/2006 ; *cf.* antérieurement mais pour un contrat de franchise : TF, 26 mars 1992, *ATF* 118 II 157, *JT* 1993. 648 ; Werner Gloor, « Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive », *DTA* 2008. 249-268, spéc. 257), bien qu'il ne soit pas nécessaire qu'il en aille de la survie de l'entreprise (TF, 1er mars 2007, 4C.282/2006, cons. 4.4 ; CAPH-GE, 23 novembre 2007, CAPH/188/2007, cons. 5.2 : congé-modification collectif économiquement infondé) ; David Aubert, « La modification du contrat de travail et plus spécifiquement du règlement d'entreprise », *Panorama du droit du travail* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2009, pp. 21-35, spéc. p. 23.

[1680] TF, 4 janvier 2007, 4C.317/2006, cons. 3.7. La partie qui exerce son droit de résilier le contrat doit le faire avec les égards dus à l'autre partie : le fondement de cette obligation réside, pour l'employeur, dans son devoir de protection de la personnalité de son salarié (CO, art. 328), pour le salarié, dans son obligation de diligence et de fidélité (CO, art. 321a) (TF, 20 décembre 2005, 4C.215/2005, *ATF* 132 III 115, cons. 2.2 ; TF, 8 juillet 2008, 4A_2/2008, *SJ* 2009 I 1, cons. 7.3.1).

contenu (*Inhaltsprüfung*) et un examen de la ***mise en œuvre*** de la modification (*Vorgehensprüfung*)[1681].

612. Il faut préciser que le refus de modifier un contrat ne peut être considéré comme une violation de ce contrat : la liberté contractuelle comprend la liberté de ne pas contracter[1682]. En refusant de signer l'avenant qui lui est proposé, un salarié ne fait rien d'autre qu'user de sa liberté contractuelle. Il importe peu que d'autres salariés aient, pour leur part, accepté des avenants identiques à celui refusé par un salarié[1683].

B. Les sanctions pécuniaires

613. **Modification ou sanction ?** La modification de la rémunération variable peut viser à sanctionner le salarié. Le jeu « naturel » de la rémunération variable aboutit généralement à une variation de la rémunération en fonction des performances du travailleur ou de celles de l'entreprise. Il s'agit déjà, en fin de compte, d'une sanction indirecte. Cependant, l'employeur peut-il modifier un élément de la rémunération variable du salarié à titre de sanction ?

614. **Rémunération variable et sanctions disciplinaires.** Comme un principe d'égalité contractuelle préside à la réglementation des relations entre les parties au contrat de travail, aucune des deux parties ne jouit en théorie d'une suprématie sur l'autre ou d'un pouvoir punitif à l'égard de l'autre[1684]. Cependant, le salarié étant soumis à une obligation de diligence et de fidélité à l'égard de son employeur (CO, art. 321a) et ce dernier disposant d'un pouvoir de direction (CO, art. 321d), le droit suisse autorise les sanctions disciplinaires à caractère pécuniaire[1685], en sus de la possibilité qu'a l'employeur de licencier et de poursuivre en responsabilité contractuelle le salarié qui commet un dommage dans l'exécution de son contrat. La jurisprudence pose cependant des conditions à l'application des sanctions pécuniaires.

[1681] Werner Gloor, « Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive », *DTA* 2008. 249-268, spéc. 259. Lorsqu'une résiliation repose sur plusieurs motifs, dont certains sont abusifs et d'autres ne le sont pas, le juge doit fonder sa décision sur le motif qui, chez l'auteur de la résiliation est vraisemblablement prépondérant et déterminant. En présence d'un motif abusif et d'un autre motif non abusif, l'employeur supporte le fardeau de la preuve que la résiliation aurait aussi été notifiée en l'absence du motif qui doit être considéré comme abusif (TF, 15 novembre 2010, 4A_430/2010, *DTA* 2011. 31-35, cons. 2.1.3). De manière générale, l'interdiction de l'abus de droit sanctionnée par l'article 2, alinéa 2, du Code civil suppose une certaine gravité ; il peut y avoir abus de droit lorsque la norme applicable a pour but de mettre en place une certaine balance des intérêts, ce qui est le cas de l'article 336 du Code des obligations. L'idée est d'offrir une protection sociale au salarié licencié abusivement, dès lors que la protection du congé n'a pas de portée pratique pour l'employeur ; l'intérêt légitime du salarié au maintien du contrat doit être prise en compte lors de l'examen du caractère abusif du congé donné par l'employeur. Un licenciement pour un simple motif de convenance personnelle de l'employeur sera donc qualifié d'abusif (TF, 20 décembre 2005, 4C.215/2005, *ATF* 132 III 115, cons. 2.2 ; TF, 8 juillet 2008, 4A_2/2008, *SJ* 2009 I 1, cons. 7.3.1).

[1682] TF, *ATF* 129 III 35, cons. 6.1 ; TF, 15 avril 2011, 4A_84/2011 & 4A_94/2011, cons. 5.

[1683] TF, 15 avril 2011, 4A_84/2011 & 4A_94/2011, cons. 5.

[1684] TF, 20 avril 1993, *ATF* 119 II 162, cons. 2 : « *In un rapporto contrattuale di diritto privato le parti sono poste di massima su un piano di parità. Nessuna parte gode di una posizione di autorità o di supremazia o è titolare di una potestà e/o di un potere punitivo.* »

[1685] Contrairement au droit français, qui les prohibe (C. trav., art. L. 1331-2 ; Soc., 7 février 2008, n° 06-45208 ; Soc., 20 octobre 2010, n° 09-42896 : « *La prohibition des sanctions pécuniaires a un caractère d'ordre public auquel ne peut faire échec une disposition du contrat de travail.* »)

615. Ainsi, le régime des sanctions pécuniaires comporte un certain nombre de conditions qui relèvent d'une combinaison du régime de la peine conventionnelle de la partie générale du droit des obligations et de quelques exigences propres au droit du travail[1686]. Nous proposons de synthétiser les conditions cumulatives d'effectivité de la sanction en droit du travail de la manière suivante :

a. la ***prévisibilité*** de la sanction : la sanction doit normalement être prévue dans le contrat de travail, le règlement d'entreprise (notamment s'il s'agit d'une entreprise industrielle : LTr, art. 38) ou un accord collectif[1687], voire la loi[1688]. Doivent être précisés selon nous tant le montant que la nature de la sanction envisagée (montant déterminé, voire clairement déterminable)[1689].

b. la ***proportionnalité*** de la sanction : la sanction ne doit punir que les manquements du salarié à ses obligations contractuelles (CO, art. 321a et s.) ; elle peut être réduite judiciairement en cas de caractère excessif (CO, art. 163, al. 3)[1690]. Les conditions de validité des peines conventionnelles (CO, art. 160) doivent être respectées[1691].

c. l'absence d'***illicéité*** ou de ***contrariété aux mœurs*** de la sanction (CO, art. 19 & 20, art. 163, al. 2), ce qui sera déterminé selon les règles habituelles.

d. la mise en œuvre de la sanction de manière conforme à la ***bonne foi*** (CC, art. 2) et en respectant la ***personnalité du salarié*** (CO, art. 328). Selon nous, cette exigence signifie que l'employeur doit justifier d'un ***motif objectif*** pour mettre en œuvre la sanction disciplinaire. Il ne peut pas sanctionner un salarié de manière purement arbitraire. Du point de vue formel, l'employeur devrait donner au salarié la ***possibilité de s'exprimer*** avant de décider de le sanctionner et motiver sa décision si le salarié en fait la demande. En l'absence de motif objectif ou d'audition préalable, des instructions de l'employeur limitant le champ des responsabilités originelles du salarié et entraînant une rétrogradation hiérarchique peuvent violer les droits de la personnalité, protégés par l'article 328 alinéa 1er du Code des obligations. Ne sont toutefois nécessaires ni un avertissement écrit, ni l'octroi exprès d'une période d'épreuve[1692].

616. Si l'employeur supprime une partie de la rémunération obligatoire sans respecter ces conditions, il commet une inexécution contractuelle (CO, art. 97). En effet, peut-on considérer que l'employeur ait toute latitude pour instaurer des sanctions pécuniaires sans mettre en péril l'édifice jurisprudentiel construit en matière de distinction entre rémunération discrétionnaire et rémunération obligatoire ? Logiquement, on ne devrait pas rencontrer de superposition entre les deux domaines, puisque la sanction pécuniaire ne peut être mise en œuvre que si le salarié a commis une faute contractuelle (*cf.* CO, art. 160). Elle présuppose donc l'identification d'une telle faute et sa sanction sur le plan civil. Certes, dans l'hypothèse où l'employeur oppose la sanction pécuniaire en compensation de

---

[1686] Pour une étude générale de la question en droit suisse, *cf.* Dimitri SANTORO, *Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag,* Stämpfli, Berne, 2001.

[1687] Se prononçant pour la nécessaire inscription des sanctions disciplinaires dans le règlement d'entreprise, *cf.* Frank Vischer/Dominique Guex, « Art. 37-39 LTr », *Loi sur le travail,* Thomas GEISER/Adrian VON KÄNEL/Rémy WYLER (édit.), Stämpfli, Berne, 2005, pp. 487-488.

[1688] La loi prévoit expressément que lorsqu'un marin est aux arrêts, sa rémunération est suspendue (LNM, art. 74, al. 3).

[1689] WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, p. 130.

[1690] TF, 6 juillet 1954, *ATF* 80 II 123, cons. 3b.

[1691] *Cf.* TF, 6 juillet 1954, *ATF* 80 II 123, cons. 3b.

[1692] TF, 4 août 2006, 4C.189/2006, *DTA* 2006. 269-271, cons. 2.

la rémunération due, le résultat économique est identique. Cependant, deux étapes préalables auront dû être franchies : celle de la mise en œuvre de la responsabilité du salarié et celle de la mise en œuvre de la compensation (CO, art. 323b, al. 2).

C. La clausula rebus sic stantibus

617. **Principe.** La *clausula* est une institution particulière du droit des obligations : littéralement, elle signifie que tout contrat de durée est censé n'être conclu que sous la condition selon laquelle son maintien est subordonné à la persistance de la situation factuelle qui existait au moment de sa conclusion, de telle sorte que l'altération grave de cet état de faits justifie la caducité ou l'adaptation de l'accord originaire[1693]. Le droit suisse la consacre spécialement à l'article 373, alinéa 2, du Code des obligations, en ce qui concerne le contrat d'entreprise. La jurisprudence a vu dans cette consécration particulière l'expression d'un principe général contenu dans l'interdiction de l'abus de droit, lui-même consacré à l'article 2, alinéa 2, du Code civil selon lequel le juge peut modifier ou anéantir un contrat lorsque du fait de circonstances postérieures à la conclusion du contrat et non prévisibles, se produit une disproportion (*Missverhältnis*) entre prestation et contre-prestation qui rend abusive la prétention de l'autre partie[1694].

618. **Application.** Selon un auteur, la crise financière et économique en cours depuis 2008 serait un cas typique d'application du principe susmentionné, rendant possible une modification de la rémunération variable. Le bouleversement des circonstances économiques serait tel que l'employeur pourrait s'en prévaloir pour refuser le versement d'éléments de rémunération contractuellement prévus[1695].

Critique. Nous estimons que cette analyse va trop loin. Tout d'abord, la théorie de la *clausula* doit être appliquée de manière restrictive[1696]. En effet, la *clausula* doit viser un intérêt général du commerce et des transactions et non le simple intérêt particulier de l'une des parties au contrat. Se servir de la *clausula* pour permettre à une partie de s'exonérer de ses propres responsabilités nous paraît contraire à l'esprit de cette institution. Reconnaissons que l'on envisage aujourd'hui de supprimer certains éléments de rémunération variable parce qu'on leur prête un rôle majeur dans la survenance de la crise économique, par la prolifération des comportements risqués et égoïstes qu'elles sont supposées avoir favorisé. Cependant, on voit mal pourquoi il faudrait aujourd'hui donner la possibilité exorbitante de se défaire de leurs engagements à des entreprises qui hier ont volontairement octroyés ces rémunérations. L'ensemble du système et ses fondements conceptuels ont certainement vocation à être revus. Mais la mise à l'écart du principe *pacta*

[1693] CORNU, *Vocabulaire juridique,* p. 853. Institution issue du droit international public, la *clausula* n'a pas été reçue dans tous les droits européens. Par exemple, le droit privé français la méconnaît en grande partie (Civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne, DP* 1876.I.193, *S.* 1876.I.161 ; Philippe MALAURIE/Laurent AYNÈS, *Les Obligations*, Defrénois, Paris, 5e éd., 2011, p. 373). En revanche, le droit public la connaît (CE, 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux, DP* 1916.III.25, *S.* 1916.III.17, note M. Hauriou).

[1694] TF, 7 décembre 1971, *ATF* 97 II 390, cons. 6 (arrêt inaugural).

[1695] Wolfgang Wiegand, « Die Finanzmarktkrise und die clausula rebus sic stantibus dargestellt am Beispiel der Bonuszahlungen, *Jusletter* 9 février 2009 ; voir également *DTA* 2009. 63.

[1696] Récemment : CJ-GE, 30 mai 2012, CAPH/117/2012, cons. 6.5 ; CRAMER, *Der Bonus*, pp. 150-151.

sunt servanda représente à nos yeux une atteinte trop incisive à l'ordre juridique pour servir uniquement à corriger les erreurs d'une partie à son propre avantage[1697].

D. Le régime des lacunes contractuelles

619. Les lacunes contractuelles ne représentent pas à proprement parler une technique de modification de la rémunération variable. Néanmoins, elles produisent un effet similaire. Dans deux hypothèses, les parties ne sont pas en mesure d'établir quels sont les critères de fixation de la rémunération variable :

— lorsque le contrat se borne à invoquer comme circonstance justifiant une révision de la rémunération variable des mentions vagues comme les « circonstances du moment » ;

— lorsque les parties se sont mises d'accord sur une rémunération variable en fonction d'objectifs devant évoluer chaque année d'un commun accord mais ne parviennent pas à se mettre d'accord une année donnée.

620. Une solution consisterait à considérer que l'élément de rémunération tombe à défaut d'accord. Mais on peut aussi considérer que le juge doive prendre la place des parties défaillantes et fixer lui-même la rémunération variable ou les éléments nécessaires à son calcul comme les objectifs. Recourir à la construction de la « lacune contractuelle » (*Vertragslücke*) autorise le juge à la « compléter », selon la « volonté hypothétique » (*nach dem hypothetischen Willen*) des parties : en l'absence de réglementation légale dispositive, le juge, en se fondant sur le principe de la bonne foi (*Treu und Glauben*), détermine ce que les parties auraient décidé si elles avaient pris en compte le point qu'elles ont délaissé. Le principe de bonne foi doit être compris en ce sens que le juge prend appui, d'une part, sur le standard d'un partenaire contractuel raisonnable et, d'autre part, sur l'essence et le but de la convention des parties[1698]. Le complètement du contrat ressortit principalement du pouvoir d'appréciation du juge cantonal[1699].

[1697] Pour une application également restrictive de la *clausula* en matière de rémunération sur objectifs, voir HIRSIGER, *Zielvereinbarung,* pp. 298 et s.

[1698] Pour la théorie du complètement du contrat selon le principe de ***bonne foi***, voir notamment TF, 31 mars 1982, *ATF* 108 II 112 et TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, *JAR* 2012. 339, cons. 7.1, ou grâce à la ***volonté hypothétique des parties***, voir TF, 18 juin 1985, *ATF* 111 II 260, cons. 2a (« *Lorsqu'en cours d'exécution un contrat se révèle lacunaire, parce que les parties se trouvent confrontées à un problème nouveau qui appelle une solution pour l'exécution régulière du contrat, il y a lieu de combler la lacune comme l'auraient fait des partenaires raisonnables.* ») ; TF, 21 novembre 1989, *ATF* 115 II 484, cons. 4b ; TF, 24 avril 2001, *ATF* 127 III 300, cons. 6a et 6b ; TF, 30 mai 2007, 4A_28/2007, *ATF* 133 III 421, cons. 4.1 (« *En l'occurrence, ce problème doit être résolu d'après ce que les parties à la donation auraient probablement convenu, raisonnablement et de bonne foi, si elles avaient envisagé le cas non réglé ; il faut ici s'inspirer de l'économie et du but de leur contrat.* »). Pour des exemples d'application de cette théorie en matière de salaire variable, voir TF, 30 juillet 2004, 4C.189/2004, cons. 2.5 ; TF, 28 mars 2007, 4C.41/2007, cons. 4.2 ; TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, *JAR* 2012. 339, cons. 4 ; TF, 5 mars 2012, 4A_380/2011, cons. 5.1.3.

[1699] Notez que les juges se contentent parfois d'une simple interprétation de la volonté des parties selon le principe de confiance, sans toujours passer par la théorie de la lacune contractuelle : TF, 17 mai 2013, 4A_447/2012, cons. 2.3.

Le droit anglais connaît une solution spécifique pour compléter la lacune contractuelle en termes de rémunération : l'***action en quantum meruit***. Le salarié qui intente ce genre d'action demande à recevoir le prix correspondant à la valeur du service qu'il a accompli en faveur de l'employeur (Deborah LOCKTON, *Employment Law,* Palgrave Macmillan, Londres, 7e éd., 2010, p. 54). Cette action se rapproche de la logique de notre action en enrichissement illégitime. Le juge n'est pas astreint à se fonder sur une volonté, avérée ou hypothétique, des parties. En droit français, si une part de la rémunération doit être fixée, chaque année, au regard des résultats de l'activité du salarié, par accord des parties, il

Par exemple, lorsqu'une participation, accordée à un cadre supérieur, est soumise à une révision en fonction des « impératifs du moment », on doit raisonnablement comprendre la clause de révision en ce sens que, l'employeur et le cadre supérieur étant intéressés au maintien de l'entreprise, ils sont tous deux disposés dans une certaine mesure à adapter le montant de la rétribution aux possibilités financières de l'employeur[1700]. Cependant, si la révision n'est réservée que pour le taux de la commission, on doit inférer que les parties n'ont pas envisagé une suppression totale de la participation[1701]. Selon nous, lorsque l'employeur choisit une formule ouverte comme celle des « impératifs du moment », il doit ensuite apporter la preuve de motifs objectifs justifiant la survenance de tels impératifs. Cette preuve peut être rapportée par le fait que le salarié se déclare conscient de la lourdeur de la charge qu'implique le paiement de sa participation selon le schéma initialement prévu. Dans une telle hypothèse, c'est au tribunal qu'il appartiendra de fixer, *ex aequo et bono,* le nouveau taux de participation. Le Tribunal fédéral précise que le complètement de la lacune contractuelle en matière de gratification lorsqu'est invoqué le principe d'égalité de traitement doit se faire eu égard à l'usage ***au sein de l'entreprise*** et non eu égard à une éventuelle pratique au sein de la branche professionnelle[1702]. Cette précision est discutable car on ne voit pas pourquoi, dans tel cas précis, le salarié n'aurait pas le droit de partir du principe que l'usage de la branche lui est applicable. Selon nous, cette décision doit être prise au cas par cas, en fonction des circonstances.

§ 2 – RÉMUNÉRATION VARIABLE PRÉVUE PAR D'AUTRES SOURCES

A. Modification de la rémunération variable prévue par un usage ou un engagement unilatéral

621. Quel est le régime de la modification d'un élément de rémunération obligatoire instauré par l'usage ou l'engagement unilatéral[1703] ? Deux possibilités existent en théorie :

---

incombe à l'employeur, qui détient les éléments de la négociation, de faire des propositions au salarié. À défaut, il appartiendra au juge de fixer cet élément de rémunération « *en fonction des critères visés au contrat* » et des « *éléments de la cause* » (accords conclus les années précédentes et circonstances de fait) : Soc., 22 mai 1995, *Bull. civ.* V, n°161, *Grands arrêts,* n° 55 ; Soc., 13 juillet 2004, n° 02-14140, *Ernst & Young* ; Soc., 22 mars 2007, n° 05-44902, *CSBP* juillet 2007, n° 192, p. 295, obs. F.-J. Pansier ; Soc., 15 octobre 2008, n° 07-42400, *CSBP* janvier 2009, n° 206, p. 23 ; *Précis Dalloz* 2008, p. 944.

[1700] TF, 1er novembre 1983, *Quatre cents arrêts*, n° 101.

[1701] TF, 1er novembre 1983, *Quatre cents arrêts*, n° 101.

[1702] TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, *JAR* 2012. 339, cons. 8.3.

[1703] Nous laissons volontairement de côté la modification de l'élément de rémunération prévu par le droit collectif, en raison des spécificités de cette matière.

— la ***dénonciation***. Cette dernière consiste en une déclaration unilatérale de volonté de l'employeur supprimant une source conférant un avantage au salarié. Mais le droit suisse ne connaît pas de procédure spécifique de dénonciation de l'usage ou de l'engagement unilatéral[1704]. Toutefois, lorsque la prétention du salarié à un élément de rémunération trouve son origine dans la protection de la confiance à l'égard d'un usage de l'entreprise ou de la branche[1705], cette confiance est battue en brèche lorsque l'employeur annonce clairement et précisément qu'il renonce à l'octroi de cet élément pour l'avenir[1706]. Un salarié ne peut pas non plus se prévaloir d'une inégalité de traitement dès lors qu'il compare sa situation avec celle de salariés ayant obtenu un avantage avant lui dans le temps[1707]. Cependant, la pratique constante de l'entreprise est un élément d'accord tacite sur le principe de la gratification[1708]. Certes, la confiance ne peut naître légitimement lorsque la pratique de l'employeur n'est pas régulière. Mais la logique du système veut que l'employeur ne puisse pas modifier sa pratique du jour au lendemain sans violer l'égalité de traitement.

— le ***régime de modification du contrat***. Lorsque l'usage ou l'engagement unilatéral sont à l'origine d'un véritable droit contractuel à l'avantage du travailleur[1709], c'est-à-dire lorsqu'ils relèvent d'une pratique entre les parties, l'employeur qui souhaite en supprimer les effets ne peut le faire qu'en obtenant l'accord des salariés concernés par accord modificatif ou en respectant la procédure du congé-modification.

[1704] Il ressort implicitement d'une décision du Tribunal fédéral que le retrait de l'offre publique selon l'alinéa 2 de l'article 8 du Code des obligations n'est pas applicable (TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.4). Le droit français, à l'inverse, connaît cette technique particulière de modification des rémunérations issues des « sources atypiques », qui représentent la faculté reconnue à l'employeur d'édicter, de manière négociée ou unilatérale, une réglementation propre à l'entreprise (Emeric JEANSEN, *L'Articulation des sources du droit, Essai en droit du travail,* Economica, Paris, 2008, p. 88). Lorsque l'usage ou l'engagement unilatéral est régulièrement dénoncé par l'employeur, l'avantage en question disparaît purement et simplement. Cependant, si l'avantage a été contractualisé pour certains salariés, l'employeur ne peut plus le dénoncer sans violer le principe « à travail égal, salaire égal », sauf à établir un motif objectif justifiant la différence de traitement (Soc., 28 mai 2003, n° 02-40144). La dénonciation de l'usage doit donc rester à l'état de simple information du salarié ; si l'employeur demande au salarié de signer une lettre pour acceptation de la modification de la prime octroyée, il contractualise de ce fait la nouvelle prime et ne peut plus par la suite la supprimer unilatéralement : en sollicitant l'accord du salarié avant modification de la prime, l'employeur démontrait par là que cette prime était devenue, au plus tard à ce moment-là, et par l'accord des parties, un élément du contrat de travail (Soc., 1er février 2012, n° 10-17.394 et 10-17.591, *BICC* 15 juin 2012, n° 809, *RJS* avril 2012. déc. n° 307, p. 277, *JCP S* 3 avril 2012. 28-29, note D. Asquinazi-Bailleux, *Gaz. Pal.* 27-28 avril 2012. 38, note P. Duprat). De plus, si l'avantage résulte d'un accord collectif, il est maintenu si aucun accord collectif de substitution n'est conclu (« maintien des avantages individuels acquis » : C. trav., art. L. 2261-13). L'employeur n'a pas à informer l'ensemble des salariés de l'entreprise de son intention de dénoncer un usage ou un engagement unilatéral, mais uniquement les salariés directement concernés par cette dénonciation (Soc., 13 octobre 2010, n° 09-13110, *Bull. civ.* V, n° 234 : on compte parmi les salariés concernés non seulement ceux qui justifient de l'ancienneté requise à la date de suppression de l'avantage, mais également ceux qui auraient été susceptibles d'en bénéficier les années à venir), ainsi que les institutions représentatives du personnel (Soc., 30 mars 2011, n° 09-68723).

[1705] *Cf. supra* n° 133-134.

[1706] TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007, cons. 4.5.

[1707] TF, 14 juin 2004, 4C.87/2004, cons. 2.2.4.

[1708] *Message 1967,* p. 328.

[1709] *Cf. supra* n° 92-94, 133-134.

B. Modification de la rémunération variable prévue par un règlement intérieur

622. **Nature et régime du règlement intérieur.** Quelle est la nature du règlement intérieur ? Cette question est fondamentale pour déterminer son régime de modification[1710]. Globalement, on peut envisager trois solutions à cette question :

1° Considérer le règlement intérieur comme ne revêtant ***aucun effet juridique***[1711]. Nous rejetons cette solution comme trop simpliste et contraire à la volonté du législateur.

2° Considérer le règlement intérieur comme un ***élément contractuel***. Cette nature contractuelle du règlement intérieur aurait pour conséquence qu'il ne pourrait plus être modifié qu'en conformité avec les règles de modification du contrat de travail[1712]. À notre sens, on doit reconnaître la nature contractuelle du règlement intérieur à propos de toutes les clauses portant sur des éléments relevant des *essentialia negotii* du contrat de travail : le ***principe*** et les ***conditions d'octroi*** d'une rémunération variable en faisant partie[1713], ils acquerront un caractère contractuel même s'ils sont contenus uniquement dans le règlement intérieur. Il y aurait tentative de *fraus legis* de la part de l'employeur qui choisirait de régler la question de la rémunération dans un règlement intérieur ou des directives unilatérales dans le seul but de se soustraire à la procédure du congé-modification.

3° Considérer le règlement intérieur comme une sorte d'« ***annexe contractuelle*** » à laquelle les salariés seraient censés avoir tacitement consenti lors de l'embauchage[1714] ? Dans cette logique, le règlement intérieur peut être entièrement établi par l'employeur sans qu'il n'ait à solliciter l'accord du salarié sur son contenu. Il devient une sorte de contrat parallèle pour lequel le consentement du salarié n'est plus nécessaire. Il peut donc être modifié ou révoqué à la guise de l'employeur.

623. Pour mettre en œuvre cette conception, nous considérons que les éléments ***non essentiels*** de la rémunération variable, comme les critères spécifiques du calcul de son montant ou les objectifs, revêtent un caractère de décision unilatérale de l'employeur. Ils peuvent, selon nous, être modifiés sans que soit respectée la procédure de modification contractuelle. Cependant, comme en matière de fixation du montant de la gratification contractuelle ou de réserve de la possibilité de modifier unilatéralement la rémunération, ce droit de modification unilatéral ne peut être exercé de manière purement arbitraire : l'employeur devra respecter la bonne foi et l'interdiction de l'abus de droit. Cela implique deux conséquences :

1 - La ***suppression*** ou la ***modification*** d'un élément de rémunération prévu par le règlement intérieur ou des directives unilatérales doit être justifié, ***objectivement,*** par des ***besoins spécifiques de l'entreprise***.

[1710] Nous considérons donc, contrairement à certains auteurs (*cf.* REHBINDER/ STÖCKLI, *Berner Kommentar,* N 2 *ad* art. 321d CO), que cette question doit être réglée.

[1711] Pour une réflexion à ce sujet en droit allemand, voir Erich Frey, « Gleichbehandlungsfragen bei Ausübung des Direktionsrechts », *Der Betrieb* 1964. 298.

[1712] *Cf. supra* n° 570 et s.

[1713] *Cf.* TF, 5 mars 2012, 4A_380/2011, cons. 5.1.2 : « *Der Lohn ist ein wesentliches Element eines Arbeitsvertrages.* »

[1714] C'est la solution qui prévalait en droit français sous l'empire de la jurisprudence dite des « *sabots* » datant de 1866 : Civ., 14 février 1866, *D.* 1866. I. 84 ; *Précis Dalloz* 2013, p. 727.

2 - L'application du règlement intérieur doit, au même titre que le contrat individuel, respecter les principes d'***égalité*** instaurés en droit du travail par la loi et la jurisprudence[1715].

[1715] *Cf.* BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 145 ; *cf. supra* n° 378 et s.

CHAPITRE V

RÉMUNÉRATION VARIABLE ET FIN DU CONTRAT

625. L'étude des conséquences de la fin du contrat sur la rémunération variable présente deux aspects : les ***indemnités de résiliation*** (**§ 1**) et le ***délai de congé*** (**§ 2**). La ***gratification***, qui connaît un régime particulier en fin de contrat, sera étudiée à part (**§ 3**). La fin du contrat conduit à en envisager le corollaire : l'assurance-chômage, en particulier sous l'angle des rémunérations variables et de la réalisation du gain assuré[1716].

[1716] **Réalisation du « gain assuré » et rémunérations variables.** On considère, pour la détermination du gain intermédiaire et du gain assuré en matière d'***assurance-chômage***, qu'un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré ***a fourni*** la prestation de travail rémunératoire et non pas au moment de l'encaissement (TF, 6 novembre 1996, *ATF* 122 V 367, cons. 5b ; TF, 23 janvier 2003, C 269/02, *DTA* 2003. 246, cons. 2 ; TF, 19 août 2004, C 195/03, cons. 5.1 ; TF, 15 novembre 2006, C 179/06, cons. 4 & 5 ; TF, 26 mai 2008, 8C_358/2007, cons. 5.1 ; TF, 21 octobre 2010, 8C_472/2010, cons. 5.2 ; Thomas Nussbaumer, « Arbeitslosenversicherung », *in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit,* (édit. Ulrich Meyer-Blaser), Bâle, 2007, 2e éd., pp. 2143-2495, N 365, p. 2287).

Cette règle est également applicable lorsque la rémunération consiste en une ***prime*** annuelle versée régulièrement à tous les salariés sans être prévue par le contrat et dont le montant varie (TF, 21 octobre 2010, 8C_472/2010, cons. 5.2). La prime est censée rémunérer un travail fourni durant les douze derniers mois de l'année au cours de laquelle elle est versée et non le seul mois où elle est versée (*cf.* TF, 19 août 2004, 4C.195/03, cons. 5.3 ; TF, 21 octobre 2010, 8C_472/2010, cons. 5.2). Ce mode de calcul peut se révéler plus ou moins avantageux en fonction de la date du licenciement de l'assuré ; cette conséquence est, selon le Tribunal fédéral, inhérente à l'instauration de périodes de référence pour le calcul du gain assuré (TF, 21 octobre 2010, 8C_472/2010, cons. 5.3). En effet, le revenu peut varier durant ces périodes. Le système de double calcul de l'indemnité prévu par la loi est censé y suppléer dans une mesure convenable. On applique cette règle notamment en matière de ***provision*** (TF, 19 août 1996, *ATF* 122 V 362, cons. 4b ; TF, 23 janvier 2003, 4C.269/02, *DTA* 2003. 246, cons. 2 ; TF, 19 août 2004, 4C.195/03, cons. 5.1 ; TF, 15 novembre 2006, 4C.179/06, cons. 4 et 5 ; TF, 26 mai 2008, 8C_358/2007, cons. 5.1 ; TF, 21 octobre 2010, 8C_472/2010, cons. 5.2 ; Thomas Nussbaumer, « Arbeitslosenversicherung », *in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit,* (édit. Ulrich Meyer-Blaser), Bâle, 2007, 2e éd., pp. 2143-2495, p. 2287). De la même manière, si le salarié ne perçoit pas de ***gratification*** du fait de son départ en cours d'année, il ne peut prétendre à la voir imputée hypothétiquement *pro rata temporis* à la base de calcul de son gain assuré et ce, malgré l'inégalité de traitement qui résulte de ce que le mode de calcul prévu par la loi peut se révéler plus ou moins avantageux en fonction de la date du licenciement de l'assuré au cours de l'année (TF, 21 octobre 2010, 8C_472/2010, cons. 5.3).

