



Année Académique 2004-2005

Travail de recherche en droit du travail

Plans d'intéressement de collaborateurs: Conflits en droit du travail

Florian Rochat

Sous la direction du

Professeur Rémy Wyler
Avocat, Chargé de cours à l'Université de Lausanne

et

Oliviero Soldati
lic. iur. HSG et lic. oec. HSG,
Avocat, Ernst & Young AG, Zürich

Juin 2005



<http://www.unige.ch/droit/mbl/memoires>

Tables des matières

AVERTISSEMENT	3
§ 1 INTRODUCTION	5
1.1 LES PLANS D'INTERESSEMENT	5
1.2 TERMINOLOGIE	5
1.3 BUTS	6
1.4 SURVOL HISTORIQUE	7
1.5 FORMES D'INTERESSEMENT DES COLLABORATEURS	8
1.5.1 <i>Share plan</i>	9
1.5.2 <i>Stock option plan</i>	10
1.5.3 <i>Les bénéficiaires</i>	10
1.5.4 <i>Conflits d'intérêts entre management et actionnaires</i>	12
1.5.5 <i>Traitement fiscal</i>	12
1.6 UNE REMUNERATION LIEE A LA PERFORMANCE ?	14
1.7 CONFLITS AVEC LE DROIT DU TRAVAIL	15
§ 2 LES CLAUSES «LIANTES»	17
2.1.1 <i>Définition</i>	17
2.1.2 <i>Typologie des clauses «liantes»</i>	17
2.1.2.1 <i>Clauses de déchéance</i>	17
2.1.2.1.1 <i>Définition</i>	17
2.1.2.1.2 <i>Problèmes spécifiques</i>	18
2.1.2.2 <i>Délai de blocage</i>	18
2.1.2.2.1 <i>Définition</i>	18
2.1.2.2.2 <i>Problèmes spécifiques</i>	19
2.1.2.3 <i>Conditions à l'exercice</i>	19
2.1.2.3.1 <i>Définition</i>	19
2.1.2.3.2 <i>Problèmes spécifiques</i>	20
§ 3 LES CONFLITS	21
3.1 NORMES PROTECTRICES EN DROIT DU TRAVAIL	21
3.1.1 <i>Article 323a CO – Retenue sur salaire</i>	21
3.1.2 <i>Article 323b CO – Garantie sur salaire</i>	22
3.1.3 <i>Article 325 CO – Cession et mise en gage de créances</i>	22
3.1.4 <i>Article 328 CO – Protection de la personnalité du travailleur</i>	23
3.1.5 <i>Article 335a CO – Délais de congé</i>	23
3.1.6 <i>Article 337 CO – Résiliation immédiate pour justes motifs</i>	23
3.1.7 <i>Article 339 CO – Exigibilité des créances</i>	23
3.1.8 <i>Article 339a CO – Restitution</i>	24
3.1.9 <i>Article 340 CO – Prohibition de faire concurrence</i>	24
3.1.10 <i>Article 341 CO – Impossibilité de renoncer</i>	24
3.1.11 <i>Article 343 CO – Procédure</i>	25
§ 4 JURISPRUDENCE	26
4.1 INTRODUCTION	26
4.1.1 <i>Prud'hommes de Genève, jugements du 15 mars 2004 et du 21 octobre 2004</i>	26
4.1.2 <i>Décisions du 1 octobre 2004 de la 1^{ère} Cour Civile du Tribunal fédéral</i>	29
4.1.3 <i>Décision du 8 avril 2004 de la 1^{ère} Cour Civile du Tribunal fédéral</i>	30
4.1.4 <i>Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, jugements du 16 mars 1999 et 5 août 1998</i>	31
§ 5 CONSEQUENCES POUR L'ETABLISSEMENT D'UN PLAN D'INTERESSEMENT	33
5.1 PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE	33
5.2 CAS DU SALARIÉ «INVESTISSEUR»	33
5.3 COMPETENCE MATERIELLE ET EN RAISON DU LIEU	34
5.4 ORGANES DE LA SOCIETE	36
5.5 LE PLAN D'INTERESSEMENT EN TANT QUE PARTIE DU SALAIRE	38
5.6 CLAUSES LIANTES	42
5.6.1 <i>Clause de déchéance</i>	44

5.6.2	<i>Délai de blocage</i>	45
5.7	PREVENIR LE CONFLIT	46
§ 6	CONCLUSION	48
	REMERCIEMENTS	49
	BIBLIOGRAPHIE	50
	JURISPRUDENCE	53
	ABREVIATIONS	54

Avertissement

Le lecteur doit être rendu attentif qu'au moment de mettre un point final à ce travail était publiée la thèse de Dominique Portmann, intitulée « *Mitarbeiterbeteiligung – Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht* ». Les réflexions et les solutions apportées par cette publication n'ont donc pas pu guider l'auteur lors de l'écriture du présent travail. Néanmoins, pensant que cette thèse s'imposera comme ouvrage de référence en la matière, l'auteur a tenu à la mentionner dans sa bibliographie ainsi que, dans la mesure du possible, dans les notes de bas de pages.

Nombre de concepts et de notions, qui sont devenus usuels dans le domaine, ont leur source essentiellement dans la pratique et/ou littérature anglo-saxonne. Malgré les efforts de traduction entrepris, ce travail comporte néanmoins toujours un certain nombre de termes en langue anglaise. De plus, étant donné que la quasi-totalité de la doctrine suisse sur le sujet provient d'outre-Sarine, l'auteur a trouvé judicieux d'indiquer parfois le terme original allemand.

§ 1 Introduction

1.1 Les plans d'intéressement

Un plan d'intéressement de collaborateur consiste en la mise en place d'un système de rétribution qui permette de lier la performance des collaborateurs à celle de la société qui les emploie. Il se matérialise généralement par une réglementation définissant une partie des relations contractuelles entre l'employeur et l'employé.

Il n'y a pas de modèle prédéfini de plan d'intéressement de collaborateurs, chaque entreprise l'aménage selon ses besoins et ses conceptions. Il y a autant de plans qu'il y a d'entreprises. Notre définition est ainsi suffisamment vague pour correspondre à tous les types d'intéressements possibles qu'ils soient de nature légale, contractuelle ou discrétionnaire. Mais, dans un sujet aussi vaste et hétérogène que celui-ci, il est nécessaire de se limiter et de se focaliser sur certains de ses aspects. Il convient, au préalable de notre étude sur les conflits entre plans d'intéressement et le droit du travail, de délimiter le sujet, de définir les types de plans d'intéressement existants ainsi que certaines notions spécifiques.

1.2 Terminologie

De nos jours, la plupart des contrats de travail des cadres d'une société comporte une part variable, souvent appelée «bonus». Bien que ce concept de rémunération semble être actuellement déjà ancré dans les mœurs, il est parfois difficile de comprendre quel type de rémunération les parties ont convenu sous le terme de «bonus»¹. La variété des dénominations rencontrées en pratique n'est pas pour simplifier l'identification d'un plan d'intéressement de collaborateurs, en voici quelques-unes des plus fréquentes²: plan de fidélisation à long terme, rétribution complémentaire, plan pour cadres, stock option plan, incentive compensation plan, share plan, profit sharing, executive share ownership programs... Toutes ces notions, souvent pas ou peu traduites de l'anglais, se rapportent toutes à des formes d'intéressement pour collaborateurs. Un intéressement du collaborateur représente par définition une rémunération liée, plus ou moins directement, aux bénéfices de l'entreprise ou à la performance de l'employé concerné. Si les sociétés se voient imposer certaines limites dans l'aménagement de leur plan d'intéressement d'une part par le droit commercial d'autre part par droit du travail, comme nous tenterons de l'illustrer dans le présent travail, les parties ont en revanche une totale liberté quant à leur appellation. Ainsi cette variété de dénominations contribue à créer un certain flou quant à la nature juridique de la rétribution dont le collaborateur est bénéficiaire.

Il semble ici judicieux de rappeler le cheminement à suivre, tel que prescrit par la jurisprudence³, en cas de difficulté à interpréter le sens d'une clause contractuelle:

¹ Pour un constat semblable, cf. PORTMANN D., p. 26-30.

² ATF du 25 octobre 2004, 4C.212 /2004; SOMMER U., Newsletter, septembre 2003; Explication sur le plan «Executive Compensation» de l'UBS sur www.ubs.com.

³ ATF 130 III 66, consid. 3.2; ATF 129 III 118, consid. 2.5; ATF 128 III 265, consid. 3a; ATF 127 III 444, consid. 1b.

Face à un litige sur l'interprétation d'une clause contractuelle, le juge doit tout d'abord s'efforcer 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 (art. 18 al. 1 CO). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si elle est divergente, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance. Il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît claire à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que son texte ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu. Une analyse minutieuse des clauses d'espèce est inévitable. A noter qu'il n'y a pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les intéressées lorsqu'il n'y a pas de raisons sérieuses de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté⁴. Il doit être rappelé que le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime⁵.

Dans la mesure où les deux parties sont en litige sur la rétribution à octroyer, il devient difficile de retrouver le point d'accord des parties sur les conditions du plan d'intéressement. Dans ces circonstances, les principes rappelés ci-dessus, bien que très théoriques, demeurent indéniablement utiles pour interpréter les clauses contractuelles en cause.

Dans la suite de ce travail, nous tenterons de démontrer à quel point une équivoque sur la nature de la participation octroyée, notamment le fait de pouvoir clairement différencier s'il s'agit d'un salaire ou d'une gratification⁶, est déterminant. Une formulation incertaine se révélera souvent source de conflits.

1.3 Buts

Un plan d'intéressement de collaborateurs est un instrument, un moyen à disposition d'une société pour atteindre et concrétiser certains objectifs. Cet instrument est aussi bien la réponse d'une certaine politique ou culture d'entreprise qu'un moyen de financement⁷. En effet l'octroi d'actions ou d'options à un collaborateur permet à la jeune société qui l'emploie de limiter ses sorties de liquidités dans l'immédiat, tout en conférant au collaborateur bénéficiaire l'expectative de gains futurs potentiellement élevés en cas de revente des actions, respectivement de l'exercice des options si la société prospère.

Quel que soit l'aménagement du plan d'intéressement adopté, il reste à la base un instrument de motivation. Quant aux buts spécifiques poursuivis par un plan en particulier, ils peuvent être nombreux et différenciés selon la nature et la taille de la société concernée. Voici un éventail de quelques-uns d'entre eux⁸:

- Accroître le potentiel d'attractivité d'une société envers une main-d'œuvre hautement spécialisée et qualifiée

⁴ ATF 128 III 265, consid. 3a.

⁵ ATF du 21 mai 2001, 4C.43/2000.

⁶ Se référer au point 5.5 du présent travail.

⁷ VON PLANTA A., p.43-44, 45-46; WYLER R., p. 615-616.

⁸ HELBLING C., p. 45-47; JAEGER H.-J., p. 13; RISI A., Besteuerung von Arbeiterbeteiligungen – der Bericht der gemischten Arbeitsgruppe, p. 214; RISI A., p. 108-114; VON PLANTA A., p. 43; WALTJ B., p. 17.

- Rechercher une motivation des collaborateurs accrue, en les faisant profiter de l'augmentation de valeur qu'ils produisent
- Aligner les intérêts et les objectifs des employés, des actionnaires et du management
- Fidéliser un cadre ou un haut dirigeant à la société qui l'emploie («Retention Planning»)

Cette énumération n'a pas la prétention d'être exhaustive. Elle a pour but de mentionner quelques-uns des buts poursuivis par l'intéressement des collaborateurs en général. Chaque plan d'intéressement peut déployer des spécificités qui lui sont propres. La société concernée, respectivement son organe exécutif, aménagera le plan en fonction des objectifs lui apparaissant comme prioritaires. Les buts poursuivis auront tous en commun de supposer une relation de travail à leur fondement. Dans le cadre de ce présent travail, la fonction de fidélisation des collaborateurs est celle qui nous interpellera le plus. En effet ce but suppose l'introduction de dispositions particulières à cet effet («clauses liantes»). Les collaborateurs bénéficiaires du plan seront «liés» à leur employeur, du moins jusqu'au moment où le plan leur permet de réaliser les gains issus des titres octroyés. La société recourra particulièrement au «Retention Planning» lorsqu'il s'agit de garder en son sein des employés très spécialisés, difficilement remplaçables, et ceux avec un know-how très étendu de l'entreprise⁹.

1.4 Survol historique

L'idée d'impliquer davantage le collaborateur dans le fonctionnement de la société est une idée au moins centenaire. Il y a plus d'un siècle des entreprises suisses intéressaient déjà certains de leurs collaborateurs au bénéfice de leur exercice. De même que la qualité du travailleur simultanément actionnaire de la société qui l'emploie n'est pas récente non plus: on retrouve en Suisse des traces de cette pratique déjà dès les années 1940¹⁰.

Les modèles de rémunération par actions ou options sont issus de conception anglo-saxonne, et leur réception en tant que système d'intéressement ne se fait sentir en Europe occidentale que vers les années 1980. Cette expansion est en grande partie à attribuer à l'ouverture au publique du capital de nombreuses sociétés (Going Public). Et, pendant une quinzaine d'années environ, l'idée a tenu sans faille ses promesses. Durant ces années, qui représentent le plus long cycle haussier de l'histoire boursière, les gains furent considérables¹¹. D'abord limité aux sociétés cotées, le recours à des formes d'intéressement par remise de titres de participation se généralisa à la fin des années 80: ces plans firent leur apparition dans des sociétés non cotées et se globalisèrent avec des systèmes d'intéressement sur des sociétés étrangères. Ainsi dans les années 90 les plans d'intéressement, en particulier ceux par octroi d'options (stock option plans), étaient devenus un outil de rétribution aussi populaire que répandu. Dès les années 2000, le discours change: à l'éclatement de la bulle spéculative liée au secteur des nouvelles technologies, on découvrit que le plan d'intéressement était un instrument comportant des risques, qui se ne révéla alors plus vraiment profitable pour de nombreux détenteurs de titres.

Les années consécutives au krach de 2000 ont mis en lumière les failles de ce système: si la vague haussière avait certes profité à tous, son reflux n'a pas affecté tous les intervenants avec

⁹ RISI A., p. 108-109.