§ 1 – RÉMUNÉRATION VARIABLE ET INDEMNITÉS DE RÉSILIATION

626. Les indemnités de résiliation sont ***contractuelles***[1717] (**A**) ou ***légales*** (**B**).

A. Rémunération variable et indemnité de résiliation contractuelle[1718]

627. Ici comme ailleurs[1719], la qualification n'est pas laissée à la libre disposition des parties : peu importe la dénomination des diverses prestations reçues par le salarié à la fin des rapports de travail et l'allégation de celui-ci selon laquelle la somme reçue n'aurait pas été considérée comme l'indemnité visée par les articles 339b et suivants du Code des obligations mais comme une indemnité à bien plaire venant s'y ajouter[1720]. Les clauses d'indemnité de départ contractuelles sont interprétées selon les règles habituelles d'interprétation des contrats[1721]. En cas de conflit, le juge interprétera la clause litigieuse en vue de déterminer si le salarié a droit ou non à une indemnité de départ. Lorsque le contrat subordonne le droit à une indemnité de départ à l'absence de faute du salarié dans les motifs de licenciement, l'employeur doit prouver le manquement qu'il allègue[1722]. Les parties peuvent aussi aménager le système légal du licenciement en faveur du salarié : par exemple, une clause peut écarter tout facteur de réduction[1723]. En revanche, le droit à l'indemnité conventionnelle peut cesser lorsque le contrat de travail est résilié par l'employeur avec effet immédiat pour de justes motifs (CO, art. 339c, al. 3 par analogie)[1724]. Par ailleurs, l'employeur qui verse, de son plein gré et sans obligation légale, une indemnité de départ à son salarié ne peut prendre prétexte de ce versement pour se soustraire à son obligation de verser la gratification contractuelle dont le principe a été acquis et qui revêt une autre fonction[1725].

[1717] Par exemple dans TF, 8 octobre 2009, 4A_311/2009, *DTA* 2010. 33.

[1718] Sur les aspects fiscaux de la question, *cf.* Regula Suter, « Die Besteuerung von Abgangsentschädigungen », *Revue de l'avocat* 2012. 16.

[1719] *Cf. supra* n° 464.

[1720] TF, 12 mars 1975, *SJ* 1976. 129, cons. 5.

[1721] TF, 6 juillet 2005, 4C.110/2005, *ATF* 131 III 535, cons. 3.1 (non publié dans l'*ATF*) ; TF, 6 juin 2011, 4A_152/2011 et 4A_156/2011, cons. 4.2 ; pour un exemple en droit cantonal de la fonction publique, *cf.* TF, 23 mars 2010, 8D_3/2009.

[1722] TF, 6 juillet 2005, 4C. 110/2005, *ATF* 131 III 535, cons. 3.2 (non publié dans l'*ATF*).

[1723] Exemple dans TF, 8 octobre 2009, 4A_311/2009, *DTA* 2010. 33, cons. 3.3.

[1724] TF, 31 mai 2012, 4A_101/2012, *DTA* 2012. 255, *JAR* 2013. 256.

[1725] TF, 27 mars 2006, 4C.6/2006, cons. 1.3. Sur la notion de gratification contractuelle, *cf. supra* n° 88 et s. Pour un cas particulier d'engagement de payer des indemnités de retraite par l'entremise d'un porte-fort, *cf.* TF, 5 août 2005, 4C.448/2004, *ATF* 131 III 606.

Plan social. Les indemnités de résiliation volontaires prennent parfois la forme d'un plan social. Le plan social n'est pas une notion légale en droit suisse (*cf.* Adrian VON KAENEL (édit.), *Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht,* Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2010) et la jurisprudence le définit comme « *un ensemble de mesures à appliquer par l'employeur et destinées à atténuer, pour les travailleurs concernés, les effets d'une réduction du personnel en service*

B. Rémunération variable et indemnité de résiliation légale

628. Il existe quatre sortes d'indemnités de résiliation légales : les indemnités en cas de ***résiliation ordinaire*** (**1**), les indemnités en cas de ***licenciement abusif*** (**2**), les indemnités en cas de ***licenciement immédiat injustifié*** (**3**) et les indemnités en cas de ***démission*** (**4**).

1) Les indemnités en cas de résiliation ordinaire

629. Les indemnités en cas de résiliation ordinaire sont obligatoires uniquement lorsque les rapports de travail ont duré au moins vingt ans et que le salarié est âgé d'au moins cinquante ans (CO, art. 339b à 339d). La fixation de leur montant prend généralement comme étalon le salaire mensuel. Il convient de se référer au salaire mensuel moyen selon les mêmes critères que pour les autres indemnités qui prennent le salaire mensuel comme référence[1726]. Aux termes de l'article 339c, alinéa 3, du Code des obligations, l'indemnité de départ peut être réduite ou supprimée, en particulier si le travailleur a résilié le contrat sans justes motifs ou si le paiement de l'indemnité exposerait l'employeur à la gêne[1727]. Le législateur voulut ainsi préserver les petites entreprises d'une charge qui deviendrait excessive pour elles[1728]. La gêne doit être évaluée par rapport à la capacité économique de l'employeur et au montant de l'indemnité due au travailleur[1729].

630. L'employeur peut tenir compte d'une gratification bénévole versée peu avant la rupture du contrat pour déterminer le montant de l'indemnité dans la fourchette légale de deux à huit

---

dans l'entreprise » (TF, 20 septembre 2007, 2A_46/2007, cons. 5.2 ; TF, 30 mai 2008, 4A_138/2008, *DTA* 2008. 197-200, cons. 2.1 ; TF, 1er juillet 2010, 4A_70/2010, cons. 2.1 ; TF, 28 février 2013, 4A_610/2012, cons. 2 ; Verwaltungsrekurskommission-SG, 20 octobre 2011, *GVP* 2011, n° 24 ; précédemment, *cf.* TF, 27 novembre 2003, *ATF* 130 V 18, cons. 2.3 ; TF, 27 mai 2005, 4C.31/2005, cons. 3.1 ; *cf.* également: Stephan Klingenberg, « Der Sozialplan », *ArbR* 1989. 39). Le plan social est souvent adopté après des négociations entre employeur et travailleurs, leur représentation ou leurs organisations syndicales. Il revêt la nature d'une convention collective, d'un règlement d'entreprise ou d'une décision unilatérale de l'employeur. Dans cette dernière hypothèse, il constitue juridiquement une offre soumise au régime de l'article 6 du Code des obligations : si l'employeur ne doit pas s'attendre à une acceptation expresse, le plan s'intègre au contrat individuel de travail de tout destinataire qui ne déclare pas le refuser (TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, *ATF* 132 III 32, *JT* 2006 I 257, *JAR* 2006. 290, cons. 6.1 ; TF, 12 février 2007, 4C.401/2006, *ATF* 133 III 213, *JT* 2010 I 231, *DTA* 2007. 156, cons. 4.3 ; TF, 30 mai 2008, 4A_138/2008, *DTA* 2008. 197-200, cons. 2.1 ; TF, 28 février 2013, 4A_610/2012, cons. 2 ; *cf. supra* n° 592). Chaque modification unilatérale du plan social, y compris sa période de validité, ne constitue qu'une nouvelle offre adressée aux travailleurs et doit être acceptée par eux au même titre que le plan initial (TF, 30 mai 2008, 4A_138/2008, *DTA* 2008. 197-200, cons. 2.2). Le licenciement de l'employé suite à un procédé destiné à lui faire perdre des prétentions conférées par le plan social, constitue une contravention grossière au principe de la bonne foi qui conduit à considérer le licenciement comme abusif (CO, art. 336 ; TF, 30 mai 2008, 4A_138/2008, *DTA* 2008. 197-200, cons. 3). Sur les conséquences du versement d'une indemnité sur les droits en matière d'assurance-chômage, *cf.* TF, 19 juin 2013, 8C_449/2012.

[1726] *Cf. supra* n° 563-564.

[1727] *Cf.* TF, 2 août 1984, *ATF* 110 II 268.

[1728] *Message 1967,* p. 407.

[1729] TC-JU, 15 avril 1982, *JAR* 1986. 162, cons. 8 ; TC-NE, 7 décembre 1987, *JAR* 1989. 242.

mois de salaire ; cependant, la gratification ne pourra pas être imputée purement et simplement sur l'indemnité[1730].

2) Les indemnités en cas de licenciement abusif

631. La partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité (CO, art. 336a, al. 1er). L'indemnité est fixée librement par le juge, selon les règles du droit et de l'équité (CC, art. 4)[1731] ; elle ne peut toutefois dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur et deux mois de salaire en cas de licenciement ne respectant pas la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs (CO, art. 336a, al. 2). Cette indemnité n'est pas un salaire[1732]. Le montant du préjudice doit être fixé indépendamment du préjudice subi par la partie qui a reçu le congé : il ne dépend que du caractère abusif du congé[1733]. Lorsque l'employeur donne congé dans le but d'éviter le paiement d'une gratification au travailleur, le montant de la gratification ne sera pas imputé sur l'indemnité pour résiliation abusive, mais il devra être versé en sus[1734]. Lorsque l'employeur a résilié le contrat de manière abusive et a, de ce fait, empêché l'avènement d'une condition de présence au mépris des règles de la bonne foi, le salarié peut lui demander la réparation intégrale du préjudice subi (CO, art. 336a, al. 2, 2e phr.)[1735].

632. **Le périmètre de l'indemnité de licenciement.** Le juge doit-il tenir compte de la rémunération variable complémentaire lorsqu'il détermine le montant de l'indemnité à laquelle le salarié a droit suite à un licenciement abusif ? Ni la loi, ni le message ne précisent ce qu'il faut entendre par « salaire » au sens de l'article 336a du Code des obligations. En revanche, dans le droit en vigueur avant la réforme du droit du licenciement de 1988, le Message précisait qu'il fallait inclure dans l'indemnité pour gain manqué du fait du licenciement immédiat injustifié, la gratification, la treizième mensualité et l'indemnité de départ auxquels le travailleur aurait eu droit si le contrat avait pris fin normalement[1736]. En l'absence d'une autre définition plus restrictive, il faut entendre ici par « salaire » l'ensemble des revenus qu'un salarié tire de son emploi au service d'un employeur. Le maximum de six mois inclut l'ensemble des rémunérations du salarié[1737].

633. De manière générale, lorsque le code parle de « six mois de salaire du travailleur » (CO, art. 336a, al. 2, art. 337c, al. 3) ou fait toute autre référence au « salaire mensuel » (CO, art.

[1730] TF, 16 janvier 1989, *ATF* 115 II 30, *JT* 1989 I 601, cons. 3e.

[1731] TF, 30 juillet 1997, *ATF* 123 III 391, cons. 3 ; TF, 31 mai 2011, 4A_173/2011, *JAR* 2012. 221, cons. 5.

[1732] *Message 1984*, p. 624. En droit français, les plus-values réalisées lors d'une levée d'actions ne constituent pas une rémunération allouée en contrepartie du travail entrant dans la base de calcul de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, nonobstant leur inclusion dans le périmètre de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale (Soc., 30 mars 2011, 09-42.105 & 10-11.488, *BICC* 15 juillet 2011, n° 895 ; *RJS* juin 2011, décision n° 515, pp. 471-472).

[1733] *Message 1984*, p. 624.

[1734] *Message 1984*, p. 624.

[1735] TF, 6 juin 2006, 4C.97/2006, *DTA* 2006. 271-272, *JAR* 2007. 270, cons. 4.

[1736] *Message 1967,* p. 399.

[1737] TF, 29 mars 2006, 4C.414/2005, cons. 4.3. *Cf.* également STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 6 *ad* art. 336a CO ; Philippe Ehrenström, « Système et réforme des indemnités en cas de résiliation de rapports de travail de droit privé », *Jusletter* 20 juin 2011, N 25. Cette solution correspond d'ailleurs à celle retenue par le droit anglais (Norman SELWYN, *Selwyn's Law of Employment,* Oxford University Press, 15e éd., 2008, p. 394). *Contra* : Alexandre Richa/David Raedler, « Le "bonus" soumis à une condition objective », *GesKR* 2012. 524, spéc. 526.

337d, al. 1er) ou au « salaire pour deux mois » (CO, art. 339c, al. 1er), « huit mois » (CO, art. 339c, al. 2)[1738], il faut prendre en considération le salaire fixe de base, le treizième salaire *pro rata temporis*[1739], la gratification contractuelle[1740], les indemnités de départ, la participation[1741], la provision, le salaire variable et toute autre rémunération variable dès lors qu'elle n'est pas discrétionnaire. En effet, la systématique de la loi commande de prendre en considération tous les éléments inclus sous le titre « salaire » du code.

634. En revanche, l'article 336a, alinéa 2, du Code des obligations ne fixe pas de minimum pour le montant de l'indemnité à laquelle le salarié a droit en cas de licenciement abusif. Dans l'hypothèse où le juge n'aurait octroyé une indemnité équivalant à un mois de salaire de base, sans tenir compte des provisions et du treizième salaire, le salarié devra – s'il veut obtenir une indemnité plus importante – démontrer en quoi le juge a outrepassé sa liberté d'appréciation en établissant l'indemnité à un montant inférieur à un mois de salaire[1742]. Le plus simple selon nous, pour calculer l'échelle sur laquelle le juge fixera l'indemnité due, consiste à raisonner en pourcentages et non en mois de salaire. Ainsi, on calculera le montant maximal auquel peut prétendre le salarié (six mois de salaire de base, auxquels s'ajoutent la part du treizième salaire, de la gratification contractuelle et des autres rémunérations obligatoire), avant de déterminer le pourcentage de réparation qui doit être octroyé au salarié et qu'on appliquera au montant maximal de réparation, pour obtenir le montant dû[1743].

3) Les indemnités en cas de licenciement immédiat injustifié[1744]

635. Le Code n'étant pas plus précis sur le périmètre de l'indemnité de l'article 337c, alinéa 3[1745], nous avons décidé de retenir le même périmètre que pour l'article 336a, étant observé que cette indemnité vise à pénaliser l'employeur qui pratique un licenciement immédiat hors d'un cas « vraiment exceptionnel »[1746]. Lorsque l'employeur a résilié avec effet immédiat sans juste motif, il doit déterminer le montant de rémunération dont le

---

[1738] *Cf.* Jürg Emil EGLI, *L'Indemnité de départ dans le contrat de travail,* Juris Druck + Verlag, Zurich, 1979, p. 95.

[1739] Arbeitsgericht-ZH, 8 septembre 1981, *JAR* 1983. 198 ; CAPH-GE, 10 février 1993, IX/538/91, cons. 2.3 ; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, N 12 *ad* art. 339c CO.

[1740] TF, 10 janvier 1980, *JAR* 1982. 204 ; TF, 19 juin 1991, *ATF* 117 II 270, cons. 3b ; Christoph BALSIGER, *Die Abgangsentschädigung,* Schulthess, Zurich, 1995, p. 117.

[1741] Zivilgericht-BS, 23 février 1979, *BJM* 1979. 127, *JAR* 1980. 300.

[1742] TF, 20 mai 2010, 4A_59/2010, cons. 4.4. En effet, le Tribunal fédéral ne fixe pas de montant minimum que le salarié devrait recevoir à ce titre (TF, 11 mars 2011, 4A_660/2010, *JAR* 2012. 171, cons. 3.3).

[1743] **Rémunération variable et responsabilité civile.** La rémunération variable doit être prise en compte dans le calcul du dommage d'un salarié licencié qui attaque la personne qui, l'ayant dénoncé aux autorités pénales, se trouve directement à l'origine de son licenciement du fait qu'il a envoyé le procès-verbal d'inculpation à son employeur. Dans cette hypothèse, la quotité de la part variable du salaire peut être estimée selon les principes de l'article 42, alinéa 2, du Code des obligations (TF, 28 avril 2008, 5A.690/2007).

[1744] Selon les prud'hommes genevois, le salarié doit pouvoir ***se renseigner sur ses droits***, notamment en matière de rémunération variable, lorsqu'il craint une violation de la loi par l'employeur, y compris durant ses heures de travail s'il y a menace imminente, sans risquer un licenciement avec effet immédiat (CAPH-GE, 30 juin 1982, *Quatre cents arrêts,* n° 202 : pour un salarié qui est allé se renseigner sur ses droits en matière de commission à la suite d'une conversation avec son employeur à ce sujet ; l'employeur pouvait toutefois exiger que le salarié remplace les heures manquées).

[1745] **Remplacement des gains perdus.** La faute concomitante du travailleur ne permet de réduire que l'indemnité prévue par l'article 337c alinéa 3 du Code des obligations, mais non pas la prétention découlant de l'alinéa 1er de cette disposition (*Message 1984*, p. 635 ; Cour de cassation civile-NE, 17 juin 1991, *RJN* 1991. 50-52 ; Gabriel Aubert, « La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1989 », *SJ* 1990. 658-659).

[1746] *Message 1984*, p. 635.

salarié aurait bénéficié durant le délai de préavis normalement applicable[1747]. Pour calculer le montant de l'indemnité due au titre de l'article 337c, alinéa 1er, du Code des obligations, le Tribunal fédéral précise comme dans la règle générale lorsque la rémunération varie d'un mois sur l'autre, il convient de faire la moyenne des gains réalisés durant l'année précédente, dont on peut supposer qu'ils reflètent les accords les plus récents des parties et la situation économique la plus actuelle[1748]. Le Tribunal fédéral considère qu'une cour cantonale peut se contenter de cette moyenne sur un an, mais pas pour une période plus longue[1749]. La somme porte intérêt dès le moment du licenciement immédiat[1750].

636. Pour apporter plus de précision, le Professeur AUBERT a proposé de manière très pertinente que l'on s'inspire des dispositions régissant l'assurance-chômage : ainsi, on retiendrait comme période de référence le montant moyen des six derniers mois de rémunération ; en revanche, on se fondera sur la rémunération moyenne des douze derniers mois si ce montant est plus élevé que le montant précédent (OACI, art. 37)[1751]. En bref, cela revient à prendre la période de référence la plus favorable au salarié entre les six derniers mois ou les douze derniers mois.

4) Les indemnités en cas de démission

637. **Résiliation par le salarié pour justes motifs.** Selon la cour neuchâteloise, le travailleur qui a résilié son contrat de travail pour justes motifs a droit à son salaire fixe et à son salaire variable qui devait dépendre de l'atteinte de certains objectifs (en l'occurrence du nombre de matchs joués par le footballeur) — quand bien même il n'en aura atteint aucun[1752].

[1747] TF, 12 janvier 2011, 4A_474/2010, *DTA* 2011. 112, *JAR* 2012. 121, cons. 2.2.1.

[1748] TF, 25 novembre 1998, *ATF* 125 III 14, *JT* 1999 I 359, *SJ* 1999 I 315, cons. 2b ; TF, 12 janvier 2011, 4A_474/2010, *DTA* 2011. 112, *JAR* 2012. 121, cons. 2.2.1.

[1749] TF, 25 novembre 1998, *ATF* 125 III 14, *JT* 1999 I 359, *SJ* 1999 I 315, cons. 2b ; TF, 12 janvier 2011, 4A_474/2010, *DTA* 2011. 112, *JAR* 2012. 121, cons. 2.2.1 ; CAPH-GE, 12 octobre 1984, *SJ* 1986. 304, note G. Aubert ; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, p. 606.

[1750] TF, 12 janvier 2011, 4A_474/2010, *DTA* 2011. 112, *JAR* 2012. 121, cons. 2.2.1-2.2.2.

[1751] Gabriel Aubert, « La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1985 », *SJ* 1986. 289, spéc. 304 (avec la prise en compte des anciennes normes de calcul de l'assurance-chômage).

[1752] TF, 28 avril 2011, 4A_53/2011, *ATF* 137 III 303, *JT* 2011 II 390, *SJ* 2011 I 453, *JAR* 2012. 205, cons. B : solution non remise en cause par le Tribunal fédéral.

§ 2 – RÉMUNÉRATION VARIABLE ET DÉLAI DE CONGÉ

638. Un certain nombre d'***incidents*** peuvent émailler le déroulement du délai de congé (**A**). En outre, l'employeur peut choisir de ***libérer le salarié de son obligation de travailler*** (**B**). Ces deux éléments ont des répercussions sur la rémunération variable.

A. Les incidents

639. La nullité du licenciement sur la base de l'article 336c, alinéa 2, du Code des obligations ne modifie pas les droits et obligations des parties : le salarié doit fournir sa prestation de travail et l'employeur reste tenu de payer le salaire (CO, art. 319 et 324)[1753]. S'il n'exécute pas sa prestation de travail sans être empêché par un motif reconnu, le salarié tombe en demeure (CO, art. 102 et s.) ; l'employeur peut alors refuser de payer le salaire (CO, art. 82). S'il empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, l'employeur doit payer le salaire sans que le salarié ne doive fournir sa prestation de travail (CO, art. 324, al. 1er)[1754]. La demeure de l'employeur suppose en principe que le salarié ait offert ses services[1755]. Le salarié ne peut se voir reprocher de ne pas avoir offert ses services lorsque l'employeur l'a valablement libéré de l'obligation de travailler jusqu'au terme du délai de congé ou lorsqu'il n'aurait pas, de toute façon, accepté la prestation de travail même si elle avait été offerte[1756]. En cas de maladie durant le préavis, la rémunération variable fondée sur des critères de présence pourra être diminuée[1757].

B. Rémunération variable et libération de l'obligation de travailler

640. Si rien n'est prévu, le salarié a droit à sa rémunération variable obligatoire comme s'il avait travaillé[1758]. Les parties peuvent toutefois s'accorder, à titre préalable, sur une suppression de la rémunération variable pendant la durée de la libération de l'obligation de

---

[1753] TF, 12 mars 2009, *ATF* 135 III 349, cons. 4.2 ; TF, 27 juillet 2010, 4A_289/2010, cons. 4.1.

[1754] TF, 27 juillet 2010, 4A_289/2010, cons. 4.1.

[1755] TF, 17 août 1989, *ATF* 115 V 437, cons. 5a ; TF, 12 mars 2009, 4A_552/2008, *ATF* 135 III 349, cons. 4.2 ; TF, 27 juillet 2010, 4A_289/2010, cons. 4.1.

[1756] TF, 12 mars 2009, 4A_552/2008, *ATF* 135 III 349, cons. 4.2 ; TF, 27 juillet 2010, 4A_289/2010, cons. 4.1.

[1757] *Cf. supra* n° 140 et s.

[1758] Arbeitsgericht-ZH, 21 août 2006, *Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich* 2006, n° 20 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 25 *ad* art. 322d CO ; Olivia GUYOT/Juliette JACCARD/Hans KERN/Roxane ZAPPELLA, *Le Contrat de travail,* Fédération des Entreprises Romandes, Genève, 2e éd., 2010, N 302.4. Cette règle ne signifie pas qu'il faille automatiquement calculer la rémunération variable en fonction des années précédentes mais il faut l'adapter aux circonstances pertinentes de la période concernée : TF, 17 juillet 2012, 4A_130/2012, *JAR* 2013. 274, cons. 4.3.

travailler[1759]. Mais l'employeur peut-il supprimer ***de manière unilatérale*** la rémunération variable du salarié libéré ? Le salarié libéré de l'obligation de travailler pendant le délai de congé doit imputer à la rémunération due les avantages qu'il obtient par ailleurs, si toutefois les circonstances de l'espèce ne permettent pas de conclure que les parties ont exclu une telle imputation[1760]. Lorsqu'une partie de la rémunération du salarié est variable en fonction de la prestation du salarié, l'employeur ne peut réduire unilatéralement cet élément de rémunération du seul fait qu'il a dispensé le salarié de l'exécution du préavis[1761]. Une clause du contrat de travail ne pourrait pas non plus prévoir cette possibilité car l'article 324 du Code des obligations est semi-impératif[1762]. En revanche, les parties peuvent convenir d'une réduction de la rémunération variable au moment de la conclusion conventionnelle de la libération[1763].

641. Le Tribunal fédéral a pourtant admis une réduction unilatérale, mais acceptée tacitement dans le cadre plus large d'un accord sur les modalités de la résiliation, en jugeant que le salarié libéré qui ne propose pas derechef ses services à son employeur ne peut prétendre au paiement d'une provision que dans les limites fixées par son employeur. Ce dernier, lorsqu'il ne se déclare prêt à payer des provisions pour les affaires conclues avant la date du début de la dispense de l'obligation de travailler que si le salarié effectue les livraisons prévues, n'aura à verser de provision que si le salarié a respecté cette condition[1764]. Par ailleurs, le salarié ne pourra plus prétendre au paiement de la part variable de sa rémunération pour les ventes qu'il ne peut plus réaliser du fait de la libération.

642. La position du Tribunal fédéral dans cet arrêt nous paraît un peu trop tranchée. Elle se situe à la limite des conditions posées par la jurisprudence pour identifier une acceptation tacite du salarié sur le fondement de l'article 6 du Code des obligations. Certes, la déclaration de l'employeur concernant la provision accompagnait la libération. Mais le salarié subissait en l'espèce une diminution de sa rémunération variable et il était pour le moins paradoxal d'exiger de lui qu'il offrît derechef ses services pour prétendre au paiement de sa rémunération variable, alors que l'employeur venait de le libérer. Seconde difficulté : pourquoi distinguer ici entre rémunération fixe et rémunération variable ? Pourquoi concevoir un régime différent pour une rémunération obligatoire, qu'elle soit variable ou non ? Dans la systématique de la loi et de la jurisprudence, seule la gratification admet un régime particulier à cet égard. Refuser le droit à la rémunération variable pendant le délai de congé au prétexte que le travailleur n'a droit à la provision que si l'affaire a été conclue grâce à l'activité du travailleur est un sophisme car la rémunération fixe aussi n'est due en principe que si le travailleur a mis son temps à disposition de l'employeur. Puisqu'il est

[1759] Sur cette question, *cf.* Alfred BLESI, *Die Freistellung des Arbeitsnehmers,* Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2e éd., 2010, pp. 106-108, lequel réserve toutefois, à la suite d'une décision cantonale (Kantonsgericht-ZG, 12 septembre 2001, *JAR* 2003. 367), l'application éventuelle des articles 19 et 20 ainsi que l'alinéa 2 de l'article 349a du Code des obligations. Il faut également réserver, bien entendu, la protection de la personnalité du salarié. *Cf.* également Karin Meyer, « Pro-rata-Anspruch bei Boni Zwingend? », *Revue de l'avocat* 5/2013. 216, spéc. 217.

[1760] TF, 9 juin 1992, *ATF* 118 II 139, cons. 1. Le droit anglais retient une solution similaire, la charge de la preuve que le salarié n'a pas pris de mesures raisonnables pour diminuer son dommage pesant sur l'employeur (Norman SELWYN, *Selwyn's Law of Employment,* Oxford University Press, 15e éd., 2008, p. 395). En droit français, au contraire, l'employeur ne peut prendre prétexte du fait qu'il renonce à un avantage pour lui-même (faire travailler le salarié) pour en tirer avantage au détriment du salarié qui se tenait pourtant à sa disposition (C. trav., art. L. 1234-5 ; Soc., 21 janvier 1987, n° 84-40673 ; Soc., 1er octobre 1996, n° 93-44978).

[1761] Alfred BLESI, *Die Freistellung des Arbeitsnehmers,* Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2e éd., 2010, Teil III, 2.1.1.2.

[1762] Kantonsgericht-ZG, 12 septembre 2001, *JAR* 2003. 367 ; Arbeitsgericht-ZH, 21 août 2006, *Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich* 2006, n° 20.

[1763] TF, 9 mars 2010, 4A_637/2009, *DTA* 2010. 49-50, *JU-TRAV* 2010. 51.

[1764] TF, 9 mars 2010, 4A_637/2009, *DTA* 2010. 49-50, *JU-TRAV* 2010. 51, cons. 2.1.3.

cohérent de traiter de manière similaire des situations semblables, la rémunération variable obligatoire doit être versée dans la même mesure que le salaire fixe en cas de libération de l'obligation de travailler. En définitive, c'est l'employeur qui renonce unilatéralement à la prestation du salarié. Il n'en va autrement que pour la gratification.

§ 3 – LA GRATIFICATION EN FIN DE CONTRAT

643. **Genèse de la règle.** Lorsqu'une gratification a été stipulée, le travailleur a-t-il droit à une prestation *pro rata temporis* en cas de cessation anticipée des rapports de service[1765] ? Le raisonnement du Conseil fédéral dans l'élaboration de ce régime fut le suivant : le droit à gratification est « suspendu », tant que durent les rapports de travail, « *jusqu'à ce que se produise l'événement où le paiement doit normalement se faire* »[1766]. La gratification, par nature, est soumise à une condition de temps relativement à son échéance[1767]. Ainsi, lorsque les rapports de travail prennent fin avant la survenance du temps de l'octroi de la gratification, cette dernière ne sera versée au salarié que s'il en a été convenu ainsi. La « *responsabilité* » de l'employeur ne doit pas être étendue « *contre son gré* » a pu dire le Tribunal fédéral[1768].

644. **Source de la règle.** Le Code régit spécialement la question du droit à la gratification contractuelle *pro rata temporis* à l'alinéa 2 de l'article 322d du Code des obligations : « *En cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à la rétribution spéciale, le travailleur n'a droit à une part proportionnelle de cette rétribution que s'il en a été convenu ainsi*. » Cette règle était parfaitement connue au niveau jurisprudentiel avant même la réforme du droit du travail de 1971 : cependant, les entreprises pratiquaient autant l'une que l'autre des solutions[1769].

645. **Contenu de la règle.** En définitive, l'article 322d alinéa 2, se borne à poser une règle supplétive : la gratification n'est due que si les rapports de travail sont toujours en cours au moment de son versement[1770]. Cette disposition ne concerne donc que l'hypothèse d'une prestation *pro rata temporis* lorsque le contrat a pris fin avant l'occasion qui donne lieu à rétribution spéciale[1771]. Il en découle que lorsque les rapports de travail prennent fin avant

[1765] La question se pose en des termes différents lorsque le salarié entre au service de l'employeur en cours d'année : dans cette hypothèse, il n'y a pas de raison particulière de priver le salarié de la gratification (STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, N 27 *ad* art. 322d CO).

[1766] *Message 1967,* p. 328. *Cf.* Appellationshof-BE, 17 octobre 1974, *RSJB* 1976. 457,cons. 2.

[1767] Le Conseil fédéral reprend la solution dégagée par l'Obergericht-LU, 11 avril 1960, *DTA* 1962, n°3.

[1768] TF, 1er novembre 1983, *ATF* 109 II 447, *JT* 1984 I 222, *SJ* 1984. 448, *JAR* 1985. 141, *Quatre cents arrêts*, n° 105, cons. 5c.

[1769] Par exemple, l'industrie chimique octroyait une gratification *pro rata temporis* : *cf. inter multa* : Bericht 1956-1958 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1960. 177, spéc. 178.

[1770] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 96.

[1771] TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, *DTA* 2006. 186-188, *JAR* 2007. 160, cons. 2.2.

l'occasion donnant lieu à gratification, celle-ci n'est due par l'employeur que dans la mesure où les parties l'ont prévu[1772].

646. Un accord spécifique peut intervenir en faveur du travailleur, même tacitement[1773]. Dans cette logique, des juges ont interprété la clause stipulant que le droit à gratification était caduc en cas de démission comme signifiant *a contrario* que la gratification était due en cas de licenciement en cours d'année[1774]. La gratification sera également due *pro rata temporis*, en l'absence de stipulation spécifique mais, par exemple, en raison d'un usage de l'entreprise[1775]. Ainsi, le salarié pourra prétendre à une gratification *pro rata temporis* même en l'absence d'accord sur ce point s'il est d'usage dans l'entreprise que les salariés quittant leur emploi perçoivent une telle gratification et que son absence de versement à un salarié en particulier conduirait à une violation de sa personnalité[1776]. De plus, l'employeur versera une gratification *pro rata temporis* au salarié qui quitte l'entreprise au cours de l'année si le versement d'une gratification à un certain nombre de salariés s'étant trouvés dans la même situation permettait au salarié de croire, de bonne foi, qu'il y avait droit[1777], sauf pour l'employeur à démontrer, objectivement et sans arbitraire, qu'il a une raison de ne pas octroyer la gratification dans ce cas particulier[1778]. Le verrou de l'absence d'accord sur le versement *pro rata temporis* de la gratification perd toute effectivité dans l'hypothèse d'une discrimination salariale : le salarié qui aurait été privé d'une gratification du fait d'une discrimination — notamment à raison du sexe — aura le droit de toucher une gratification *pro rata temporis* même en l'absence d'engagement de l'employeur à cet égard[1779]. Soutenir la solution contraire reviendrait à priver d'effectivité la protection contre les discriminations salariales[1780].

647. Lorsque l'employeur licencie le salarié, la gratification est-elle également supprimée ? DELBRUCK s'oppose à une telle solution[1781]. Pourtant, il est selon nous acceptable que la gratification soit supprimée sauf si le licenciement est abusif[1782].

648. Précisons encore :

1° Si le moment du versement de la gratification survient ***pendant le délai de congé***, la règle de l'article 322d alinéa 2 n'a pas vocation à s'appliquer, puisque les rapports de

[1772] *Cf.* TF, 1er avril 2005, 4C.467/2004, cons. 3 ; *cf.* TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, cons. 2.2 ; TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*, p. 509.

[1773] STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 26 *ad* art. 322d CO ; ENGEL, *Contrats*, p. 316 ; *cf. supra* n° 98 et s.

[1774] Appellationsgericht-BS, 4 août 1972, *BJM* 1972. 201 ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar,* N 28 *ad* art. 322d CO.

[1775] *Message 1967,* p. 328.

[1776] Sans même convoquer l'exigence de violation de la personnalité : Bericht 1956-1958 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1960. 177, spéc. 178 ; Appellationsgericht-BS, 11 février 1970, *BJM* 1970. 134 ; Obergericht-AG, 27 novembre 1975, *AGVE* 1975. 58, cons. 2 ; *cf.* également : CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 77.