¹⁰ HELBLING C., p. 10.

¹¹ DESPRES P., DE ROSTOLAN F., p. 155; THE ECONOMIST, «Bientôt la fin des stock options ?», in Market Magazine, février 2005, p. 8-9.

la même rigueur. Certains ont même été totalement épargnés. En 2000, 2001 et 2002, les actionnaires des sociétés américaines de l'indice S&P 500 ont ainsi vu la valeur de leurs investissements chuter chaque année de 9% à 22%¹². Parallèlement, la rémunération moyenne des PDG des grands groupes américains, en grande partie rémunérés par des stock options, était pourtant paradoxalement plus élevée en 2002 qu'en 1999 et 2000 ! Qu'en était-il advenu de l'idée que la rémunération issue du plan d'intéressement récompensait la performance ?

Malgré leurs failles, les systèmes de rémunération liés aux cours des actions sont devenus un instrument incontournable de la rétribution des collaborateurs et sont aussi particulièrement appréciés en Suisse. Sur les 26 entreprises cotées au SMI, 25 mentionnent dans leur rapport annuel de 2002 l'existence de programmes d'options sur actions. De plus, nombre d'entre elles ont mis en place des programmes d'intéressement des collaborateurs basés sur la remise d'actions¹³.

Cet outil de rémunération, dont on ne peut nier l'omniprésence dans le monde commercial et en particulier au sein de sociétés multinationales cotées, renvoie l'impression trompeuse d'être facile à mettre en place et à gérer¹⁴. Il dissimule pourtant de nombreux écueils juridiques aussi bien au niveau du droit du travail qu'en droit fiscal.

1.5 Formes d'intéressement des collaborateurs

Comme nous l'avons déjà mentionné ci-dessus, l'idée d'intéresser le collaborateur à l'entreprise qui l'emploie n'est pas fondamentalement nouvelle; seuls les moyens pour y parvenir ont évolué. Il convient ici de passer en revues ces différents moyens.

Comme chacun le sait, tout travail mérite salaire. Il suffit, pour s'en convaincre et si besoin était, de lire l'art. 319 CO qui stipule très clairement que la rémunération du salarié est la contrepartie du travail fourni par ce dernier. Cette rémunération peut prendre différentes formes: salaire de base, 13^{ème} salaire, participation aux résultats, primes, gratifications, bonus, avantages en nature, etc. On peut déjà parler d'intéressement de collaborateur lorsque sa rémunération dépend dans une certaine mesure de la bonne marche des affaires de l'entreprise. La forme la plus simple d'intéressement est la participation au chiffre d'affaires ou une prime sur le bénéfice. La prime sur le bénéfice est une forme simple d'intéressement au succès de la société employant le collaborateur. Ce dernier ne recevra pas de part au capital de la société ni de participation conférant des droits sociaux, mais seulement une rétribution spéciale plus ou moins directement en rapport avec le bénéfice dégagé. Le Code des Obligations contient certaines dispositions légales relatives à un tel type d'intéressement du travailleur, à savoir la participation aux résultats (art. 322a CO), la provision (art. 322b CO) et la gratification (art. 322d CO). Les conséquences de ces formes d'intéressement sont généralement réglées dans la loi (à l'art. 339 al. 2 CO par exemple)¹⁵.

Le type d'intéressement traité dans ces dispositions ne constitue pas l'objet du présent travail. Ainsi, dans le cadre de ces formes d'intéressement consacrées par la loi, nous nous limiterons à rappeler ces quelques principes utiles pour notre étude:

- La mise en place d'un intéressement du collaborateur par un système de participation aux résultats (322a CO) ou de provision (322b CO) doit s'effectuer dans le respect des

¹² THE ECONOMIST, «Bientôt la fin des stock options ?», in Market Magazine, février 2005, p. 8-9.

¹³ BÜHNER T., WALLMEIER M., p. 555; PORTMANN D., p. 45-47.

¹⁴ DESPRES P., DE ROSTOLAN F., p. 155.

¹⁵ Pour de plus amples développements concernant ces formes d'intéressement prévues dans la loi, se référer à PORTMANN D., p. 8-20.

dispositions légales y relatives. Il s'agit dans les deux hypothèses de rétributions liées au salaire de l'employé. A noter qu'un salaire en nature (art. 322 CO) ou une participation aux résultats peuvent être convenus; le collaborateur se verra alors remettre des actions ou des options par exemple¹⁶.

- La gratification (art. 322d CO) est une norme à caractère dispositif, les parties peuvent ainsi contractuellement y déroger.

Mais le type d'intéressement susmentionné n'est que financier. Depuis l'introduction des formes de sociétés à capital social, il est possible d'intéresser le collaborateur en tant que «propriétaire» de la société qui l'emploie, avec des droits sociaux qui sont liés à cette qualité. Cet intéressement se fait par la remise de titres de participations, à savoir des actions ou d'options sur actions.

Cette forme de rémunération passe pour être plus incitative et motivante que la simple participation aux bénéfices dans la mesure où, d'une part, elle permet aux collaborateurs de participer à la plus-value créée¹⁷ (il s'agit néanmoins de relativiser ce propos dès lors que le cours d'une action dépend bien entendu des résultats de l'entreprise, mais aussi d'autres paramètres sur lesquels les bénéficiaires n'ont aucune influence, comme l'état de santé des marchés boursiers par exemple) et, d'autre part, elle incite ces derniers à focaliser leurs intérêts sur ceux des actionnaires¹⁸. Dans la suite de ce travail, nous focaliserons notre étude sur ces types de plans avec le plus fort pouvoir de rétention, à savoir les share et stock option plans. Le pouvoir de rétention de ces formes ne provient pas seulement de la perspective élevée de gains qu'ils sont susceptibles d'offrir mais aussi par le fait qu'ils font généralement intervenir des clauses spécifiques, à savoir des clauses «liantes» et de déchéance. Comme nous le montrerons plus loin, ces clauses sont particulièrement problématiques sous l'angle du droit du travail.

A moins qu'une acceptation différente ne soit expressément mentionnée, il conviendra d'assimiler, pour la suite de ce travail, les notions de plan d'intéressement ou d'intéressement de collaborateurs à une forme d'intéressement par octroi d'actions ou d'options. Nous pensons judicieux de rappeler les grandes lignes du fonctionnement de ces deux types d'intéressement par titres ainsi que de les délimiter l'un par rapport à l'autre.

1.5.1 Share plan

L'intéressement des collaborateurs peut se faire par la remise d'actions («shares»). L'on parle habituellement de «share plan» lorsque la remise d'actions est non pas unique ou sporadique mais régulière et réglementée. L'aménagement de ce share plan pourra être fixé dans le contrat de travail, dans un contrat distinct ou dans un règlement spécifique par exemple.

Concernant les actions remises, elles ont les caractéristiques suivantes:

- elles proviennent de la société qui emploie directement le collaborateur ou d'une société du même groupe

¹⁶ WYLER R., p. 115-119.

¹⁷ Sur ce point, PORTMANN D. semble douter que cette forme de rémunération soit réellement susceptible de créer de la plus-value pour l'entreprise (PORTMANN D., p. 54-55).

¹⁸ HELBLING C., p. 22-24; FEDERATION DES ASSOCIATIONS PATRONALES ET ECONOMIQUES, "Stock options" : un mode de rémunération qui laisse perplexe, in Journal Entreprise Romande du 28.06.2002.

- elles sont remises au collaborateur par la société elle-même ou par une personne morale tierce (fondation, société off-shore)
- les bénéficiaires du plan d'intéressement les reçoivent gratuitement ou à un prix préférentiel

Si l'on devait réduire les types d'actions rencontrées à deux catégories, il existe des actions «bloquées» ou «libres» selon l'aménagement du plan d'espèce. Les actions «libres» étant celles dont le bénéficiaire peut immédiatement disposer après leur remise.

1.5.2 Stock option plan

Les plans d'intéressement par remise d'options («stock option plan»), ou plus simplement «stock-options» consistent à aménager un système de remise d'options sur actions.

Ces options confèrent aux collaborateurs – le plus souvent des cadres dirigeants – le droit, mais non l'obligation, d'acquérir un certain nombre de titres à un prix déterminé d'avance (prix d'exercice «strike price») ainsi qu'à une date fixe (options de style européen) ou jusqu'à une date définie (options de style américain). Elles donnent donc à leurs bénéficiaires un droit formateur à acquérir, à un prix déterminé à l'avance, des droits de participation dans l'entreprise qui émet l'option ou dans une autre entreprise proche de celle-ci (options call).

Dans le but de motiver les bénéficiaires de ces options, le prix d'exercice des options est de cent pour cent, ou plus, de la valeur vénale de l'action au moment de l'octroi de l'option. Avec un prix d'exercice de cent pour cent, le collaborateur bénéficiaire bénéficiera de l'entière plus-value intervenue pendant la durée de ses options, la logique étant que sa performance aura eu un effet déterminant sur le résultat ainsi atteint. L'évolution du cours en bourse des actions, notamment la détérioration, peut avoir pour conséquence, que le stock option plan perd son intérêt pour les bénéficiaires. En effet, si le cours est trop éloigné du prix d'exercice, le bénéficiaire perd l'espoir de pouvoir exercer son droit d'option et réaliser un bénéfice. L'effet motivant que constitue un plan d'options devient alors très limité.

Selon une étude empirique¹⁹, il semblerait que les stock option plans soient plus à même à retenir l'employé bénéficiaire au sein de la société, devant les formes d'intéressement par l'octroi d'actions. Si les deux types de plans comportent de grandes similitudes dans leur aménagement et peuvent rivaliser d'une attractivité égale envers d'éventuels collaborateurs, ils présentent néanmoins les différences qui sont inhérentes à la nature des titres qui sont octroyés, à savoir respectivement des options ou des actions. Le pouvoir de rétention considérable des stock option plans s'expliquerait en partie par l'expectative de gain très alléchante en cas de hausse du titre sous-jacent. Les options permettent par définition d'espérer des perspectives de gain très élevées avec un investissement de base, en comparaison, faible (c'est ce que l'on appelle généralement l'effet de levier des options)

Tout comme pour les actions de collaborateurs d'un share plan, les options remises peuvent être «bloquées» ou «libres» selon les dispositions du plan d'espèce.

1.5.3 Les bénéficiaires

Les destinataires d'un plan d'intéressement de collaborateurs sont tous les travailleurs désignés comme bénéficiaires par le plan lui-même. L'employeur d'un côté, directement ou

¹⁹ JAEGER H.-J., p. 13.

indirectement²⁰, et un cercle défini de collaborateurs de l'autre sont les interlocuteurs dans un plan d'intéressement. La notion de collaborateur est une notion plus large que laisse supposer celle du «travailleur» qui s'engage au service d'un employeur (art. 319 CO). Considérer les travailleurs au sens étroit comme seuls bénéficiaires des plans d'intéressement ne donnerait pas une image conforme à la réalité, car cette notion ne comprend habituellement pas les cadres dirigeants (CEO) ou même les membres du conseil d'administration qui sont, en pratique, les destinataires les plus courants à l'octroi de titres de participation²¹. Ainsi, quelle que soit la dénomination retenue, à savoir collaborateurs, salariés ou travailleurs, il conviendra toujours d'identifier pour le cas d'espèce quel est le cercle des bénéficiaires délimité dans le plan d'intéressement. Ce dernier peut être aménagé de façon égalitaire, c'est-à-dire que tous les collaborateurs y participent sans distinction quant à leur rang et fonction. Ce type de plan est plutôt rare et on est bien plus souvent en présence de plans élitaires²², qui limitent le cercle de leurs bénéficiaires à certaines catégories de collaborateurs, souvent aux cadres dirigeants. A titre indicatif, nous proposons de catégoriser les bénéficiaires possibles d'un plan d'intéressement de la façon suivante:

- Les travailleurs au sens étroit du terme. Cette catégorie regroupe les collaborateurs au bénéfice d'un contrat de travail avec la société employeur.
- Les cadres. La notion de «cadres» est vague et le plan d'intéressement devra déterminer le cercle de ses bénéficiaires en fonction de leur rang et/ou leur ancienneté par exemple.
- Les membres du conseil d'administration. Les participations détenues par des membres de l'organe dirigeant ne découlent pas, à proprement parler, d'un intéressement de «collaborateur». Par rapport aux deux catégories susmentionnées, les membres du conseil d'administration ne sont pas des «travailleurs» de la société au sens de l'art. 319 CO²³. Le contrat entre une société anonyme et son administrateur est généralement qualifié de mandat, faute de lien de subordination²⁴. Toutefois lorsqu'un administrateur assume également des tâches de direction et de gestion courante de la société, son contrat peut relever du droit du travail²⁵; les administrateurs peuvent alors être désignés, à ce titre, comme bénéficiaires par les dispositions du règlement d'un plan d'intéressement. Nous sommes d'avis que les dispositions du plan d'intéressement peuvent valablement désigner des membres du conseil d'administration comme bénéficiaires²⁶, indépendamment du fait qu'ils soient soumis à un contrat de travail ou à un mandat. Par ailleurs l'administration fédérale des contributions reconnaît dans sa circulaire numéro 5/1997²⁷ les membres «conseils d'administration» comme des collaborateurs susceptibles d'être au bénéfice d'un plan d'intéressement. Cette possibilité semble néanmoins être une source de conflits d'intérêts car le conseil d'administration fixe lui-même les conditions d'un plan dont il serait, par hypothèse, le principal (voire l'unique ?) bénéficiaire.

²⁰ Le débiteur effectif de la rétribution prévue dans le plan peut être une société fille ou mère (holding) et pas l'employeur directement.

²¹ HELBLING C., p. 31-33.

²² PORTMANN D., p. 63; WALTI B., p. 39-40.

²³ FAVRE C., MUNOZ C., TOBLER R., CO 319 N. 1.15; SOMMER U, p. 1059: « [...] die Tätigkeit der Mitglieder der obersten geschäftsführenden Organe einer juristischen Person beruhe auf einem mandatsähnlichen Vertrag. ».

²⁴ ATF 121 I 262, consid. 3.

²⁵ JAR 1996 p. 95.

²⁶ HELBLING C., p. 36.

²⁷ Circulaire n°5 de l'AFC du 30 avril 1997, chiffre 2.1.

En pratique on rencontrera fréquemment dans un plan d'intéressement pour l'ensemble du personnel, des formes d'intéressement spécifiques et différenciées pour les cadres et les dirigeants. Ces deux dernières catégories seront souvent les bénéficiaires des formes d'intéressement les plus complexes et, le cas échéant, les plus lucratives, à savoir les plans d'intéressement par options. Il faut relever que le cercle des cadres bénéficiaires est souvent défini de façon relativement vague, le conseil d'administration se laissant ainsi la liberté de désigner les collaborateurs bénéficiaires du plan d'intéressement, qui sera, de ce fait, une forme d'intéressement de type élitaire.

1.5.4 Conflits d'intérêts entre management et actionnaires

L'idée de lier la performance des dirigeants à celle des sociétés a longtemps semblé bénéficier aux actionnaires comme aux dirigeants. Et les stock options en particulier apparaissaient alors comme l'instrument idéal pour atteindre cet objectif: offrir aux dirigeants le droit d'acheter des actions à un prix plancher leur permettait, si leurs efforts poussaient le cours à la hausse, de réaliser un bénéfice au même titre que les autres actionnaires. Mais, aujourd'hui, beaucoup²⁸ s'accordent à considérer cette vision comme utopique. Les dérives existent et sont connues. Ces dérives représentent un risque concret, susceptible de faire perdre au plan d'intéressement sa raison d'être.

Il se peut que la motivation du management s'exerce dans un sens opposé à celui des actionnaires. En effet les cadres bénéficiaires du plan raisonneront de façon à faire fructifier leur propre intérêt, à savoir la valeur du titre de la société. Ainsi, si l'intérêt du management et des actionnaires s'aligne très souvent, l'intérêt des bénéficiaires du plan à valoriser au maximum leurs titres peut conduire à des divergences dans des décisions stratégiques. Par exemple l'intérêt propre des dirigeants peut conduire à une décision de fusion, tant ce genre de transactions peut avoir à court terme une influence notable sur le cours de bourse. Alors que, par hypothèse, cette fusion n'est peut-être pas la solution la plus judicieuse pour l'actionnariat à long terme. Ainsi un management qui bénéficie d'options a un intérêt propre et direct à réaliser des transactions qui font monter le cours de l'action. Le risque que le management privilégie ses intérêts propres plutôt que ceux de son employeur, les actionnaires étant en substance les véritables propriétaires de la société, existe de façon certaine.

Mais cette divergence d'intérêts ne s'opère pas seulement au niveau de la direction de la société, mais aussi au niveau du financement même du plan. Le plan d'intéressement est l'instrument idéal pour une entreprise pour offrir à ses cadres des conditions de rémunération qui dépassent leurs moyens, on pensera notamment aux jeunes «start-up» dont les liquidités sont très limitées. Pour de telles sociétés en devenir un stock option plan prometteur constitue la seule possibilité d'attirer du personnel qualifié²⁹. Si le financement du plan s'opère par un capital conditionnel, à savoir par l'émission de nouvelles actions, il ne constitue pas un coût direct pour la société mais, en revanche, ce sont les autres actionnaires qui paieront le bonus par la voie de la dilution de leurs propres intérêts.

1.5.5 Traitement fiscal

Toute prestation attribuée sur la base d'une relation de travail est considérée comme revenu imposable provenant d'une activité lucrative dépendante (Art. 17 LIFD). Ainsi, à moins qu'il

²⁸ THE ECONOMIST, «Bientôt la fin des stock options ?», in Market Magazine, février 2005, p. 8-9.

²⁹ VON PLANTA A., p. 45-46.

ne donne naissance qu'à une expectative, le «bonus» attribué par le plan d'intéressement fait partie du revenu du collaborateur bénéficiaire. A ce titre il est imposable fiscalement et soumis à cotisations sociales (art. 7 let. c RAVS). Le bonus fait ainsi partie du salaire déterminant au sens l'art. 5 al. 2 LAVS³⁰. L'octroi de participations représente un revenu «en nature» qui est déterminant pour fixer la capacité contributive de l'intéressé³¹. L'administration fédérale des contributions définit les stock-options comme des titres que l'employeur ou l'entreprise proche de ce dernier attribue à ses collaborateurs à un prix de faveur à l'occasion d'une émission ou par aliénation de titres en provenance de son portefeuille.

Le traitement fiscal des actions et options issues de la rémunération de l'employé est un sujet complexe, qui déborde largement du cadre du présent travail. Néanmoins nous mentionnons ici les grandes lignes de l'avant-projet de la future loi régissant l'imposition des options remises aux collaborateurs. Le traitement fiscal prévu pour les titres de participation de collaborateurs conditionnera directement leur essor ou leur déclin au sein des sociétés en tant que modèles de rémunération.

Actuellement la taxation des options de collaborateurs est régit par une circulaire de l'Administration fédérale des contributions (AFC) datée du 6 mai 2003. Cette dernière confirme en substance les règles énoncées dans la précédente circulaire, à savoir la n°5 du 30 avril 1997. Elle y apporte néanmoins une nouveauté majeure, à savoir que la taxation est différée au moment où le collaborateur acquiert un droit d'exercice inconditionnel sur l'option. Nous retiendrons simplement dans le cadre du présent travail que cela a pour conséquence que la taxation à l'attribution pour les plans d'intéressement par options avec une clause de blocage («vesting clause») est en pratique abolie. Ainsi, vu la fréquence des clauses de blocages dans les stock option plans, une taxation à l'attribution deviendra l'exception³². L'influence de la future loi fédérale se ressent déjà dans cette nouvelle directive³³.

En novembre 2004, le Conseil fédéral a présenté une première version du message de loi sur l'imposition des options de collaborateurs. Conformément au projet de loi, les options de collaborateurs sont imposées à l'exercice. Une exception existe pour les options non cotées et non bloquées, imposables lors de l'acquisition. L'importance pratique de cette exception semble déjà toutefois très limitée³⁴, étant donné qu'il est rare de rencontrer de telles options dans les plans d'intéressement de collaborateurs. Nous pensons que le choix d'imposer à l'exercice, plutôt qu'à l'octroi, représente une évolution positive sous l'angle de la protection du travailleur. L'imposition à l'octroi présente en effet le grand désavantage d'imposer les collaborateurs sur des revenus qui, le cas échéant, ne pourront jamais être réalisés.

Par contre le moment de l'imposition des actions des collaborateurs n'est pas modifié par rapport à la pratique actuelle. Celles-ci sont imposées au moment de l'acquisition, peu importe qu'il s'agisse d'actions libres ou bloquées. La valeur fiscale des actions bloquées est déterminée selon les mêmes règles que celles appliquées actuellement par l'AFC et qui sont exposées dans sa circulaire numéro 5/1997³⁵.

Quant aux versements en espèce qui ne représentent pas des plans de participations au sens propre, ils sont imposés au moment du transfert des fonds.

³⁰ ATF du 4 avril 2003, 5C.6/2003, consid. 3.3.1; ATF du 25 janvier 2002, 2A.360/2001; WYLER R., p. 623-624.

³¹ Dans le cadre d'un divorce, les participations reçues ont été comptabilisées pour déterminer la capacité contributive du débiteur d'aliments : ATF du 4 avril 2003, 5C.6/2003, consid. 3.3.2.

³² EY, *Taxation of employee stock options in Switzerland – latest developments*.

³³ EY, *Switzerland: Latest developments in the Canton of Zurich regarding the taxation of imported employee stock options*.

³⁴ RÜDISÜHLI H., ORLER A., p. 83.

³⁵ Circulaire n°5 de l'AFC du 30 avril 1997.

A noter que la nouvelle réglementation prend en compte les situations internationales et prévoit expressément une réglementation en cas de transfert du domicile du collaborateur bénéficiaire d'options de l'étranger en Suisse et inversement³⁶.

Nous sommes d'avis qu'une progressive perte de tous les avantages fiscaux des plans d'actions ou d'options serait la principale cause d'une désuétude ou de l'abandon de cette forme de rémunération. L'adoption de l'actuel avant-projet de loi régissant l'imposition des options remises aux collaborateurs limiterait l'attrait des stock options. On peut néanmoins considérer cette évolution comme positive dans la mesure où l'avantage fiscal de composantes salariales basées sur le cours des actions par rapport à la rémunération en numéraire peut parfois inciter à se servir de cet instrument au-delà du raisonnable³⁷. Mais pour l'heure il semblerait que le projet de loi soit au point mort.

1.6 Une rémunération liée à la performance ?

La crise boursière des années 2000 a été l'occasion de mettre en lumière un des problèmes cardinaux des plans d'intéressement et d'accepter le constat suivant: les cours des actions s'apprécient pour de nombreuses autres raisons que la seule performance des dirigeants d'une société. Cela est particulièrement vrai dans un climat d'euphorie boursière, lorsque prédominent les spéculateurs motivés par la seule perspective d'engranger des gains substantiels.

En juillet 2003, les stock-options sont menacé de mort: La direction de Microsoft, firme emblématique de la capitalisation boursière boule de neige, a annoncé qu'elle ne distribuerait plus d'options sur actions à ses collaborateurs³⁸. Même si d'autres entreprises emblématiques de l'industrie informatique – comme Cisco ou Dell – n'ont pas manifesté l'intention de renoncer aux stock-options, il apparaît aujourd'hui clairement que l'institution des plans d'intéressement est en crise, voire sur le déclin. Nombre de grandes multinationales ont abandonné tout simplement la rémunération par stock options³⁹, du moins à l'échelon de la direction.

Néanmoins ce sont surtout les stock option plans, qui sont par définition l'instrument le plus spéculatif, et pas les plans d'intéressement en tant que modèles de rémunération qui sont montrés du doigt. La tendance actuelle est au remplacement des stock option plans par des share plans. Les collaborateurs de Microsoft seront désormais associés aux résultats via l'octroi de simples actions. La tendance est également à l'introduction de critères plus exigeants pour des plans d'intéressement pensés au long terme. On tente ainsi de baser l'intéressement sur des critères plus objectifs et moins volatiles que les cours de bourse et on tente d'inscrire la performance des collaborateurs sur le long terme. La réalisation de ce dernier objectif passe par l'instauration de clauses «liantes» et autres délais de blocage, avec les risques de conflits que cela peut impliquer avec le droit du travail; des conflits que nous illustrerons largement dans les chapitres suivants.

Faut-il voir l'échec des partisans d'une rémunération liée à la performance ? Pas nécessairement, car le concept demeure sain. La fonction motivante des stock options ou

³⁶ RÜDISÜHLI H., ORLER A., p. 84.

³⁷ BÜHNER T., WALLMEIER M., p. 560-561.

³⁸ GENEVIEVE BRUNET, *Les stock-options sont-elles bonnes à jeter dans la poubelle de l'histoire?*, in l'Hebdo, numéro du 25.05.2005.

³⁹ L'AGEFI, « Royal Dutch/Shell abandonne la rémunération par stock-options », (afp), 18 mars 2005, p. 21: le montant que les dirigeants pourront obtenir dépendra désormais de la performance de Shell par rapport à ses concurrents.

share plans est indéniable. Ils restent les moyens de prédilection comme instruments de motivation et de rétention pour les hauts dirigeants et les cadres. La fonction première des plans d'intéressement est d'attirer et retenir dans les entreprises des employés ambitieux, acceptant de prendre des risques entrepreneuriaux aux côtés de leurs dirigeants. En acceptant tous une rémunération de départ minimale, ils espèrent gagner ensemble en tant qu'actionnaires. C'est toute la logique de la prise de risque dans la création d'entreprise qui serait remise en cause si les stock-options ne devaient plus trouver leur place dans la stratégie de rémunération des nouveaux patrons. Mais accepter de partager les risques, et les opportunités de gain, d'un entrepreneur doit rester un choix. Et non devenir le lot commun de la grande masse des salariés d'une entreprise déjà bien installée sur son marché, qui ne sont de loin pas tous d'accord de cumuler la même source de risque sur leur salaire et leur plan d'intéressement. Nous sommes d'avis que les plans d'intéressement ont déjà vécu leur remise en question et sont entrés dans une nouvelle phase où leurs buts, bien qu'inchangés, s'inscrivent dorénavant dans une perspective à long terme.

1.7 Conflits avec le droit du travail

Ce n'est que très récemment que l'on a commencé à examiner le mode de rétribution que sont les plans d'intéressement non plus uniquement sous l'angle du droit fiscal, mais aussi sous celui du droit du travail. Ce qui ne manque pas, on s'en doute, de soulever de nombreuses polémiques, dont la principale: les stock options et share plans relèvent-ils du droit du travail? Cette interrogation en appelle d'autres: dans quelle mesure les collaborateurs peuvent-ils être «liés» à la société qui les emploie par des bonus et des récompenses conditionnelles, lorsque la réalisation de la condition concernée dépend surtout, voire exclusivement, de l'appréciation de l'employeur? Ou, en d'autres termes, y a-t-il des limites posées par le droit du travail à l'aménagement de ce type de rémunération conditionnelle?

L'aménagement d'un plan d'intéressement suppose toujours une relation de travail entre le collaborateur bénéficiaire et l'employeur, ce dernier pouvant être un groupe de sociétés⁴⁰. Les dispositions régissant les modalités du plan d'intéressement, qu'elles se trouvent dans un contrat ou dans un règlement, imposent souvent diverses restrictions ou conditions aux travailleurs bénéficiaires d'actions ou d'options. Ces restrictions consistent, par exemple, en une déchéance du droit de bénéficier des titres promis ou une limitation du droit d'en disposer, voire une obligation de les restituer dans certains cas. Il n'est pas rare non plus de rencontrer des clauses qui excluent carrément toute application éventuelle des normes du droit du travail. De telles conséquences se heurtent à certaines normes impératives du droit suisse du travail, particulièrement lorsque les actions ou options composent le salaire de l'employé concerné⁴¹. Quant à la nature juridique précise de cette forme de rémunération, elle suscitera bon nombre de controverses dès lors qu'elle comprend certains éléments de la gratification, de la participation au résultat, alors que d'autres dépendent de la volonté des parties. Sans parler du droit applicable lorsque le plan d'intéressement et le contrat de travail ne sont pas soumis à la législation du même pays⁴². Au vu des quelques décisions judiciaires récentes, nous pouvons constater que la problématique est épineuse et d'actualité. De plus les enjeux financiers peuvent être souvent considérables aussi bien pour l'employé que pour l'employeur.