[1777] Bericht 1956-1958 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1960. 177, spéc. 178. *Cf. supra* n° 134 (accord tacite par usage d'entreprise).

[1778] TF, 17 décembre 2002, 4C.269/2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221, cons. 3.1 ; *cf. supra* n° 400 et s.

[1779] TF, 22 décembre 2003, 4C.383/2002, *ATF* 130 III 145, cons. 6.3.

[1780] *Cf. supra* n° 378 et s.

[1781] DELBRÜCK, *Die Gratifikation*, p. 89.

[1782] Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 12 février 1976, *BJM* 1977. 284 (le tribunal octroie la moitié de la gratification dans le cadre d'un licenciement économique) ; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, N 27 *ad* art. 322d CO ; *cf. supra* n° 181 et s.

travail sont encore en cours[1783], sauf dans l'hypothèse où une condition suspensive liée au fait que le contrat n'ait pas été résilié affecte la gratification[1784].

2° L'accord intervenu sur le principe du versement *pro rata temporis* de la gratification n'est en rien affecté par une éventuelle ***libération ultérieure de l'obligation de travailler***[1785].

3° Le fait que l'employeur ait versé des « bonus » à un salarié alors que les conditions qu'il avait posées à l'octroi d'une telle rémunération dans un règlement particulier n'étaient pas remplies ne signifie pas que l'employeur ait renoncé à se prévaloir de ce règlement en ce qu'il prévoyait que la gratification contractuelle devait être considérée comme une motivation pour les performances futures et qu'elle n'était payée que si les relations de travail n'avaient pas été résiliées au moment du versement[1786]. Il s'agit ici d'une question d'interprétation de la volonté des parties[1787]. Le fait que l'employeur ait été plus généreux à l'égard de l'accomplissement d'une condition ne signifiait pas que l'ensemble des conditions devenait caduc. Le salarié ne pouvait donc en déduire qu'un accord lui permettait de réclamer la gratification *pro rata temporis* en cas de départ avant le moment de son versement.

649. **Champ d'application de la règle.** Ce qui est déterminant, c'est la survenance de l'événement ouvrant droit à gratification et non pas son appréciation ou son évaluation, pas davantage que le terme auquel la gratification doit être payée[1788]. On peut dire que le régime légal de 1971 garantit un double verrou à l'employeur : la gratification n'est due que s'il ne s'agit pas d'une gratification bénévole. Quand bien même nous serions en présence d'une gratification contractuelle, l'employeur ne la doit que si le salarié travaille encore à son service au moment prévu pour son attribution[1789]. En effet, la règle posée par l'alinéa 2 de l'article 322d n'a de sens, selon nous, qu'à l'égard d'une gratification contractuelle[1790].

[1783] BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*, p. 96.

[1784] *Cf. supra* n° 172.

[1785] Alfred BLESI, *Die Freistellung des Arbeitsnehmers,* Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2e éd., 2010, pp. 101 et 109-111 ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 76.

[1786] TF, 25 juin 2010, 4A_235/2010 : il s'agit du raisonnement de la Cour cantonale vaudoise (arrêt du 22 janvier 2010) ; Frank Emmel, « Art. 319-362 », *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,* (Claire Huguenin/Markus Müller-Chen/Daniel Girsberger édit.), Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2012, N 2 *ad* art. 322d CO.

[1787] Thomas Geiser, « Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2010 », *PJA* 2011. 245.

[1788] TF, 24 janvier 2003, 4C.325/2002, cons. 4.2 ; CAPH-GE, 10 janvier 1986, *JAR* 1987. 165, cons. 4 ; CARRUZZO, *La Rémunération*, p. 77.

[1789] TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert, cons. 4.1.

[1790] Des auteurs s'étaient opposés à l'existence de ce double verrou, estimant que la gratification devait être octroyée *pro rata temporis* dès lors qu'elle aurait été due si la relation de travail s'était poursuivie : *cf.* Groupe de travail de l'université de Bâle, « Kritische Stellungnahme zum Revisionsentwurf des Bundesrates vom 25. August 1967 über den Arbeitsvertrag », *RSJ* 1969. 49-55, spéc. 51.

CONCLUSION

« *Ô rois, songez, vous aussi,*
à considérer avec soin
cette justice. Proches de vous,
allant et venant au milieu des hommes,
ceux qui ne meurent pas regardent
quiconque, par un jugement tordu,
écrase ses semblables
sans songer que les dieux voient. »

Hésiode, *Les Travaux et les jours,* vers 248-251

650. Cette partie suivra deux traits caractéristiques du droit en tirant les conclusions nécessaires en matière à la fois de ***système*** (**§ 1**) et de ***justice*** (**§ 2**).

§ 1 – LE SYSTÈME DES RÉMUNÉRATIONS VARIABLES

651. La rémunération variable est un prisme à travers lequel se lisent certains enjeux fondamentaux de la relation de travail. Face à leur profusion dans la pratique et eu égard à l'embrouillamini légal et jurisprudentiel de leur régime, nous espérons avoir permis de dégager des lignes directrices aidant à identifier la nature juridique des différentes sortes de rémunérations variables.

652. L'aspect protéiforme sous lequel apparaissent les rémunérations variables oblige en effet à procéder à des distinctions que la simple dichotomie légale entre salaire et gratification ne peut satisfaire. Réglant au préalable, par le principe d'***indisponibilité de la qualification juridique des rémunérations,*** les difficultés induites par la variété incohérente des dénominations factuelles (bonus, prime, treizième salaire), nous avons proposé de

structurer la matière autour de la *summa divisio* légale entre ***rémunération obligatoire*** (CO, art. 322 à 322c) — signe du caractère bilatéral et onéreux du contrat de travail (CO, art. 319 et 320, al. 2) — et ***rémunération discrétionnaire*** (CO, art. 322d) — point nodal ouvrant, au cœur même du contrat, un domaine de liberté à l'employeur.

653. Les rémunérations discrétionnaires obligent à une nouvelle division, qui rende compte des domaines où peut s'exercer le discrétionnaire, entre ***gratification bénévole*** — élément de rémunération dont à la fois le principe d'octroi et le montant sont laissés à la discrétion de l'employeur — et ***gratification contractuelle*** — dont le montant est flexible mais le principe d'octroi acquis pour le salarié.

654. Quant aux rémunérations obligatoires, elles rémunèrent certains actes du salarié de manière spécifique, par divers procédés : rémunération de la pièce produite (rémunération aux pièces), de la tâche effectuée (rémunération à la tâche), de l'acte juridique conclu (provision), des objectifs atteints (rémunération sur objectifs), de la performance de l'entreprise (participation). La progression de la valeur boursière de l'entreprise peut être valorisée par la technique de l'actionnariat salarié, qui est proposé de manière obligatoire ou discrétionnaire.

655. On le voit, le trait saillant du système des rémunérations variables est son ***caractère contractuel***. Il implique qu'une rémunération ne soit ***due*** que si elle est obligatoire — cette tautologie, exprimée par l'article 322d, est une application du principe de force obligatoire des contrats (CO, art. 1er et 97). Se dessine en creux l'exigence pour le salarié qui prétend au paiement d'un élément de rémunération d'apporter la preuve qu'une ***source*** oblige l'employeur. Or, la recherche de ces sources — contrat, accord collectif, engagement unilatéral, usage — se double de l'exigence morale de bonne foi (CC, art. 2), qui transcende l'ensemble du droit privé suisse et qui est prise ici sous l'aspect de ***protection de la confiance***. Ainsi, pour décider si une source de rémunération obligatoire existe dans telle ou telle relation de travail, on se fondera sur l'analyse classique des preuves de l'existence d'une obligation, interprétées à la lumière de l'exigence fondamentale de protéger la confiance du salarié.

***

656. Lorsqu'il s'est agi de dégager une vue synthétique du droit suisse des rémunérations variables, de ramener ce pan du droit du travail à quelques idées-force, deux pôles problématiques nous ont paru structurer la matière : la question des ***frontières du contractuel*** et l'intervention des ***droits fondamentaux*** au sein de la relation de travail.

657. Ces deux pôles n'ont pas acquis leur valeur structurante sans raison. C'est que, dans notre système juridique, la relation de travail est appréhendée prioritairement à travers le prisme contractuel : du point de vue juridique, la relation de travail est d'abord une relation contractuelle et non une relation de communauté. La complexité du rapport de travail, qui met en jeu la personne du travailleur elle-même, dans une relation durable, a rapidement conduit à faire observer le caractère artificiel de cette construction intellectuelle.

658. Y ont répondu un remède et un phénomène particulier.

Le ***remède*** fut la création d'un ***statut*** venant s'insérer dans le cadre contractuel. Par un tel statut, le travailleur, du seul fait qu'il conclut un contrat de travail, voit s'appliquer à lui un certain nombre de règles impératives, protectrices de ses intérêts. La création de ce cadre statutaire a connu, historiquement, plusieurs étapes successives. Le dernier avatar de cette évolution apparaît sous une forme subjectivée, celle de la protection des droits fondamentaux. Comme si la rémunération variable, en appelant l'individualisation des rapports entre employeurs et salariés, avait vu apparaître, en retour, une forme de subjectivation de la relation de travail, par laquelle chaque salarié veut voir sa personne protégée et promue. Cette protection et cette promotion de la personne du travailleur se fondent sur les normes les plus élevées de la hiérarchie, entraînant une ***constitutionnalisation*** de notre matière[1791].

Le ***phénomène particulier*** est le suivant : au sein même de ce qui est demeuré de l'ordre du contractuel, on a vu apparaître des ***césures***. Par l'idée de discrétionnaire qu'elle introduit, la rémunération variable rompt la dichotomie traditionnelle entre contrat et statut, et inaugure une « troisième voie » au cœur de la relation de travail, mais au-delà du contractuel.

***

659. Les propositions que nous tirons de notre étude sont les suivantes :

I. En matière de typologie

660. — La notion d'accessoriété est débattue : nous proposons d'adopter la solution de ***l'accessoriété différenciée*** qui nous paraît concilier au mieux les exigences de l'institution de la gratification et les objections formulées par la doctrine.

— Le fondement du caractère obligatoire de la gratification : il revient à identifier les sources de la rémunération obligatoire. Nous en avons isolé trois : l'engagement unilatéral, le contrat et l'accord collectif. L'accord par contrat ou engagement unilatéral peut intervenir de manière expresse ou tacite. Il nous paraît cohérent de considérer que le fondement de la reconnaissance d'un accord tacite est la ***protection de la confiance du salarié***.

— La distinction entre gratification bénévole, gratification contractuelle et rémunération variable obligatoire : il faut selon nous distinguer entre ***trois institutions*** et non pas seulement deux. Nous proposons d'attribuer à chacune de ces institutions un régime différent (***caractère obligatoire dans le principe d'octroi et le montant*** pour la rémunération variable obligatoire, ***caractère discrétionnaire dans le principe d'octroi et le***

[1791] Un auteur a même qualifié la Constitution de fondement le plus important pour la réglementation légale de la rémunération (« *oberste gesetzliche Grundlage für gesetzliche Lohnregelungen* ») : Josef MONTANARI, *Gesetzliche Lohnregelungen,* Buchdruckerei Heller, Muri AG, thèse, 1987, p. 52..

montant pour la gratification bénévole, ***caractère obligatoire dans le principe d'octroi et raisonnable dans le montant*** pour la gratification contractuelle).

— La quotité de la gratification contractuelle est donc flexible mais le salarié peut faire contrôler judiciairement le montant versé par l'employeur à ce titre sous deux angles particuliers : la ***protection de la confiance*** (cohérence du comportement, transparence des critères, réalité et pertinence des motifs de variation) et la ***garantie d'équité***.

— La gratification contractuelle ne peut constituer une ***obligation de prester en parallèle*** de l'employeur autorisant le salarié à refuser d'effectuer sa prestation de travail tant qu'elle n'est pas devenue exigible.

— Lorsque le salarié ***viole grossièrement ses obligations***, l'employeur dispose d'un motif de réduction du montant attendu de la gratification contractuelle, voire de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle du salarié ; cependant, il ne peut prendre prétexte de ce fait pour supprimer cet élément de rémunération qui est obligatoire dans son principe sauf à respecter le régime de modification de la rémunération ou celui des sanctions pécuniaires.

661. — La gratification, à la différence de la rémunération obligatoire, peut être affectée d'une ***condition suspensive***, sauf à ce que soient respectés la ***protection contre les engagements excessifs*** (CC, art. 27), le régime général de ***l'obligation conditionnelle*** (CO, art. 156) et ***l'interdiction de l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur*** (CO, art. 323b, al. 3).

— Une ***condition résolutoire***, emportant le remboursement d'un élément de rémunération déjà perçu par le travailleur, n'est possible qu'à l'égard ***d'un acompte ou d'une avance sur participation ou sur provision***, d'une ***indemnité conventionnelle de licenciement*** (si elle est prévue dans le cadre d'une transaction et que le remboursement présente une proportion adéquate) ou de ***frais*** représentant un avantage pour le travailleur.

662. — Parce qu'elle ressortit à la ***performance individuelle*** du travailleur, à ***proportion*** de cette performance, et sur des critères entièrement ***contractualisés***, nous proposons de distinguer clairement la ***rémunération sur objectifs*** de la participation, de la provision et de la gratification contractuelle.

— L'évaluation subjective de l'atteinte des objectifs doit être menée dans le respect de la ***protection de la personnalité*** et de la ***bonne foi***.

— Si une ***participation directe aux pertes*** est incompatible avec le droit du travail, la gratification conditionnelle et la participation combinée à une rémunération sur objectifs permettent d'atteindre un objectif proche.

663. — Nous proposons de distinguer clairement entre ***plan d'intéressement et plan d'investissement***. En effet, la jurisprudence a créé un statut particulier de ***salarié investisseur***, caractérisé par la mise à l'écart des règles protectrices du droit du travail dans l'hypothèse spécifique où la participation à un plan financier ne fait pas l'objet d'une simple rémunération mais d'un véritable investissement.

II. En matière de liberté contractuelle

664. Les règles que nous avons exposées dans la première partie forment le substrat du droit des rémunérations variables. Mais ce substrat est une roche perméable qui se modifie actuellement sous l'effet d'un autre corps de règles qui vient l'imprégner : les droits fondamentaux.

665. L'étude raisonnée d'une matière somme toute assez vaste a donc commandé de faire ressortir les forces créatrices venant tarauder le paradigme de la liberté contractuelle. Le droit suisse des rémunérations variables démontre à la fois :

1° un attachement au concept de ***liberté contractuelle*** qui demeure le principe structurant de la matière, autour duquel s'organisent toutes les autres règles ;

2° une limitation légale à ce principe, par l'intervention du concept de ***protection de la personnalité*** du salarié et sa déclinaison sous la forme des principes de ***protection contre les engagements excessifs*** et de ***non-discrimination*** (principe lui-même décliné avec une force différente en fonction des critères retenus : sexe, nationalité, âge, état de santé, etc.) ;

3° un encadrement prétorien des domaines où était traditionnellement reconnu un pouvoir discrétionnaire à l'employeur (détermination du montant de la gratification contractuelle, fixation des objectifs de la rémunération sur objectifs, droit contractuellement réservé de modifier la rémunération, etc.) par application des principes de ***protection de la confiance*** et d'***interdiction de l'arbitraire.***

III. En matière de problèmes communs aux contrats

666. — La ***qualification*** même du contrat de travail pouvait être remise en cause du fait de l'introduction d'une rémunération variable. À cet égard, nous considérons qu'il faut ***rejeter définitivement l'institution du contrat de travail partiaire, de même que les qualifications incertaines telles que contrat de travail*** **sui generis**.

667. — Pour la ***formation*** du contrat, le domaine de l'erreur, du dol, de la crainte fondée et de la lésion sont restreints en matière de rémunération variable, sans empêcher cependant une ***invalidation de la transaction pour vice du consentement portant sur la rémunération variable***.

— Plus importants sont les caractères que doit revêtir la rémunération variable pour répondre aux exigences relatives à l'objet du contrat : ***objet déterminé, objet possible et objet licite***. En particulier, la clause instaurant la rémunération variable ne doit pas mettre en danger, de manière directe ou indirecte, la santé ou la sécurité du salarié. Elle ne doit pas non plus lui permettre de s'enrichir spécifiquement par l'accomplissement d'actions socialement injustifiées.

— Par ailleurs, nous insistons sur le ***devoir d'information*** de l'employeur, lequel devrait être effectif même s'il n'est pas sanctionné juridiquement, et sur le ***choix de la langue***

dans laquelle sont rédigées les clauses relatives à la rémunération variable, qui devrait être idéalement celle du lieu d'exécution du travail.

668. — Dans l'***exécution du contrat***, la présence d'une rémunération variable doit être traitée spécifiquement en cas de retard dans l'exécution de l'obligation. Lorsque l'employeur cesse de payer la rémunération variable obligatoire, mais non la gratification bénévole, le salarié peut cesser le travail en invoquant ***l'exception d'inexécution*** (à certaines conditions, le salarié peut aussi résilier le contrat). À l'égard du salarié gréviste, l'employeur, sauf à être lui-même à l'origine de la grève, pourra supprimer toute rémunération correspondant à la période non travaillée. Il ne pourra diminuer le montant attendu de la gratification contractuelle liée à la période durant laquelle s'est déroulée une grève licite ***que s'il peut se prévaloir de motifs objectifs spécifiques*** (par exemple, des difficultés économiques de l'entreprise liées à la grève).

— En cas d'empêchement non fautif de travailler du salarié, on appliquera la méthode de la ***rémunération hypothétique***. L'assiette de l'indemnité sera la même que pour les congés payés et comprendra ***toutes les rémunérations à l'exception de la gratification bénévole***. Par ailleurs, nous plaidons en faveur de l'application du ***même régime au licenciement injustifié et à la démission justifiée***. La logique du système le commande et les arguments tirés de la séparation des pouvoirs ne reposent pas sur des motifs sérieux.

669. — Concernant la ***modification*** de la rémunération variable, ***les clauses concernant le principe et les conditions d'octroi d'une rémunération variable, en tant qu'*****essentialia negotii,*** ***revêtent un caractère contractuel*** même si elles sont logées dans un autre document que le contrat lui-même : toute suppression ou modification de ces éléments suivra donc le régime des modifications contractuelles. Quant aux éléments non essentiels de la rémunération variable (critères spécifiques de calcul, etc.), ils revêtent le caractère d'annexe contractuelle, que l'employeur peut modifier ou supprimer selon son bon vouloir, mais en respectant ***la bonne foi et l'interdiction de l'abus de droit***.

— L'orientation prise par la jurisprudence en matière de modification de la rémunération variable présente une ***faille irrationnelle*** lorsqu'elle conduit à admettre une modification contractuelle défavorable au salarié par accord tacite.

***

670. Cette étude nous a ainsi permis de remplir les objectifs que nous nous étions fixés : rationaliser, par conceptualisation et systématisation, le droit positif suisse des rémunérations variables. En partant du constat d'une carence législative et d'un foisonnement jurisprudentiel conçu comme une réponse tâtonnante à une évolution irrésistible des pratiques, nous avons voulu restructurer la matière pour en faire jaillir les traits saillants : coexistence d'un domaine obligationnel et d'un domaine conçu comme discrétionnaire en principe, superposition des mécanismes contractuels traditionnels et des revendications constitutionnelles.

§ 2 – LA JUSTICE DES RÉMUNÉRATIONS VARIABLES

671. Nous avons ainsi pu observer que la rémunération variable était le vecteur d'un processus de ***décontractualisation*** du prix du travail, par une volonté fréquente de ***non-contractualisation*** de cet objet de la part des employeurs, à laquelle répondait une exigence de ***constitutionnalisation*** de son régime de la part des salariés.

672. Ce constat doit être replacé au sein d'une réflexion plus générale sur les tenants et aboutissants du droit positif des rémunérations variables. À cet égard, nous voyons le phénomène récent de prolifération des rémunérations variables comme le signe d'une ***financiarisation*** de l'économie, accentuant la logique d'abstraction et de mathématisation du réel qui est la marque de l'approche occidentale de la gestion des ressources économiques. Prodigieux moyen de créer de la valeur en faveur des propriétaires d'entreprise, l'objectif de faire fructifier le capital par des instruments financiers et comptables a conduit à flexibiliser au maximum les coûts induits par l'embauche de travailleurs, tout en faisant converger le plus possible les actions du travailleur avec les intérêts desdits propriétaires. La finance n'a longtemps été qu'un outil au service du travail, qui était l'unique facteur de création de la valeur. Désormais, c'est le travail qui est au service du résultat financier promis aux actionnaires. Cette financiarisation des entreprises a entraîné de nombreuses concentrations ; elle a accéléré l'innovation. Cependant, ce mécanisme a fini par s'essouffler comme en témoigne la crise en cours au niveau mondial depuis plusieurs années. De plus, le renversement de paradigme qu'il opère n'est anodin : alors que le travail est la première des richesses[1792], il devient dans cette perspective un simple coût.

673. La mutation ainsi décrite s'est produite par l'intermédiaire du ***droit***, conçu dans cette logique comme un simple ***instrument*** en vue de la réalisation d'objectifs économiques. Le droit occidental offrait d'ailleurs de prodigieux atouts pour mettre en œuvre un tel projet : la possibilité de traiter le travail humain comme une marchandise, legs du droit romain[1793], parvenu jusqu'à nous à la faveur d'un double sentiment :

[1792] *Cf.* Jean BODIN : « *Il n'y a richesse […] que d'hommes*. » (*Six Livres de la République,* Jacques du Puys, Paris, 1576, livre V, chapitre II).

[1793] **Le travail comme objet contractuel.** « *Le travail n'est pas une marchandise.* » (Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail, adoptée par la Conférence, Philadelphie, 10 mai 1944, I) La ***Déclaration de Philadelphie*** de 1944 a beau jeu de l'énoncer solennellement : l'affirmation se veut performative mais sa simple formulation admet la réalité d'une saisie du travail comme bien négociable. Par une évolution historique propre à l'Occident (*cf.* Pierre LEGENDRE, *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident,* (1e éd. 2004), Mille et une nuits, Paris, 2008), le travail des hommes est en effet considéré chez nous comme une ***marchandise***, que l'argent peut acheter (JAMOULLE, *Seize leçons,* p. 61 ; Hans Peter TSCHUDI, *Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts,* Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1987, p. 3). Cette conception est l'une des caractéristiques de notre économie et de notre société. Traiter le travail comme une marchandise paraît d'ailleurs si naturel en Occident qu'on perd généralement de vue que cette conception résulte d'un phénomène de synthèse, principalement à partir de deux éléments : la rationalisation de l'économie et la fiction juridique.

La ***rationalisation de l'économie***, qui a pour but l'enrichissement matériel, signe le mariage de la rationalité ***formelle*** (calculabilité, prévisibilité, quantification) — en somme d'un projet intellectuel de mathématisation de l'univers (*cf.* Franz BORKENAU, *Der Übergang vom Feudalen zum Bürgerlichen Weltbild : Studien zur Geschichte der Philosophie der Manufakturperiode,* (1re éd. 1934), Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1971) — et de la rationalité ***instrumentale*** (nivellement de la fin à la hauteur des moyens, analyse des coûts et des bénéfices tenant compte simultanément des moyens, de la fin et des conséquences indirectes) (Jon ELSTER, *Leibniz et la formation de l'esprit capitaliste*, Aubier-Montaigne, « Analyse et raison », Paris, 1975, p. 14). Produit de cet alliage, notre système

économique se caractérise par une ***conception abstraite et quantitative du travail***. Cette conception particulière est l'un des fondements du ***capitalisme***. La notion de « capitalisme » a fait l'objet de nombreuses théories dont plusieurs ont leur importance pour notre sujet (*cf.* Max WEBER, *Die protestantische Ethik und der « Geist » des Kapitalismus*, 1904-1905, trad. fr. *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme* par Isabelle Kalinowski, Flammarion, coll. « Champs », Paris, 3e éd., 2002 ; Raymon ARON, *Les Étapes de la pensée sociologique,* Gallimard, « Tel », Paris, 1967, p. 531). Celle de ***Karl Polanyi*** est la plus décisive puisqu'elle fait le lien entre les bases intellectuelles du capitalisme et la rémunération du travail : le capitalisme repose sur la triple fiction consistant à considérer le travail, la terre et la monnaie comme des marchandises, c'est-à-dire comme des biens ***quantifiables*** et ***échangeables*** (Karl POLANYI, *The Great Transformation,* Rinehart, New York, 1944, trad. fr. *La grande transformation,* par Catherine Malamoud, Gallimard, Paris, 1983, pp. 102 et s. ; *cf.* également Jérôme MAURCOURANT, *Avez-vous lu Polanyi ?*, Flammarion, « Champs essais », Paris, rééd., 2011).

On comprend ainsi que considérer le travail comme un bien quantifiable et échangeable est une ***fiction juridique***. Cette fiction a seule permis l'élaboration d'une théorie juridique du ***travail comme objet contractuel***, laquelle nous est parvenue par la conjonction de deux traditions (même si, de manière plus générale, le droit actuel en Europe est fondé sur une civilisation commune dont les racines sont triples : philosophie grecque, droit romain et christianisme, *cf.* Antonio PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa, dal medievo all'età contemporeana,* Il Mulion, « Collezione di Testi e Studi », « Diritto », Bologne, 2007) :

1° L'***héritage romaniste***. Notre contrat de travail est l'héritier du ***contrat de louage d'esclave*** du droit romain, ce qui n'est pas anodin. En droit romain, le contrat de louage est l'un des quatre contrats consensuels de bonne foi (avec la vente, le mandat et la société) (Wilhelm BIRCHMEIER, *Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im schweizerischen Obligationenrecht,* Buchdruckerei J. Dossenbach, Baar, 1926, p. 3) : un propriétaire peut louer diverses choses en sa possession, notamment son esclave, à une personne en quête de main-d'œuvre. Le droit romain voyait dans ce procédé le louage d'une ***chose*** (*locatio rei*), l'esclave étant une chose (*res*) (Hans Peter TSCHUDI, *Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts,* Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1987, p. 1). Cette qualification du travail de l'esclave sous la direction d'autrui comme contrat de louage entraînait diverses conséquences : en fin de contrat, le preneur restituait la chose louée, c'est-à-dire que l'esclave retournait chez son maître (LÉVY/CASTALDO, *Histoire du droit civil,* p. 730) ; surtout, en cours de contrat, le preneur versait une rémunération (appelée *merces*) au propriétaire de l'esclave, à titre de loyer. Par la suite, des esclaves voulurent, de leur propre initiative, se louer à des employeurs : la rémunération, qui restait obligatoire dans le louage sauf à le transformer en prêt (« commodat ») ou en mandat, revenait au maître de l'esclave ou alimentait le pécule de celui-ci (Digeste 33, 2, 2). Dans une étape ultérieure, l'ouvrier, homme libre, conclut lui-même le contrat et perçut le salaire (LÉVY/CASTALDO, *Histoire du droit civil,* p. 730) (on dit alors qu'il « *locat se* », « il se place »). Cette tradition fut mise en forme par le juriste hollandais du XVIIe siècle Jan Voet lequel distingua le louage de ***chose*** (*locatio rei*), le louage d'***ouvrage*** (*locatio rei faciendi*) et le louage de ***services*** (*locatio operarum*) (*cf.* Auguste MAURICE, *Table des commentaires de J. Voet sur les Pandectes, analysés dans leurs rapports avec chacun des articles des cinq codes français,* Librairie polytechnique, Bruxelles, 1841). Pothier recueillit cette tradition (*Traité du contrat de louage* ; *cf.* également : DOMAT, *Lois civiles* , livre I, titre IV, sections VII et VIII ; Luigi Mengoni, « Le contrat de travail en droit italien », *Le Contrat de travail dans le droit des pays membres de la CECA,* Luxembourg, 1965, pp. 421 et s., en partic. p. 424) et les auteurs du Code civil français s'en inspirèrent en 1804. À partir de ces racines, le louage de services s'est répandu dans toute l'Europe (l'Angleterre connaissant une variante sous l'appellation *contract of service* - sur la distinction, propre aux droits de Common law, entre *contract of service* et *contract for services, cf.* SUPIOT, *Critique,* p. 15 et Deborah LOCKTON, *Employment Law,* Palgrave Macmillan, Londres, 7e éd., 2010, p. 21) et notamment en Allemagne (*Dienstvertrag*) et en Suisse (« louage de services » du Code fédéral des obligations de 1881, repris dans le Code des obligations de 1911).

2° La ***philosophie des Lumières***. La conception contractuelle de la relation de travail — et son corollaire, la rémunération contractuelle du travail — résulte également de la philosophie des Lumières, telle qu'elle se propagea en Europe au XVIIIe siècle. Régna alors l'idée qu'une personne ne pouvait soumettre sa volonté à celle d'une autre personne que par son propre consentement (*cf.* Samuel VON PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, 1672, trad. fr. *Droit de la nature et des gens* par Barbeyrac, Réimpression par la Bibliothèque de philosophie politique et juridique, Caen, 1987, L. III, Ch. 2, § 8). Le contrat était donc le lieu propice à l'épanouissement d'une philosophie visant à promouvoir la liberté et l'égalité entre cocontractants. Tout contrat se veut en effet ***geste de rassemblement et d'équilibre***, action d'harmonisation. Les parties envisagent nécessairement un but commun, sorte de finalité idéale qu'elles se représentent mentalement. Dans le processus de création contractuelle viennent souvent se superposer ***des intérêts divergents*** dans les modalités pour parvenir au but commun ; au moment d'inscrire le but idéal dans le réel, les esprits parfois s'échauffent et se divisent — c'est le lot de la relation contractuelle d'être recherchée en même temps que redoutée.

C'est la Révolution française notamment qui promut ***le contrat de travail abstrait contre le système corporatif*** (William RAPPARD, La Révolution industrielle et les origines de la protection légale du travail en Suisse, (1re éd. 1914), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2008, p. 4), issu de la tradition germaniste et liant travail et statut, mais désormais perçu comme hiérarchique et autoritaire (JAMOULLE, *Seize leçons,* pp. 59-60). Les codificateurs des XVIIIe et XIXe siècles marquaient ainsi leur rejet d'une conception à la fois statutaire et diversifiée du travail. En effet, dans le système de valeurs que nous avait légué la période médiévale, il n'y avait de « *prise de conscience d'une situation […] professionnelle qu'à travers une participation […] à un univers religieux* » (Jacques LE GOFF, *Pour un autre Moyen Âge,* Gallimard, « Bibliothèque des idées », Paris, 1977), ce qui impliquait de placer les relations corporatistes sous la tutelle d'un saint protecteur et, surtout, de reconnaître la diversité des réglementations, propres aux différentes professions (Guillaume Hubert CAMERLYNCK, *Le Contrat de travail,* Dalloz, Paris, 2e éd., 1982, p. 2). Cette conception a progressivement laissé la place à une conception unifiée du travail dépendant, sous l'égide d'une réglementation contractuelle uniformément applicable. La variété du travail se fondait ainsi dans une même catégorie abstraite (Karl

1° le ***mépris***, persistant à travers les siècles, pour celui qui est soumis à la nécessité de travailler, c'est-à-dire d'endurer, pour subvenir à ses besoins, la souffrance physique ou morale de l'effort face à, notamment, l'idéal antique d'*otium* et l'idéal médiéval de prière ;

2° la ***méprise*** de révolutionnaires du XVIII[e] siècle, animés de la foi que le contrat, dès lors qu'il serait passé entre individus formellement libres et égaux, ne pourrait déboucher que sur des situations justes.

674. Mais l'ancrage de plus en plus affirmé des valeurs droitdelhommistes de libre épanouissement de la personnalité ont accéléré la revendication de droits subjectifs par les partenaires contractuels. La constitutionnalisation du droit du travail qui en a résulté pose donc des limites à la liberté regagnée par la partie la plus forte. Cette revendication de droits subjectifs, réponse certes légitime dans son essence à un déséquilibre entre contractants ressenti comme choquant, est toutefois grosse de dangers plus graves encore : se fait jour le risque que le travailleur, pour être traité comme un ***sujet***, ne puisse plus être traité que comme un ***objet***. En effet, pour abolir le discrétionnaire à travers lequel prospère la discrimination, seul le caractère objectif d'une décision devient admissible. Or, prendre une décision objective signifie être en mesure de rendre raison des critères de son choix, ce qui oblige l'employeur à le faire reposer sur des éléments détachables de la personne du salarié. Concrètement, comment se garantir de l'accusation de discrimination autrement qu'en rémunérant les travailleurs sur des critères mathématisés où la diversité des personnalités tend à s'effacer devant les chiffres et les graphiques ? Pourtant un homme n'est pas un chiffre et le travail n'est pas un tracé géométrique.