⁴⁰ Cf. point 4.1.1 du présent travail : décisions du 15 mars 2004, et décision en appel du 21 octobre 2004 du tribunal des prud'hommes du canton de Genève.

⁴¹ HELBLING C., p. 15, 161, 243.

⁴² FEDERATION DES ASSOCIATIONS PATRONALES ET ECONOMIQUES, "Stock options" : un mode de rémunération qui laisse perplexe, in Journal Entreprise Romande du 28.06.2002.

Enfin, en tant que titulaire d'actions ou d'options, le travailleur bénéficiaire du plan d'intéressement supporte les risques, avant tout financiers, liés à la nature de ces investissements. Le travailleur supporte un risque économique qui peut être parfois important, alors que le Code des Obligations comporte toute une série de dispositions qui limitent le risque légalement admissible que le travailleur prend sur le revenu de son travail.

Partant de ce constat, le présent travail a pour but de mettre en évidence la protection qu'offre le droit du travail suisse aux employés et d'analyser dans quelle mesure des clauses d'exception au système légal ou instaurant une condition sont valablement opposables. Il conviendra dans un premier temps d'examiner les types de clauses les plus courantes et problématiques des contrats d'intéressement, puis de faire l'inventaire des conflits entre ces clauses et les protections offertes de manière impérative par le Code des Obligations. Enfin, après une étude de la jurisprudence récente rendue en la matière, notre analyse se conclura par des propositions de solutions pratiques à ces problèmes.

§ 2 Les clauses «liantes»

2.1.1 Définition

Le plan d'intéressement a pour but de fidéliser, ou plutôt lier, le collaborateur bénéficiaire à la société qui l'emploie. Cela correspond à un des objectifs primordiaux de l'intéressement d'un collaborateur. Sous l'angle du droit du travail, la compatibilité de la fonction de rétention de certains plans d'intéressement avec les libertés de l'employé, par exemple celle de donner son congé, apparaît douteuse. La jurisprudence, qui s'est encore peu intéressée à la protection des travailleurs dans le cadre d'intéressement, démontre que la recherche, implicite ou non, de ce but est bien souvent source de conflits avec les normes protectrices du droit du travail. Plus précisément, ce sont les moyens mis en œuvre pour l'atteindre qui vont se heurter à certaines dispositions impératives du Code des Obligations.

Pour atteindre cet objectif, le plan va prévoir toutes sortes de conditions, de limitations et d'exigences qui sont, en principe, admissibles. On recourra fréquemment à des dispositions propres à cet effet, dites clauses «liantes»⁴³, dont les plus usitées et connues en pratique sont les clauses de déchéance et de blocage.

2.1.2 Typologie des clauses «liantes»

2.1.2.1 Clauses de déchéance

2.1.2.1.1 Définition

La majorité des problèmes soulevés par le plan d'intéressement en rapport avec le droit du travail trouve leur source dans les «clauses de déchéance» («Verfallklausel» / «forfeiture clause»). Ces clauses ont pour but de subordonner soit l'attribution d'actions, soit l'exercice d'options, à une condition ou à l'avènement d'un certain résultat. Voici quelques exemples parmi les plus fréquentes des conditions prévues par ces clauses de déchéance:

- Un rapport de travail non résilié à une date déterminée
- L'exigence d'un certain comportement de la part du travailleur, notamment une bonne conduite («good/bad leaver»), le non débauchage de clients ou collaborateurs etc. ...
- L'exigence d'une certaine prestation
- L'exigence d'une certaine évolution des résultats de la société
- Le respect d'un accord de confidentialité, qui peut parfois porter sur l'existence même du plan d'intéressement

La clause de déchéance classique demeure celle prévoyant la déchéance de tous les titres de participation promis mais non encore octroyés du plan en cas de résiliation de la relation de travail au moment même de cette dernière. Une autre variante prévoit que les participations seront détenues auprès d'un tiers («escrow account») et que l'employeur en récupérera la propriété si le collaborateur résilie son contrat de travail avant une certaine date. Une troisième variation de cette clause de déchéance prévoit simplement que le collaborateur

⁴³ Bajan B. parle de « Bindungsklauseln » (BAJAN B., p. 4).

devra rendre à l'employeur les titres de participation, ou l'équivalent de leur valeur en argent, si le rapport de travail prend fin avant une date déterminée⁴⁴.

2.1.2.1.2 Problèmes spécifiques

Dans les cas de clauses de déchéance il conviendra de s'interroger tout d'abord sur l'objectivité de la condition exigée et partant, sur les limites des clauses arbitraires, puis sur l'admissibilité de la condition contractuelle convenue. Parallèlement il faudra identifier si le bonus promis dans le plan d'intéressement a déjà été octroyé au collaborateur ou ne représente alors qu'une simple expectative⁴⁵. Le fait qu'une partie substantielle de la rémunération du collaborateur soit soumise à conditions, qui sont par ailleurs susceptibles de ne jamais se réaliser, peut laisser apparaître une forme de retenue sur salaire, en violation avec l'article 323a CO⁴⁶.

Il est souvent prévu de distinguer entre les «good leavers» et les «bad leavers». Les premiers garderont leurs droits octroyés par le plan tandis que les autres le perdent au moment de la résiliation. Ce système et les dénominations qu'elles exposent doivent être utilisés avec prudence. En premier lieu il serait arbitraire que le conseil d'administration définisse lui-même ceux qui sont des «good» ou respectivement des «bad leavers». Ces qualifications devraient figurer dans un règlement. L'exigence d'un certain comportement après la fin des rapports travail, y compris l'obligation de rendre à l'employeur les titres de participation, peut potentiellement violer l'article 340 CO qui règle la prohibition de concurrence, l'interdiction de la retenue et de la garantie sur salaire, respectivement les articles 323a et 323b CO.

Si l'employé devait supporter un manque à gagner important en résiliant son contrat de travail, conformément à la clause de déchéance, il est tout à fait concevable d'y voir une limitation de sa liberté à se défaire d'un contrat de travail et de fait, une violation des articles 335a et 337 CO.

2.1.2.2 Délai de blocage

2.1.2.2.1 Définition

Les clauses de blocages («Sperrklauseln» / «vesting clause») empêchent l'acquisition légale, la possibilité de disposer ou d'exercer des actions, respectivement des options, pendant un certain délai («Sperrfrist» / «vesting period»)⁴⁷.

Le recours à ces clauses est dicté autant par des motifs fiscaux que dans un but de rétention envers le collaborateur du plan. Pendant le délai de blocage l'employé n'a en général pas encore de pouvoir de disposition ou de droits fermes sur les titres. En cas de résiliation du rapport de travail, peuvent se poser certaines question quand à la compatibilité de ce plan avec l'exigibilité des créances et l'obligation de restitution prévues respectivement aux articles 339 et 339a CO.

Sous l'angle du droit du travail, l'emprise de l'employeur avec ce système de blocage apparaît comme préoccupante.

⁴⁴ SOMMER U., Newsletter, septembre 2003.

⁴⁵ PORTMANN D., p. 203.

⁴⁶ BAJAN B., p. 12.

⁴⁷ BAJAN B., p. 4; DESPRES P., DE ROSTOLAN F., p. 156-157.

La majorité, pour ne pas dire la totalité, des plans d'intéressement prévoit des délais de blocage. La motivation est assurée par l'octroi de participation et la fidélisation (forcée !) du collaborateur par un délai de blocage⁴⁸. Un système qui attribue les actions ou options au terme d'un délai de blocage apparaît, d'un point de vue de l'employeur, comme une solution efficace pour l'adéquation à long terme des intérêts des deux parties au plan d'intéressement.

Les plans sont souvent structurés de façon à accorder une simple expectative qui, au fur et à mesure de la durée du rapport de travail, se convertira en un droit. Cette structuration du plan est particulièrement courante dans les stock options: le contrat d'intéressement définit un nombre d'options accordées et détermine l'entrée en vigueur du droit à l'exercice par tranches, sur trois ou quatre ans par exemple. Cela signifie que chaque année, une tranche d'un tiers ou d'un quart du total entre en vigueur. Cette entrée en vigueur est dénommée «vesting». Lors du «vesting», le bénéficiaire acquiert le droit d'exercer le titre. Avant cette acquisition, c'est une expectative conditionnelle, où la conversation en droit peut dépendre de certaines conditions, de la continuation de l'emploi par exemple. Après le «vesting», le bénéficiaire a généralement un délai limité pour exercer ses titres. On oppose parfois à la «vesting period», qui est donc une période pendant laquelle le bénéficiaire n'a pas encore la propriété sur les options, à la «blocking period» qui représente un laps de temps où les options sont bloquées alors que leur propriété a déjà été transférées au bénéficiaire⁴⁹.

2.1.2.2 Problèmes spécifiques

La jurisprudence récente semble admettre que l'octroi d'actions et d'options bloquées est licite⁵⁰. Pourtant cette même jurisprudence nous illustre combien ce type de plan d'intéressement peut se montrer problématique. Un tel plan semble délicat non seulement sous l'angle de l'interdiction d'accord sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur (l'art. 323b al. 3 CO) mais aussi sous l'angle économique vu le désavantage patrimonial considérable à charge du collaborateur au cas où il devait résilier sa relation de travail alors que ses participations sont encore bloquées. Selon l'art. 323b al. 3 CO l'employé doit pouvoir disposer librement du salaire que lui verse l'employeur. Ainsi des titres bloqués peuvent transformer les délais légaux prévus pour une résiliation (articles 335a al. 1 et 337 CO) en instruments uniquement entre les mains de l'employeur, la possibilité pour l'employé d'y recourir n'étant plus que théorique tant le désavantage économique y découlant serait considérable. La liberté de résiliation serait bridée de façon inacceptable par des motifs économiques⁵¹.

Des titres (actions ou options) contractuellement «bloqués» pour un temps déterminé peuvent entrer en conflit avec l'art. 323b al. 3 CO, qui interdit tout accord sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur⁵².

2.1.2.3 Conditions à l'exercice

2.1.2.3.1 Définition

La jurisprudence fourmille d'exemples de conditions relatives au déploiement du plan d'intéressement⁵³. En effet, la recherche du but de fidélisation par l'intéressement du

⁴⁸ Bajan B. emploie le terme de «goldene Fesseln» pour décrire cette situation (BAJAN B., p. 3).

⁴⁹ HELBLING C., p. 17-18.

⁵⁰ En particulier ATF 130 III 495, consid. 4.2.1 - 4.2.2, p. 501.

⁵¹ Pour un avis semblable, cf. PORTMANN D., p. 219-224.

⁵² PORTMANN D., p. 200-201 et 254.

travailleur passe par l'instauration de conditions. Ces conditions peuvent être des exigences de délais, de durée et d'un certain état de fait, typiquement la non résiliation du rapport de travail au moment de l'exercice des titres octroyés. Différencier les clauses de «conditions à l'exercice» («Ausübungsbeschränkungen») des «clauses de déchéance» ou «clauses de blocages», telles qu'elles ont été définies ci-dessus, est avant tout un débat terminologique⁵⁴. Ces notions, selon l'acceptation retenue, recourent les mêmes problématiques. Pour certains, la pertinence de cette troisième catégorie en sus des deux précédentes⁵⁵ pourrait sembler douteuse. Mais nous sommes au contraire d'avis que les seules catégories des «clauses de déchéance» et des «clauses de blocages» ne peuvent suffisamment rendre compte de la variété des conditions rencontrées en pratique dans les plans d'intéressement: par exemple, celle exigeant le franchissement d'un certain seuil («Ausübungshürde») du cours boursier pour permettre l'exercice des titres, ou encore l'atteinte d'un certain chiffres d'affaires. Les conditions à l'exercice devraient être au moins reconnues en tant que sous-catégorie des clauses de blocage.

2.1.2.3.2 Problèmes spécifiques

Dans la mesure où le plan d'intéressement pose des conditions autres que celles directement relatives au succès de l'entreprise, nous pensons que les articles 151 ss du CO, concernant les obligations conditionnelles, s'appliquent. L'attitude de l'employeur qui empêche volontairement la réalisation de la condition, pour éviter que la rémunération prévue par le plan ne devienne effective, constituerait un empêchement frauduleux au sens de 156 CO.

L'article 156 CO prévoit qu'une condition est réputée accomplie quand l'une des parties en a empêché l'avènement au mépris des règles de la bonne foi. On peut imaginer qu'un employeur résilie le contrat de travail de son employé, ce qui a pour effet de déclencher l'application d'une clause de déchéance. Ainsi l'employeur aura réussi, de son propre chef, à empêcher le versement de la rétribution issue du plan, qui stipulait l'exigence d'un rapport de travail non résilié. Cet exemple hypothétique illustre à quel point le domaine est problématique.

Les intérêts légitimes de l'employeur doivent néanmoins aussi être pris en compte. Seule une pesée des circonstances du cas d'espèce permettra de déterminer s'il y a eu ou non un empêchement frauduleux au sens de 156 CO⁵⁶.

⁵³ Se rapporter au § 4 du présent travail pour un aperçu de la jurisprudence récente.

⁵⁴ Portmann D. dresse une synthèse des types de «conditions» les plus fréquentes (PORTMANN D. p. 75-79).

⁵⁵ BAJAN B., p. 4.

⁵⁶ BAJAN B., p. 13; EHRAT F., Basler Komm., Art. 156 CO N. 5-6.

§ 3 Les conflits

3.1 Normes protectrices en droit du travail

Le titre dixième du Code des Obligations traite du contrat individuel de travail. La loi pose certaines limitations à la liberté contractuelle, dont la justification est à rechercher dans le rapport de force entre les parties en présence, à savoir l'employeur et l'employé, ainsi que le besoin de protection minimale nécessaire pour ce dernier. Nombre de dispositions légales de ce titre ont pour objet la protection du travailleur. Outre les limites posées par les articles 19 et 20 CO, la liberté contractuelle pour l'aménagement d'un contrat de travail est restreinte par les articles 361 et 362 CO. Ces deux articles énumèrent les dispositions auxquelles il ne peut être librement dérogé. L'article 361 CO énumère les dispositions qui ont un caractère absolument impératif et auxquelles il ne peut être dérogé ni au détriment de l'employeur ni à celui du travailleur. L'article 362 CO énumère quant à lui les dispositions qui ont un caractère relativement impératif, auxquelles il ne peut être dérogé au détriment du travailleur. Les dispositions protectrices du droit du travail susceptibles d'entrer en conflit avec certaines clauses d'un plan d'intéressement appartiennent à l'une des listes de l'article 361 ou 362 CO. Ces dispositions ont plus ou moins directement pour objet une protection minimale du travailleur. Ce sont les articles 322 ss CO qui régissent les différents modes de rémunération. Ces dispositions expriment certains principes fondamentaux ayant trait notamment à l'exigibilité du salaire ainsi qu'à sa libre disposition.

Il conviendra ici de passer en revue ces différentes normes et les conflits connus ou imaginables avec les dispositions d'un plan d'intéressement. Nous n'avons pas la prétention de dresser une liste exhaustive sur le recensement des conflits. Peu de jurisprudence a pour l'instant été rendue dans le domaine et, partant des cas connus, il reste cependant possible d'échafauder des suppositions. Il est recommandé d'accorder une attention particulière aux dispositions suivantes:

3.1.1 Article 323a CO – Retenue sur salaire

L'article 323a CO traite de la retenue sur salaire par l'employeur. Selon cet article l'employeur peut opérer une retenue sur une partie du salaire de son employé que si cela a été expressément prévu dans le contrat de travail, par l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective. La retenue ne doit pas excéder 10% du salaire dû le jour de la paie ni, au total, le salaire d'une semaine de travail (alinéa 2). Seul un contrat-type de travail ou une convention collective peut prévoir une retenue plus élevée⁵⁷. A noter que dans la majorité des plans d'intéressement le montant des participations concerné par une clause déchéance excède 10% de la rémunération globale du collaborateur. Cette hypothèse pose la question incidente de savoir si les actions ou options dévolues emportent la qualification de «salaire»⁵⁸. A noter qu'une jurisprudence cantonale⁵⁹ considère la réserve de propriété sur des actions deux ans après la fin des rapports de travail comme une violation de l'article 323a CO.

Au surplus, et en l'absence de créance contre son employé, l'employeur doit restituer ladite retenue à la fin des rapports de travail. Ainsi un plan d'intéressement qui prévoit des

⁵⁷ SOMMER U., Newsletter, septembre 2003; WYLER R., p. 201.

⁵⁸ Se reporter au paragraphe 5.4 du présent travail.

⁵⁹ Décision du tribunal des prud'hommes du canton de Genève, jugements du 16 mars 1999 et 5 août 1998 (JAR 2001, p. 400 ss respectivement 404 ss), cf. point 4.1.4 du présent travail.

obligations au-delà de la fin des rapports de travail, notamment de comportements, sous peine de déchéance des avantages patrimoniaux du plan, pourra être considéré, suivant les circonstances, comme une retenue illégale sur le salaire.

3.1.2 Article 323b CO – Garantie sur salaire

Cet article prévoit en outre à son alinéa 3 l'interdiction de l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur («Truckverbot»). Le salaire, qu'il soit en espèce ou en nature, est garanti. Le respect de cette disposition peut poser problème dans la mesure où des accords particuliers sont prévus quant à l'utilisation des titres de participation dévolus au travailleur. A noter que cette disposition interdit le versement d'un salaire en nature (par actions ou options par exemple) si un salaire en espèce a été convenu au départ⁶⁰.

Au terme d'un contrat d'intéressement, une société se réserve ainsi parfois le droit de racheter les actions qu'elle a octroyées au travailleur; dans cette hypothèse la compatibilité avec l'article 323b CO semble douteuse. Tout accord prévoyant une utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur est prohibé par la lettre de cet article⁶¹, il conviendra de distinguer, le cas échéant, avec quelle rigueur doit s'appliquer cette interdiction suivant que les titres de participation (actions ou options) soient qualifiés de salaire en nature ou de gratification. Dans l'hypothèse où l'accord serait convenu aussi bien dans l'intérêt de l'employeur que de l'employé, son admissibilité dépendra de l'appréciation de toutes les circonstances d'espèce⁶².

L'interdiction des accords sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur assure que l'employé puisse disposer librement du salaire que lui verse son employeur. Le Tribunal fédéral s'est récemment prononcé sur ce problème en déclarant nulle une clause selon laquelle des actions ou des options étaient octroyées à un employé en tant que partie de son salaire mais dont l'employé bénéficiaire ne pouvait immédiatement disposer. Notre Cour Suprême y voit en effet un accord sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur qui viole l'art. 323b al. 3 CO⁶³.

3.1.3 Article 325 CO – Cession et mise en gage de créances

Selon cet article le travailleur ne peut céder ou mettre en gage des salaires futurs à titre de garantie. Il serait ainsi, de par la loi, impossible pour le travailleur de céder ou mettre en gage ces salaires à venir pour contribuer au financement de son propre plan d'intéressement. Il n'est pas rare de constater que certains plans d'intéressement aménagent de tel système si un Management Buy Out est prévu ou en cas de prêts de l'employeur. De même que, suivant la substance de cet article, le travailleur ne pourrait pas s'engager à rétrocéder ses actions.

⁶⁰ FAVRE C., MUNOZ C., TOBLER R., 323b CO N. 3.1; ATF du 1 octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, consid. 3.2.

⁶¹ PORTMANN D., p. 145-146; STAEHELIN A., Zürcher Komm., 323b OR N. 17 et 23.

⁶² REHBINDER M., PORTMANN W., Basler Komm., 323b OR N. 6.

⁶³ ATF du 1 octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, consid. 3; Pour une opinion semblable, cf. PORTMANN D., 147-152.

3.1.4 Article 328 CO – Protection de la personnalité du travailleur

L'article 328 CO donne pour devoir à l'employeur de protéger la personnalité du travailleur. Ce devoir suppose le respect d'une égalité de traitement envers les travailleurs, l'interdiction de l'arbitraire et de la discrimination.

Autant il est admissible de prévoir des avantages et des formes d'intéressement différenciés pour des travailleurs hiérarchiquement différents⁶⁴, autant un plan d'intéressement qui exclut certains collaborateurs sans motif objectif viole les prescriptions de l'article 328 CO. Des différences arbitraires dans le montant des avantages conférées par le plan violent aussi l'exigence d'égalité de traitement. Il en va de même pour une inégalité fondée sur le sexe⁶⁵.

3.1.5 Article 335a CO – Délais de congé

Selon l'article 335a CO, les délais de congé doivent être identiques pour l'employeur et l'employé. Un employé ne doit pas souffrir d'autre désavantage que la fin du versement de son salaire en cas de résiliation des rapports de travail conformément aux termes du contrat. Ce principe pourrait apparaître illusoire et vide de substance si l'employé aurait à supporter un désavantage patrimonial considérable en résiliant son contrat de travail⁶⁶. L'article 335a CO pourrait ainsi se retrouver en conflit avec une clause de déchéance du plan d'intéressement⁶⁷.

3.1.6 Article 337 CO – Résiliation immédiate pour justes motifs

Cet article aménage le droit à une résiliation immédiate pour justes motifs. Aussi bien l'employeur que le travailleur doivent avoir la possibilité de résilier immédiatement leurs rapports de travail pour justes motifs selon les modalités énoncées à l'article 337 CO.

Cette possibilité de résiliation ne doit pas être seulement théorique, dans la mesure où chacune des parties devrait pouvoir y recourir au besoin sans subir un préjudice considérable que l'autre partie n'aurait pas à supporter. Ainsi un plan d'intéressement pourrait rendre simplement illusoire le moyen de résiliation de l'article 337 CO par une contrainte financière sur l'une des parties, tant les sacrifices correspondants sont lourds en cas de résiliation. Par exemple un plan d'intéressement prévoyant la perte de tout droit d'exercice des options en cas de résiliation pourrait, suivant les circonstances, violer l'article 337 CO.

3.1.7 Article 339 CO – Exigibilité des créances

Cette disposition prévoit l'exigibilité de toutes les prétentions issues du rapport de travail au moment de sa résiliation. Si le plan d'intéressement prévoit un délai de blocage aux titres accordés qui va au-delà de la fin des rapports de travail, l'exigibilité obligatoire prévue par l'article 339 CO serait alors violée.

⁶⁴ FREY C., p. 31.

⁶⁵ HELBLING C., p. 244; Selon Portmann D., les cas de conflits avec cette norme sont, en pratique, rares (PORTMANN D., p. 141).

⁶⁶ SOMMER U., Newsletter, septembre 2003.

⁶⁷ ATF 130 II 495, consid. 3.

Ainsi, à la fin du contrat de travail, toutes les créances qui en découlent deviennent exigibles. Cela a pour conséquence que le versement des bonus déjà attribués au collaborateur mais retenus par l'employeur ne peut être différé au-delà de la fin des rapports de travail⁶⁸. La violation de cet article est souvent invoquée par le collaborateur lésé du fait que les plans d'intéressement prévoient fréquemment soit des obligations au-delà du moment de la résiliation du contrat de travail soit une rétention des titres de participations ou encore l'obligation de rendre les titres reçus à l'employeur. Dans chacune de ces deux hypothèses, l'obligation contractuellement prévue semble aller à l'encontre de l'article 339 CO.

3.1.8 Article 339a CO – Restitution

L'article 339a CO traite de la restitution au moment où le contrat prend fin: les parties doivent se rendre tout ce qu'elles se sont remises pour la durée du contrat. Tout comme 339 CO, cet article posera problème en cas de résiliation du contrat alors qu'une clause de blocage est prévue dans le plan d'intéressement. Il devrait aussi pouvoir permettre de s'opposer à un droit de rétention de l'employeur qui va au-delà de la fin des rapports de travail dans la mesure où les actions, respectivement les options, ont déjà été attribuées au collaborateur par le plan d'intéressement.

3.1.9 Article 340 CO – Prohibition de faire concurrence

Cette disposition traite de la prohibition de faire concurrence. Il est admis que les restrictions de concurrence imposées au travailleur qui ont pour but de limiter, après la fin du contrat de travail, le droit d'exercer une activité, ne peuvent être aménagées que dans certaines limites strictes et définies⁶⁹. Un plan d'intéressement se heurtera aux conditions formelles d'une clause de prohibition de concurrence s'il prévoit des conditions ou des exigences dont le non-respect amènerait un désavantage économique majeur pour le travailleur (perte financière due à la déchéance de ses droits de participation), cela signifie que les clauses de déchéance et de blocage peuvent être source de conflits avec cet article. Une clause imposant des sanctions trop exagérées pourrait donc être attaquée. De même qu'un plan d'intéressement imposant au travailleur un certain comportement après la fin des rapports de travail peut violer l'article 340 CO. A noter qu'une jurisprudence cantonale⁷⁰ a considéré qu'un plan d'intéressement qui laissait la qualification de l'ex-collaborateur en tant que «good» ou «bad leaver» à l'arbitraire de conseil d'administration, qualification dont dépendait l'exécution des avantages du plan d'intéressement, viole l'article 340 CO en ce qu'il impose un certain comportement après la fin des rapports de travail.

3.1.10 Article 341 CO – Impossibilité de renoncer

Selon l'article 341 CO, un travailleur ne peut pas valablement renoncer aux créances résultant de dispositions impératives du droit du travail. Bien que l'interdiction de renoncer soit totale,

⁶⁸ Décision du tribunal des prud'hommes du canton de Genève du 16 mars 1999, in JAR 2001, consid. 4 b), p. 403 et 404.

⁶⁹ REHBINDER M., p. 178-179; WYLER R., p. 447.

⁷⁰ Cf. point 4.1.4 du présent travail.

cet article n'empêche pourtant pas la conclusion de transactions ou d'arrangements entre les parties⁷¹.

Est en premier lieu visé par cet article la prétention en paiement du salaire envers l'employeur. Des conflits avec cette norme peuvent potentiellement surgir dès qu'un plan d'intéressement prévoit une déchéance de ces prestations en cas de résiliation du contrat de travail.

3.1.11 Article 343 CO – Procédure

Cette disposition, qui est à lire en relation avec les articles 21 et 24 LFors (voire 121 LDIP), instaure les garanties de procédure pour les conflits en droit du travail. L'article 24 al. 1 LFors prévoit deux fors alternatifs:

- Le for du domicile ou du siège du défendeur
- Le for de lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail

Le caractère impératif de ces fors est énoncé par l'art. 21 al. 1 let. d LFors, qui précise que le travailleur ne peut renoncer ni à l'avance ni par acceptation tacite aux fors prévus par l'art. 24 LFors. L'élection de for conclue après la naissance du différend est réservée (art. 21 al. 2 LFors). Pour le surplus, l'article 343 al. 2 CO impose certains principes de procédure pour les litiges en droit du travail.

Il est fréquent que les plans d'intéressement soient l'objet de contrats qui se réclament comme conventions distinctes et séparées du contrat de travail, soumises à un droit et un for étranger. Les motivations peuvent être multiples, notamment le fait que la plupart des plans d'intéressement sont de conception anglo-saxonne et, dans le cas de multinationales, l'on souhaite qu'ils soient gérés de façon centralisée, au niveau de la société mère. Un contexte multinational incite à opter pour l'élection d'un for unique pour tous les employés bénéficiaires de l'intéressement, sans se soucier du lieu où le travailleur accomplit son travail. De plus, par souci de prévisibilité et de rationalisation, l'employeur essaiera de faire échapper l'ensemble du plan d'intéressement du droit et des tribunaux nationaux pour éviter tout conflit éventuel avec des normes protectrices et contraignantes de ce système légal national.

Malgré la qualité impérative floue de l'article 343 CO, une partie de la doctrine appelle à la prudence quant à l'emploi de clauses compromissaires dans les contrats d'intéressement du travailleur⁷².

⁷¹ FAVRE C., MUNOZ C., TOBLER R., 341 CO N. 1.1 et 1.11.

⁷² BAJAN B., p.6; HELBLING C., p. 250; WYLER R., p. 468-470.