675. Face à cette aporie — la tentative de ***subjectivation protectrice*** débouchant sur une ***objectivation destructrice*** —, il nous apparaît nécessaire de ne pas renoncer à chercher une solution à la question suivante : ***comment concevoir un droit des rémunérations variables qui, dans un contexte d'économie durablement mondialisée, libre-échangiste et concurrentielle, soit considéré comme juste, c'est-à-dire fasse le départ entre le dû et le non-dû de telle sorte à promouvoir un libre, égal et pérenne épanouissement de la personnalité de chaque acteur ?*** Nous considérons que la réponse à cette énigme ne peut se trouver que dans une réhabilitation du Droit comme ***référence tierce et dogmatique***,

---

MARX, *Das Kapital,* 1867, trad. fr. *Le Capital* par Michel Jacob, Joseph Roy, Maximilien Rubel et Suzanne Voute, Gallimard, Paris, 2008, chap. I). Le monde non-occidental, et même l'Europe, connaissent encore des façons non abstraites d'appréhender juridiquement la relation de travail (système corporatif, de castes, communautaire, sans parler de façons non marchandes de procéder à des échanges, *cf.* Marcel MAUSS, *Essai sur le don,* (1[re] éd. 1925), Presses Universitaires de France, Paris, 2007). Le droit du travail suisse lui-même ne rejette pas entièrement la conception germanique lorsque le gouvernement proclame : « *Les rapports de service ne représentent pas seulement un échange de prestations, mais […] ils créent aussi un lien de communauté.* » (*Message 1967*, p. 353. Eugen Huber l'avait dit de la manière la plus claire : « *Der Dienstvertrag […] ist nicht bloss ein Austausch von Arbeitsleistung und Lohn, sondern es kommt beim Dienstvertrag zum Ausdruck noch ein Element des Zusammenwirkens von Arbeitgebern und Arbeitnehmern […]. Es ergeben sich daraus Regeln für den Dienstvertrag, die man gar nicht verstehen kann, wenn man bloss auf das starre, blutlose Austauschen von Arbeit und Lohn Bezug nimmt.* » (*Bulletin sténographique de l'Assemblée fédérale*, CN 1909, p. 594) Mais seule la conception romaniste, rationalisée et marquée du sceau de la liberté et de l'égalité formelle, permet de faire du travail humain l'objet d'un rapport d'échange, c'est-à-dire, du point de vue juridique, d'un contrat.

Cette conception purement formelle de la relation de travail a entraîné, on le sait, des atrocités sociales, lesquelles, par une forme de « révolte des faits contre le droit », pour reprendre une idée de Gaston Morin (*La Révolte des faits contre le code,* Grasset, Paris, 1920), ont conduit à l'apparition du droit du travail, qui s'est progressivement détaché du tronc commun du droit des obligations (*cf.* également Alain Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 1990. 485). La Suisse, à travers une ordonnance glaronnaise de 1846, fut d'ailleurs une des premières nations d'Europe à faire l'expérience d'une législation industrielle réglementant non seulement le travail des enfants, mais aussi celui des adultes (René LAVOLLÉE, *Les Classes ouvrières en Europe,* Guillaumin et cie, Paris, 2[e] éd. 1884, tome II, p. 13). La législation du canton de Glaris, notamment une loi du 10 août 1864, servit d'ailleurs de prototype à la première loi fédérale sur le travail en fabrique de 1877 (William RAPPARD, *La Révolution industrielle et les origines de la protection légale du travail en Suisse*, (1[re] éd. 1914), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2008, p. 218).

c'est-à-dire comme instance extérieure aux individus et supérieure à eux, en vue de marquer une limite à la tentation de toute-puissance qui menace celui qui a des personnes sous sa subordination. Quant à la détermination de la nouvelle règle juridique en matière de rémunération variable du travail dépendant, nous proposons de la faire émerger en combinant les divers procédés que la tradition sociale européenne nous a légués. La nouvelle règle naîtrait alors d'une négociation collective entre partenaires de travail (secteur par secteur) visant une union durable et tenant compte des impératifs d'une création de richesse rationnelle, sous l'égide d'une garantie par l'État.

676. Nous voulons souligner ***l'urgence de cette rénovation*** à l'heure où le monde subit les conséquences désastreuses d'une crise dont l'origine doit beaucoup à la financiarisation de l'économie et à ses conséquences en termes de rémunération du travail. Cependant, nous sommes prévenus contre l'illusion consistant à vouloir tout régir par le droit. Il ne s'agit pas de concevoir une réglementation qui, à l'instar du Code général des États prussiens de 1794, contiendrait plus de 19 000 articles. Il s'agit plutôt de faire sienne, en matière de rémunération variable comme ailleurs, la maxime kantienne : traiter autrui toujours comme une fin et jamais comme un moyen.

677. C'est le lot d'un animal social comme l'être humain que d'accepter que la volonté de toute-puissance qui le taraude parfois soit limitée, pour que s'enclenche un processus de civilisation, seul à même de porter l'homme au-delà du règne arbitraire de la nature et de donner un sens au destin de toute l'humanité.

MÉMENTO PRATIQUE
POUR RESPECTER LE DROIT DES RÉMUNÉRATIONS VARIABLES

I. Mettre en place le système de rémunération

A. À partir du tableau n° 1 « Transferts de biens dans le patrimoine du salarié », opérer le choix des éléments de rémunération qui constitueront le système de rémunération de chaque salarié.

B. Mettre par écrit l'accord des parties sur la rémunération :

1. en général :

    a. informer clairement le salarié sur son système de rémunération ;

    b. soigner la rédaction pour éviter tout malentendu et fermer au maximum la voie à des interprétations ultérieures ;

    c. respecter les conventions collectives et les contrats-types applicables (par exemple, interdiction de certaines sortes de rémunération, modalité de versement du treizième salaire, etc.) ;

    d. contractualiser les obligations découlant du droit administratif (FINMA) et du droit des sociétés (Lex Minder) ;

2. en particulier, en fonction des sortes de rémunérations choisies :

    a. distinguer clairement entre les différentes formes de rémunération : éviter les catégories fourre-tout et ne pas confondre gratification contractuelle (évaluation subjective) et rémunération sur objectifs (évaluation objective) ;

    b. pour la rémunération sur objectifs : définir des objectifs pertinents et déterminer la périodicité et les modalités de renouvellement des objectifs ;

    c. ne pas contractualiser la gratification bénévole sous peine de la voir perdre cette qualité ;

    d. pour la gratification contractuelle : prévoir les éventuelles conditions suspensives ;

e. pour les acomptes, les avances, les indemnités conventionnelles de licenciement et les frais : prévoir les éventuelles conditions résolutoires ;

f. prévoir les modalités du plan d'actionnariat salarié en cas de transfert d'entreprise ultérieur ;

3. anticiper certains événements :

a. prévoir le mode de rémunération des périodes d'empêchement du salarié : empêchement non fautif (maladie, accident, maternité, etc.), vacances ;

b. prévoir le mode de rémunération des heures supplémentaires ;

c. se réserver un droit de modification unilatérale de manière claire et précise et s'appuyant sur des éléments objectifs ;

d. prévoir les éventuelles sanctions pécuniaires.

C. Vérifier que le système, pris dans son ensemble, respecte les règles générales :

1. contrôler que le système de rémunération n'entraîne pas une requalification du contrat ;

2. respecter le salaire minimum éventuellement applicable ;

3. éviter toute discrimination entre hommes et femmes et entre nationaux et ressortissants communautaires ;

4. respecter globalement une certaine égalité de traitement entre les salariés effectuant un travail égal ;

5. si une autre monnaie que le franc suisse est choisie, veiller à ne pas opérer un transfert du risque d'entreprise sur le salarié ;

6. si la rémunération est variable pour plus de la moitié du total, obtenir un accord écrit du salarié.

II. Faire vivre le système de rémunération

A. Préserver le caractère bénévole de la gratification :

1. renouveler chaque année la réserve du caractère bénévole ;

2. interrompre le versement de la gratification bénévole si un changement intervient (performance économique défavorable, qualité du travail

diminuée) sauf s'il l'on souhaite la transformer en gratification contractuelle ;

3. respecter l'échelle du caractère accessoire de la gratification (tableau n° 2).

B. Contrôler les montants de rémunération perçus par le salarié :

1. veiller à ce que le salarié obtienne toujours le salaire minimum applicable ;

2. en l'absence de salaire minimum, veiller à ce que le salarié obtienne toujours une rémunération convenable ;

3. ne pas introduire de discrimination prohibée et maintenir une certaine égalité de traitement objective ;

4. déterminer le montant de la gratification contractuelle de manière équitable et cohérente.

C. Évaluer le salarié :

1. respecter les procédures d'évaluation prévues ;

2. respecter la personnalité du salarié lors de l'évaluation.

D. Modifier le système de rémunération :

1. obtenir l'accord exprès du salarié pour toute modification défavorable de son système de rémunération ;

2. en l'absence d'accord du salarié, ne modifier le contrat que

   1° si la modification est économiquement justifiée et intervient au terme du délai de congé normalement applicable ou

   2° si elle intervient comme sanction d'une faute objective du salarié, conformément aux prévisions contractuelles, de manière proportionnée, de bonne foi et en respectant la personnalité du salarié.

III. Mettre fin au contrat en respectant les règles sur les rémunérations variables

A. Gérer le déroulement du licenciement :

1. ne licencier le salarié à une date proche d'une échéance de rémunération conditionnelle que s'il existe un motif de licenciement ;

2. en cas de transaction, veiller à obtenir un consentement libre et clair du salarié.

B. Verser les éléments de rémunération dus :

1° la gratification contractuelle si les événements faisant l'objet de conditions suspensives sont survenus ou si un versement *pro rata temporis* est prévu ;

2° la rémunération variable obligatoire, même si le salarié est libéré de l'obligation de travailler pendant le délai de congé ;

3° les indemnités contractuellement prévues.

BIBLIOGRAPHIE

« *Mon apparence corporelle peut être au bord d'un fleuve ou de la mer tandis que mon esprit est dans un palais.* »[1794]

1) Droit suisse

a. Réglementation collective et professionnelle

Convention collective nationale du 6 juillet 1998 pour les hôtels, restaurants et cafés (Arrêté d'extension du 19 novembre 1998 ; dernière prolongation et modification le 26 novembre 2013)

Convention collective nationale des coiffeurs du 7 juillet 2009 (Arrêté d'extension du 27 avril 2010 ; remise en vigueur et dernière modification le 30 août 2013)

Convention relative aux conditions de travail du personnel bancaire (dernière version le 1er avril 2014)

Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise, édité par la Fédération des entreprises suisses (economiesuisse), 1e éd. juillet 2002 (mise à jour en 2007) (disponible sur ecgi.org)

Convention collective des CFF (dernière version : 2011)

b. Travaux législatifs

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse, 28 mai 1904, *Feuille fédérale* 1904, volume IV, pp. 1-371 (cité : *Message 1904*, suivi du numéro de la page concernée).

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (Droit des obligations et titre final), 3 mars 1905, *Feuille fédérale* 1905, volume II, pp. 1-295 (cité : *Message 1905*, suivi du numéro de la page concernée).

Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision du Code des obligations, 1er juin 1909, *Feuille fédérale* 1909, volume III, pp. 747-778 (cité : *Rapport 1909*, suivi du numéro de la page concernée).

[1794] Propos prêté par Liu Xie à Zhuang Zi, auteur du grand livre sur l'esthétique littéraire chinoise intitulé *L'Esprit de la littérature et l'ornementation ouvragée* (*cf.* Jacques PIMPANEAU, *Anthologie de la littérature chinoise classique,* Éditions Philippe Picquier, Arles, 2004, p. 327).

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur le statut des voyageurs de commerce, 6 décembre 1940, *Feuille fédérale* 1940, volume I, 1341-1380 (cité : *Message 1940,* suivi du numéro de la page concernée).

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième *bis* du Code des obligations 1967 (Du contrat de travail), 25 août 1967, *Feuille fédérale* 1967, volume II, pp. 249-479 (cité : *Message 1967*, suivi du numéro de la page concernée)

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 19 décembre 1975, *Feuille fédérale* 1976, volume I, pp. 117-309 (cité : *Message LPP*, suivi du numéro de la page concernée)

Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la votation populaire du 21 mars 1976, *Feuille fédérale* 1976, volume II, pp. 639 et s.

Message du 9 mai 1984 concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations, *Feuille fédérale* 1984, volume II, pp. 574-654 (cité : *Message 1984,* suivi du numéro de la page concernée)

Message sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE, 24 février 1993, *Feuille fédérale* 1993, volume I, pp. 757 et s.

Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, *Feuille fédérale* 1997, volume I, pp. 1-653 (cité : *Message 1996*, suivi du numéro de la page concernée)

Message du Conseil fédéral du 13 juin 2000, *Feuille fédérale* 2000 3995

Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national concernant l'initiative parlementaire « Créances salariales en cas de faillite », 7 novembre 2001, *BOAF* 2001. 00.459n

Rapport de la Commission des institutions publiques du Conseil national, 25 avril 2002, *Feuille fédérale* 2002 6972

Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, 23 juin 2003, *Feuille fédérale* 2003. 5815
Message du Conseil fédéral du 23 juin 2004, *Feuille fédérale* 2004 4223

Rapport du Conseil fédéral sur le salaire des cadres en 2008, mai 2009 (« Rapport à l'intention de la Délégation financière des Chambres fédérales sur la rémunération et sur d'autres conditions contractuelles convenues avec les cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des entreprises et des établissements de la Confédération », disponible sur admin.ch)

Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de révision partielle du code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur), 2009, disponible sur admin.ch

Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, 26 juin 2009, *Feuille fédérale* 2009. 7217

Motion n° 09.4237 du 11 décembre 2009 visant à l'imposition des bonus

Motion n° 09.4241 du 11 décembre 2009 visant à adapter les rémunérations variables à la performance durable

Motion parlementaire n° 10.3047 du 3 mars 2010 « Pas de bonus pour les grandes banques qui disposent de facto d'une garantie de l'État »

Réponse du Conseil fédéral du 12 mai 2010 à la motion parlementaire n° 10.3047

Initiative parlementaire n° 10.443 du 20 mai 2010 « Contre-projet à l'initiative populaire contre les rémunérations abusives »

Initiative parlementaire n° 10.460 du 22 juin 2010 sur le traitement des rémunérations très élevées du point de vue du droit des sociétés et du droit fiscal

Motion n° 10.3836 du 1er décembre 2010 visant à interdire les bonus dans une entreprise déficitaire

Initiative populaire fédérale contre les rémunérations abusives et contre-projet indirect (initiative parlementaire n° 10.443)

Message du Conseil fédéral du 20 avril 2011 concernant la révision de la loi sur les banques (Renforcement de la stabilité du secteur financier, too big to fail), *Feuille fédérale* 2011. 4365

Motion n° 11.3517 du 14 juin 2011 « Lohntransparenz schaffen »

Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « 1 :12 – Pour des salaires équitables », 18 janvier 2012, *Feuille fédérale* 2012. 503-528

Initiative populaire fédérale des Jeunes socialistes suisses pour limiter les hauts salaires dans les entreprises

Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de révision partielle du code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur), disponible sur le site : ejpd.admin.ch

Rapport explicatif de l'Avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives (ORAb), 14 juin 2013, disponible sur le site de l'office fédéral de la justice (bj.admin.ch) et rapport additionnel

c. Ouvrages

Raniero ADDORISIO DE FEO, *Die Fälligkeit von Vertragsforderungen,* Schulthess, Zurich, 2001

David AUBERT, *Le contrat de travail des voyageurs de commerce,* Éditions Bis et Ter, Lausanne, 2010

Gabriel AUBERT, *L'obligation de paix du travail. Etude de droit suisse et comparé,* Georg, Genève, 1981

Gabriel AUBERT, *Quatre cents arrêts sur le contrat de travail*, Payot, « Collection juridique romande », Lausanne, 1984 (cité : *Quatre cents arrêts*)

Franziska BÄCHLER, *Vergütungen von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern in Banken,* Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2012 (cité : BÄCHLER, *Vergütungen*)

Christoph BALSIGER, *Die Abgangsentschädigung,* Schulthess, Zurich, 1995

Hermann BECKER, *Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse,* Stämpfli, « Berner Kommentar », Berne, 1934

Alexandre BERENSTEIN, *Études de droit social,* Georg, Librairie de l'Université, Genève, 1979

Samantha BESSON, *L'Égalité horizontale : l'égalité de traitement entre particuliers,* Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1999

Margrith BIGLER-EGGENBERGER, *Et si la Justice ôtait son bandeau ? La jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'égalité entre femme et homme,* Helbing & Lichtenhahn, Genève/Bâle, 2003

Wilhelm BIRCHMEIER, *Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im schweizerischen Obligationenrecht,* Buchdruckerei J. Dossenbach, Baar, 1926

Niklaus BLATTNER/Walter HESS/Mathias JEGER/Christoph KLINGEN, *Lohnindexierung : Formen, Verbreitung und Wirkungen,* Verlag Rüegger, Coire/Zurich, 1993

Alfred BLESI, *Die Freistellung des Arbeitsnehmers,* Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2e éd., 2010

Peter BÖCKLI/Claire HUGUENIN/François DESSEMONTET, *Le gouvernement d'entreprise : rapport du groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme,* CEDIDAC, Lausanne, 2004

Peter BÖHRINGER, *Arbeitsrecht,* Orell Füssli, Zurich, 1996

Véronique BOILLET, *L'Interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes,* Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2010

Philippe BOIS, *La Participation,* Éditions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1976

Alvaro BORGHI, *La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE*, *Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999,* Éditions interuniversitaires suisses, Genève/Lugano/Bruxelles, 2010

Daniel BRAND/Lucius DÜRR *et alii, Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht,* Cosmos Verlag, Muri-Bern, 1991

Jürg BRÜHWILER, *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag,* Verlag Paul Haupt, Berne/Stuttgart/Vienne, 1996 (cité : BRÜHWILER, *Einzelarbeitsvertrag*)

Christiane BRUNNER/Jean-Michel BÜHLER/Jean-Bernard WAEBER/Christian BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, Liaisons sociales, Lausanne, 3e éd., 2004 (réimpression 2010) (cité : BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire*)

Fadri BRUNOLD, *Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht,* Stämpfli, Berne, 2014

Bruno VON BÜREN, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,* Schulthess, Zurich, 1964

Raoul BUSSMANN, *Rückzahlungsklauseln bei freiwilligen Leistungen des Arbeitsgebers,* thèse, Zurich, 1977

Pascale BYRNE-SUTTON, *Le Contrat de travail à temps partiel,* Schulthess, Zurich, 2001

Philippe CARRUZZO, *La Rémunération du travailleur et le remboursement des frais*, Fédération des entreprises romandes, « Etudes et documents », Genève, 2007 (cité : CARRUZZO, *La Rémunération*)

Philippe CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail,* Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2009

Marco CEREGHETTI, *Die Besteuerung von Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen als Einkommen und als Vermögen,* thèse, Zurich, 1997

Eric CEROTTINI, *Le droit aux vacances,* thèse, Lausanne, 2001

Jean-Luc CHENAUX/Lise Dummermuth, *Les plans d'intéressement,* Cedidac UNIL, Lausanne, 2013

Jean-Philippe CHENAUX, *Salaire au mérite : la compétence prime,* Centre patronal, « Études et enquêtes », Lausanne, 1998

Conradin CRAMER, *Der Bonus im Arbeitsvertrag*, Stämpfli, Berne, 2007 (cité : CRAMER, *Der Bonus*)

Gottlieb DELBRÜCK, *Die Gratifikation im schweizerischen Einzelarbeitsvertrag,* Schulthess, Zurich, 1981 (cité : DELBRÜCK, *Die Gratifikation*)

Kübra DOGAN YENISEY, *La modification du contrat de travail,* Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2005 (cité : DOGAN YENISEY, *La modification*)

Jean-Louis DUC/Olivier SUBILIA, *Droit du travail : éléments de droit suisse,* Bis et Ter, Lausanne, 2e éd., 2010 (cité : DUC/SUBILIA, *Droit du travail*)

Jean-Philippe DUNAND/Pascal MAHON, *Commentaire du contrat de travail,* Stämpfli, Berne, 2013

Jürg Emil EGLI, *L'Indemnité de départ dans le contrat de travail,* Juris Druck + Verlag, Zurich, 1979

Münir EKONOMI/Manfred REHBINDER, *Mängel des Arbeitsvertrages,* Stämpfli, Berne, 1983

Pierre ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse : dispositions générales du CO,* Stämpfli, Berne, 2e éd., 1997 (cité : ENGEL, *Obligations*)

Pierre ENGEL, *Contrats de droit suisse,* Stämpfli, Berne, 2e éd., 2000 (cité : ENGEL, *Contrats*)

Emanuela EPINEY-COLOMBO, *Il Contratto di lavoro : vecchie glorie e astri nascenti,* Commissione Ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Bellizone, 2005

Christian FAVRE/Charles MUNOZ/Rolf TOBLER, *Le Contrat de travail, Code annoté,* Éditions Bis et ter, Lausanne, 2e éd., 2010

Marianne FAVRE-MOREILLON, *Droit du travail,* Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2e éd., 2006

Thomas GEISER/Adrian VON KÄNEL/Rémy WYLER (édit.), *Loi sur le travail,* Stämpfli, Berne, 2005

Thomas GEISER/Roland MÜLLER, *Arbeitsrecht in der Schweiz,* Stämpfli, Berne, 2e éd., 2012 (cité : GEISER/MÜLLER, *Arbeitsrecht*)

Philippe GNAEGI, *Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie,* Schulthess, Zurich, 1996

Theo GUHL, *Das Schweizerische Obligationenrecht,* Schulthess, Zurich, 9e éd. remaniée par Alfred Koller, Anton Schnyder et Jean Nicolas Druey, 2000

Olivia GUYOT/Juliette JACCARD/Hans KERN/Roxane ZAPPELLA, *Le Contrat de travail,* Fédération des Entreprises Romandes, Genève, 2e éd., 2010

Stephan HEGNER, *Salaire égal pour un travail de valeur égale,* Union centrale des associations patronales suisses, Zurich, 1981

Christof HELBLING, *Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz,* Schulthess, Zurich, 2e éd., 2003

Anne HÉRITIER, *Les pots-de-vin*, Georg, Genève, 1981

René HIRSIGER, *Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis — Gleichzeitig ein Beitrag zu erfolgs- und leistungsabhängigen Vergütungssystemen und Bonuszahlungen im schweizerischen Arbeitsrecht,* Stämpfli, Berne, 2011 (cité : HIRSIGER, *Zielvereinbarung*)

Heinrich HONSELL/Nedim Peter VOGT/Wolfgang WIEGAND (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I,* Helbing Lichtenhahn, Bâle, 5e éd., 2011

Walther HUG, *Commentaire de la loi fédérale sur le travail,* Stämpfli, Berne, 1971

Claus HUTTERLI, *Der leitende Angestellte im Arbeitsrecht,* Stämpfli, Berne, 1984

Diana IMBACH HAUMÜLLER, *Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich — ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle ?*, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2011

Hans-Joachim JAEGER/Andreas VON PLANTA/Peter BÖCKLI/Xavier OBERSON/Bui VAN THANH, *Les plans d'intéressement – Stock option plans*, *Journée d'étude en l'honneur du Professeur Georges Muller,* (édit. Grégoire Bovet) CEDIDAC, n° 45, Lausanne, 2001

Carlos JAICO CARRANZA/Sébastien MICOTTI, *Whistleblowing,* Schulthess, Zurich, 2014

Susanne JANSSEN, *Die Zeugnispflicht des Arbeitsgebers,* thèse, Berne, 1996

Adrian VON KÄNEL (édit.), *Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht,* Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2010

Claudia KAUFMANN (édit.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2e éd., 2009

Rosmarie KNECHT, *Mitarbeiterbeteiligung in der Praxis,* Cosmos Verlag, Muri-Bern, 2001

René KUHN, *Das Konkurrenzverbot im Arbeitsvertragsrecht,* Cosmos Verlag, Muri-Bern, 1981

René KUHN/Gerhard KOLLER, *Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis*, Weka-Verlag, Zurich, 1982 (cité : KUHN/KOLLER)

David LACHAT, *Le Bail à loyer*, Asloca, Lausanne, 2008

Daniel LENGAUER/Mirjam HOLDEREGGER, *Droit des sociétés et droit du marché des capitaux,* Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2009

Daniel LEU, *Variable Vergütungen für Manager und Verwaltungsräte,* Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2005

Pascal MAHON, *Réglementation du travail,* Presses polytechniques romandes, Lausanne, 1984

Jean-Pierre MARQUART, *La participation aux bénéfices dans le contrat de travail,* thèse, Fribourg, 1951

Philippe MEIER, *Protection des données,* Stämpfli, Berne, 2010

Samantha MEREGALLI DO DUC, *Rémunération et conflits d'intérêts dans la distribution des placements collectifs de capitaux,* Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2010

Beat MEYER, *Das Anstellungsverhältnis des Handelreisenden,* thèse Zurich, 1978

Daniel MEYER, *Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht,* Stämpfli, Berne, 1976

Josef MONTANARI, *Gesetzliche Lohnregelungen,* Buchdruckerei Heller, Muri-Bern, 1987

Roger Peter MORF, *Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis,* thèse, Stämpfli, Berne, 2011 (cité : MORF, *Lohn und besondere Vergütungsformen*)

Philipp MÜLHAUSER, *Das Lohnbuch 2012 — Mindestlöhne sowie orts- und berufsübliche Löhne in der Schweiz,* Orell Füssli, Zurich, 2012

Christoph NEERACHER, *Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot,* Stämpfli, Berne, 2001

Hugo OSER/Wilhelm SCHÖNENBERGER, *Das Obligationenrecht, 1. Teil, Zürcher Kommentar,* Schulthess, Zurich, 2e éd., 1929

Kurt PÄRLI, *Vetragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis,* Stämpfli, « Habil. St. Gallen », Berne, 2009

Mark PIETH, *Anti-Korruptions-Compliance,* Dike, Zurich/Saint-Gall, 2011

Dominique PORTMANN, *Mitarbeiterbeteiligung. Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht,* Stämpfli, Berne, 2005

Wolfgang PORTMANN/Jean-Fritz STÖCKLI, *Schweizerisches Arbeitsrecht,* Dike, Zurich/Saint-Gall, 3e éd., 2013 (cité : PORTMANN/STÖCKLI, *Schweizerisches Arbeitsrecht*)

Friedrich Wilhelm RADÜ, *Die Konkretisierung der Berufsfreiheit im Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz,* Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1978

William RAPPARD, *La Révolution industrielle et les origines de la protection légale du travail en Suisse,* (1e éd. 1914), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2008

Manfred REHBINDER, *Kommentar zu den Art. 331-355 OR,* Stämpfli, « Berner Kommentar », Berne, 1992 (cité : REHBINDER, *Berner Kommentar* 1992)

Manfred REHBINDER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Stämpfli, Berne, 15e éd., 2002

Manfred REHBINDER/Jean-Fritz STÖCKLI, *Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR*, Stämpfli, « Berner Kommentar », Berne, 2010 (cité : REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar*)

Hans REIS, *Die Lohndifferenzen zwischen Männern und Frauen in der Schweiz,* Peter Lang, Berne/Francfort/New York/Paris, 1988

Gabriela RIEMER-KAFKA/Nicole Elischa KRENGER, *Arbeitsrecht – Kommentierte Tafeln,* Stämpfli, Berne, 2013

Andreas RISI, *Mitarbeiteroptionen und –aktien : Bewertung, Rechnungslegung, Besteureung,* Treuhand-Kammer, Zurich, 1999

Jakob ROOST, *Freiwillige Sozialleistungen — Bedeutung, Arten und Ausgestaltung,* Stämpfli, Berne, 1979

Anne-Lise SAILLEN, *La Protection de la personnalité du travailleur au sens de l'article 328 al. 1 CO,* Imprimerie Graphus, Lausanne, 1981

Dimitri SANTORO, *Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag,* Stämpfli, Berne, 2001

Christoph Oliver SCHMID, *Möglichkeiten und Grenzen von leistungs- und erfolgsorientiertem Lohn im privatrechtlichen Arbeitsvertrag. Ein Beitrag zur Lehre des Betriebsrisikos,* thèse, Saint-Gall, 2000 (cité : SCHMID, *Betriebsrisiko*)

Benno SCHNÜRIGER, *Annahmeverzug und Betriebsrisiko,* thèse, Zurich, 1981

Hans Ueli SCHÜRER, *Arbeit und Recht,* Verlag SKV, Zurich, 11e éd., 2011

Paul SCHWARTZ, *Einführung in die Praxis des Dienstvertragsrechts,* Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1949

Edwin SCHWEINGRUBER, *Commentaire du contrat de travail*, traduit de l'allemand par Albert Laissue, Union syndicale suisse, Berne, 1975

Daniel SENN/Maurice PEDERGNANA, *Vergütungssysteme in der Schweiz,* Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2010

Martin SPRENGER/Ursula SURY/Alice SEGER, *Kurzeinführung ins Arbeitsrecht,* Stämpfli, Berne, 2013

Adrian STAEHELIN, *Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR,* Schulthess, « Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht », Zurich/Bâle/Genève, 2006 (cité : STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*)

Adrian STAEHELIN, *Der Arbeitsvertrag, Art. 330b-355, Art. 361-362,* Schulthess, « Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht », Zurich/Bâle/Genève, 2014 (cité : STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*)

Adrian STAEHELIN/Frank VISCHER, *Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR,* Schulthess, « Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht », Zurich, 1996 (cité : STAEHELIN/VISCHER, *Zürcher Kommentar 1996*)

Jean-Fritz STÖCKLI, *Allgemeine Arbeitsbedingungen,* Stämpfli, Berne, 1979

Ullin STREIFF/Adrian VON KÄNEL/Roger RUDOLPH, *Arbeitsvertrag : Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR,* Schulthess, Zurich, 7e éd., 2012 (cité : STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*)

Sarah SUDJANA, *Leistungsanreize im öffentlichen Dienst,* thèse, Berne, 2007

Pierre TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité,* Schulthess, Zurich, 1984

Pierre TERCIER/Pascal FAVRE, *Les Contrats spéciaux,* Schulthess, Zurich, 4e éd., 2009 (cité : TERCIER/FAVRE, *Les Contrats spéciaux*)

Pierre TERCIER/Pascal PICHONNAZ, *Le Droit des obligations,* Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2012

Luc THÉVENOZ, *Le Travail intérimaire,* Payot, « Collection juridique romande », Lausanne, 1987

Luc THÉVENOZ/Franz WERRO (édit.), *Code des obligations I*, Helbing & Lichtenhahn, « Commentaire romand », Genève, 2e éd., 2012

Hans Peter TSCHUDI, *Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts,* Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1987

Andreas VON TUHR, *Partie générale du Code fédéral des Obligations,* traduit de l'allemand par Maurice de Torrenté et Émile Thilo, Imprimerie centrale, Lausane, 1933

Andreas VON TUHR/Hans PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Schulthess, Zurich, 3e éd., 1979, tome I

Andreas VON TUHR/Hans PETER/Arnold ESCHER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Schulthess, Zurich, 1984, supplément à la 3e éd.

Frank VISCHER, *Der Arbeitsvertrag,* Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Genève/Munich, 3e éd., 2005 (cité : VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*)

Beat WALTI, *Mitarbeiterbeteiligung, Aktien- und Optionspläne,* Schulthess, Zurich, 1998

Franz WERRO, *Le mandat et ses effets,* Éditions universitaires, « Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg », tome 128, Fribourg, 1993

Franz WERRO, *Concubinage, mariage et démariage,* Stämpfli, Berne, 5e éd., 2000

Franz WERRO, *La Responsabilité civile,* Stämpfli, Berne, 2e éd., 2011

Rémi WYLER/Boris HEINZER, *Droit du travail,* Stämpfli, Berne, 3e éd., 2014 (cité : WYLER/ HEINZER, *Droit du travail*)

d. Articles

Andreas Abegg, « Chemins alternatifs au droit constitutionnel d'entreprise », *RDS* 2006. 599

Andreas Abegg, « Neues und Bewährtes vom Bundesgericht zur Abgrenzung von Lohn und Gratifikation und dem entsprechenden Anspruch pro rata temporis », *Jusletter* 12 octobre 2009

Viktor Aepli, « Die Entschädigung des Verwaltungsrates », *RDS* 2009 I 3

Max Amstutz, « Stärken und Schwächen des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance bei der Bekämpfung exzessiver Managerentschädigungen », *Unternehmen – Transaktion – Recht,* (édit. Nedim Peter Vogt/Max Amstutz/Rolf Watter), Dike, Zurich, 2008

Thérèse Amstutz, « Circulaire FINMA 10/1 / Problématique de droit du travail des rémunérations variables », *Perspectives et risques de nouveautés juridiques 2009/2010,* Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2010, pp. 45 et s.