§ 4 Jurisprudence

4.1 Introduction

Dans ce chapitre il sera fait état de la jurisprudence récente que l'auteur estime comme pertinente en la matière. Les décisions mettant en lumière spécifiquement les conflits avec les normes du droit du travail sont encore peu nombreuses. Il est intéressant de constater que, bien que l'aménagement de plans d'intéressement par actions ou options pour collaborateurs soit une pratique connue des tribunaux, le volet droit du travail et protection du salaire furent jusqu'à récemment peu au centre des décisions rendues en la matière.

De par le peu de jurisprudence disponible, l'auteur a pris le parti de présenter une palette éclectique parmi les décisions fédérales et cantonales récentes. En effet les diverses juridictions de niveau cantonal, en tant que premier interlocuteur judiciaire en cas de conflit en droit du travail, nous fournissent des solutions intéressantes.

Les développements et les analyses présentés ci-dessous ont pour but d'illustrer concrètement comment les tribunaux examinent et tranchent les conflits entre plans d'intéressement et quelques-unes des normes légales, exposées au chapitre précédent⁷³. Nous pensons ce cheminement par la jurisprudence comme un préalable pertinent à l'identification des problèmes et surtout à la proposition de solutions⁷⁴.

4.1.1 Prud'hommes de Genève, jugements du 15 mars 2004 et du 21 octobre 2004⁷⁵

Cette affaire n'a pas encore fait l'objet d'une décision définitive. En effet, après avoir fait l'objet d'une décision sur recours à la Cour d'Appel des prud'hommes de Genève au moment même de l'écriture de ces lignes, il semblerait que le cas soit vraisemblablement porté au Tribunal fédéral. Néanmoins nous avons pris le parti de présenter cette affaire en l'état, de façon succincte et de mettre seulement en lumière les aspects relatifs aux plans d'intéressements. Cette décision plaide notamment sans équivoque pour la compétence prud'homale pour ce qui est relatif aux plans d'intéressements.

Il s'agit du litige entre une société américaine, qui est un des plus importants groupes internationaux dans le domaine des produits et services de logiciels, et un de ses anciens dirigeants (A.). La société américaine possède plusieurs succursales dans de nombreux pays, dont notamment en Suisse.

A. a dirigé de 1996 à 2000 le département Europe, Moyen-Orient et Afrique du groupe. Sa rémunération, versée par la société mère américaine, était composée, outre d'un salaire de base élevé, par un bonus annuel lié à la performance et composée de «stock options». Dans un but d'optimisation fiscale il fut décidé que A. serait formellement aussi rémunéré par une succursale suisse (S. Sàrl) de la société américaine. C'est d'ailleurs S. Sàrl qui figure comme entête sur la correspondance administrative entre A. et les autorités suisses. Donc, en plus de son salaire versé à l'étranger par la société mère, A. se faisait verser un salaire suisse par S. Sàrl. C'est également cette société qui établissait les fiches et certificats de salaires, versait les

⁷³ Se rapporter au § 3 du présent travail.

⁷⁴ § 5 du présent travail.

⁷⁵ Jugement du 15 mars 2004 du tribunal des prud'hommes de Genève et jugement dans la même cause de la Cour d'appel du 21 octobre 2004; A notre connaissance, ces décisions ne sont pas publiées.

cotisations AVS et LPP, s'acquittait des primes accessoires (indemnités) et lui remboursait ses frais. Ces montants étaient néanmoins refacturés à la société mère américaine. A. exerçait sa fonction dirigeante au sein des bureaux de S. Sàrl. Il recevait chaque année un certain nombre d'options, attribuées de façon discrétionnaire par les dirigeants de la société mère américaine. De plus il participait à un plan d'intéressement par actions, en application duquel il était autorisé, chaque année, à acquérir un certain nombre d'actions de la société mère américaine à un prix préférentiel. En date du 31 mai 2000, on annonça à A. par téléphone son licenciement.

A. conteste la validité de son licenciement à cette date et réclame son salaire pour juin, juillet, ainsi que les options et actions qui auraient dû lui être octroyé pour ses périodes, y compris dommages-intérêts. Sa prétention se chiffre en millions. A. a d'abord ouvert action aux USA contre la société mère quant à l'octroi d'options. Par arrêt du 11 février 2003, la Cour d'appel saisie aux Etats-Unis, a confirmé le jugement de première instance, en tant qu'il constatait que A. n'avait ni le droit d'acquérir des options ni de recevoir leur contre-valeur à titre d'indemnité. Il est intéressant de souligner ici qu'à l'appui de sa décision la Cour d'appel de Californie a retenu qu'il y avait lieu de distinguer le contrat de travail du plan d'intéressement, que ce dernier était soumis au droit californien conformément à une élection de droit, que ladite élection de droit était conforme au droit californien et au droit suisse, et que la soumission du plan d'intéressement aux législations d'autres pays entraverait très sérieusement son application uniforme. A. a alors assigné S. Sàrl devant la juridiction des Prud'hommes de Genève, concluant, entre autres, à la constatation du fait qu'il a été empêché d'exercer les options sur les actions de la société mère et au versement d'un montant correspondant à son manque à gagner. A. demanda que la société suisse soit condamnée à lui payer la contre-valeur des actions de la société mère souscrites et payées dans le cadre du plan d'intéressement par actions.

A. a soutenu en vain devant les juges genevois de première et seconde instance avoir été lié contractuellement par un contrat de travail à S. Sàrl, voire conjointement à S. Sàrl et à la société mère basée aux USA. Aux dires de A., S. Sàrl, en tant qu'employeur, s'était engagée à le faire participer au plan d'intéressement au capital de la société mère. Pour sa part, S. Sàrl opposa avec succès son défaut de légitimation passive.

Après avoir rappelé en quoi consiste les plans d'intéressement, institutions nées dans les pays anglo-saxons, les juges des prud'hommes rappellent que la juridiction des Prud'hommes avait déjà admis sa compétence *ratione materiae* pour statuer sur des prétentions d'employés fondées sur des plans d'intéressement⁷⁶, la prétention du travailleur étant qualifiée, selon les cas, de partie du salaire, de bonus, voire de figure autonome, se situant «dans un rapport assez lâche avec le contrat de travail». Se fondant sur ces jurisprudences ainsi que sur des avis issus autant de la doctrine suisse que celle allemande, les juges ont retenu que l'octroi d'options dans le cadre d'un plan d'intéressement constitue en principe une forme de rémunération du travailleur, qui peut, selon les cas, être assimilée à du salaire en nature au sens étroit, à une participation au résultat de l'exploitation ou à une gratification. La compétence matérielle du Tribunal des Prud'hommes peut être admise dans chacune de ces hypothèses, puisque le travailleur fait valoir à chaque fois une prétention découlant des rapports de travail. Cette solution s'impose même si le plan d'intéressement porte sur le capital actions d'une société tierce cotée en bourse.

⁷⁶ JTPH du 5.08.1998, in JAR 2001, p. 404; JTPH du 27.08.2003 consid. 1a, in JAR 2003, p.150.

Ainsi, après avoir admis sa compétence *ratione loci* (basée sur les articles 2 CL et 24 al. 1 et 5 LFors) et *ratione materiae* (basé sur l'article 1 al. 1 lit. a LJP), les juges ont dénié à la société S. Sàrl la qualité d'employeur et, partant, sa légitimation passive. Cette position résulte d'une interprétation des documents contractuels, de l'examen des circonstances dans lesquelles ils avaient été négociés et exécutés.

Les juges ainsi n'ont pas identifié de contrat de travail entre A. et S. Sàrl du fait que les conditions nécessaires à l'existence de ce dernier n'étaient pas remplies en l'espèce : il n'y a avait notamment pas de rapport de subordination entre A. et la société suisse, du fait que A. lui était hiérarchique supérieur, ne lui devait aucun compte pas plus qu'il ne recevait d'instruction de cette dernière, au contraire il dépendait directement du conseil d'administration de la société mère. C'est ainsi que la Cour a retenu que seuls A. et la société mère basée aux USA avait eu la réelle et commune intention de se lier par un contrat de travail, la société suisse étant simplement chargée «pro forma», pour des raisons purement pratiques d'accomplir certaines démarches. Les motivations étaient d'autre part simplement fiscales et suite à la requête expresse de A. . L'intervention de S. Sàrl, qualifiée de purement formelle, ne découlait ainsi pas de l'existence d'une relation contractuelle la liant à A., ce qui exclut sa légitimation passive.

Il est à relever que les juges en Cour d'Appel considèrent que les prétentions en relations avec les stock-options dont A. prétend avoir été privé et les actions du plan d'intéressement que A. soutient avoir reçu tardivement, constituent également des prétentions en lien avec le contrat de travail. S'agissant de statuer sur des prétentions liées à l'application de plans d'intéressement, la juridiction des prud'hommes admet pleinement sa compétence (*ratione materiae*) et confirme sa jurisprudence. Dans le cas d'espèce, la rémunération de A. par le biais d'actions et d'options constituait un élément essentiel du contrat entre les parties. Les circonstances relèvent que A. en avait fait une condition de son engagement. Les juges ne manquent pas de souligner ces circonstances d'espèce.

A contrario pourrait-on réfuter la compétence des prud'hommes en présence d'un plan d'intéressement tout à fait modeste, secondaire et bien distinct du contrat de travail ? La présente décision des tribunaux de Genève ne permet pas de répondre de manière satisfaisante à cette question, même si elle en mentionne l'hypothèse. En effet, selon les juges genevois, il conviendrait d'émettre une réserve quant à la compétence matérielle des prud'hommes dans la situation rare où, au vu des circonstances et de la volonté des parties, le plan d'intéressement en cause est sans rapport aucun avec le contrat de travail, le travailleur ayant pu y participer comme simple investisseur.

Donc, si l'hypothèse d'incompétence des prud'hommes est concevable selon les juges genevois, nous sommes d'avis qu'il est difficile d'imaginer un contrat spécifique seulement ouvert aux travailleurs qui soit sans rapport avec une relation de travail. Cette hypothèse d'incompétence semble donc pour le moins très théorique; il est en effet probable que les juges trouveront pratiquement toujours un lien suffisant entre le plan d'intéressement et une relation de travail⁷⁷.

⁷⁷ Pour une opinion semblable: BAJAN B., p. 10.

4.1.2 Décisions du 1 octobre 2004 de la 1^{ère} Cour Civile du Tribunal fédéral⁷⁸

Ces deux arrêts du 1 octobre 2004 se rapportent à des cas connexes, ils recourent exactement le même état de fait, avec un même employeur défendeur. Les dispositifs du jugement sont pour ainsi dire identiques, seuls les dates et les montants réclamés changent.

Ces décisions donnent l'occasion pour notre Cour Suprême d'énoncer sans équivoque que l'octroi d'un salaire à un employé, en partie sous formes d'actions et d'options, mais dont l'employé bénéficiaire ne peut immédiatement en disposer, viole l'article 323b al. 3 CO, qui prohibe tout accord sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur. Cette jurisprudence, qui a le mérite de trancher un problème que certains pensaient encore discutable, a des conséquences importantes dans la problématique soulevée par le recours à des clauses de blocage⁷⁹.

Un employé recevait un salaire contractuellement défini comme composé par une somme fixe et une somme variable. Cette dernière était octroyée sous forme d'options, et son importance fut laissée, d'année en année, à l'appréciation du conseil d'administration. Il était contractuellement prévu que celui-ci déterminait la part variable du salaire, en fonction de certains critères préétablis. L'employé donna par la suite son congé. Mais, du fait d'un délai de blocage de 3 ans, l'employé sortant ne put pas exercer les options octroyées. La valeur de ces options était fixée à CHF 5'000.-, la société défenderesse accorda un montant de CHF 3'317.- pour les options ne pouvant pas être exercées⁸⁰. Le travailleur assigna en justice son ancien employeur pour le paiement de la différence entre le montant versé pour les options non-exercées et celui signifié dans son relevé de salaire. Le Tribunal fédéral confirma la décision cantonale qui assignait l'employeur en paiement pour cette différence et débouta l'employeur dans son recours.

Les juges fédéraux confirmèrent ainsi l'opinion des juges cantonaux qui virent dans le plan d'intéressement une violation de l'art. 323b al. 3 CO («Truckverbot»). En substance, il apparut aux juges que le plan d'intéressement constituait un cas d'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur pour les raisons suivantes:

- Dans des circonstances peu claires, l'employeur a décidé d'attribuer à son employé des options pour la part variable de son salaire, alors qu'un salaire en espèce avait été convenu au départ dans son contrat de travail;
- L'exercice des options octroyées était soumis à un délai de blocage de trois ans;
- L'employé n'avait pas la possibilité de revendre en tout temps ou de rendre ses options à l'employeur contre paiement en espèce.

Après une appréciation des intérêts en présence, ce plan apparaissait ainsi clairement dans l'intérêt de l'employeur du fait que l'employé supportait le risque de perte liée aux options octroyées.

En substance cette décision signifie que les sociétés qui payent le salaire de leur travailleur en partie par options ou actions risquent de voir les clauses contractuelles concernant un délai de blocage tenues pour nulles. Ainsi cette décision appelle à la prudence quant à l'emploi de délai de blocage («Sperrfrist») lorsqu'il s'agit d'une rétribution pouvant être considérée

⁷⁸ ATF 4C. 237/2004 et 4C.239/2004.

⁷⁹ KÄNZIG D., SCHWARZ N., Swiss Labor Law News (http://www.thouvenin.com/pages_e/frame/05aktuell.html); STAEHELIN M., p. 181.

⁸⁰ Ces chiffres sont ceux de l'arrêt 4C.237/2004. Les montants formulés dans le second arrêt (4C.239/2004) s'élèvent respectivement à CHF 20'000 pour la part de salaire en options et à CHF 16'960.- concernant la somme effectivement versé par l'employeur au moment de la résiliation des rapports de travail.

comme du salaire au sens de l'art. 322 CO. Il est important de relever que le Tribunal fédéral a balayé l'argumentation de l'employeur selon laquelle l'art. 323b al. 3 CO n'est pas applicable aux cadres d'une société, car ces derniers n'ont pas besoin de la protection que procure cet article au même titre qu'un simple employé sans fonction dirigeante. Cette argumentation n'a pas convaincu et les juges ont rappelé que l'interdiction d'accord sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur est applicable indifféremment à la position hiérarchique de l'employé.

4.1.3 Décision du 8 avril 2004 de la 1^{ère} Cour Civile du Tribunal fédéral⁸¹

Cette jurisprudence nous apporte l'illustration d'un cas où la protection du travailleur tombe lorsque l'employé agit, en acquérant une participation de collaborateur, comme un investisseur qui accepte de son plein gré le risque lié au placement.

A. fut directeur du département «Investment Research» au sein d'une banque, cette dernière mis fin à la relation de travail en 1998 après 6 ans de collaboration. Durant ces années A. a conclu divers contrats d'achat d'actions ou d'option avec la société holding qui possède 100% de la banque qui l'emploie. La légitimation passive de la holding, qui n'est pas directement partie au contrat de travail, est admise.

A. argumenta en vain que les termes et conditions prévus dans ces différents contrats, que le Tribunal fédéral qualifie dans leur ensemble de plan d'intéressement, sont illicites et contraires aux mœurs selon les articles 19 al. 2 et 20 al. 1 CO et l'article 27 al. 2 CC. Les juges de notre instance suprême balayèrent ce grief: selon eux, un plan d'intéressement d'après lequel des options ne peuvent être exercées que cinq ans après leur acquisition n'en est pas pour autant contraire aux mœurs. Bien qu'un plan d'intéressement ne peut pas éluder les dispositions impératives du droit du travail, le Tribunal fédéral confirme que la protection conférée par le droit du travail tombe lorsque l'employé agit, dans le cas d'espèce en acquérant (à un prix à peine préférentiel) une participation de collaborateur, comme un investisseur qui accepte de son plein gré le risque lié au placement. En l'espèce, la formation de A. en tant qu'investisseur professionnel a conforté cette thèse. Mais la question centrale réside dans le fait de déterminer si la participation se présente comme une partie intégrante du contrat de travail, ou comme un investissement du cas particulier. En l'espèce les juges ont retenu un comportement d'investisseur à la charge de A. et nièrent l'application des dispositions impératives du droit du travail.

Concernant les arguments de l'ex-directeur de la banque, ce dernier a tenté en vain de faire constater, en sus de la violation des articles 19 al. 2 et 20 al. 1 CO et l'article 27 al. 2 CC, que la condition stipulant l'existence d'un rapport de travail non résilié au moment de l'exercice des options conduit à des délais de résiliation différents pour chacune des parties au contrat en violation de l'article 335a CO. Suivant le raisonnement A., celui-ci se trouvait pour ainsi dire lié à son employeur pour des raisons économiques car une résiliation le conduisait à un préjudice patrimonial important (perte de ses options), alors que l'employeur n'a pas à souffrir cette contrainte économique. Pour les mêmes raisons, cette condition limite de façon illicite son droit à une résiliation immédiate pour justes motifs issue de l'art. 337 CO. Enfin, A. y voit un cas d'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur prohibé par l'art. 323b CO.

⁸¹ ATF 130 III 495 (4C.329/2003).

4.1.4 Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, jugements du 16 mars 1999 et 5 août 1998⁸²

Dans cette affaire jugée par les tribunaux genevois, une banque suisse mit en place un plan d'intéressement tout à fait original, dont la complexité aurait dû le faire échapper à toute interférence avec les normes du droit travail prévues par le CO. Cette jurisprudence met en évidence à quel point les constructions juridiques pour l'intéressement des salariés peuvent être complexes.

Un gérant de fortune (A.) avec le titre de directeur était employé par une banque. Outre un salaire fixe, sa rémunération comprenait un bonus correspondant à un pourcentage des bénéfices de l'établissement. Aux termes d'un mémorandum, la banque avait décidé d'intéresser davantage certains directeurs aux bénéfices de l'établissement. Il s'agit en fait d'un véritable contrat fixant les termes d'un plan d'intéressement. La banque a ainsi constitué une société off-shore dans les Iles Vierges Britanniques (BVI), dont elle détenait l'ensemble des actions avec droit de vote, par l'intermédiaire d'un trust de droit étranger.

Selon les dispositions du mémorandum, la banque s'engageait à verser annuellement certains fonds à la société sise aux BVI, qui donnaient lieu, en contrepartie, à l'émission d'actions sans droit de vote allouées aux membres de la direction. Les bénéficiaires pouvaient ensuite revendre ces actions à la société des BVI à l'échéance d'une période de six ans à compter de leur émission, à leur valeur effective déterminée à la fin de l'exercice en cours. Il est toutefois stipulé que, en cas de cessation des rapports de travail liant le détenteur à la banque, son droit de voir ses actions rachetées selon les modalités précitées est soumis à sa qualification de «good leaver» par la banque. Dans le cas contraire, à savoir une qualification en tant que «bad leaver», le rachat de actions octroyées s'effectuerait à la valeur nominale de USD 1.00 par action ! Cette qualification doit intervenir dans un délai de deux ans dès la fin des rapports de travail. Le mémorandum prévoyait encore qu'il était régi par le droit des Iles Vierges Britanniques et que tout litige devait être tranché définitivement par un tribunal arbitral ayant son siège à Zurich.

Ainsi le mémorandum, dont les modalités viennent d'être exposées, apparaît comme un «share plan», dont les modalités d'octroi, de rachat et de qualification de «good» ou «bad leaver» de l'ex-employé sont plutôt courantes. Néanmoins cela ne signifie pas pour autant que ces modalités soient sans conflit avec les normes impératives du droit du travail suisse. De plus l'originalité du plan d'intéressement d'espèce provient dans son aménagement. La complexité de la structure apparaît autant déroutante qu'astucieuse. L'astuce résidant évidemment dans le fait que le plan d'intéressement apparaisse comme un contrat distinct de celui de travail et non soumis au droit suisse. Et précisément, lorsque A. a tenté de faire valoir en justice ses prétentions issues du mémorandum contre la banque, cette dernière a fait valoir que les prétentions en question ne relèvent pas du contrat de travail entre les parties, mais qu'elles concernent les modalités de rachat des actions que A. détient dans une société sise aux BVI, conformément à un contrat distinct auquel elle-même n'est pas partie. Ainsi la banque conteste sa légitimation passive devant le tribunal des prud'hommes de Genève.

Le tribunal des prud'hommes, après avoir statué sur incident qu'il est «ratione materiae» compétent pour connaître l'affaire, déclare que la banque commet un abus de droit en invoquant la dualité juridique existant entre elle-même et la société off-shore BVI qu'elle maîtrise totalement, à seule fin de soustraire l'accord litigieux aux dispositions impératives du

⁸² Décision du tribunal des prud'hommes du canton de Genève, jugements du 16 mars 1999 et 5 août 1998 (JAR 2001, p. 400 ss respectivement 404 ss).

contrat de travail. Ainsi le tribunal ne s'attarda pas dans les méandres de la construction juridique que la banque avait créée avec ses sociétés off-shore et la balaya en y opposant l'abus de droit. Cette dissociation qu'invoqua la banque n'a pas convaincu par manque d'indépendance des sociétés off-shore, de même que la qualification de «good» ou «bad leaver» d'un ex-employé de la banque s'effectuait selon des critères arrêtés dans l'intérêt de celle-ci exclusivement. Il apparaît que la banque n'est pas parvenue à dissocier de façon nette le lien entre les qualités «d'employé» et celui de «titulaire» des actions d'une société off-shore. Au vu de tous ces éléments, il ne fait aucun doute selon les juges que le contrat d'intéressement est intimement lié au contrat de travail entre la banque et A., au point d'en faire partie.

Concernant les dispositions du contrat d'intéressement, le tribunal considère que la clause permettant à la banque de différer le paiement du bonus à une échéance allant bien au-delà de la fin des rapports de travail, est nulle selon l'article 339 CO. Même si, dans son principe, le tribunal semble admettre la licéité d'une disposition prévoyant la qualification de «good» ou «bad leaver», il s'ensuit que la clause octroyant à l'employeur un délai de deux ans afin de décider de la restitution du montant des gratifications retenues à son ancien employé devait être considérée comme nulle. Ainsi, selon le principe de l'exigibilité des créances à la fin du contrat de travail (art. 339 al. 1 CO), le tribunal a condamné l'employeur à verser à son employé un montant correspondant à la valeur des actions concernées.

§ 5 Conséquences pour l'établissement d'un plan d'intéressement

Comme cela ressort de la jurisprudence, le droit du travail s'applique dans les plans d'intéressement⁸³. Bien plus, nous sommes d'avis que les clauses présentant le contrat d'intéressement comme un accord indépendant et détaché de la relation de travail ne sont pas valablement opposables, car ne correspondent pas à la situation réelle. De plus les conséquences de l'exclusion de toute application du droit du travail sont difficilement conciliables avec notre système légal⁸⁴, où la protection de l'employé est plus poussée qu'aux USA par exemple. Les aspects du droit suisse du travail doivent donc être pris en compte lors de l'aménagement du plan d'intéressement, car c'est seulement avec une prise en compte éclairée des conflits potentiels, que ces derniers peuvent être évités. Ce chapitre a pour but de donner les pistes nécessaires à la conception d'un plan d'intéressement en accord avec la loi suisse.

5.1 Protection de la partie faible

Certes notre ordre juridique assure la liberté contractuelle dans la fixation du salaire. Néanmoins nous sommes d'avis que le travailleur n'a pas à supporter un éventuel risque économique trop élevé sur son salaire. Dans la mesure où une partie du salaire du travailleur, au sens de 322 CO, se compose d'actions ou d'options, ce dernier devrait être protégé de la perte qu'il pourrait subir en cas d'effondrement du cours du titre. A défaut d'un tel aménagement, le plan d'intéressement pourrait être tenu pour nul en vertu de l'art. 323b al. 3 CO. En effet, le plan d'intéressement apparaîtrait comme un accord d'utilisation du salaire dans l'intérêt prépondérant de l'employeur. Idéalement les deux parties peuvent avoir un intérêt équivalent à participer à un système d'intéressement, à savoir: d'une part l'intérêt de l'employeur à «lier» l'employé à la société, et d'autre part celui de l'employé à toucher un gain en capital substantiel. Mais la balance des intérêts penchera de façon prépondérante du côté de l'employeur dès que l'employé n'est pas pourvu d'une protection efficace pour prévenir d'une perte sur la rémunération issue de son travail⁸⁵.

5.2 Cas du salarié «investisseur»

Pour évaluer le besoin de protection que requiert le salarié, il conviendra d'analyser la situation et le comportement concret de ce dernier: ce collaborateur est-il un investisseur ou un employé? Dans un rôle exclusivement d'employé, il ne pourrait pas prendre un risque spéculatif pour maximiser son profit avec l'éventualité d'un gain qui soit nul à terme. A l'opposé, le cadre qui accepte de prendre part au jeu capitaliste, avec la volatilité qui lui est inhérente et les risques y afférents, a ainsi un comportement de véritable investisseur. Nous sommes d'avis que cette différenciation est essentielle pour jauger dans quelle mesure le collaborateur doit pouvoir bénéficier de la protection des normes en droit du travail. En effet le bon sens voudrait que le collaborateur investisseur supporte seul certains risques sans pouvoir invoquer, en cas de revers, les normes relatives à la protection du travailleur.

⁸³ Pour une opinion semblable, cf. PORTMANN D., p. 115 et 252.

⁸⁴ Pour une opinion semblable, cf. BAJAN B., p. 10; HELBLING C., p. 243.

⁸⁵ ATF du 1 octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, consid. 3.2.

Lorsque la possibilité de prendre part au plan d'intéressement n'est plus intrinsèquement liée à leur qualité d'employé, cette circonstance plaide en faveur d'une décision d'investissement pour les collaborateurs y participant. Le plan d'intéressement se présentera alors plutôt comme un contrat d'achat d'actions ou d'options, qui est conclu de manière distincte du contrat de travail. Cette conception peut conduire à une incompétence des tribunaux de droit du travail. En effet une jurisprudence cantonale mentionne elle-même comme hypothèse de son incompétence⁸⁶ la situation où, au vu des circonstances et de la volonté des parties, le plan d'intéressement est sans aucun rapport avec le contrat de travail et où le travailleur a pu y participer en qualité de simple investisseur. Néanmoins, comme évoqué précédemment⁸⁷, il est difficile d'imaginer en pratique de telles circonstances qui détacheraient un plan d'intéressement de tout rapport de travail au point que la compétence des instances en droit du travail serait niée⁸⁸. A notre avis, un comportement d'investisseur peut être retenu lorsque un collaborateur acquiert des actions ou des options à leur valeur du marché, sans avantage complémentaire, même si c'est grâce à sa qualité de collaborateur que le bénéficiaire se voit offrir cette possibilité d'investissement.

Le critère de délimitation déterminant entre le comportement de simple salarié et celui d'investisseur, semble être celui de l'autodétermination du collaborateur. Constituent ainsi des indices pour une qualification d'investisseur les cas où le collaborateur:

- choisit volontairement de participer à un plan d'intéressement
- a préféré recevoir un bonus en actions ou en options plutôt qu'en numéraire

Cette opinion, soulevée par certains auteurs⁸⁹, semble s'installer dans la jurisprudence la plus récente⁹⁰ et laisse ainsi présager une position de plus en plus unanime sur cet aspect. Dans cette conception, le comportement adopté par le collaborateur devient le critère principal pour juger de l'application ou non des normes protectrices en droit du travail, en amont d'une qualification en tant que salaire ou gratification de la rémunération en cause.

5.3 Compétence matérielle et en raison du lieu

A la teneur de l'art. 1 al. 1 let. a de la loi genevoise sur la juridiction des prud'hommes (LJP), sont jugées par la juridiction des prud'hommes les contestations entre employeurs et salariés pour tout ce qui concerne leurs rapports découlant d'un contrat de travail, au sens du titre dixième du CO. La loi vaudoise sur la juridiction du travail est applicable aux contestations de droit civil relatives au contrat de travail (art. 1 al. 1 let. a). Il conviendra ainsi dans un premier temps d'identifier l'existence d'un rapport de travail entre les parties en cause. Puis il convient de déterminer si la prétention de la partie qui réclame le versement de ses bonus découle bien des rapports de travail identifiés ou si elle relève d'un rapport juridique d'une autre nature, ce qui aurait alors pour effet d'exclure la compétence du tribunal des prud'hommes. Les conflits au sujet de participations d'intéressement trouvant leur origine

⁸⁶ Décision du 15 mars 2004, et décision en appel du 21 octobre 2004 du tribunal des prud'hommes du canton de Genève (cf. point 4.1.1).