David Aubert, « La modification du contrat de travail et plus spécifiquement du règlement d'entreprise », *Panorama du droit du travail* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2009, pp. 21-35

David Aubert, « Article 330a CO », *Commentaire du contrat de travail* (édit. Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon), Stämpfli, Berne, 2013

Gabriel Aubert, « La compétence des tribunaux genevois de prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente », *SJ* 1982. 193

Gabriel Aubert, « Le contrat de travail partiaire », *RSJ* 1983. 169

Gabriel Aubert, « La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1987 », *SJ* 1988. 561

Gabriel Aubert, « La jurisprudence sur le contrat de travail à Genève en 1988 », *SJ* 1989. 669

Gabriel Aubert, « Le droit des vacances : quelques problèmes pratiques », *Journée 1990 de droit du travail et de la sécurité sociale,* Schulthess, Zurich, 1990, pp. 111-135

Gabriel Aubert, « Discriminations salariales, protection de la personnalité et concurrence déloyale », *PJA* 1992. 572

Gabriel Aubert, « L'employeur insolvable », *Journée 1992 de droit du travail et de la sécurité sociale,* Schulthess, Zurich, 1994, pp. 105-138

Gabriel Aubert, « L'usage en droit du travail », *DTA* 2001. 95

Gabriel Aubert, « Le pouvoir d'appréciation du juge en droit du travail », *Pour un droit pluriel, Études offertes au professeur Jean-François Perrin* (édit. Jean Kellerhals/Dominique Manaï/Robert Roth), Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2002, pp. 125-133

Gabriel Aubert, « Convention collective et contrat-type de travail : survol d'un siècle », *Le Contrat dans tous ses états : publication de la Société genevois de droit et de législation à l'occasion du 125e anniversaire de la Semaine judiciaire,* (édit. François Bellanger/François Chaix/Christine Chappuis/Anne Héritier Lachat), La Semaine judiciaire, 2004, pp. 3-15

Gabriel Aubert, « Rapport entre la gratification et le salaire », comm. sous TF, 3 février 2009, 4A_509/2008, *DTA* 2009.120

Gabriel Aubert, « La FINMA, les bonus et le droit », *Le Temps* 12 février 2010

Gabriel Aubert, « Articles 319-362 », *Code des obligations I,* Helbing & Lichtenhahn, « Commentaire romand » (édit. Luc Thévenoz/Franz Werro), Genève, 2e éd., 2012 (cité : AUBERT, *Commentaire romand*)

Florence Aubry Girardin, « Egalité salariale et décisions judiciaires : questions pratiques du point de vue de la justice », *PJA* 2005. 1062

Margareta Baddeley, « Articles 239-252 », *Code des obligations I,* Helbing & Lichtenhahn, « Commentaire romand » (édit. Luc Thévenoz/Franz Werro), Genève, 2e éd., 2012

Beat Barthold/Marc Widmer, « Regulierung der variablen Vergütung ? Eine Bewertung der schweizerischen Regulierungsbestrebungen im Vergütungsbereich », *PJA* 2009. 1389

Maurice Battelli, « Les lois genevoises de 1900 et 1904 sur les tarifs d'usage et les conflits collectifs de travail », *Mélanges d'histoire économique et sociale en hommage au professeur Antony Babel,* Genève, 1963, pp. 343-368

Samantha Besson, « Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l'homme », *Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme,* (Franz Werro édit.), Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2006, pp. 1-51

Dominique Biedermann/Daniel Däniker, « Soll die Generalversammlung Managersaläre genehmigen ? », *GesKR* 2008. 142

Laurent Bieri, « L'application du droit privé suisse reprenant de manière autonome des directives communautaires », *PJA* 2007. 708

Andreas Bohrer, « Corporate Governance in the era of "Too Big To Fail" », *GesKR* 2011. 326

Nathalie Bornoz, « Les critères de distinction entre les diverses rémunérations accessoires », *Panorama du droit du travail* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2009, pp. 37-53

Pascal Brand/Karl-Marc Wyss/Pascal Zysset, « Nulla Minder-poena sine lege », *Jusletter* 27 mai 2013

Sandra Brändli/Manuel Stengel, « Währungsfragen im Zusammenhang mit dem Lohn von Grenzgängern », *Schweiz und Europa — Auswirkungen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft* (édit. Anne-Catherine Tanner/Claudia Siebeneck/Beat Brändli), Stämpfli, Berne, 2011

Beat Brechbühl, « Goldene Fallschirme oder silberne Brücken ? Ein Beitrag zu den Kontrollwechselklauseln », *RSJ* 2004. 32-36

Jürg Brechbühl, « Art. 7-10 », *Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité* (édit. Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter)*,* « Commentaire », Stämpfli, Berne, 2010

Geneviève Brunet, « Dominique Biedermann : le salaire variable ne devrait pas excéder les 2/3 du revenu total », *L'Hebdo* 17 février 2011

Eugen Bucher, « Keine Lohnzession mehr », *recht* 1991. 112

Christoph Bühler, « "Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance" : Anpassungsbedarf im Spiegel der internationalen Entwicklung », *GesKR* 2011. 477

Patrick Bühlmann, « Stellung der Arbeitnehmer im Konkurs des Arbeitgebers – Begrenzung des Arbeitnehmerprivilegs », *TREX* 2010. 346

Gian-Andrea Caprez, « Say on Pay in Switzerland – Constitutional Initiative Against Excessive Compensation », *CapLaw* 2013-3

Francesco Carelli/Martina Gruber/Rosemarie Portner, « Leitende Angestellte in Deutschland, Österreich und der Schweiz », *ZSIS* 2011, Monatflash n° 4

Vincent Carron, « Résiliation abusive des travailleurs âgés », *Commentaire de jurisprudence numérique* 17 juillet 2013

Philippe Carruzzo, « Gratification, indemnité de licenciement et égalité de traitement », *Entreprise romande* 24 août 2007, site internet : fer-ge.ch

Benoît Chappuis, « Bonus des dirigeants : la jurisprudence du Tribunal fédéral à l'épreuve des règles de la FINMA », *La Pratique contractuelle 2* (édit. Pascal Pichonnaz/Franz Werro), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2011, pp. 91-120

Jean-Luc Chenaux, « Les plans d'intéressement dans le prisme du *Corporate Governance* », *ECS* 2002. 447-450

Jean-Luc Chenaux, « *Corporate Governance* : l'état du droit positif suisse », CEDIDAC, 2003. 223-234

Jean-Luc Chenaux, « Les comités d'actionnaires », *GesKR* 2011. 135

Monique Cossali Sauvain, « Egalité entre femmes et hommes I », *FJS* 544 (septembre 1997). 8

Conradin Cramer, « Der Bonus als Malus – Zur Überwälzung von Geschäftsverlusten auf Arbeitnehmer », *PJA* 2008. 535

Hans Caspar von der Crone/Benedict Burg, « Salärgovernance und Markt für Führungskräfte », *Festschrift für Rolf Weber zum 60. Geburstag,* Stämpfli, Berne, 2011, pp. 331-352

Hans Caspar von der Crone/Adriano Huber, « Festlegung von Vergütungen in Publikumsgesellschaften », *RSJ* 2013. 297

Hans Caspar von der Crone/Valentin Jentsch, « Aktuelle Entwicklungen in der Vergütungslandschaft des Finanzplatzes Schweiz », *RSDA* 2012. 377

Daniel Däniker, « Versicherung, Prozesskostenersatz und Freistellung (Indemnification) von Organpersonen – Vergleich des Delaware-Rechts mit dem schweizerischen Aktienrecht », *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht – Festschrift für Peter Forstmoser,* Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2003, pp. 523-541

Daniel Däniker, « Vergütung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung schweizerischer Publikumgesellschaften. Eine Bestandesaufnahme aus rechtsvergleichender Sicht », *RSJ* 2005. 381-389

Daniel Däniker/Claude Lambert, « Kann ein Manager überhaupt noch Aktien seiner Gesellschaft erwerben ? », *GesKR* 2008. 359

Daniel Däniker/Ulrich Pestalozzi, « Gibt es "faire" Managersaläre ? », *RSJ* 2012. 393

Marie-Gisèle Danthe, « Les limites qu'instaure l'article 328 CO au droit de l'employeur de donner des directives et de contrôler l'activité du salarié », *Panorama en droit du travail* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2009, pp. 163 et s.

Marie-Gisèle Danthe, « Articles 322-323b CO », *Commentaire du contrat de travail* (édit. Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon), Stämpfli, Berne, 2013 (cité : Danthe, *Commentaire*)

August Egger, « Die rechtliche Natur der stillen Beteiligung an einem Unternehmen », *Ausgewählte Schriften und Abhandlungen*, Schulthess, Zurich, 1957

Hans-Peter Egli, « Kommentar zu Art. 319-362 OR », *in Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (édit. Jolanta Kren Kostkiewicz/Urs Bertschinger *et alii*), Orell Füssli, Zurich, 2002

Hans-Peter Egli, « Les bonus vus sous l'angle juridique », *Employeur suisse* 26 février 2009. 39

Philippe Ehrenström, « Système et réforme des indemnités en cas de résiliation de rapports de travail de droit privé », *Jusletter* 20 juin 2011

Philippe Ehrenström/Frédéric Olofsson, « La liberté du salaire et ses (nouvelles) limites », *Jusletter* 12 mars 2012

Eduard Eichholzer, « Die Gratifikation », *SAS* 1959/60. 214

Frank Emmel, « Besondere Regeln für die Akkordlohnarbeit », *NZZ* 16 février 2007

Frank Emmel, « Art. 319-362 », *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,* (Claire Huguenin/Markus Müller-Chen/Daniel Girsberger édit.), Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2012

Richard Étienne, « Payer ses frontaliers en euros n'est pas légal », *La Tribune de Genève* 18 décembre 2012

Martin Farner, « Lohnberechnung. Ein kleines liber abaci für Arbeitsrechtler », *ArbR* 2005. 103

Ernst Fehr/Gerhard Fehr, « Variable Vergütungssysteme zwischen Effizienz und Exzess », *NZZ* 8 octobre 2010. 31

Sylvie Fischer, « Verser une prime aux employés présents peut se retourner contre l'employeur », *plädoyer* 1/13. 12

Peter Forstmoser, « Die Entschädigung der Mitglieder von Verwaltungsrat und Topmanagement », *in Économie Environnement Éthique – Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain,* Schulthess, Genève, 2009, pp. 145 et s.

Peter Forstmoser, « "Say-on-Pay" – Die Volksinitiative "gegen die Abzockerei" und der Gegenvorschlag des Parlaments », *RSJ* 2012. 337

Elisabeth Freivogel, *in Kommentar zum Gleichstellungsgesetz,* (édit. Claudia Kaufmann), Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2e éd., 2009

Hubert Fritsch, « Buchbesprechungen », *DTA* 2009. 317

Pierre Gabus/Sandrine Rohmer, « Bonus et hauts salaires : liberté contractuelle ou protection du travailleur ? », *SJ* 2014 II 219

Thomas Geiser, « Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Flexibilisierung der Arbeit », *PJA* 1998. 1019

Thomas Geiser, « Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn ? », *in Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner,* (édit. Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/René Schaffhauser *et alii*), Dike Verlag, Saint-Gall/Lachen, 1998, pp. 809-829

Thomas Geiser, « Flexibilisierung der Arbeitszeit und des Lohnes », *ArbR* 1998. 77

Thomas Geiser, « Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht », *PJA* 1999. 61

Thomas Geiser, « Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn », *PJA* 2001. 382

Thomas Geiser, « Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit », *PJA* 2003. 323

Thomas Geiser, « Boni zwischen Privatrecht und öffentlichem Interesse », *recht* 2009. 115

Thomas Geiser, Comm. sous TF, 13 juin 2008, 4A_163/2008, *PJA* 2010. 120

Thomas Geiser, « Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2010 », *PJA* 2011. 245

Thomas Geiser, « Rechtsprechung zum Arbeitsrecht 2012 », *PJA* 2013. 437

Thomas Geiser, « Weiterbildung: Finanzierung aus arbeitsrechtlicher Sicht », *Plädoyer* (version germanophone) 2013. 28-35

Thomas Geiser, « Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts », *PJA* 2014. 111

Werner Gloor, « Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive », *DTA* 2008. 249

Philipp Gremper, « Frage der Zulässigkeit der Zahlung des Lohnes in Euro », *Revue de l'avocat* 2012. 73

Claude Grimm, « Neuchâtel fait le pas du SMIC », *Le Courrier* 28 novembre 2011

Groupe de travail de l'université de Bâle, « Kritische Stellungnahme zum Revisionsentwurf des Bundesrates vom 25. August 1967 über den Arbeitsvertrag », *RSJ* 1969. 49-55

Olivier Guillod/Gabrielle Steffen, « Art. 19-20 », *Code des obligations I,* Helbing & Lichtenhahn, « Commentaire romand » (édit. Luc Thévenoz/Franz Werro), Genève, 2e éd., 2012

Jacques Haldy, « Les procédures spéciales », *Le Code de procédure civile. Aspects choisis,* Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2011, pp. 131-152

Peter Hänni, « Grenzen der Gleichberechtigung von Mann und Frau nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung », *L'Homme et l'État, Mélanges Thomas Fleiner,* Éditions universitaires de Fribourg, 2003. 327

Daniel Häusermann, « Aktienrechtliche Umsetzung der "Abzocker"-Initiative : Spielraum und Rechtstechniken », *RSJ* 2012. 537

Daniel Häusermann, « Eine ökonomische Analyse einer angedachten "Bonussteuer" auf Vergütungen über bestimmte Millionenbeträge », *RJB* 2012. 531

Daniel Häusermann, « Strafrechtliche Konsequenzen der "Abzocker"-Initiative », *DTAonline* 2013, n° 65

Daniel Häusermann, « "Abzocker"-Initiative umsetzen – aber wie ? », *RSJ* 2013. 153

Boris Heinzer, « Le double statut de l'administrateur-travailleur en droit privé », *Panorama du droit du travail* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2009, pp. 349-363

Christof Helbling « Die Rechtsfolgen von Unternehmenszusammenschlüssen auf Mitarbeiterbeteiligungspläne », *Jusletter* 19 mai 2003

Christof Helbling, « Mitarbeiterbeteiligungspläne in den Statuten-Bemerkungen aus der Praxis zum Vorentwurf zur Verordnung gegen die Abzockerei », *ECS* 2013/10. 700

Angela Hensch, « Die Sicherung des Lohnes », *PJA* 2014. 747

Anne Héritier Lachat, « Quelques propos sur la rémunération et la société anonyme », *Economie, environnement, éthique. De la responsabilité sociale et sociétale* (Liber Amicorum Anna Petitpierre-

Sauvain, édit. Rita Trigo Trindade/Henry Peter/Christian Bovet), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2009, pp. 173-179

Anne Héritier Lachat, « La crise des marchés financiers, la régulation et la surveillance », *Journée 2008 de droit bancaire et financier*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2009, pp. 25-34

Viola Heutger, « Zum Inkrafttreten des Seearbeitsübereinkommens der Internationalen Arbeitskonferenz (ILO) am 20. August 2013 », *Jusletter* 16 septembre 2013

René Hirsiger, « Ausgewählte Einzelfragen zu vereinbarten Leistungszielen im Einzelarbeitsverhältnis », *ArbR* 2011. 87

Sandrine Hochstrasser, « Les primes ne sont plus acquises », *Le Temps* 31 mai 2012

Karl Hofstetter/Stephan Hostettler, « Langfristige variable Vergütungen als zentrale Anreize für Topmanager », *NZZ* 19 août 2009. 25

Eugen Huber, « Débats d'entrée en matière », *Bulletin sténographique de l'Assemblée fédérale*, CN 1909, p. 594

Yves Hulmann, « Les actionnaires de Zurich et de Swiss Re pourront voter sur les salaires de leurs dirigeants », *Le Temps* 9 janvier 2010

Sara Ianni/Felix Meier-Dieterle, « Lohnarten – Eine tour d'horizon », *ECS* 2014/3. 209

Michel Jaccard/Erol Baruh, « L'équilibre des pouvoirs dans le cadre de la révision du droit de la SA », *RSDA* 2008. 135

Manuel Jaun, « Diskriminierungsschutz durch Privatrecht – Die Schweiz im Schatten der europäischen Rechtsentwicklung », *RJB* 2007. 457

Nicolas Jeandin, « L'insolvabilité en relation avec les contrats de bail et de travail », *RDS* 2005. 189-218

Nicolas Jeandin, « L'administration des preuves », *Le Code de procédure civile. Aspects choisis,* Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2011, pp. 89-110

Nicolas Jeandin, « Articles 120-126 », *Code des obligations I,* Helbing & Lichtenhahn, « Commentaire romand », (édit. Luc Thévenoz/Franz Werro), Genève, 2e éd., 2012 (cité : JEANDIN, *Commentaire romand*)

Nicolas Jeandin, « Les privilèges de l'art. 219 LP », *SJ* 2013 II 177

Karen Jeanneret-Druckman, « Les plans d'intéressement : cette pratique anglo-saxonne est-elle compatible avec le droit suisse ? », *in L'Américanisation des droits suisses et continentaux* (édit. Nathalie Dongois/Martin Killias), Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2006, *cf. DTA* 2007. 98

Valentin Jentsch/Hans Caspar von der Crone, « Aktuelle Entwicklungen in der Vergütungslandschaft des Finanzplatzes Schweiz », *RSDA* 2012. 377

Cyril Jost, « Entretien avec Dominique Biedermann », *Bilan* 5 novembre 2008. 34

Bettina Kahil-Wolff, « Imposition proportionnelle des options de collaborateurs : quelle portée pour les assurances sociales ? », *RSAS* Cahier spécial 2013

Urs Kapalle/Nadia Tarolli Schmidt, « Neue Kreisschreiben zu den direkten Bundessteuern — Eine Bewertung aus Sicht der Praxis, eine Trilogie », *Revue fiscale* 2009. 633

Xenia Karametaxas/Rashid Bahar, « Avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives », *Centre de droit bancaire et financier de l'université de Genève,* article n° 886, 25 juillet 2013 (cms.unige.ch/droit/cdbf)

Stephan Klingenberg, « Der Sozialplan », *ArbR* 1989. 39

Stefan Knobloch, « Ist die Volksinitiative "gegen die Abzockerei" umsetzbar ? », *GesKR* 2012. 372

Leonhard Knoll, « Zur Frage der Besteuerung von Mitarbeiteroptionen », *ECS* 2003. 183

Michael Krampf, « Lohnprivileg des Arbeitnehmers im Konkurs. Eine aus mehreren Gründen sinnvolle Beschränkung », *Jusletter* 5 janvier 2004

Mélanie Lambelet, « Arbeits- und Sozialversicherungsrecht », *in Entwicklungen im Schweizerischen Wirtschaftsrecht 2008/2009* (édit. Baker & McKenzie Zürich), Zurich, 2009, pp. 81 *sqq*.

Zora Ledergerber, « Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung », *ArbR* 2005. 93

André Lerch, « Arbeitsrechtliche Rückzahlungsvorbehalte für Aus- und Weiterbildungskosten », *Revue de l'avocat* 2012. 21

Peter Liatowitsch/Caroline Meyer, « Mitarbeiteroptionen in der güterrechtlichen Auseinandersetzung », *FamPra* 2007. 797

Franco Lorandi, « Arbeitsverträge in der Insolvenz des Arbeitgebers », *Jusletter* 25 octobre 2004

Franco Lorandi, « Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren », *PJA* 2004. 1209

Pascal Mahon/Eloi Jeannerat, « Art. 342 », *Commentaire du contrat de travail* (édit. Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon), Stämpfli, Berne, 2013

Kurt Meier, « Lohnforderungen im Arbeitgeber-Konkurs », *Plädoyer* 1998. 38

Kurt Meier, « Rechtsprobleme zum Bonus im Arbeitsverhältnis », *ArbR* 2001. 61

Kurt Meier, « Das beste Gesetz, das wir haben », *96 Jahre ZGB* (édit. Roland Gysin/René Schumacher/Dominique Strebel), Verlag Plädoyer, Zurich, 2003, pp. 159-171

Stéfanie Meier-Gubser, « Arbeitsrechtliche Aspekte der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften », *PJA* 2013. 1567

Emily Meller/Jessica Salom, « Le salaire excessif en droit fiscal suisse », *RDAF* 2011 II 105-126

Stephan Metz, « Aspekte von Bonuszahlungen im schweizerischen Steuerrecht », *PJA* 2010. 609

Karin Meyer, « Pro-rata-Anspruch bei Boni zwingend? », *Revue de l'avocat* 5/2013. 216

Martine Morard, « Les systèmes de rémunération applicables à la fonction publique : exemple du canton de Fribourg », *RFJ* 2004. 201

Roger Morf, « Gratifikation und Freiwilligkeitsvorbehalt », *ArbR* 2012. 67

Roger Morf, « Akzessorietät von Gratifikationen : Die jüngsten Entscheide des Bundesgerichts », *Jusletter* 9 septembre 2013

Brigitta Moser-Harder, « Abzocker-Initiative liegt im internationalen Trend », *Jusletter* 14 janvier 2013

Martin Müller, « Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) : Lösungsansätze für die arbeitsrechtliche Umsetzung », *PJA* 2014. 477

Tarek Naguib, « Antidiskriminierungsrecht im Vergleich : Schweiz – Europäische Union », *Jusletter* 21 mars 2011

Urs Nef, « Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht », *RSJ* 1976. 17

Alexander Nikitine, « USA – Gesetzliche Regulierung der Management-Vergütung », *GesKR* 2009. 368

Thomas Nussbaumer, « Arbeitslosenversicherung », *in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit,* (édit. Ulrich Meyer-Blaser), Bâle, 2007, 2e éd., pp. 2143-2495

Xavier Oberson, « Le traitement fiscal des plans d'intéressement », *in Les plans d'intéressement – Stock option plans*, *Journée d'étude en l'honneur du Professeur Georges Muller* (édit. Grégoire Bovet), CEDIDAC, n° 45, Lausanne, 2001

Matthias Oertle, « Arbeitsrecht im Konflikt mit der Verordnung gegen übermässige Vergütungen », *GesKR* 2014. 44

Kurt Pärli, « Neues beim arbeitsrechtlichen Diskriminierungschutz — mit einem Seitenblick auf die Entwicklung in der Europäischen Union », *Jusletter* 7 février 2011

Henry Peter/Paul-Benoît Duvoisin, « Initiative Minder ou contre-projet indirect ? Que voter ? », 26 février 2013, disponible sur le site du Centre de droit bancaire et financier de l'Université de Genève : cms.unige.ch/droit/cdbf

Patrick Peyer/Roland Schaub, « Umsetzung des FINMA-Rundschreibens "Vergütungssysteme" bei Banken variable Vergütungen im Spannungsfeld zwischen Regulierung und Zivilrecht », *RSJ* 2011. 149-158

Pascal Pichonnaz, « Articles 151-157 », *Code des obligations I,* Helbing & Lichtenhahn, « Commentaire romand » (édit. Luc Thévenoz/Franz Werro), Genève, 2e éd., 2012

Thomas Pietruszak, « Die Informationspflichten des Arbeitgebers gemäss Art. 330b OR – zu Hintergrund, Inhalt und Rechtsfolgen der neuen Regelung », *Jusletter* 29 mai 2006

Andreas von Planta, « Les Plans d'intéressement – Aspects de droit commercial », *in Les plans d'intéressement – stock options plans*, *Journée d'étude en l'honneur du Professeur Georges Muller*, CEDIDAC, n° 45, 2001

Wolfgang Portmann, « Zum Inkrafttreten des Bundespersonalgesetzes und der Bundespersonalverordnung », *DTA* 2001. 179

Wolfgang Portmann, « Die Arbeitsbedingungen der Bankgestellten. Eine Darstellung und Würdigung ausgewählter Aspekte », *DTA* 2005. 73

Wolfgang Portmann, « Die Informationspflicht des Arbeitsgebers gemäss Art. 330b OR », *DTA* 2007. 1

Wolfgang Portmann, « Zehnter Titel : Der Arbeitsvertrag » *in Basler Kommentar, Obligationenrecht I* (édit. Heinriche Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), Helbing Lichtenhahn, Bâle, 5e éd., 2011 (cité : PORTMANN, *Basler Kommentar*)

Manfred Rehbinder, « Annahmeverzug im Arbeitsverhältnis ? », *RSJ* 1982. 353

Manfred Rehbinder, « Über die Geburt des Arbeitsrechts aus dem Geiste der Rechtssoziologie — Die Pionierarbeit von Philipp Lotmar », *ArbR* 2002. 9

Markus Reich, « Rückerstattung von übersetzten Boni und anderen Lohnzahlungen », *ASA* 80. 109

Peter Reinert, « Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht », *PJA* 2009. 3

Alexandre Richa/David Raedler, « Le "bonus" soumis à une condition objective », *GesKR* 2012. 524

Alexandre Richa/David Raedler, « Le caractère accessoire du bonus », *GesKR* 2013. 409

Roman Richers, « Arbeitslohn oder Lidlohn ? », *ArbR* 2004. 85

Stefan Rieder, « Whistleblowing als Menschenrecht », *Jusletter* 28 novembre 2011

Gabriela Riemer-Kafka, « Freiwilligenarbeit aus (arbeits-)vertraglicher und sozialversicherungsrechtlicher Sicht », *DTA* 2007. 57

Thomas Rihm, *Finanz und Wirtschaft*, 12 mai 2001

Sara Rousselle-Ruffieux, « Activité dépendante et indépendante au regard du CO et de la LAVS », *Panorama II en droit du travail* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2012, pp. 177-209

Roger Rudolph, « Fokus Arbeitsrecht : Neuere Entwicklungen im Bonusrecht », *Trex* 2011. 92

Roger Rudolph, « Anwendbarkeit der Akzessorietätsrechtsprechung bei hohen Einkommen ; Rechtfolge und Berechnungsmethode bei fehlender Akzessorietät », *DTA* 2012. 243

Roger Rudolph, « En ligne de mire : Droit du travail. Pomme de discorde : Vacances », *TREX* 2013. 170

Jean-Marc Schaller, « Darf ein Schuldner die Leistung verweigern ? », *Jusletter* 21 mars 2011

Bernhard Schärer, « Zur Optimierung von Lohn und Dividende — AHV und Steuern », *Entwicklungen im Steuerrecht 2009* (édit. Michael Beusch), Schulthess, Zurich, 2009, pp. 397 *sqq*.

Bruno Schmidlin, « Articles 21, 23-31 »*, in Code des obligations I,* Helbing & Lichtenhahn, « Commentaire romand » (édit. Luc Thévenoz/Franz Werro), Genève, 2e éd., 2012 (cité : SCHMIDLIN, *Commentaire romand*)

Bernard Schneider, « La résiliation immédiate du contrat de travail », *in Journée 1993 de droit du travail et de la sécurité sociale*, Schulthess, Zurich, 1994

Philip Schneiter, « Qualifikation einer Gratifikation als Lohn », comm. sous TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004 et TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004, *DTA* 2005. 242

Hansueli Schöchli, « Wenn "Boni" keine Boni sind – Juristische Fallstricke in der Umsetzung der geplanten Bonusrichtlinie für die Banken », *NZZ* 7 octobre 2009

Hansueli Schöchli, « Bonusregeln nur für ein Dutzend verbindlich », *NZZ* 12 novembre 2009

Pascal Scholl, « Grenzen der individuellen Lohnfestsetzung im öffentlichen Dienst », *Droit public de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique,* Annuaire 2007, pp. 171 et s.

Jean Christophe Schwaab, « Paiement du salaire en euros, adaptation au cours de l'euro : que dit le droit du travail ? », *Jusletter* 8 août 2011

Christoph Senti, « Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation », *PJA* 2002. 669

Christoph Senti, « Nicht kompensierte Überstunden eines leitenden Angestellten. Verwirkung ? », *PJA* 2003. 723

Christoph Senti, « Zulagen, Zuschläge und 13. Monatslohn », *PJA* 2006. 289

Christoph Senti, « Leistungslohn oder Gratifikation ? Stand der Diskussion und Versuch eines systematischen Ansatzes », *DTA* 2011. 1

Christoph Senti, « Rückforderung oder Verrechnung zu viel bezahlter Leistungen durch den Arbeitgeber », *PJA* 2014. 40

Ueli Sommer, « Das Truckverbot und Mitarbeiterbeteiligungsplan », note sous Obergericht-ZH, 18 novembre 2002, *DTA* 2003. 88

Alexandre Staeger/Philippe Meier, « Surveillance vidéo sur le lieu de travail – quelques enseignements tirés de l'Arrêt du TF 9C_785/2010 du 10 juin 2011 », *Jusletter* 16 avril 2012

Adrian Staehelin, « Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im schweizerischen Arbeitsrecht », *BJM* 1982. 57

Matthias Staehelin, « Gesperrte Optionen — als Lohn unzulässig ? », *RSJ* 2005. 181

Bruno Staffelbach, « Variable Lohnsysteme », *Schweizer Arbeitgeber* 2001. 1112

Susy Stauber-Moser, « Egalité des salaires et jurisprudence du Tribunal fédéral », *PJA* 2006. 1364

Jean-Fritz Stöckli, « Spitzenlöhne und das kollektivarbeitsrechtliche Zumutbarkaitsprinzip », *ArbR* 2006. 169

Jean-Fritz Stöckli, « Lohngleichheit für Grenzgänger bei Währungsverschiebungen », *DTA online* 2012, n° 262

Regula Suter, « Die Besteuerung von Abgangsentschädigungen », *Revue de l'avocat* 2012. 16

Gili Fridland Svensson/Barbara Meyer, « Spitzenboni », *ECS* 3/14. 214

Maria Tester, « Video- und GPS- Überwachung von Arbeitnehmenden », *Jusletter* 24 septembre 2012

Emile Thilo, « De la demeure de l'employeur », *RSJ* 1927/28. 36

Anne Troillet, « La monnaie du salaire dans les situations transfrontalières », *Panorama II en droit du travail* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2012, pp. 231 et s.

Hans-Peter Tschudi, « Flexibilität und Schutzfunktion des Arbeitsrechts », *ArbR* 1991. 9

Hans-Peter Tschudi, « Probleme des Lohnschutzes », *ArbR* 1992. 9

Hans-Peter Tschudi, « Deregulierung oder Ausbau des Arbeitsrechts ? », *ArbR* 1999. 9

Tamara Uldry Pacot, « Le traitement fiscal du travailleur frontalier à la lumière de la Convention fiscale franco-suisse », *RDAF* 2010 II 237-299

Nicolas Valticos, « L'attitude de la Suisse à l'égard des conventions internationales du travail », *RDS* 1981 I 121-144

Frédéric Varone, « Nouvelle gestion publique et évaluation : un couplage réussi grâce à la légistique ? », *in De l'évaluation à l'action législatives, Actes du colloque en l'honneur du Professeur Jean-Daniel Delley* (édit. Ursula Cassani/Alexandre Flückiger), Université de Genève, 2009, pp. 27-46

Adrien Vion, « L'art. 320 al. 2 CO : une règle compatible avec les dispositions sur la conclusion des contrats ? », *SJ* 2013 II 29

Frank Vischer, « Entwicklungen des Arbeitsrechts in der Schweiz », *in Arbeit in der Schweiz des 20. Jahrhunderts* (édit. Thomas Geiser/Hans Schmid/Emil Walter-Busch), Hochschule Sankt Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Saint-Gall, 1998, pp. 251-273

Frank Vischer/Dominique Guex, « Art. 37-39 LTr », *Loi sur le travail,* Thomas GEISER/Adrian VON KÄNEL/Rémy WYLER (édit.), Stämpfli, Berne, 2005

Frank Vischer, « Das schweizerische Arbeitsrecht : Rechtspolitische Weichenstellung », *PJA* 2013. 349

Nicole Vögeli Galli, « Der Bonus ist kein Lohnbestandteil », *PJA* 2000. 1293

Nicole Vögeli Galli/Christine Hehli Hidber, « Bonuszahlungen : Möglichkeiten und Risiken. Eine Beurteilung nach schweizerischem und englischem Recht », *RSJ* 2001. 445

Hans-Ueli Vogt/Emanuel Schiwow/Karin Wiedmer, « Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten », *PJA* 2009. 1359

Hans-Ueli Vogt/Manuel Baschung, « Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative gegen die Akzockerei ? », *GesKR* 2013. 5

Julien Waeber, « Circulaire FINMA 2010/1 sur les systèmes de rémunération : des obstacles en droit civil? », *RSDA* 2012. 119

Rudolf Wehrli, « Nach der Minder-Initiative – wie weiter ? », *GesKR* 2013. 1

Wolfgang Wiegand, « Die Finanzmarktkrise und die clausula rebus sic stantibus dargestellt am Beispiel der Bonuszahlunge », *Jusletter* 9 février 2009

Isabelle Wildhaber, « Die Weitergeltung des GAV bei Umstrukturierungen (asset deals, Fusionen, Spaltungen, Vermögensübertragungen) », *DTA* 2008. 165-180

Isabelle Wildhaber, « Aktienoptionen und deren Verfallsklauseln bei Betriebsübergang », *DTA online* 2014, n° 1

Isabelle Wildhaber, « Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz », *RSDA* 2008. 17

Christophe Wilhelm/Éric Bersier, « Aspects juridiques des plans d'intéressement », *ECS* 11/01. 1075

Aurélien Witzig, « ″Secrets de fabrication″ et ″secrets d'affaires″ (art. 340 CO) », *Panorama II en droit du travail* (édit. Rémy Wyler), Stämpfli, Berne, 2012, pp. 247 *sqq*.

Rémy Wyler/Guy Mustaki, « La rémunération de l'agent — étude de jurisprudence », *in Les Contrats de distribution — Quelques aspects juridiques, Mélanges offerts au Professeur François Dessemontet à l'occasion de ses 50 ans* (édit. Guy Mustaki/Rémy Wyler), CEDIDAC, Lausanne, 1998, pp. 46-57

Rémy Wyler, « Salaire de base et impossibilité d'y renoncer (art. 341 CO) », *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc* (édit. Bettina Kahil-Wolff/Pierre-Yves Greber/Mirela Caçi), IRAL, Lausanne, 2001, pp. 399 et s.

Rémy Wyler, « La participation des travailleurs », *ECS* 11/2004. 927-932

Rémy Wyler, « Chronique. Droit du travail », *JT* 2013 II 187

Julia Xoudis, « Articles 11-16 », *Code des obligations I,* Helbing & Lichtenhahn, « Commentaire romand » (édit. Luc Thévenoz/Franz Werro), Genève, 2e éd., 2012

Walter Yung, « François Gény et la jurisprudence en Suisse », *Le Centenaire du doyen François Gény, Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962,* Dalloz, Paris, 1963

Florian Zihler, « Aperçu général du nouveau droit comptable », *ECS* 11/12. 814

Florian Zihler, « Verordnung gegen übermässige Vergütungen », *ECS* 1-2/14. 46

Pascal Zysset, « Aktienrechtliche Aspekte von Bonuszahlungen an Verwaltungsräte », *Jusletter* 19 avril 2010

Sans nom d'auteur :

« Davantage de contrôles sur les rémunérations », *24 Heures* 26 janvier 2011

2) Droits étrangers

a. Droit international : règles et travaux législatifs

ONU

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, New York, 16 décembre 1966

OIT

Traité de Versailles, 28 juin 1919 (partie XIII « Travail »)

Convention n° 26 concernant l'institution de méthodes de fixation des salaires minima, Genève, 16 juin 1928

Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail, adoptée par la Conférence, Philadelphie, 10 mai 1944

Convention n° 95 concernant la protection du salaire, Genève, 1er juillet 1949

Convention n° 99 concernant les méthodes de fixation des salaires minima dans l'agriculture, Genève, 28 juin 1951

Convention n° 100 concernant l'égalité de rémunération entre la main d'œuvre masculine et la main d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale, Genève, 29 juin 1951

Conseil de l'Europe

Charte sociale européenne, Turin, 18 décembre 1961

Protocole à la Charte sociale européenne, Strasbourg, 5 mai 1988

Charte sociale européenne révisée, Strasbourg, 3 mai 1996

Union européenne

Mémorandum de la Commission des Communautés européennes sur la participation des salariés à la formation des patrimoines, août 1979

Résolution sur le mémorandum de la Commission des Communautés européennes sur la participation des salariés à la formation des patrimoines, 12 octobre 1983 (*JOCE* n° C 307, 14 novembre 1983, p. 68)

Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, 9 décembre 1989

Rapport PEPPER (« *Promotion of Employee Participation in Profits and Enterprise Results* ») (disponible dans le Supplément 3/91 à Europe sociale)

Proposition de recommandation du Conseil concernant la promotion de la participation des salariés aux bénéfices et aux résultats de l'entreprise (y compris la participation au capital), 3 septembre 1991 (*JOCE* n° C 245, 20 septembre 1991, p. 12)

Avis du Comité économique et social sur la recommandation du Conseil concernant la promotion de la participation des salariés aux bénéfices et aux résultats de l'entreprise, 27 février 1992 (*JOCE* n° C 98, 21 avril 1992, p. 40)

Proposition modifiée de recommandation du Conseil concernant la promotion de la participation des salariés aux bénéfices et aux résultats de l'entreprise, 5 mai 1992

Résolution législative portant avis du Parlement européen sur la proposition de la Commission au Conseil relative à une recommandation concernant la promotion de la participation des salariés aux bénéfices et aux résultats de l'entreprise (*JOCE* n° C 125, 18 mai 1992, p. 241)

Recommandation du Conseil concernant la promotion de la participation des travailleurs salariés aux bénéfices et résultats de l'entreprise, 27 juillet 1992

Traité de Maëstricht, Protocole et Accord sur la politique sociale, 1992

Rapport de la Commission « PEPPER II » (Promotion de la participation des travailleurs salariés aux bénéfices et aux résultats de l'entreprise), 8 janvier 1997

Résolution sur le rapport de la Commission « PEPPER II », 1996 (*JOCE* n° C 034, 2 février 1998, p. 151)

Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (avec annexes, prot. et acte final) (ALCP, RO 2002 1527 1528, RS 0.142.112.681)

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000/C 364/01

Directive 2001/86/CE du Conseil complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, 8 octobre 2001 (L 294/22)

Communication de la Commission « Cadre pour la promotion de la participation financière des salariés », 5 juillet 2002

Avis du Comité économique et social européen sur la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des Régions « Cadre pour la promotion de la participation financière des salariés » (*JOCE* n° C 95, 23 avril 2003, p. 29)

Résolution du Parlement européen sur la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des Régions « Cadre pour la promotion de la participation financière des salariés » (*JOCE* n° C 68, 18 mars 2004, p. 429)

Commission Européenne, Employment in Europe 2007, disponible sur le site : ec.europa.eu

Commission européenne, « Recommandations sur les politiques de rémunération dans le secteur des services financiers », 30 avril 2009, *JOUE* n° L 120, 15 mai 2009, p. 22

b. Droits français et belge

Ouvrages

Patrice ADAM, *L'Individualisation du droit du travail, Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu,* L.G.D.J., Paris, 2005

Pascal ANCEL/Gabriel AUBERT *et alii, L'abus de droit, Comparaisons franco-suisse,* Publications de l'Université de Saint-Etienne, Saint-Étienne, 2001 (cité : ANCEL/AUBERT, *Abus de droit*)

Cécile AUBERT/Thérèse AUBERT-MONPEYSSEN, *L'Individualisation de la rémunération : approches économiques et juridiques,* Rapport préparé pour la CFE-CGC, mars 2005

Jean AUROUX, *Les droits des travailleurs, Rapport au Président de la République et au Premier ministre*, La Documentation française, Paris, 1981

Christian BESSY, *La Contractualisation de la relation de travail,* L.G.D.J., Paris, 2007

Michel BOUVIER, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt,* L.G.D.J., « Systèmes », Paris, 7e éd., 2005

Guillaume Hubert CAMERLYNCK, *Le Contrat de travail,* Dalloz, Paris, 2e éd., 1982

Alain COEURET/Bernard GAURIAU/Michel MINÉ, *Droit du travail,* Sirey, Paris, 2e éd., 2009, p. 525

Alain COEURET/Élisabeth FORTIS, *Droit pénal du travail,* LexisNexis, Paris, 5e éd., 2012

Gérard CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens,* Montchrestien, « Domat droit privé », Paris, 11e éd., 2003

Gérard CORNU, *Linguistique juridique,* Montchrestien, « Domat droit privé », Paris, 3e éd., 2005

Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique,* Presses Universitaires de France, « Quadrige », Paris, 10e éd., 2014 (cité : CORNU, *Vocabulaire juridique*)

René DEMOGUE, *Traité des obligations,* Rousseau, Paris, 1923

Charles DEMOLOMBE, *Cours de droit civil, tome XII*, J. Stienon, Bruxelles, 1868

Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel,* Nyon aîné, Paris, 1777 (cité : DOMAT, *Lois civiles*)

Paul DURANT/André VITU, *Traité de droit du travail,* Dalloz, Paris, tome II, 1950

Raphaël ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels,* L.G.D.J., « Bibliothèque de droit privé », Paris, 1996

Adhémar ESMEIN, *Histoire du droit français,* Larose, Paris, 1898

Louis FAVOREU/Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel,* Dalloz, « Grands arrêts », Paris, 14e éd., 2007

Louis FAVOREU *et alii, Droit constitutionnel,* Dalloz, coll. « Précis », Paris, 11e éd., 2008

Benoît GÉNIAUT, *La Proportionnalité dans les relations du travail, De l'exigence au principe,* Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, 2009

François GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif,* 2 vol., Sirey, Paris, 1899 (cité : GÉNY, *Méthodes*)

Serge GUINCHARD/Gabriel MONTAGNIER (dir.), *Locutions latines juridiques,* Dalloz, Paris, 2007

Georges GURVITCH, *L'Idée du droit social,* Sirey, Paris, 1932 (réimpression 1972)

Diane HENNEBELLE, *Essai sur la notion de salaire,* Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000

Micheline JAMOULLE, *Seize leçons sur le droit du travail,* Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1994 (cité : JAMOULLE, *Seize leçons*)

Emeric JEANSEN, *L'Articulation des sources du droit, Essai en droit du travail* (préface B. Teyssié), Economica, Paris, 2008

Samuel JUBÉ, *Droit social et normalisation comptable,* L.G.D.J., Paris, 2011

René LAVOLLÉE, *Les Classes ouvrières en Europe,* Guillaumin et cie, Paris, 2e éd., 1884

Jean-Philippe LÉVY/André CASTALDO, *Histoire du droit civil,* Dalloz, « Précis », Paris, 2e éd., 2010 (cité : LÉVY/CASTALDO, *Histoire du droit civil*)

Gérard LYON-CAEN, « Le salaire », tome 2 du *Traité de droit du travail* (dir. G.-H. Camerlynck), Dalloz, Paris, 2e éd., 1981 (cité : LYON-CAEN, « Le salaire »)

Ronan MABILEAU, *L'Évolution des modes de rémunération dans l'entreprise,* thèse, Nantes, 2004

André MAGNIER, *La participation du personnel à la gestion des entreprises. Cent ans d'évolutions en France et à l'étranger, vers l'émancipation du prolétariat au sein des entreprises,* Sirey, Paris, 1946

Philippe MALAURIE, *Droit civil illustré,* Defrénois, Paris, 2011

Philippe MALAURIE/Laurent AYNÈS, *Les Obligations*, Defrénois, Paris, 5e éd., 2011

Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE, *Le Raisonnement juridique,* Presses Universitaires de France, « Thémis Droit privé », Paris, 2001

Auguste MAURICE, *Table des commentaires de J. Voet sur les Pandectes, analysés dans leurs rapports avec chacun des articles des cinq codes français,* Librairie polytechnique, Bruxelles, 1841

Antoine MAZEAUD, *Droit du travail,* Montchrestien, « Domat Droit privé », Paris, 8e éd., 2012 (cité : MAZEAUD, *Droit du travail*)

Pierre MEVELLEC, *Le Calcul des coûts dans les organisations,* La Découverte, « Repères », Paris, 1995

Gaston MORIN, *La Révolte des faits contre le code,* Grasset, Paris, 1920

Henri MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du Droit privé*, Sirey, Paris, 1948

Jean PÉLISSIER/Alain SUPIOT/Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail,* Dalloz, « Précis », Paris, 24e éd., 2008 (cité : *Précis Dalloz* 2008)

Jean PÉLISSIER/Gilles AUZERO/Emmanuel DOCKÈS, *Droit du travail,* Dalloz, « Précis », Paris, 27e éd., 2013 (cité : *Précis Dalloz* 2013)

Félix PIPPI, *De la notion de salaire individuel à la notion de salaire social,* L.G.D.J., Paris, 1966

Robert-Joseph POTHIER, *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Paris et Orléans, 1762 (cité : POTHIER, *Traité du contrat de vente*)

Robert-Joseph POTHIER, *Traité du contrat de louage*, *selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur,* Debure l'aîné, Paris, 1764 (cité : POTHIER, *Traité du contrat de louage*)

Georges RIPERT, *Les Forces créatrices du droit,* L.G.D.J., Paris, 1955

Henri ROLAND/Laurent BOYER, *Adages du droit français*, Litec, Paris, 3e éd., 1992

Dominique ROLLIN-CLERC, *Prescription salariale et évaluation du travail. Les formes historiques du salaire de performance,* thèse, Grenoble II, IREPD, 1994

René SAVATIER, *Le droit comptable au service de l'homme,* Dalloz, Paris, 1969

Georges SCELLE, *Précis élémentaire de législation industrielle,* Sirey, Paris, 1927

Alain SUPIOT, *Les juridictions du travail,* Dalloz, Paris, 1987

Alain SUPIOT, *Critique du droit du travail,* Presses Universitaires de France, coll. « Quadrige », Paris, 2e éd., 2007 (cité : SUPIOT, *Critique*)

Alain SUPIOT, *Le Droit du travail,* Presses Universitaires de France, coll. « Que sais-je ? », Paris, 2006 (cité : SUPIOT, « Que sais-je »)

François TERRÉ, *Introduction générale au droit,* Dalloz, « Précis », Paris, 9e éd., 2012

François TERRÉ/Philippe SIMLER/Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations,* Dalloz, « Précis », Paris, 10e éd., 2009

Bernard TEYSSIÉ (dir.), *Les notions fondamentales du droit du travail,* Éditions Panthéon Assas, Paris, 2009

Bernard TEYSSIÉ (dir.), *Standards, principes et méthodes en droit du travail,* Economica, Paris, 2011

Catherine THIEBIERGE *et alii, Le droit souple,* Dalloz, « Association Henri Capitant », Paris, 2009

Articles

Romain Aeberhardt/Julien Pouget/Anne Skalitz, « Le revenu salarial et ses composantes, évolutions et inégalités de 1978 à 2005 », *in Les Salaires en France,* INSEE, édition 2007

Bernard Aldigé, « Des conditions de licéité d'un bonus discrétionnaire au regard du principe "à travail égal, salaire égal" », *Gaz. Pal.* 25 octobre 2012. 12

Anissa Allouache/Isabelle Vacarie, « La composition et la charge de la rémunération », *Dr. soc.* 2009. 1025

Pascal Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999. 771-810

Paul-Henri Antonmattei, « La qualification de salaire », *Dr. soc.* 1997. 571

Thérèse Aubert-Monpeyssen, « Principe "à travail égal, salaire égal" et politiques de gestion des rémunérations » *Dr. soc.* 2005. 18

Laurent Aynès, « Rapport introductif », *in L'Unilatéralisme et le droit des obligations,* (dir. Christophe Jamin/Denis Mazeaud), Economica, coll. « Études juridiques », Paris, 1999

Gilles Bélier/Aurélie Cormier, « Stock options et droit du travail », *Dr. soc.* 2000. 838

Olivier Bonijoly et Florence Riquoir, « Retour sur la jurisprudence relative au principe d'égalité de traitement entre salariés : le principe à l'épreuve de la pratique », *Gazette du Palais* 10 septembre 2011. 19

Alain Bouilloux, « Salaire (fixation, montant) », *Répertoire de droit du travail,* Dalloz, décembre 2000 (mise à jour décembre 2010)

Éric Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle,* L.G.D.J., Paris, 2001, pp. 153-176

Xavier Carsin, note Soc., 10 octobre 2012, n° 11-15296, *Gaz. Pal.* 25 octobre 2012. 12

Catherine Cathiard/Bernard Saintourens/Anne Lemercier, « La rémunération des dirigeants dans la société par actions », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2009, n° 104, pp. 3 et s.

Gérard Couturier, « La rémunération, élément du contrat de travail », *Dr. soc.* 1998. 523

Mireille Delmas-Marty, « La grande complexité juridique du monde », *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit,* Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 89

Mireille Delmas-Marty, « Cours : Libertés et sûreté dans un monde dangereux », *Annuaire du Collège de France 2008-2009,* pp. 602 et s.

Michel Despax, « Dénonciation d'une convention collective et sort des avantages acquis en matière de rémunération », *Dr. soc.* 1990. 156

Emmanuel Dockès, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr. soc.* 1997. 140

Jacques Duplat, « Sur la portée des recommandations patronales », concl. sous Soc., 23 juin 1999, *Dr. soc.* 1999. 795

Paul Durand, « Rémunération du travail et socialisation du droit », *Dr. soc.* 1942. 83

Paul Durand, « L'association capital-travail », *Dr. soc.* 1951. 604

Marie-Cécile Escande-Varniol/Jean-François Paulin, « La performance du salarié confrontée au droit du travail », *Rev. Travail et Emploi* avril 2004. 95

Marie-Cécile Escande-Varniol, « Salaire (définition et formes) », *Répertoire de droit du travail,* Dalloz, janvier 2009 (cité : Escande-Varniol, *Répertoire Dalloz*)

Lucien Flament, « La rémunération des inventions de salariés », *JCP S* 2006. 1290

Lucien Flament, « L'évaluation des salariés : une obligation sous contrôle », *CSBP* 1er mars 2010. 63

Lucien Flament, « Le ranking forcé. À propos de la licéité des quotas obligatoires pour l'évaluation des salariés », *CSBP* 1er avril 2010. 94

François Gaudu, « La participation des salariés », *Revue des sociétés* 1996. 471

Frédéric Géa/Marie-France Mazars, « Contrat de travail et normes collectives », *BICC* 1er octobre 2012. 40

Jacques Ghestin, « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », *Mélanges A. Weill,* Dalloz*,* Paris, 1983, pp. 243 et s.

Jacques Ghestin, « Contrat », *Dictionnaire de la culture juridique,* (édit. Denis Alland/Stéphane Rials), Presses Universitaires de France, Paris, 2003. 276-281

Antoine Jeammaud, « La place du salarié-individu dans le droit français du travail », *in Le droit collectif du travail. Questions fondamentales – évolutions récentes. Études en hommage à Madame le Professeur H. Sinay,* Peter Lang, Paris/Berne/Francfort, 1994

Antoine Jeammaud, « Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation », *Droit ouvrier* 1998. 246

Antoine Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. soc.* 2004. 694

David Jonin/Foulques de Rostolan, « Le point sur le régime juridique des stock-options », *Sem. soc. Lamy* 27 octobre 2003, n° 1141

Xavier Lagarde, « Prix et salaire », *Études offertes à Jacques Ghestin,* L.G.D.J., Paris, 2001, p. 527

Alain Lefebvre/Dominique Méda, « Performances nordiques et flexicurité : quelles relations ? », *Travail et Emploi* janvier-mars 2008. 133-143

Florence Lerique, « La rémunération des fonctionnaires au mérite », *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 2007. 683

Antoine Lyon-Caen, « Les clauses de transfert de risques sur le salarié », *in* « Les frontières du salariat », *Revue juridique de l'Ile de France/Revue trimestrielle des Barreaux* juin 1996. 151

Nicole Maggi-Germain/Adrien Correia, « L'évolution de la formation professionnelle continue », *Dr. soc.* 2001. 838

Arnaud Martinon, « Le salaire », *in Les notions fondamentales du droit du travail* (dir. B. Teyssié), Éditions Panthéon Assas, Paris, 2009, 161-184

Jean-Louis Médus, « Le salarié ou dirigeant-actionnaire : réflexions sur la fiscalité des management packages », *Bulletin Joly Société* 1er mai 2012. 453

Patrick Morvan, « Notation des salariés : polémique autour du "*ranking*" », *JCP E* 2002. 1042

Patrick Morvan, « La détermination de la rémunération variable », *JCP S* 25 mars 2008. 1180

Patrick Morvan, « La révision de la rémunération variable », *JCP S* 1er avril 2008. 1198

Patrick Morvan, « Calcul du montant de la rémunération », *JCP S* 15 juillet 2008. 1410

Patrick Morvan, « Le nouveau droit de la rémunération », *Dr. soc.* 2008. 643

Patrick Morvan, « La fin des bonus discrétionnaires ou l'égalité par le bas », *JCP E* 28 mai 2009. 1558

Patrick Morvan, « Variations sur la rémunération dans les groupes de sociétés », *JCP S* 22 décembre 2009. 1594

Patrick Morvan, « Rémunération variable et modification des objectifs par l'employeur », *JCP S* 19 avril 2011. 1196

Patrick Morvan, « Le juste en droit du travail », *in Standards, principes et méthodes en droit du travail* (dir. B. Teyssié) Economica, Paris, 2011, 23-41

Saïda Nouredine, « Le principe d'égalité de traitement appliqué aux avantages catégoriels conventionnels », *CSBP* 1er août 2011, n° 233. 221

Étienne Petit, « Cadeaux d'affaires et rémunérations versées par un tiers : des précisions sur le nouveau dispositif », *Petites affiches* 13 avril 2012. 3

Myriam Plet, « Bonne foi et contrat de travail », *Dr. ouvr.* 2005. 98

Marcel Pochard, « Droit de la fonction publique et droit commun du travail », *Vers un modèle européen de fonction publique ?* (dir. Laurence Potvin-Solis), Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 131-141

Judith Rochfeld, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle,* L.G.D.J., Paris, 2001. 747-768

Georges Scelle, « Essai sur les sources formelles du droit international », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény,* tome III, Sirey, Paris, 1934

Spiros Simitis, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », *Dr. soc.* 1997. 664

Viviane Stultz, « Polémique autour de l'usage de l'anglais dans les entreprises », *Petites affiches* 31 octobre 2005. 3

Alain Supiot, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.* 1989. 195

Alain Supiot, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. soc.* 1990. 485

Alain Supiot, « Le droit du travail bradé sur le marché des normes », *Droit social* décembre 2005. 1087-1096

Alain Supiot, « Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2007 », *Revue internationale du travail* 2010. 165-176

Stéphane Sylvestre, « La rémunération "d'activité" des dirigeants : brèves observations en faveur d'une réforme », *Bull. Joly* juin 2008. 532

Géraldine Terrade/Alain Sauret, « L'égalité en matière de rémunération », *Petites affiches* 19 février 2009. 11

François Terré, « Les nouvelles formes de l'entreprise », *Gazette du Palais* 18-19 mai 2011. 7

Didier Truchet, « Prix », *Dictionnaire de la culture juridique* (édit. Denis Alland/Stéphane Rials), Presses Universitaires de France, Paris, 2003, pp. 1212-1215

Raymonde Vatinet, « Développement de l'actionnariat salarié », *JCP S* 23 janvier 2007. 1032

Raymonde Vatinet, « La loi en faveur des revenus du travail », *JCP S* 9 décembre 2008. 13

Christophe Vigneau, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. soc.* 2004. 706

Philippe Waquet, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS* décembre 1996. 791

Philippe Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* mai 1999. 383

Philippe Waquet, « Les objectifs », *Dr. soc.* 2001. 120

Philippe Waquet, « Questions sur le "*ranking*" », *Semaine sociale Lamy* 2 décembre 2002

Aurélien Witzig/Rodhlann Jornot, « Répression pénale de la discrimination au travail : une perspective franco-suisse », *JCP S* 12 juin 1012. 1253

Mathilde Zylberberg, « Le principe "à travail égal, salaire égal" dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *BICC* avril-juin 2008. 3

Sans nom d'auteur :

« La justice suspend le système d'évaluation des cadres mis en place par Airbus », *Le Monde* 21 septembre 2009

c. Droits allemand et autrichien

Ouvrages

Fred BECKER, *Anreizsysteme für Führungskräfte, Möglichkeiten zur strategischorientierten Steuerung des Managements,* Stuttgart, 1990

Walter BEESE, *Die Gratifikation,* thèse, Königsberg, 1941

Ursin BERNARD, *Leistungsvergütung, Direkte und indirekte Effekte der Gestaltungsparameter auf die Motivation,* Deustcher Universitäts-Verlag, Wiesbaden, 2006

Carl CROME, *Die partiarischen Rechtsgeschäfte*, J. C. B. Mohr, Fribourg-en-Brisgau, 1897

Rudi MÜLLER-GLÖGE/Ulrich PREIS/Ingrid SCHMIDT, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht,* Beck, Munich, 11e éd., 2011

Rainer EBERLE, *Die betriebliche Übung,* thèse, Heidelberg, 1971

Lutz ENGELSING, *Aktienoptionen als Vergütungsbestandteil der Führungskräfte börsenorientierter Unternehmen,* thèse, Münster, Lohmar, Cologne, 2001

Bruno S. FREY/Margrit OSTERLOH (édit.), *Managing Motivation, Wie Sie die neue Motivationsforschung für Ihr Unternehmen nutzen können,* Gabler, Wiesbaden, 2000

Otto VON GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neusten Staatsrechtstheorien,* Mohr, Tübingen, 2e éd., 1915

Roland GÖTZ, *Gratifikationen und Prämien am Arbeitsplatz,* thèse, Würzburg, 1976

Kurt GRÜNBAUM, *Der Rechtsanspruch auf Gratifikation,* thèse, Göttingen, 1922

Günther KÖNIG, *Rückzahlungsklauseln bei freiwilligen Leistungen des Arbeitsgebers,* thèse, Cologne, 1968

Günter SCHAUB/Ulrich KOCH/Rüdiger LINCK *et alii, Arbeitsrechts-Handbuch,* Beck, Munich, 14e éd., 2011

Hans Theodor SOERGEL/Wolfgang SIEBERT, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Kohlhammer, Stuttgart, 13e éd., 1999

Articles

Erich Frey, « Gleichbehandlungsfragen bei Ausübung des Direktionsrechts », *Der Betrieb* 1964. 298

Klaus Hümmerlich, « Zielvereinbarungen in der Praxis », *NJW* 32/2006. 2294

Oliver Klein, « Anspruch auf variable Vergütung trotz abredewidrig unterbliebener Vereinbarung konkreter Ziele ? », *NZA* 19/2006. 1129

Ulrich Preis, « § 611-615 BGB », *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht,* Beck, Munich, 11e éd., 2011

Mauer Reinhold, « Zielbonusvereinbarungen als Vergütungsgrundlage im Arbeitsverhältnis », *NZA* 2010. 540

Erwin Salamon, « Das Ende von Sonderzahlungen mit Mischcharakter ? », *NZA* 2011. 1328

Alfred Söllner, « Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsrecht », *in Abhandlungen der geistes- und sozialwissenschaftlichen Klasse*, Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz, 1966, n° 1, pp. 9 et s. et pp. 118 et s.

d. Droits anglais et américain

Simon DEAKIN/Gillian MORRIS, *Labour Law,* Hart Publishing, Oxford, 6e éd., 2012

Katy Dowell, « Linklaters heads to CoA on Commerzbank bonus fight », *The Lawyer* 5 novembre 2012

Mark FREEDLAND/Nicola KOUNTOURIS, *The Legal Construction of Personal Work Relations,* Oxford University Press, 2011

Otto Kahn-Freund, « Legal Framework », *The System of Industrial Relations in Britain,* (édit. Allan Flanders/Hugh Clegg), Basil Blackwell, Oxford, 1954

Otto Kahn-Freund, « Labour Law », *Law and Public Opinion in Britain in the Twenthiest Century,* (édit. M. Ginsberg), Stevens, Londres, 1959

Deborah LOCKTON, *Employment Law,* Palgrave Macmillan, Londres, 7e éd., 2010

Ian MACNEIL, *The New Social Contract, An Inquiry into Modern Contractual Relations,* Yale University Press, 1980

Norman SELWYN, *Selwyn's Law of Employment,* Oxford University Press, 17e éd., 2012

Ivan Tchotourian, « Gouvernance d'entreprise et rémunération à l'aune de la nouvelle régulation financière américaine », *Bulletin Joly Bourse* 1er septembre 2010. 376

James Withman, « Deux notions d'égalité devant la loi », *Le Monde* 4 juin 2011

Sans nom d'auteur :

« Des banquiers britanniques récupèrent leur bonus en justice », *Le Monde* 9 mai 2012

« Commerzbank condamnée à verser leurs bonus à des banquiers », *Le Monde* 26 avril 2013

e. Droit italien

Lodovico BARASSI, *Il diritto del lavoro,* A. Giuffrè, Milan, 1935-1936, 2 vol.

Francesco CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto,* Biblioteca del « foro italiano », Rome, 1946

Luisa GALANTINO, *Diritto del lavoro,* G. Giappichelli Editore, Turin, 2003

Luigi Mengoni, « Le contrat de travail en droit italien », *Le Contrat de travail dans le droit des pays membres de la CECA,* Luxembourg, 1965, pp. 421 et s.

Antonio PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa, dal medievo all'età contemporeana,* Il Mulion, « Collezione di Testi e Studi », « Diritto », Bologne, 2007

Rodolfo Sacco, « La condizione », *Trattato di diritto privato da P. Rescigno,* UTET, Turin, 1982, pp. 293 et s.

3) Sources hors droit positif

ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque,* IV^e siècle av. J.-C., trad. fr. par Jean Voilquin, Garnier-Flammarion, Paris, 1992

Raymon ARON, *Les Étapes de la pensée sociologique,* Gallimard, « Tel », Paris, 1967

Jacques ATHIAS/Dominique GELIN, *Grammaire explicative de l'allemand,* Armand Colin, coll. « U », Paris, 1998

AUGUSTIN, *De Civitate Dei*, trad. fr. *La Cité de Dieu* par Lucien Jerphagon, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, 2002

Maya BACACHE-BEAUVALLET, *Les Stratégies absurdes, Comment faire pire en croyant faire mieux,* Éditions du Seuil, Paris, 2009

Maya Bacache-Beauvallet, « Incitations et désincitations : les effets pervers des indicateurs », *La Vie des idées* 22 février 2008

Raymond BARRE, *Économie politique,* Presses Universitaires de France, coll. « Thémis », Paris, 1997

Jean BATOU/Mauro CERUTTI/Charles HEIMBERG, *Pour une histoire des gens sans Histoire,* Éditions D'En Bas, Lausanne, 1995

Benoît XVI, « Lettre encyclique Caritas in Veritate », 29 juin 2009, disponible sur le site vatican.va

Jérémy BENTHAM, *A Fragment on Government*, 1676, trad. fr. *Fragment sur le gouvernement,* par Jean-Pierre Cléro, L.G.D.J., Paris, 1996

Charles BEUDANT, *Le Droit individuel et l'État,* Arthur Rousseau, Paris, 1891

Willy Boder, « Pas de taxation spéciale des hauts salaires », *Le Temps* 16 janvier 2013

Jean BODIN, *Six Livres de la République,* Jacques du Puys, Paris, 1576

Franz BORKENAU, *Der Übergang vom Feudalen zum Bürgerlichen Weltbild : Studien zur Geschichte der Philosophie der Manufakturperiode,* (1^e éd. 1934), Darmstadt, 1971

Jean CALVIN, *Institution de la religion chrétienne,* (1^e éd. 1541), Honoré Champion, Paris, 1911

Georges Canguilhem, « Le problème des régulations dans l'organisme et dans la société », *Cahiers de l'Alliance israëlite universelle* septembre-octobre 1955. 64

Robert CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale,* Fayard, Paris, 1995

Anne CHENG, *Histoire de la pensée chinoise,* Éditions du Seuil, coll. « Points », Paris, 1997

CICÉRON, *De Officiis,* 44 av. J.-C., trad. fr. *Traité des devoirs* par Henri Joly, Mille et une nuits, Paris, rééd., 2011

Daniel COHEN, *Homo economicus, prophète (égaré) des temps nouveaux,* Albin Michel, Paris, 2012

Auguste COMTE, *Cours de philosophie positive*, 1830-1842, Hermann, Paris, 1975, 2 vol

Benjamin CONSTANT, *Principes de politique,* (1e éd. 1815), Hachette, Paris, 2006

David Crystal, « Language diversity, endangerment, and public awareness », *British Academy Review* été 2011 (n° 18). 12-20

Armand CUVILLIER, *Cours de philosophie,* 2 tomes, Armand Colin, Paris, 1954

René DAVID/Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains,* Dalloz, « Précis », Paris, 11e éd., 2002

Simon DEAKIN/Alan HUGHES (edit.), *Enterprise and Community : New Directions in Corporate Governance,* Blackwell, Londres, 1997

Jacques DERRIDA, *Donner le temps (tome 1 : La fausse monnaie),* Galilée, coll. « La philosophie en effet », Paris, 1998

Denis DIDEROT/Jean LE ROND D'ALEMBERT, *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, (1e ed. de 1751 à 1772), Flammarion, Paris, 1993 (notamment les articles « Épingle » par Delaire et « Esclavage » par Louis de Jaucourt)

Jean-Claude DROUIN, *Tous économistes,* Presses Universitaires de France, 3e éd., 2008

Georges DUBY, *Les Trois Ordres ou l'Imaginaire du féodalisme,* Gallimard, Paris, 1978

Émile DURKHEIM, *Le Suicide,* Félix Alcan, Paris, 1897

Émile DURKHEIM, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Presses Universitaires de France, Paris, 1912

Chloé Dusapt, *Challenges* 10 août 2012

Guillaume Duval, « Faut-il limiter le salaire des patrons ? », *Alternatives économiques* article Web du 4 avril 2011, site internet : alternatives-economiques.fr

Norbert ELIAS, *Über den Prozess der Zivilisation,* (1e éd. 1939, 2e éd. 1969), trad. fr. du tome II *La Dynamique de l'Occident* par Pierre Kamnitzer, Calmann-Lévy, Paris, 1975

Norbert ELIAS, *Die Gesellschaft der Individuen,* Michael Schröter, Francfort, 1987, trad. fr. *La Société des individus* par Jean Etoré, Fayard, Parid, 1991

Jon ELSTER, *Leibniz et la formation de l'esprit capitaliste*, Aubier-Montaigne, « Analyse et raison », Paris, 1975

Alfred ERNOUT/Antoine MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine,* Klincksieck, Paris, 4e éd., 1994

Jean-Luc Ferrière, « Revenus et fortune en Suisse : une répartition toujours plus injuste », *Sit info* mai 2011

Fondation Ethos, *Rémunération 2009 des instances dirigeantes*, juillet 2012, site internet : ethosfund.ch

Hervé FRADET, *Trois leçons sur le travail,* Quintette, Paris, 1999

Félix GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français,* (1e éd. 1934), Hachette, Paris, (3e éd. enrichie par Pierre Flobert, 2005)

Jacques GÉNÉREUX, *Introduction à l'économie,* Éditions du Seuil, coll. « Points », 3e éd., 2001

Olivier GODECHOT, *L'Appropriation du profit — politiques des bonus dans l'industrie financière,* thèse, Conservatoire National des Arts et Métiers, 2004

Olivier Godechot, « Les bonus accroissent-ils les risques ? », *La Crise des subprimes,* Centre d'analyse économique, pp. 203-218

Jules et Edmond de GONCOURT, *Journal,* (1851-1896), Robert Laffont, « Bouquins », 2004

Érica Gorga/Michael Halberstam, « How legal institutions affect firm structure and market exchange by shaping Knowledge transactions : the influence of restrictive covenants and stock options on high tech firms », *ISNIE Conference,* Barcelone, disponible sur isnie.org

GRÉGOIRE DE TOURS, *Histoire des Francs,* 572, éd. et trad. fr. par R. Latouche, Les Belles Lettres, Paris, 1963

Maurice GREVISSE/André GOOSSE, *Le bon usage,* De Boeck Duculot, Bruxelles, 14e éd., 2007

Georges Gusdorf, « Les Sciences humaines et la philosophie », *Bulletin de la Société française de Philosophie* 1963. 65

Friedrich HAYEK, *The Road to Serfdom,* Routledge Press, Londres, 1944, trad. fr. *La Route de la servitude* par Georges Blumberg, Presses Universitaires de France, coll. « Quadrige », Paris, 5e éd., 2010

Friedrich HAYEK, *Law, Legislation and Liberty,* Routledge & Kegan Paul, Londres, 1973-1976, trad. fr. *Droit, législation et liberté* par Raoul Audouin, Presses Universitaires de France, coll. « Quadrige », Paris, 1982

Hésiode, *Les Travaux et les jours,* trad. fr. par Jean-Louis Backès, Gallimard, Paris, 2001

Jean-Paul Huet, « Loi d'airain », *Encyclopedia Universalis,* site internet : universalis.fr

Victor HUGO, *Les Misérables,* (1e éd. 1862), Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, 1951

Philippe D'IRIBARNE, *La Logique de l'honneur,* Éditions du Seuil, coll. « Points », Paris, 1989

Jean-Paul II, « Lettre encyclique Laborem exercens », 14 septembre 1981, *Acta Apostolicae Sedis* 73 (1981). 577

Philippe JESTAZ, *Le Droit,* Dalloz, « Connaissance du droit », Paris, 6e éd., 2010

Immanuel KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten,* 1785, trad. fr. *Fondements de la métaphysique des mœurs* par Victor Delbos, Livre de Poche, Paris, 1907

Immanuel KANT, *Zum ewigen Frieden*, 1795, trad. fr. *Projet de paix perpétuelle* par Jules Barni revue par Alain Lagarde, Hatier, Paris, 1988

Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre,* (1e éd. 1934, 2e éd. 1960), trad. fr. de la 2e éd. *Théorie pure du droit* par Charles Eisenmann, Bruylant/L.G.D.J., Bruxelles/Paris, 1999

Joseph Maynard KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, 1936, trad. fr. *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie* par Jean de Largentaye, Payot & Rivages, Paris, 2005

Peter KING, *One Hundred philosophers,* Barron's Educational Series, 2004, trad. fr. *Cent philosophes,* Le Pré aux clercs, Paris, 2005

Alexandre KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit,* (manuscrit de 1943), Gallimard, coll. « Tel », Paris, 1981

Christine Lahuec (trad. fr.), « Les bonus doivent être revus pour limiter la prise de risque », *Le Monde* 17 août 2010

Christian LALIVE D'ÉPINAY, *Les Suisses et le travail,* Réalités sociales, Lausanne, 1990

Michel LALLEMENT, *Le travail. Une sociologie contemporaine,* Gallimard, coll. « Folio Essais », Paris, 2007 (cité : LALLEMENT, *Le travail*)

Augustin LANDIER/David THESMAR, *Le grand méchant marché, décryptage d'un fantasme français,* Flammarion, Paris, 2007

François DE LA ROUCHEFOUCAULD, *Maximes,* (1e éd. 1664), Imprimerie nationale, Paris, 1998

Ferdinand Lassalle, « Das Arbeiterprogramm (1862) und Das Offene Antwortschreiben (1863) », *Ferdinand Lassalle Reden und Schriften* (édit. Friedrich Jenaczek), Deutscher Taschenbuch Verlag, Munich, 1970

Alain LAURENT, *Histoire de l'individualisme,* Presses Universitaires de France, coll. « Que sais-je ? », Paris, 1993

Pierre LEGENDRE, *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident,* (1e éd. 2004), Mille et une nuits, Paris, 2008

Jacques LE GOFF, *Pour un autre Moyen Âge,* Gallimard, « Bibliothèque des idées », Paris, 1977

Frédéric LENOIR, *L'Âme du monde,* NiL éditions, Paris, 2012

Léon XIII, « Lettre encyclique Rerum Novarum », 15 mai 1891, *Actae Sanctae Sedis* XXIII (1891). 641-670, CH pp. 296-334

Anna Lietti, « Et voilà pourquoi l'allemand met le verbe à la fin », entretien avec Heinz Wismann, *Le Temps* 25 septembre 2012

Philippe MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique,* Éditions Cujas, Paris, 2e éd., 2001 (cité : MALAURIE, *Pensée juridique*)

Thomas MALTHUS, *An Essay on the Principle of Population*, 1798-1826, trad. fr. *Essai sur le principe de population* par P. et G. Prevost, Flammarion, Paris, 1992

Fernand MARTIN, *Les Mots latins,* Hachette, Paris, 1976

Karl MARX, *Das Kapital,* 1867, trad. fr. *Le Capital* par Michel Jacob, Joseph Roy, Maximilien Rubel et Suzanne Voute, Gallimard, Paris, 2008

Jérôme MAUCOURANT, *Avez-vous lu Polanyi ?*, Flammarion, « Champs essais », Paris, rééd., 2011

Marcel MAUSS, *Essai sur le don,* (1e éd. 1925), Presses Universitaires de France, Paris, 2007

MOLIÈRE, *L'École des femmes,* (1e éd. 1662), Larousse-Bordas, « Petits classiques », Paris, 1998

MOLIÈRE, *Dom Juan ou le Festin de pierre,* (1e éd. 1665), Larousse-Bordas, « Petits classiques », Paris, 1998

Charles-Louis de Secondat MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois,* (1e éd. 1748), *Œuvres complètes tome II,* Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, 1951

Bernard MOTTEZ, *La Sociologie industrielle,* Presses Universitaires de France, Paris, 1971

Joseph NEEDHAM, *Science and Civilization in China*, Cambridge University Press, tome II, 1956

Charles Sanders PEIRCE, *Collected Papers,* Harvard University Press, Cambridge, 1935

Chaïm PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique,* Dalloz, « Méthodes du droit », Paris, 2e éd., 1979

Olivier Pétré-Grenouilleau, « Et les hommes inventèrent l'esclavage », *Sciences humaines* mars 2011

Pie XI, « Lettre enclycique Quadragesimo anno », 15 mai 1931, *Acta Apostolicae Sedis* 23 (1931). 177

Jacques PIMPANEAU, *Anthologie de la littérature chinoise classique,* Éditions Philippe Picquier, Arles, 2004

Karl POLANYI, *The Great Transformation,* Rinehart, New York, 1944, trad. fr. *La grande transformation* par Catherine Malamoud, Gallimard, Paris, 1983

Pierre-Joseph PROUDHON, *Qu'est-ce que la propriété ?,* (1e éd. 1840), Le Livre de Poche, Paris, 2009

Samuel von PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, 1672, trad. fr. *Droit de la nature et des gens* par Jean Barbeyrac, Réimpression par la Bibliothèque de philosophie politique et juridique, Caen, 1987

Hilary PUTNAM, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy,* 2002, trad. fr. *Fait/valeur : la fin d'un dogme* par Marjorie Caveribère et Jean-Pierre Cometti, Éditions de l'éclat, Paris/Tel-Aviv, 2004

François RABELAIS, *Pantagruel,* (1e éd. 1532), Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1994

John RAWLS, *Justice as Fairness,* President and Fellows of Harvard College, 2001, trad. fr. *La Justice comme équité* par Bertrand Guillarme, La Découverte, Paris, 2e éd., 2008

Manfred REHBINDER, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich,* Duncker & Humblot, Berlin, 1986

Robert Reich, « An Economy Raised on Pork », *The New York Times* 3 septembre 2005

Alain REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française,* Dictionnaires Le Robert, Paris, 1995

Théodule RIBOT, *Les Maladies de la volonté,* Alcan, Paris, 1883

David RICARDO, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, 1821 (3e éd.), trad. fr. *Des Principes de l'économie politique et de l'impôt* par Cécile Soudan, Flammarion, Paris, 1992

Paul ROBERT, *Le Petit Robert*, texte remanié et amplifié sous la direction de Josette Rey-Debove et Alain Rey, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2013

Jean-Jacques ROUSSEAU, *Le Contrat social,* (1e éd. 1762), Nathan, Paris, 1998

Jean Saglio, « Les fondements sociaux des hiérarchies salariales en France », *Travail et emploi* 1999. 21-39

Claude-Henri DE SAINT-SIMON, *Œuvres choisies,* Fr. van Meenen et cie, Bruxelles, 1839

François SCHANEN/Jean-Paul CONFAIS, *Grammaire de l'allemand,* Nathan, coll. « Université », Paris, 1989

Koïchi SCHIMIZU, *Le Toyotisme,* La Découverte, Paris, 1999

Jean DE SISMONDI, *Nouveaux principes d'économie politique,* Delaunay, Paris, 1819

Badford SMART, *Topgrading,* Portfolio Hardcover, États-Unis, 3e éd., 2012

Adam SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, trad. fr. *La Richesse des nations* par Germain Garnier, Flammarion, coll. « GF », Paris, 1991

Marion Solletty, « Taxe bancaire : "Tous les pays vont en ordre dispersé" », *Le Monde* 9 septembre 2010

Joseph STIGLITZ, *Freefall,* W. W. Norton & Company, 2010, trad. fr. *Le Triomphe de la cupidité* par Paul Chemla, Les Liens qui libèrent, 2010

Leo STRAUSS, *Natural Right and History,* The University of Chicago Press, 1953, trad. fr. *Droit naturel et histoire* par Monique Nathan et Éric de Dampierre, Flammarion, coll. « Champs », Paris, 1986

Alain SUPIOT, *Homo juridicus,* Éditions du Seuil, coll. « Points », Paris, 2005 (cité : SUPIOT, *Homo juridicus*)

Alain SUPIOT, *L'Esprit de Philadelphie,* Éditions du Seuil, Paris, 2010 (cité : SUPIOT, *L'Esprit de Philadelphie*)

Frederick TAYLOR, *The Principles of Scientific Management,* New York, 1911, trad. fr. *La Direction scientifique des entreprises* par Luc Maury, Dunod, Paris, 1971

Laurent Testot, « L'esclavage persiste-t-il aujourd'hui ? », *Sciences humaines* mars 2011

Alexis DE TOCQUEVILLE, *État social et politique de la France,* (1e éd. 1835), *Œuvres complètes,* Gallimard, Paris, 1952, tome II

Louis-René VILLERMÉ, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie,* (1e éd. 1840), Études et documentation internationales, Paris, 1989

Michel VILLEY, *Philosophie du droit,* Dalloz, Paris, 2e éd., 2001

Léon WALRAS, *Éléments d'économie politique pure*, (1e éd. 1874), Kessinger Publishing, 2010

Max WEBER, *Die protestantische Ethik und der « Geist » des Kapitalismus,* 1904-1905, trad. fr. *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme* par Isabelle Kalinowski, Flammarion, « Champs », Paris, 3e éd., 2002

Max Weber, « Wissenschaft als Beruf », 1919, trad. fr. « Le métier et la vocation de savant », *in Le Savant et le politique,* Union Générale d'Éditions, Paris, 1963

Simone Weil, « Lettre à un ingénieur », *La Condition ouvrière*, Gallimard, Paris, 1951

Nicolas WERTH, *Histoire de l'Union soviétique,* Presses Universitaires de France, coll. « Thémis », Paris, 5e éd., 2001

Ludwig WITTGENSTEIN, *The Blue and Brown Books,* 1933-1935, trad. fr. *Le Cahier bleu et le cahier brun* par Guy Durand, Gallimard, coll. « Tel », Paris, 1965

Sans nom d'auteur :

La Bible de Jérusalem, trad. fr. sous la direction de l'École biblique de Jérusalem, Paris, Desclée de Brouwer, 1998

Sexte, 1299

Trésor de la Langue Française informatisé, site internet : atilf.atilf.fr (cité : *TLFI*)

Deutsches Rechtswörterbuch, site internet : rzuser.uni-heidelberg.de/~cd2/drw

« Obama nennt Boni obszön », *NZZ* 15 janvier 2010

« Alain Juppé refuse la Cour des comptes », *Les Échos* 18 janvier 2010

« En Chine aussi, les salaires des banquiers méritent d'être encadrés ? », *L'Expansion* 10 mars 2010

« Davantage de contrôles sur les rémunérations », *24 Heures* 26 janvier 2011

« Le gouvernement envisage de taxer les gros salaires », *La Tribune* 13 juillet 2011

« Goldman Sachs, enquête sur une société secrète », *Le Monde* 11 mai 2012

RÉPERTOIRE DE JURISPRUDENCE

Sont ici répertoriées les principales décisions ayant marqué l'évolution de notre sujet.

1) Juridictions fédérales

TF, 6 mars 1897, *Aluminium-Industrie-Gesellschaft, ATF* 23 I 265
TF, 1er décembre 1900, *ATF* 26 II 768
TF, 22 novembre 1912, *ATF* 38 II 623
TF, 26 juin 1914, *ATF* 40 I 409
TF, 12 février 1915, *Brauerei Tiefbrunnen, ATF* 41 II 105
TF, 7 juillet 1916, *ATF* 42 II 355
TF, 15 février 1923, *ATF* 49 II 1
TF, 17 novembre 1924, *ATF* 50 II 481
TF, 17 février 1925, *ATF* 51 II 162
TF, 25 septembre 1925, *ATF* 51 I 325
TF, 20 juin 1927, *ATF* 53 II 247, *SJ* 1928. 21
TF, 19 octobre 1927, *ATF* 53 II 317
TF, 29 avril 1931, *ATF* 57 II 185
TF, 16 février 1938, *Grandchamp, ATF* 64 II 9, *JT* 1939 I 158
TF, 27 novembre 1941, *ATF* 67 II 200
TF, 21 mars 1945, *ATF* 71 III 60, *JT* 1945 II 49
TF, 2 novembre 1945, *ZITAG, ATF* 71 II 267, *JT* 1946 I 198
TF, 12 novembre 1946, *ATF* 72 II 421
TF, 28 juin 1949, *ATF* 75 II 237, *JT* 1950 I 239
TF, 23 décembre 1952, *ATF* 78 II 441
TF, 16 novembre 1953, *ATF* 79 II 388
TF, 30 mars 1954, *ATF* 80 II 49, *JT* 1954 I 581
TF, 21 juin 1955, *Bruderer c. Hemmi & Baur, ATF* 81 II 145, *JT* 1956 I 13
TF, 19 février 1957, *ATF* 83 II 78
TF, 7 octobre 1958, *ATF* 84 II 493
TF, 16 décembre 1958, *ATF* 84 II 621
TF, 17 novembre 1964, *ATF* 90 II 443
TF, 24 novembre 1964, *Veuve Henri Duvoisin, ATF* 90 II 483, *JT* 1965 I 254
TF, 9 mars 1967, *Bourgeoisie de Chermignon, ATF* 93 II 185
TF, 29 novembre 1967, *Stolz,* non publié
TF, 7 mai 1968, *ATF* 94 II 122, *SJ* 1969. 105
TF, 13 mai 1969, *ATF* 95 II 126
TF, 13 mai 1969, *ATF* 95 II 126
TF, 15 juin 1971, *ATF* 97 II 142
TF, 7 décembre 1971, *ATF* 97 II 390, *JT* 1973 I 80
TF, 18 septembre 1973, *ATF* 99 II 303, *JT* 1974 I 383, *SJ* 1974. 324
TF, 30 octobre 1973, *ATF* 99 II 313
TF, 9 mai 1974, *ATF* 100 III 79
TF, 26 septembre 1974, *ATF* 100 II 345, *JT* 1975 I 614
TF, 13 janvier 1975, *ATF* 101 II 17, *JT* 1976 I 63
TF, 18 février 1976, *ATF* 102 Ia 372
TF, 29 septembre 1976, *ATF* 102 IA 417
TF, 4 octobre 1977, *ATF* 103 II 274
TF, 20 juin 1978, *ATF* 104 II 190
TF, 11 septembre 1979, *Dame Jacoud, SJ* 1980. 192
TF, 6 février 1979, *ATF* 105 II 75, *JT* 1980 I 66
TF, 10 janvier 1980, *JAR* 1982. 204
TF, 12 mai 1980, *ATF* 106 II 45, *JT* 1980 I 600, *SJ* 1981. 41, *JAR* 1982. 275
TF, 11 novembre 1980, *ATF* 106 II 346, *JT* 1982 I 77
TF, 16 juin 1981, *ATF* 107 IV 107, *JT* 1982 IV 157

TF, 11 septembre 1981, *ATF* 107 Ia 107
TF, 18 septembre 1981, *ATF* 107 II 343, *JT* 1982 I 272
TF, 13 octobre 1981, *Harrasser*, non publié
TF, 27 octobre 1981, *SJ* 1982. 229
TF, 17 novembre 1981, *ATF* 107 II 430, *JT* 1982 I 94, *SJ* 1982. 241, *Quatre cents arrêts* n° 134
TF, 18 mai 1982, *Trans-Route*, *SJ* 1983. 94, *JU-TRAV* 1983. 11
TF, 12 octobre 1982, *ATF* 108 II 444
TF, 7 juin 1983, *Rüttimann Frères, ATF* 109 II 105, *JT* 1984 I 134
TF, 28 juin 1983, *SJ* 1984. 238
TF, 5 juillet 1983, *ATF* 109 II 327, *JAR* 1985. 126
TF, 1er novembre 1983, *ATF* 109 II 447, *JT* 1984 I 222, *SJ* 1984. 448, *JAR* 1985. 141, *Quatre cents arrêts*, n° 105, p. 106
TF, 18 juin 1984, *ATF* 110 II 168
TF, 28 mars 1985, *SJ* 1985. 577
TF, 18 juin 1985, *ATF* 111 II 245, *JT* 1986 I 2
TF, 4 février 1986, *ATF* 112 II 41, *JT* 1986 I 253, *SJ* 1986. 388
TF, 12 mars 1986, 4 C 615/85
TF, 12 novembre 1986, *JAR* 1987. 307
TF, 19 novembre 1987, *SJ* 1988. 562
TF, 25 novembre 1987, KUHN/ KOLLER, 5.4.A.1
TF, 21 juin 1988, *ATF* 114 II 279, *JT* 1988 I 537, *SJ* 1988. 609
TF, 13 juin 1989, *ATF* 115 V 326, *CGSS* 1994. 184
TF, 19 décembre 1989, 4C.176/1989
TF, 21 septembre 1989, *ATF* 115 IV 175
TF, 21 décembre 1989, *ATF* 115 V 416
TF, 12 septembre 1990, *ATF* 116 V 177
TF, 20 septembre 1990, *ATF* 116 II 695, *JT* 1991 I 625, *SJ* 1991. 298
TF, 3 mars 1992, *ATF* 118 II 58, *JT* 1993 I 154
TF, 26 mars 1992, *ATF* 118 II 157, *JT* 1993. 648
TF, 11 mai 1992, *ATF* 118 V 79
TF, 26 mai 1992, *SJ* 1993. 369
TF, 16 juin 1992, *ATF* 118 II 136
TF, 20 avril 1993, *ATF* 119 II 162
TF, 13 mai 1993, *ATF* 119 V 161
TF, 10 juin 1993, *SJ* 1995. 781
TF, 24 mai 1994, *ATF* 120 II 209, *JT* 1995 I 367, *Pra* 1995 105 338
TF, 11 octobre 1994, 4C.47/1994, *JAR* 1995. 102
TF, 31 octobre 1994, 4P.118/1994, *SJ* 1995. 813
TF, 17 novembre 1994, *JAR* 1995. 112, *SJ* 1995. 784
TF, 14 décembre 1994, *JAR* 1995. 214
TFA, 7 mars 1995, *DTA* 1995. 80
TF, 21 mars 1995, *JAR* 1996. 95
TF, 26 avril 1995, *ATF* 121 III 118
TF, 8 juin 1995, *ATF* 121 I 259, *SJ* 1996. 93
TF, 10 octobre 1995, *ATF* 121 III 350, *JT* 1996 I 187, *SJ* 1996. 197, *Pra* 1996 168 613
TF, 27 octobre 1995, *ATF* 121 I 367, *JT* 1997 I 278
TF, 5 décembre 1995, *ATF* 122 III 10, *JT* 1998 I 111
TF, 6 décembre 1995, *JAR* 1997. 124
TF, 10 avril 1996, *Caisse de compensation SSE, ATF* 122 V 178
TF, 8 mai 1996, *ATF* 122 III 110
TF, 27 juin 1996, *ATF* 122 V 169
TF, 17 octobre 1996, *JAR* 1997. 116
TF, 17 décembre 1996, *SARB* 1997. 236, *Plädoyer* 1994. 60
TF, 18 février 1997, 4C.474/1996
TF, 30 juillet 1997, *ATF* 123 III 391
TF, 12 août 1997, *JAR* 1998. 199
TF, 8 octobre 1997, *JAR* 1998. 282
TF, 18 décembre 1997, *ATF* 124 III 67
TF, 28 mai 1998 *ATF* 124 III 346
TF, 8 juin 1998, *ATF* 124 II 409
TF, 3 juillet 1998, *ATF* 124 II 436, *PJA* 1998 1520, *RDAF* 1999 I 470
TF, 25 novembre 1998, *ATF* 125 III 14, *JT* 1999 I 359, *SJ* 1999 I 315
TF, 18 décembre 1998, *ATF* 125 I 71
TF, 18 décembre 1998, *ATF* 125 III 65, *JT* 2000 I 355
TF, 21 décembre 1998, *ATF* 125 III 78, *SJ* 1999 I 385, *Pra* 1999 91 506
TF, 23 août 1999, *JAR* 2000. 109
TF, 5 octobre 1999, *ATF* 125 II 541
TF, 23 décembre 1999, *JAR* 2000. 290

TF, 4 février 2000, *JAR* 2001. 135
TF, 6 mars 2000, *ATF* 126 III 119, *JT* 2000 I 630, *JAR* 2001. 195, *RJB* 2002. 317, com. W. Wiegand
TF, 4 août 2000, H 386/99
TF, 1er septembre 2000, 4C. 135/2000, *800 arrêts*
TF, 26 septembre 2000, 4C.292/1999, *ATF* 126 III 521, *JT* 2001 I 506, *SJ* 2001 I 199, *DTA* 2001. 110, comm. W. Portmann
TF, 14 décembre 2000, *ATF* 127 III 83, *JT* 2001 I 140, *SJ* 2001 I 301
TF, 19 décembre 2000, 4C.277/2000, *ATF* 127 III 86, *JAR* 2001. 177
TF, 12 février 2001, *ATF* 127 III 147
TF, 24 avril 2001, *ATF* 127 III 300, *JT* 2001 I 239
TF, 11 mai 2001, *ATF* 127 III 351
TF, 5 juillet 2001, *ATF* 127 III 444, *JT* 2002 I 213
TF, 13 juillet 2001, 4C.81/2001
TF, 27 septembre 2001, 7B.213/2001
TF, 10 décembre 2001, *ATF* 128 III 129, *JT* 2003 I 10, *SJ* 2002 I 389
TF, 22 janvier 2002, 4C.263/2001
TF, 21 février 2002, 4C.301/2001
TF, 19 mars 2002, 4C.390/2001, *ATF* 128 III 174, *JT* 2003 I 28, *JAR* 2003. 207
TF, 25 mars 2002, 4C.312/2001, *ATF* 128 III 212
TF, 17 mai 2002, *ATF* 128 III 265, *JT* 2003 I 113
TF, 8 juillet 2002, 4C.160/2002
TF, 14 octobre 2002, 4C.247/2002, *ATF* 129 III 118, *JT* 2003 I 144, *JAR* 2003. 210
TF, 31 octobre 2002, 4C.177/2002
TF, 17 décembre 2002, *ATF* 129 III 276, *JT* 2003 I 346, *JAR* 2003. 221
TF, 8 janvier 2003, 4C.342/2002, *ATF* 129 III 171
TF, 24 janvier 2003, 4C.325/2002
TF, 24 janvier 2003, 4P.219/2002
TF, 14 février 2003, 4C.310/2002
TF, 24 avril 2003, 4C.6/2003, *DTA* 2003. 154-156, *JAR* 2004. 248
TF, 21 mai 2003, 4C.62/2003
TF, 25 juin 2003, *ATF* 129 III 493
TF, 7 juillet 2003, 4C.90/2003, *DTA* 2003. 219-222
TF, 18 juillet 2003, 4C.126/2003, *ATF* 129 III 618
TF, 5 septembre 2003, 4C.78/2003, *ATF* 129 III 664, *JT* 2004 I 60
TF, 27 novembre 2003, 2P.305/2002, *ATF* 130 I 26
TF, 9 décembre 2003, 4C.284/2003
TF, 12 décembre 2003, 4C.283/2003
TF, 22 décembre 2003, 4C.383/2002, *ATF* 130 III 145
TF, 9 janvier 2004, *ATF* 130 III 213, *JT* 2004 I 223
TF, 19 janvier 2004, 7B.4/2004, *DTA* 2004. 97-98
TF, 29 janvier 2004, 4C.217/2003
TF, 25 février 2004, 4C.226/2003
TF, 9 mars 2004, 4P.83/2003
TF, 8 avril 2004, 4C.329/2003, *ATF* 130 III 495
TF, 27 avril 2004, 4C.20/2004, *ATF* 130 III 417
TF, 30 juillet 2004, 4C.189/2004
TF, 2 août 2004, *ATF* 130 II 493
TF, 7 septembre 2004, 4C.173/2004, *JAR* 2005. 262
TF, 24 septembre 2004, 6P.95/2004, *ATF* 130 IV 106, *JT* 2006 IV 215, *SJ* 2005. 52, *Pra* 2005 32 243
TF, 1er octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004 (voir également 4P.149/2004, 4P.151/2004), *DTA* 2005. 23-26, *DTA* 2006. 100-105, comm. U. Sommer, *JAR* 2005. 275
TF, 25 octobre 2004, 4C.212/2004
TF, 25 octobre 2004, 4C.244/2004, *JAR* 2005. 295, *DTA* 2005. 27
TF, 27 octobre 2004, 4C.290/2004
TF, 24 novembre 2004, 4P.194/2004
TF, 20 décembre 2004, 4C.398/2004
TF, 6 janvier 2005, 4C.384/2004
TF, 1er avril 2005, 4C.467/2004
TF, 6 avril 2005, 4C.473/2004
TF, 4 mai 2005, 4C.67/2005, *DTA* 2005. 251-253
TF, 28 mai 2005, 5C.238/2004, *ATF* 131 III 451
TF, 30 mai 2005, 4C.475/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter
TF, 1er juillet 2005, 4C.364/2004, *DTA* 2005. 241-245, comm. P. Schneiter
TF, 6 juillet 2005, 4C.110/2005, *ATF* 131 III 535
TF, 5 août 2005, 4C.432/2004, *ATF* 132 III 32, *JT* 2006 I 257, *JAR* 2006. 290
TF, 5 août 2005, 4C.448/2004, *ATF* 131 III 606
TF, 12 septembre 2005, *ATF* 131 V 444, *PJA* 2006. 354

TF, 21 septembre 2005, 4C.183/2005, *ATF* 131 III 615, *SJ* 2006 I 45, *JAR* 2006. 329, *Pra* 2006. 655, *RJB* 2006. 430, note T. Koller
TF, 26 septembre 2005, 4C.147/2005
TF, 25 octobre 2005, 4C.157/2005
TF, 2 novembre 2005, 4C.265/2005, *DTA* 2006. 110-111
TF, 9 novembre 2005, 4C.242/2005
TF, 16 novembre 2005, 4C.239/2005, *DTA* 2006. 31-34
TF, 17 novembre 2005, 4C.247/2005
TF, 20 décembre 2005, 4C.215/2005, *ATF* 132 III 115, *JT* 2006 I 152
TF, 17 janvier 2006, 4C.352/2005
TF, 24 janvier 2006, 4C.340/2005, *DTA* 2006. 186-188, *JAR* 2007. 160
TF, 24 février 2006, 6S.298/2005, *SJ* 2006 I 461
TF, 28 février 2006, 4C.426/2005, *DTA* 2006. 188-190
TF, 1er mars 2006, 4C.395/2005, *DTA* 2006. 266-268, *JAR* 2007. 206
TF, 15 mars 2006, 4C.419/2005
TF, 20 mars 2006, 4C.320/2005
TF, 27 mars 2006, 4C.6/2006
TF, 29 mars 2006, 4C.414/2005
TF, 5 mai 2006, 1S.5/2006, *SJ* 2006 I 489
TF, 6 juin 2006, 4C.97/2006, *DTA* 2006. 271-272, *JAR* 2007. 270
TFA, 16 juin 2006, C 139/05
TF, 4 août 2006, 4C.112/2006
TF, 25 janvier 2007, 4C.219/2006, *DTA* 2007. 88-90
TF, 25 janvier 2007, 4C.276/2006
TF, 25 janvier 2007, *ATF* 133 V 153
TF, 30 janvier 2007, 4C.388/2006
TF, 12 février 2007, 4C.401/2006, *ATF* 133 III 213, *JT* 2010 I 231, *DTA* 2007. 156
TF, 28 mars 2007, 4C.41/2007
TF, 2 avril 2007, 4A_72/2008
TF, 8 mai 2007, 4A_23/2007, *DTA* 2007. 160-163
TF, 15 mai 2007, H 97/06, *ATF* 133 V 346
TF, 21 juin 2007, 4C.69/2007
TF, 22 juin 2007, 4A_21/2007
TAF, 25 juin 2007, A-411/2007
TF, 3 juillet 2007, 4A_12/2007, *ATF* 133 III 545
TF, 6 juillet 2007, 4A_63/2007
TF, 13 juillet 2007, 4A_115/2007, *DTA* 2007. 249-253, *JU-TRAV* 2008. 50
TF, 17 juillet 2007, 4A_59/2007, *DTA* 2007. 245-248
TF, 2 août 2007, 4A_192/2007
TF, 27 août 2007, *ATF* 133 V 556
TF, 25 septembre 2007, 4A_114/2007
TF, 16 octobre 2007, *ATF* 133 III 657
TF, 4 décembre 2007, 4A_310/2007
TF, 17 janvier 2008, 4A_444/2007, *JAR* 2009. 171
TF, 29 janvier 2008, 4A_419/2007
TF, 28 avril 2008, 4A.97/2008
TF, 13 mai 2008, *ATF* 134 III 390, *JT* 2010 I 143, *SJ* 2008 I 361, *recht* 2009. 211
TF, 26 mai 2008, 4D_30/2008
TF, 26 mai 2008, 9C_683/2007
TF, 12 juin 2008, 4A_16/2008, *SJ* 2009 I 77
TF, 2 juillet 2008, 4A_199/2008, *JT* 2009 I 56, résumé R. Wyler
TF, 3 juillet 2008, 4A_498/2007
TF, 9 octobre 2008, 4A_192/2008
TF, 23 octobre 2008, 5A_131/2008, *ATF* 135 III 171, *DTA* 2010. 91, comm. Franco Lombardi
TF, 3 février 2009, 4A_509/2008 et 4A_511/2008, *DTA* 2009. 120, comm. G. Aubert
TF, 11 février 2009, 4A_506/2008
TF, 12 mars 2009, *ATF* 135 III 349
TF, 20 mars 2009, 4A_595/2008, *ATF* 135 III 295
TF, 26 mars 2009, 4A_28/2009
TF, 3 avril 2009, 4A_60/2009
TF, 14 avril 2009, 4A_17/2009
TF, 14 avril 2009, 9C_387/2008
TF, 23 avril 2009, 4A_398/2007, *ATF* 135 III 433, *JT* 2009 I 479
TF, 27 avril 2009, 4A_315/2008, *DTA* 2009. 232-236
TAF, 5 mai 2009, A-6308/2008
TF, 19 août 2009, 4A_325/2009
TF, 16 décembre 2009, 4A_478/2009, *DTA* 2010. 23, *JU-TRAV* 2012. 46

TF, 21 décembre 2009, 4A_526/2009
TF, 25 février 2010, 4A_608/2009, *DTA* 2010. 94-96
TF, 26 février 2010, 4A_549/2009
TF, 5 mars 2010, 4A_558/2009
TF, 9 mars 2010, 4A_637/2009, *DTA* 2010. 49-50, *JU-TRAV* 2010. 51
TF, 23 mars 2010, 8D_3/2009
TF, 1er avril 2010, 4A_82/2010
TF, 6 avril 2010, 4A_47/2010, *ATF* 136 III 186
TF, 23 avril 2010, 6B_1000/2009 et 6B_1001/2009
TF, 4 mai 2010, 4A_54/2010, *ATF* 136 I 290
TF, 20 mai 2010, 8C_283/2010
TF, 26 mai 2010, 4A_122/2010, *ATF* 136 III 313, *JT* 2011 II 206, *JAR* 2011. 209, *PJA* 2010. 1336, note R. Hirsiger et 1609, *RJB* 2012. 408, note T. Koller et N. Sennhauser
TF, 2 juin 2010, 2C_138/2010
TF, 8 juin 2010, 4A_195/2010
TF, 25 juin 2010, 4A_235/2010
TF, 28 juin 2010, 4A_71/2010, *ATF* 136 III 467
TF, 2 juillet 2010, 4A_155/2010
TF, 12 juillet 2010, 4A_223/2010, *JU-TRAV* 2010. 8
TF, 3 septembre 2010, 4A_342/2010
TF, 14 octobre 2010, 2C.236/2010
TF, 21 octobre 2010, 8C_472/2010
TF, 1er décembre 2010, 4A_502/2010, *JU-TRAV* 2011. 41
TF, 10 janvier 2011, 4A_608/2010
TF, 12 janvier 2011, 4A_474/2010, *DTA* 2011. 112, *JAR* 2012. 121
TF, 25 janvier 2011, 4A_613/2010, *DTA* 2011. 104-108, *Employeur suisse* 2011/8. 44-45, *JAR* 2012. 125
TF, 14 février 2011, 4A_569/2010, *DTA* 2011. 108, *JAR* 2012. 137
TF, 17 février 2011, 8C_873/2010, *JAR* 2012. 143
TF, 28 février 2011, 4A_663/2010
TF, 11 mars 2011, 4A_660/2010, *JAR* 2012. 171
TF, 17 mars 2011, 4A_483/2010, *JAR* 2012. 175
TF, 21 mars 2011, 4A_29/2011, *JU-TRAV* 2011. 44
TF, 21 mars 2011, 4A_33/2011, *JAR* 2012. 181
TF, 14 avril 2011, 4D_13/2011, *DTA* 2011. 199, *JAR* 2012. 190
TF, 27 avril 2011, 4A_89/2011, *JAR* 2012. 201
TF, 28 avril 2011, 4A_53/2011, *ATF* 137 III 303, *JT* 2011 II 390, *SJ* 2011 I 453, *JAR* 2012. 205
TF, 28 avril 2011, 4A_115/2011
TF, 6 juin 2011, 4A_152/2011, 4A_156/2011
TF, 2 mai 2011, 4A_71/2011
TF, 2 mai 2011, 4A_73/2011, *JAR* 2012. 211
TF, 4 mai 2011, 9C_120/2010
TF, 17 mai 2011, 4A_121/2011
TF, 31 mai 2011, 4A_173/2011, *JAR* 2012. 221
TF, 6 juin 2011, 4A_152/2011 et 4A_156/2011
TF, 10 juin 2011, 9C_785/2010
TF, 16 juin 2011, 4A_202/2011, *SJ* 2011 I 509
TF, 4 juillet 2011, 4A_99/2011
TF, 24 août 2011, 4A_261/2011, *JAR* 2012. 267
TF, 1er septembre 2011, 4A_285/2011
TF, 8 septembre 2011, 6B_80/2011
TF, 26 septembre 2011, 4A_328/2011, *ATF* 137 III 550, *JAR* 2012. 307
TF, 9 novembre 2011, 4A_356/2011, *JAR* 2012. 339
TF, 15 novembre 2011, 4A_408/2011
TF, 23 novembre 2011, 4A_419/2011, *JAR* 2012. 360
TF, 20 décembre 2011, 4A_705/2011, *DTA* 2012. 161, *JAR* 2012. 402, *JU-TRAV* 2012. 49
TF, 21 décembre 2011, 8C_757/2011
TF, 19 janvier 2012, 4A_563/2011
TF, 26 janvier 2012, 9C_459/2011
TF, 30 janvier 2012, 4A_466/2011, *ATF* 139 III 107
TF, 5 mars 2012, 4A_380/2011
TF, 20 mars 2012, 4D_98/2011, *JAR* 2013. 196
TF, 21 mars 2012, 4A_616/2011, *DTA* 2012. 171, *JU-TRAV* 2012. 79
TF, 2 avril 2012, 4A_37/2012
TF, 3 avril 2012, 4A_716/2011, *DTA* 2012. 248, *JAR* 2013. 221
TF, 14 mai 2012, 4A_743/2011
TF, 15 mai 2012, 4A_26/2012, *JAR* 2013. 242
TF, 31 mai 2012, 4A_101/2012, *DTA* 2012. 255, *JAR* 2013. 256

TF, 6 juin 2012, 4A_629/2011, *DTA* 2012. 259
TF, 3 juillet 2012, 4A_92/2012
TF, 16 juillet 2012, 4A_139/2011
TF, 17 juillet 2012, 4A_130/2012, *JAR* 2013. 274
TF, 2 août 2012, 4A_245/2012
TF, 22 août 2012, 4A_172/2012 et 4A_174/2012, *JAR* 2013. 293
TF, 23 août 2012, 8C_844/2011, *ATF* 138 I 356
TF, 10 septembre 2012, 1B_365/2012 et 1B_367/2012, *SJ* 2013 I 13, com. B. Bertossa
TF, 11 septembre 2012, 4A_268/2012
TF, 26 septembre 2012, 4A_278/2012
TF, 1er octobre 2012, 4A_310/2012, *JU-TRAV* 2013. 43
TF, 8 octobre 2012, 4A_378/2012
TF, 16 octobre 2012, 4A_401/2012
TF, 1er novembre 2012, 4A_400/2012
TF, 6 novembre 2012, 4A_691/2011 et 4A_415/2012, *DTA* 2013. 129
TF, 3 décembre 2012, 4A_452/2012
TF, 10 décembre 2012, 4A_465/2012
TF, 18 février 2013, 4A_558/2012
TF, 19 février 2013, 4A_611/2012
TF, 26 février 2013, 4A_520/2012, *ATF* 139 III 155, *SJ* 2013 I 371
TF, 28 février 2013, 4A_610/2012
TF, 1er mars 2013, 2C_168/2012
TF, 6 mars 2013, 4A_641/2012
TF, 7 mars 2013, 4A_680/2012, *DTA* 2013. 127
TF, 2 mai 2013, 4A_8/2013, *ATF* 139 III 214
TF, 16 mai 2013, 4A_721/2012, *JAR* 2013. 240
TF, 17 mai 2013, 4A_447/2012
TF, 6 juin 2013, 4A_135/2013
TF, 19 juin 2013, 8C_449/2012
TF, 20 juin 2013, 4A_61/2013
TF, 29 juillet 2013, 4A_216/2013, *DTA* 2014. 25
TF, 20 août 2013, 8C_713/2013
TF, 28 août 2013, 4A_62/2013
TF, 4 septembre 2013, 4A_219/2013
TF, 9 janvier 2014, 4A_402/2013
TF, 10 janvier 2014, 4A_398/2013
TF, 27 janvier 2014, 4A_507/2013
TF, 28 janvier 2014, 4A_477/2013
TF, 23 avril 2014, 9C_832/2013, publication ATF prévue

2) Juridictions cantonales

Appellationskammer-ZH, 11 novembre 1912, *ZR* 1912. 226
Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 16 mars 1953, *BJM* 1954. 56
Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 11 janvier 1954, *BJM* 1955. 183
Obergericht-ZH, 2 février 1954, *ZR* 1955. 194
Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 20 juin 1955, *DTA* 1959, n° 4
Gewerbegericht-ZH, 24 janvier 1957, *DTA* 1960, n° 36
Bericht 1956-1958 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1960. 177
Gewerbegericht-ZH, 6 novembre 1958, *DTA* 1960, n° 63
Praxis der Gewerbegerichte der Stadt Bern pro 1958, *DTA* 1959, n° 30
Praxis der Gewerbegerichte der Stadt Bern pro 1958, *DTA* 1959, n° 31
CJ-GE, 6 mars 1959, *SJ* 1960. 153
Appellationsgericht-BS, 13 mars 1959, *DTA* 1959, n° 51
Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 9 janvier 1960, n° 19
Obergericht-LU, 11 avril 1960, *DTA* 1962, n° 3
Zivilgericht-BS, 23 décembre 1960, *BJM* 1961. 7
Gewerbegericht-ZH, 13 avril 1962, *DTA* 1963, n° 34
Appellationsgerichtsausschusses-BS, 14 décembre 1962, *BJM* 1963. 113
Gewerbegericht-BE, 3 août 1964, *DTA* 1965, n° 1
Appellationsgericht-BS, 11 février 1970, *BJM* 1970. 134
Appelationsgericht-BS, 4 août 1972, *BJM* 1972. 201
CJ-GE, 10 novembre 1972, *SJ* 1974. 157
Bericht 1972 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1973. 278

Bericht 1973 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1974. 248
CAPH-GE, 30 janvier 1974, *400 arrêts,* n° 98, p. 65
Appellationshof-BE, 17 octobre 1974, *RSJB* 1976. 457
Obergericht-AG, 31 octobre 1974, *AGVE* 1974. 45
CAPH-GE, 7 novembre 1974, *Quatre cents arrêts,* n° 30
Gewerbegericht-ZH, 2 décembre 1974, *JAR* 1980. 198
Bericht 1974 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1975. 228
Obergericht-AG, 27 novembre 1975, *AGVE* 1975. 58
Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 12 février 1976, *BJM* 1977. 284
Zivilgericht-BS, 19 mars 1976, *BJM* 1977. 21, *JAR* 1980. 314
Bericht 1976 des Gewerblichen Schiedsgerichts-BS, *BJM* 1977. 282
CAPH-GE, 19 mai 1976, *Quatre cents arrêts,* n° 283
CAPH-GE, 28 mars 1977, *400 arrêts*, n° 96, p. 63
Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 21 juillet 1978, *JAR* 1980. 193
Arbeitsgericht-BE, 14 août 1978, *JAR* 1980. 193
Arbeitsgericht-ZH, 8 novembre 1978, *JAR* 1981. 251
Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 9 février 1979, *JAR* 1981. 253
Cour mixte du canton de Genève, 7 juin 1979, *Bertoli c. Bailey*, *SJ* 1982. 193
Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 28 août 1980, *JAR* 1981. 252
Bezirksgericht Uster, 22 septembre 1980, *JAR* 1981. 253
CAPH-GE, 7 octobre 1980, *Quatre cents arrêts,* n°1
CAPH-GE, 14 janvier 1981, *SJ* 1981. 554
Cour de cassation civile-NE, 13 février 1981, *JAR* 1982. 169
Arbeitsgericht-ZH, 10 juin 1981, *ZR* 1983. 269, *JAR* 1983. 165
CAPH-GE, 24 juin 1981, *Quatre cents arrêts,* n° 99, p. 65
CAPH-GE, 13 janvier 1982, *Quatre cents arrêts,* n° 20
Obergericht-BL, 18 octobre 1983, *JAR* 1985. 128
TC-JU, 15 avril 1982, *JAR* 1986. 162, cons. 8
Arbeitsgericht-ZH, 6 juillet 1982, *JAR* 1983. 153
Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 18 avril 1983, *JAR* 1984. 122
CAPH-GE, 18 janvier 1984, *Quatre cents arrêts,* n° 97, p. 65
Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 29 mars 1984, *BJM* 1985. 289
CAPH-GE, 12 octobre 1984, *SJ* 1986. 304, note G. Aubert
CAPH-GE, 27 novembre 1984
CAPH-GE, 7 août 1986
CAPH-GE, 8 octobre 1986, VI
Tribunal cantonal-NE, 7 février 1987, *RJN* 1987. 55, *JAR* 1989. 243
CAPH-GE, 6 mars 1987
TC-NE, 7 décembre 1987, *JAR* 1989. 242
Arbeitsgericht-ZH, 11 février 1988, *JAR* 1990. 180
CAPH-GE, 17 mars 1988, *SJ* 1989. 666, note G. Aubert
CAPH-GE, 12 décembre 1988
Arbeitsgericht-ZH, *JU-TRAV* 1990. 11
CAPH-GE, 30 janvier 1989, *SJ* 1990. 659, note G. Aubert
Obergericht-BL, 13 juin 1989, *JAR* 1991. 203
Gewerblisches Schiedsgericht-BS, 19 juin 1989, *JAR* 1992. 199
Arbeitsgericht-ZH, 20 novembre 1989, *JAR* 1991. 98
Arbeitsgericht-ZH, 27 novembre 1989, *JAR* 1991. 207
CAPH-GE, 13 décembre 1989
Arbeitsgericht-ZH, 16 février 1990, *JAR* 1991. 156
CAPH-GE, 12 mars 1991, *JAR* 1992. 131
CAPH-GE, 22 septembre 1993
CAPH-GE, 5 octobre 1993, *JAR* 1994, 145
Obergericht-BL, 11 janvier 1994, *JAR* 1995. 304
Arbeitsgericht-ZH, 27 février 1995, *JAR* 1999. 327, *ZR* 1998, n° 75
Appellationshof-BE, 8 mars 1995, *JAR* 1996. 151
Obergericht-BS, 20 juin 1995, *JAR* 1996. 235
Tribunal des districts d'Hérens et de Conthey, 26 août 1996, *RVJ* 1997. 313
CAPH-GE, 4 mars 1997, *JAR* 1998. 249
Obergericht-ZH, 15 avril 1997, *ZR* 2000. 198
CAPH-GE, 13 mai 1997, *JAR* 1998. 148
CAPH-GE, 10 décembre 1997
Obergericht-LU, 17 avril 1998, *JAR* 1999. 156
Arbeitsgericht-ZH, 5 mai 1998, *ZR* 2000. 200
TPH-GE, 5 août 1998, *JAR* 2001. 404
TPH-GE, 16 mars 1999, *JAR* 2001. 400
CAPH-GE, 13 avril 2000, *JAR* 2001. 208

Arbeitsgericht-ZH, 28 avril 2000, *JAR* 2001. 198, *PJA* 2000. 1293, note N. Vögeli Galli, *SARB-Rechtsprechung* 2001, n° 182
CAPH-GE, 5 décembre 2000, *JAR* 2001. 206
Cour de cassation civile-NE, 19 décembre 2000, *RJN* 2000. 103
Kantonsgericht-ZG, 12 septembre 2001, *JAR* 2003. 367
TPH-GE, 22 octobre 2001, *JAR* 2002. 213
CAPH-GE, 4 février 2002, C/63/2000
TPH-GE, 27 août 2002, *JAR* 2003. 150
Obergericht-ZH, 18 novembre 2002, *ZR* 2003. N 5, *JAR* 2003. 300, *DTA* 2003. 85-88, comm. U. Sommer
CAPH-GE, 20 novembre 2002, *JAR* 2003. 228
Arbeitsgericht-ZH, 25 mars 2003, *JAR* 2004. 594
Kantonsgericht-ZG, 15 décembre 2003, *GVP-ZG* 2003. 161
Obergericht – ZH, 2 février 2004, *DTA* 2004. 27-29
CAPH-GE, 25 mai 2005, *JAR* 2006. 441
TC-GR, 20 juin 2005, *JAR* 2006. 475
Arbeitsgericht-ZH, 21 août 2006, *Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich* 2006, n° 20
CCass.-SG, 11 février 2008, n° BZ.2006.90, *JAR* 2009. 569
CAPH-GE, 16 décembre 2008, CAPH/219/2008
CAPH-GE, 5 février 2009, CAPH/21/2009
CAPH-GE, 3 mars 2009, *JAR* 2010. 498
TC-VD, 11 mars 2009, *JAR* 2010. 637
CAPH-GE, 21 juillet 2009, CAPH/106/2009
CAPH-GE, 26 novembre 2009, CAPH/167/2009
Arbeitsgericht-ZH, 18 décembre 2009, n° AN080738
CAPH-GE, 31 mai 2010, CAPH/91/2010
CAPH-GE, 30 juin 2010, CAPH/118/2010
CAPH-GE, 23 juillet 2010, CAPH/132/2010
CAPH-GE, 28 septembre 2010, CAPH/157/2010
CAPH-GE, 29 novembre 2010, CAPH/204/2010
CAPH-GE, 30 novembre 2010, CAPH/203/2010
Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 2 décembre 2010, *JAR* 2011. 428
Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 4 janvier 2011, *JAR* 2012. 435
CJ-GE, 1er février 2011, *JAR* 2012. 447
Obergericht-LU, 14 mars 2011, *JAR* 2012. 503
Gewerbliches Schiedsgericht-BS, 12 avril 2011, *JAR* 2012. 439
Obergericht-ZH, 4 septembre 2011, LA100035, *JU-TRAV* 2013. 18
Obergericht-ZH, 14 septembre 2011, n° LA100002
TC-VD, 14 novembre 2011, *JAR* 2012. 543
Arbeitsgericht-ZH, 13 décembre 2011, *DTA* 2012. 243, comm. R. Rudolph, *JAR* 2012. 588
Kantonsgericht-GR, 24 février 2012, SK2 12 2, *DTA* 2012 online, n° 513, *JAR* 2013. 487
Arbeitsgericht-ZH, 20 mars 2012, *JAR* 2013. 606
Obergericht-ZH, 25 mai 2012, *JAR* 2013. 579
CJ-GE, 30 mai 2012, CAPH/117/2012
Obergericht-ZH, 29 juin 2012, *JAR* 2013. 588
Kantonsgericht-BL, 17 décembre 2012, *JAR* 2013. 422
Obergericht-ZH, 17 septembre 2013, NP120018
Obergericht-ZH, 31 janvier 2014, LA130035
Obergericht-ZH, 6 février 2014, LA130003

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE *3*

ABRÉVIATIONS *4*

PROPOS LIMINAIRES *9*

INTRODUCTION **11**

PARTIE I - UNE TYPOLOGIE À RÉINVENTER **21**

Tableau n° 1 : Les transferts de biens dans le patrimoine du salarié *23*

A. Les transferts prioritairement hétéronomes **25**

B. Les transferts prioritairement autonomes **27**

1) Les rémunérations à tendance discrétionnaire *27*

2) Les rémunérations à tendance obligatoire *27*

a. Les rémunérations plutôt fondées sur le temps 27

b. Les rémunérations plutôt fondées sur l'état 28

c. Les rémunérations plutôt fondées sur le rendement 28

1° La rémunération aux pièces et à la tâche *29*

2° La provision *30*

3° La rémunération sur objectifs *31*

4° La participation *31*

5° L'actionnariat salarié *34*

CHAPITRE I - LES RÉMUNÉRATIONS VARIABLES DISCRÉTIONNAIRES 35

SECTION I - LES GRATIFICATIONS 38

§ 1 – LA QUALIFICATION DE GRATIFICATION *38*

A. Le caractère accessoire de la gratification **42**

1) Accessoriété et rémunération unique ***43***

2) Accessoriété et proportion ***43***

a. Principe 43

b. Application du principe 45

c. Critique du principe 46

1° Le défaut de base légale *47*

2° La cible manquée de la protection *47*

3° L'abence de protection contre l'arbitraire *49*

4° Le caractère excessif de la requalification *49*

d. Réflexions sur la critique du principe 50

e. Une piste féconde : l'accessoriété différenciée 51

Tableau n° 2 : L'échelle du caractère accessoire de la gratification ***54***

3) Une troisième conséquence ? ***57***

B. Le caractère discrétionnaire de la gratification **57**

1) L'octroi de la gratification ***60***

a. L'engagement unilatéral 61

b. Le contrat 63

1° L'accord exprès *64*

2° L'accord tacite *69*

α. L'accord tacite par actes concluants *70*

β. L'accord tacite en raison du caractère inopérant d'une clause de style *73*

γ. L'accord tacite par usage *76*

δ. L'indice de l'inclusion de la gratification dans l'assiette de cotisation aux assurances sociales non obligatoires *77*

c. L'accord collectif 78

2) La quotité de la gratification ***79***

a. La quotité de la rémunération obligatoire 79

b. La quotité de la gratification bénévole 79

c. La quotité de la gratification contractuelle 80

1° Le principe : la flexibilité *80*

2° Les tempéraments *82*

α. La protection de la confiance *83*

β. La garantie d'équité *86*

3° L'exception et sa critique *87*

§ 2 – LES CONDITIONS AFFECTANT LES GRATIFICATIONS *89*

A. Condition suspensive **91**

1) La licéité de la condition suspensive ***92***

2) Les tempéraments à la licéité de la condition suspensive ***93***

a. La protection contre les engagements excessifs 93

b. Le régime général de l'obligation conditionnelle 95

1° L'avènement empêché *95*

2° L'acte ou l'omission illicites ou contraires aux mœurs provoqués *98*

c. L'interdiction des accords sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur 99

1° Rémunération de base et rémunération complémentaire *100*

2° Rémunération en espèces et rémunération en nature *102*

d. Le principe de parité devant le délai de résiliation 104

e. Le respect du régime des clauses de non-concurrence 105

f. Le respect du régime des sanctions pécuniaires 105

B. Condition résolutoire **106**

1) La licéité de la condition résolutoire ***106***

a. L'impossibilité de renoncer aux créances résultant de dispositions impératives 106

b. L'interdiction des accords sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur 107

1° La gratification *108*

2° L'indemnité conventionnelle de licenciement *109*

3° Les acomptes et avances *110*

4° Les frais *111*

Tableau n° 3 : Libre disposition du salaire et conditions ***112***

2) Les tempéraments à la licéité de la condition résolutoire ***113***
a. Les tempéraments communs aux deux sortes de conditions 113
b. Les tempéraments propres à la condition résolutoire 114
1° La limitation des sanctions en cas d'abandon d'emploi injustifié *115*
2° Le respect du régime de responsabilité contractuelle du salarié *115*
3° L'exigibilité de toutes les créances à la fin du contrat de travail *115*

SECTION II - LE POURBOIRE ET LE POT-DE-VIN 117

§ 1 – LA RÉMUNÉRATION LICITE : LE POURBOIRE *118*

§ 2 – LA RÉMUNÉRATION ILLICITE : LE POT-DE-VIN *120*

SECTION III - TROIS NOTIONS AUX CONTOURS INCERTAINS 123

§ 1 – LE BONUS *123*

§ 2 – LES PRIMES *124*

§ 3 – LE TREIZIÈME SALAIRE *128*

CHAPITRE II - LA RÉMUNÉRATION SUR OBJECTIFS 131

A. La clause d'objectifs **134**
1) La détermination des objectifs ***135***
a. La forme de la détermination des objectifs 135
b. Le contenu des objectifs 135
c. La défaillance dans la détermination des objectifs 136
2) L'atteinte des objectifs ***137***
a. L'évaluation du degré d'atteinte des objectifs 137
b. Les conséquences de la non-atteinte des objectifs 139
c. Le paiement de la rémunération nonobstant la non-atteinte des objectifs 141

B. La clause de variation de la rémunération **142**
1) La structure de la clause de variation ***142***
2) Le contrôle de la mise en œuvre de la clause de variation ***143***
a. Les sources du contrôle 144
b. La forme du contrôle 145
c. Le destinataire des renseignements 146

C. La participation aux pertes **146**

CHAPITRE III - L'ACTIONNARIAT SALARIÉ 150

§ 1 – FISCALITÉ ET COTISATIONS SOCIALES DE L'ACTIONNARIAT SALARIÉ 151

A. Actionnariat salarié et impôt **151**
B. Actionnariat salarié et cotisations sociales **153**

§ 2 - LES FORMES DE L'ACTIONNARIAT SALARIÉ 156

A. L'acquisition simple **156**

B. L'acquisition compliquée **157**

C. L'acquisition inscrite dans le cadre d'un plan d'intéressement **158**
1) Définition du plan d'intéressement ***159***
2) Élaboration du plan d'intéressement ***160***
3) Régime du plan d'intéressement ***161***

D. Le salarié investisseur **161**

§ 3 – TRANSFORMATION D'ENTREPRISE ET ACTIONNARIAT SALARIÉ 165

A. Le devenir des actions **165**

B. Le devenir des actions bloquées **166**

C. Le devenir des options sur actions **166**

Tableau n° 4 : Transformation d'entreprise et actionnariat salarié, quelles possibilités ? 169

PARTIE II - L'EXPANSION RÉCENTE DES LIMITES À LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE 170

CHAPITRE I - LA FOURCHETTE DE RÉMUNÉRATION 172

SECTION I - LE PLANCHER 173

§ 1 – LA RÉMUNÉRATION VARIABLE EN PRÉSENCE D'UN SALAIRE MINIMUM 173

A. Les manifestations du salaire minimum 173

B. Les rapports entre salaire minimum et rémunération contractuelle 174

C. Assiette du salaire minimum et rémunération variable 175

§ 2 – LA RÉMUNÉRATION VARIABLE EN L'ABSENCE DE SALAIRE MINIMUM 176

A. Une rémunération uniquement variable ? 176

B. Un montant minimal de rémunération ? 178

SECTION II - LE PLAFOND 182

CHAPITRE II - LA PROTECTION CONTRE LES DISCRIMINATIONS ET L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT 183

SECTION I - LES PROTECTIONS SPÉCIALES 186

§ 1 – LES PROTECTIONS SPÉCIALES CONSACRÉES 186

§ 2 – LES AUTRES PROTECTIONS SPÉCIALES 191

SECTION II - UNE PROTECTION GÉNÉRALE ? 196

§ 1 – LES FONDEMENTS CONSACRÉS *197*

A. Protection de la personnalité et rémunération variable **197**

B. Protection de la confiance légitime et rémunération variable **199**

§ 2 – LES FONDEMENTS INCERTAINS *201*

CHAPITRE III - L'INTÉRÊT DES ACTIONNAIRES 206

§ 1 – CADRE JURIDIQUE *207*

A. Principes **207**

B. Exigences **207**

1) L'exigence de transparence ***208***

2) L'exigence de contrôle ***208***

C. Réglementation **209**

§ 2 – L'ORDONNANCE CONTRE LES RÉMUNÉRATIONS ABUSIVES *211*

A. Genèse et situation actuelle **211**

B. Structure **213**

C. Appréciation générale **213**

D. Problèmes juridiques en droit du travail et solutions proposées **214**

1) La qualité d'employeur ***214***

2) La détermination contractuelle de la rémunération ***215***

a. La protection de la confiance 216

b. La lacune contractuelle 217

c. La condition suspensive 217

d. Autres pistes de solution 218

3) L'illicéité de certaines sortes de rémunérations ***218***

4) La pénalisation du droit des rémunérations ***219***

PARTIE III - DES PROBLÈMES COMMUNS RENOUVELÉS 221

CHAPITRE I - RÉMUNÉRATION VARIABLE ET QUALIFICATION DU CONTRAT 222

CHAPITRE II - RÉMUNÉRATION VARIABLE ET FORMATION DU CONTRAT 228

§ 1 – LES CONDITIONS ESSENTIELLES 229

A. Rémunération variable et consentement 229

B. Rémunération variable et objet du contrat 231

§ 2 - LES PRÉOCCUPATIONS FORMELLES 232

A. Rémunération variable et contrat individuel de travail 233

1) L'information 233

2) La langue 234

B. Rémunération variable, règlement d'entreprise, règlement intérieur et directives unilatérales 236

CHAPITRE III - RÉMUNÉRATION VARIABLE ET EXÉCUTION DU CONTRAT 237

SECTION I - LA PROTECTION DE LA RÉMUNÉRATION VARIABLE 238

§ 1 – LE MOMENT DU PAIEMENT 239

A. Le principe 239

B. Le tempérament : l'acompte 240

C. Les exceptions 241

1) Les exceptions légales 242

2) L'exception administrative 244

§ 2 – LA MONNAIE DU PAIEMENT *246*

A. Du point de vue international **246**

1) Devise étrangère et partie générale ***247***

2) Devise étrangère et droit du travail ***248***

B. Du point de vue interne **249**

§ 3 – LES AUTRES CARACTÈRES PROTECTEURS DE LA RÉMUNÉRATION *250*

A. Une rémunération partiellement inconditionnelle **250**

B. Une rémunération partiellement incessible **252**

C. Une rémunération partiellement insaisissable **252**

D. Une rémunération partiellement privilégiée **253**

§ 4 – LA PREUVE DU PAIEMENT *255*

SECTION II - LES HEURES SUPPLÉMENTAIRES 258

SECTION III - L'EXCEPTION D'INEXÉCUTION 260

§ 1 – LE PRINCIPE *261*

A. Conflit individuel **261**

B. Conflit collectif **264**

§ 2 – LES EXCEPTIONS À L'EXCEPTIO *265*

A. Rémunération variable et empêchement non fautif de travailler **266**

B. Rémunération variable et congés rémunérés **267**

CHAPITRE IV - RÉMUNÉRATION VARIABLE ET MODIFICATION DU CONTRAT 270

SECTION I - LA MODIFICATION AVEC ACCORD DU SALARIÉ 272

§ 1 – LE DOMAINE DE L'ACCORD MODIFICATIF *273*

§ 2 – LA DATE D'EFFET DE L'ACCORD MODIFICATIF *274*

A. Interdiction d'un accord rétroactif **275**

B. Absence de protection par un délai minimal **275**

§ 3 – LE MOMENT DE L'ACCORD MODIFICATIF *276*

A. Révision anticipée et nullité de la condition **278**

B. Révision anticipée et abus de droit **278**

§ 4 – LA FORME DE L'ACCORD MODIFICATIF *279*

A. Absence d'exigence de forme **279**

B. Preuve de l'acceptation **280**

C. Existence de l'offre **286**

D. Inexécution contractuelle et remise de dette **287**

SECTION II - LA MODIFICATION SANS ACCORD DU SALARIÉ 288

§ 1 – RÉMUNÉRATION VARIABLE PRÉVUE PAR CONTRAT *288*

A. Le congé-modification **288**

B. Les sanctions pécuniaires **290**

C. La clausula rebus sic stantibus **292**

D. Le régime des lacunes contractuelles **293**

§ 2 – RÉMUNÉRATION VARIABLE PRÉVUE PAR D'AUTRES SOURCES *294*

A. Modification de la rémunération variable prévue par un usage ou un engagement unilatéral **294**

B. Modification de la rémunération variable prévue par un règlement intérieur **296**

CHAPITRE V - RÉMUNÉRATION VARIABLE ET FIN DU CONTRAT 298

§ 1 – RÉMUNÉRATION VARIABLE ET INDEMNITÉS DE RÉSILIATION *299*

A. Rémunération variable et indemnité de résiliation contractuelle **299**

B. Rémunération variable et indemnité de résiliation légale **300**

1) Les indemnités en cas de résiliation ordinaire ***300***

2) Les indemnités en cas de licenciement abusif ***301***

3) Les indemnités en cas de licenciement immédiat injustifié ***302***

4) Les indemnités en cas de démission ***303***

§ 2 – RÉMUNÉRATION VARIABLE ET DÉLAI DE CONGÉ *304*

A. Les incidents **304**

B. Rémunération variable et libération de l'obligation de travailler **304**

§ 3 – LA GRATIFICATION EN FIN DE CONTRAT *306*

CONCLUSION **309**

§ 1 – LE SYSTÈME DES RÉMUNÉRATIONS VARIABLES *309*

§ 2 – LA JUSTICE DES RÉMUNÉRATIONS VARIABLES *315*

MÉMENTO PRATIQUE POUR RESPECTER LE DROIT DES RÉMUNÉRATIONS VARIABLES ***319***

BIBLIOGRAPHIE *323*

1) Droit suisse **323**
a. Réglementation collective et professionnelle 323
b. Travaux législatifs 323
c. Ouvrages 325
d. Articles 330

2) Droits étrangers **340**
a. Droit international : règles et travaux législatifs 340
ONU ***340***
OIT ***340***
Conseil de l'Europe ***341***
Union européenne ***341***
b. Droits français et belge 342
Ouvrages ***342***
Articles ***345***
c. Droits allemand et autrichien 348
Ouvrages ***348***
Articles ***348***
d. Droits anglais et américain 349
e. Droit italien 349

3) Sources hors droit positif **350**

RÉPERTOIRE DE JURISPRUDENCE *356*

1) Juridictions fédérales ***356***

2) Juridictions cantonales ***361***

TABLE DES MATIÈRES *364*