⁸⁷ Cf. point 4.1.1 du présent travail.

⁸⁸ Pour une opinion semblable: BAJAN B., p. 10.

⁸⁹ BAJAN B., p. 9-10; VON PLANTA A., p. 44; WYLER R., p. 630.

⁹⁰ ATF 130 III 495; Portmann D. plaide pour que la qualification « d'investisseur » soit admise restrictivement (PORTMANN D., p. 252).

dans un rapport de travail⁹¹, les juridictions des prud'hommes se déclareront donc en principe compétentes en matière de plan d'intéressement⁹².

Nous sommes d'avis qu'il faut être très rigoureux dans l'aménagement du plan d'intéressement pour arriver à convaincre l'instance judiciaire saisie de l'existence d'une dissociation entre le rapport de travail et une autre relation contractuelle d'intéressement. En effet, une simple indépendance de façade, structurelle et «pro forma»⁹³ ne suffira pas à nier la compétence des prud'hommes qui, outre le fait de se déclarer compétents, considéreront le contrat d'intéressement comme soumis aux normes protectrices du droit du travail⁹⁴. Il faut une stricte indépendance entre les deux relations contractuelles qui doit résulter de la volonté éclairée autant de l'employeur que de l'employé. Ce dernier portera alors, dans ces circonstances, davantage la casquette d'investisseur que celle de salarié concernant son intéressement par actions ou options. Idéalement il faudrait une indépendance :

- Organisationnelle (entre sociétés débitrices des titres et société employeuse)
- Formelle. Les contrats de travail, respectivement d'intéressement doivent être distincts les uns des autres. Celui d'intéressement devra notamment se garder de se référer à celui de travail.
- Décisionnelle. L'organe exécutif de la société employeuse ne devrait pas participer activement à l'attribution, l'aménagement et à la fixation des modalités du plan d'intéressement

De même que la jurisprudence retient qu'un lien économique étroit entre les sociétés en cause est un indice du manque d'indépendance entre les entités. Au vu des critères susmentionnés, il est difficile d'imaginer en pratique une indépendance de financement totale entre une société débitrice des titres d'intéressement et celle employeuse.

Nous sommes d'avis que les juridictions du travail se déclareront en principe compétentes en matière de plans d'intéressement. Sous réserves des circonstances du cas d'espèce susceptibles de conférer suffisamment d'indépendance au plan d'intéressement par rapport à la relation de travail, nous ne pouvons que constater cette tendance: en recourant aux notions de «l'abus de droit» ou de «simulation»⁹⁵ les tribunaux auront plutôt tendance à considérer le plan d'intéressement comme véritable partie du contrat de travail. Partant de la substance économique et fonctionnelle du plan d'intéressement, il n'est à pas douter que l'instance judiciaire trouvera, en principe, un lien suffisant entre le plan d'intéressement et le contrat de travail. Car cette compétence ne doit pas s'interpréter restrictivement: il suffit que le litige se rapporte à l'interprétation ou à l'exécution d'une disposition contractuelle ou légale régissant le contrat de travail. Le fait que, lors de l'ouverture de l'action, les parties ne soient plus liées par un contrat de travail⁹⁶ a peu d'importance.

Néanmoins la difficulté à qualifier les rapports contractuels en cause est révélatrice de la complexité des cas d'espèce. En effet, il est souvent problématique d'identifier dans les groupes internationaux de sociétés la ou les sociétés parties au contrat de travail d'un

⁹¹ Cf. point 4.1.1 du présent travail.

⁹² A noter que les Prud'hommes de Genève ne connaissent pas de valeur litigieuse limite quant à leur compétence. Dans le canton de Vaud, la valeur litigieuse maximale pour les Prud'hommes est de CHF 30'000.-.

⁹³ Cf. décision du 15 mars 2004, et décision en appel du 21 octobre 2004 du tribunal des prud'hommes du canton de Genève.

⁹⁴ Cf. décision du tribunal des prud'hommes du canton de Genève, jugement du 5 août 1998 (JAR 2001, p. 400, en particulier p. 406-407).

⁹⁵ Cf. arrêt JAR 2001, p.403 et 408.

⁹⁶ AUBERT G., p.196.

collaborateur. L'analyse des quelques arrêts dans le présent travail⁹⁷ donne un aperçu de la complexité des constellations et des structures mises en places, qui ont pour conséquence de rendre difficile l'identification d'un contrat de travail soumis au droit suisse et les parties en cause.

Alors que le droit anglo-saxon sépare clairement contrat de travail et plan d'intéressement comme étant deux institutions, des contrats distincts, régis par des règles propres, la jurisprudence récente suisse évoquée semble donc, pour sa part, facilement considérer les contrats d'intéressement comme véritables parties du contrat de travail. Les plans d'intéressement prévoient généralement une clause d'élection de droit et de for. En effet, une société multinationale souhaitera, par souci de sécurité juridique compréhensible, faire échapper son plan d'intéressement aux juridictions nationales. Elle tentera ainsi de soumettre les dispositions des plans d'intéressement à une même juridiction pour tous ses employés. Mais la jurisprudence suisse récente montre qu'il a été jusqu'à lors vain pour les sociétés d'invoquer aussi bien la dualité contractuelle entre le contrat d'intéressement et celui de travail que la dualité des entités parties aux relations contractuelles. En effet les juges estiment qu'il est constitutif d'un abus de droit de se réfugier derrière la dualité juridique entre la société employeur, partie au contrat de travail, et la société (mère) partie, débitrice du plan d'intéressement⁹⁸. De ce fait, le droit applicable au contrat d'intéressement sera limité par les normes impératives du droit suisse du travail et le for dicté par les règles impératives de procédure (art. 343 CO)⁹⁹. Cela a pour conséquence que les normes du droit du travail peuvent, le cas échéant, conduire à la nullité de plusieurs clauses centrales de ces plans d'intéressement, notamment celle d'élection de for. Donc une multinationale prudente devrait prendre en compte les spécificités légales de chaque pays où elle emploie des personnes bénéficiaires de son plan d'intéressement.

5.4 Organes de la société

La notion «d'organe» recoupe deux définitions: il faut en effet distinguer entre organe au sens strict et organe au sens large¹⁰⁰.

Au sens strict, on entend par «organe» la personne ou groupe de personnes qui revêtent une fonction que la loi leur confère. Ainsi dans le cas d'une société anonyme (SA) les organes prescrits par la loi sont l'assemblée générale, le conseil d'administration et l'organe de révision. Les statuts ou un règlement d'organisation peuvent prévoir des organes supplémentaires.

Mais la notion «d'organe» au sens large désigne aussi en même temps toute personne ou groupe de personnes qui, par la position qu'ils occupent au sein de la société, participent effectivement et d'une façon décisive à la formation de la volonté sociale. Il s'agit alors de l'organe exécutif, qui regroupe les personnes exerçant une fonction dirigeante. Sous cette dénomination «organes» de la société, on retrouve les membres du conseil d'administration,

⁹⁷ Cf. § 4 du présent travail.

⁹⁸ Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, jugement du 15 mars 2004 et jugement dans la même cause de la Cour d'appel du 21 octobre 2004: à noter qu'en l'espèce, la construction n'était pas très convaincante pour admettre une véritable dualité juridique entre les sociétés en présence....

⁹⁹ L'opposabilité d'une clause compromissoire est très limitée en droit du travail, cf. HELBLING C., p. 250-251, WYLER R., p. 468-470.

¹⁰⁰ FORSTMOSER P., MEIER-HAYOZ A., NOBEL P., p. 173-175; MONTAVON P., p. 475-476.

les délégués, CEO, CFO, COO, directeurs généraux et autres hauts dirigeants¹⁰¹. Ces organes ne sont pas des «travailleurs» de la société au sens de l'art. 319 CO, faute de lien de subordination¹⁰². Toutefois lorsqu'un administrateur assume également des tâches de direction et de gestion courante de la société, son contrat peut aussi relever du droit du travail. Pour bénéficier de la protection que confèrent ces dispositions légales, il faut être employé. Ainsi la démarche incidente, s'agissant d'examiner la situation d'un plan d'intéressement pour des membres du personnel dirigeant de la société, consistera à qualifier le rapport contractuel entre ces membres et la société.

Pour certains auteurs, il convient de nier toute application des normes protectrices du droit du travail pour les organes¹⁰³. Les arguments en faveur de cette conception sont :

- la hauteur des rémunérations en présence
- l'absence de rapport de force entre les parties
- les compétences professionnelles des dirigeants
- la position des dirigeants davantage susceptible de conduire à un comportement «d'investisseur»
- l'absence d'un besoin de protection
- la possibilité pour les organes d'agir sur les termes du plan d'investissement

Pourtant, bien qu'il apparait évident que les dirigeants n'ont pas le même besoin de protection que de simples employés, une décision récente du Tribunal fédéral¹⁰⁴ a rappelé que les normes du droit du travail prévues dans le Code des Obligations s'appliquent à toutes les catégories d'employés au bénéfice d'un contrat de travail, indépendamment de leur hiérarchie ou position dans la société. La protection doit être équivalente à tous les échelons. Peut-on alors raisonnablement accorder aux dirigeants la même protection que celle dont doit bénéficier tout travailleur sur son salaire ?

La rémunération des dirigeants de sociétés est un thème hautement émotionnel pour l'opinion publique et les titres de presse sur le sujet ne cessent de déchaîner les passions. Sans entrer dans le débat politique, il semble admis pour l'opinion publique que les cadres dirigeants ne doivent pas être défendus dans leurs prétentions salariales lorsque celles-ci se chiffrent en millions de francs. Néanmoins nous pensons que le bonus issu de l'intéressement des dirigeants, aussi accessoire soit-il par rapport à une rémunération de base déjà très élevée, ne peut être assimilé automatiquement à une gratification au sens de l'article 322d CO. De plus nous sommes d'avis que l'amalgame entre dirigeants avec hauts salaires et comportement d'investisseur qui en découle de fait est imprécis¹⁰⁵, même s'il est certain que les dirigeants bénéficiant d'un haut salaire seront davantage susceptibles d'adopter un comportement d'investisseur et de prendre certains risques. Par ailleurs la jurisprudence a déjà débouté les prétentions d'un cadre dont les revenus étaient déjà très élevés au motif que ce dernier avait un comportement d'investisseur¹⁰⁶. Le fait de toucher des revenus élevés semble être un indice pour retenir une qualification «d'investisseur».

¹⁰¹ SOMMER U., p. 1059.

¹⁰² ATF 121 I 262, consid. 3; FAVRE C., MUNOZ C., TOBLER R., CO 319 N. 1.15; SOMMER U, p. 1059; cf. point 1.5.3 du présent travail.

¹⁰³ BAJAN B., p. 11; Pour une opinion plus nuancée, se référer à : WYLER R., p. 629.

¹⁰⁴ ATF du 1 octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, consid. 3.3.

¹⁰⁵ Pour un avis similaire: BAJAN B., p. 19-20.

¹⁰⁶ ATF 130 III 495, consid. 3 et 4.

Sous l'angle économique il nous paraît ici opportun de mettre en lumière une des dérives spécifiques des plans d'intéressement lorsque ceux-ci ont pour bénéficiaires les dirigeants de la société. En effet on sait que les cours ont tendance à réagir brutalement aux variations réelles ou prévues des résultats des entreprises, la tentation de manipuler les chiffres pour montrer des résultats sous leur angle le plus flatteur peut s'avérer irrésistible. Le risque est d'autant plus grand que les dirigeants eux-mêmes contrôlent le calendrier et la présentation de ces mêmes résultats. En particulier avec une stratégie basée sur les stock options, les dirigeants se sont donc rarement retrouvés dans le camp des perdants¹⁰⁷. Ces mêmes dirigeants réussissent aussi plus facilement à tirer profit de la moindre période de hausse temporaire. On notera qu'en Suisse en moyenne un tiers du salaire des membres non exécutifs du conseil d'administration comme de la direction dépend du cours des actions ! Cette valeur se situe nettement au-dessous de celle valable sur le marché américain des capitaux, mais elle est clairement au-dessus de la moyenne de neuf pays européens¹⁰⁸.

5.5 Le plan d'intéressement en tant que partie du salaire

L'octroi d'une contrepartie onéreuse (salaire) à la prestation de travail fournie par l'employé est une caractéristique essentielle et nécessaire du contrat de travail¹⁰⁹. Le défaut de ce caractère onéreux entraînerait que la prestation fournie ne relève pas du contrat de travail¹¹⁰.

Le salaire (art. 322 CO) est la contrepartie contractuellement prévue à la prestation de service du travailleur. Il est dû par l'employeur dès que la prestation correspondante est fournie par l'employé¹¹¹. Cette contrepartie doit correspondre à la qualification du travailleur et être adaptée à la prestation qu'il fournit. D'autre part l'employé peut se voir attribuer une gratification (art. 322d CO), qui est une rétribution extraordinaire versée par l'employeur en sus du salaire de base suite à une occasion ou événements particuliers. Le principe d'une gratification peut être soit contractuellement prévu soit totalement au bon vouloir de l'employeur¹¹². Il n'est parfois pas aisé de déterminer si une rétribution représente une gratification ou une part de salaire, en particulier lorsque l'on est en présence de rétribution sous forme d'actions ou d'options qui est contractuellement prévue¹¹³.

Pourtant la différence est fondamentale, en particulier dans le cadre de notre étude¹¹⁴. Un accord inopposable passé entre employé et employeur (à fortiori une disposition dans un contrat d'intéressement) présuppose souvent une appréciation erronée sur la nature de la rétribution envisagée¹¹⁵. Car salaire et gratification ne sont pas soumis aux mêmes règles en cas de non versement. L'article régissant la gratification (art. 322d CO) étant une norme de nature dispositives, les parties peuvent librement y déroger¹¹⁶, ce qui a pour conséquence que la plupart des accords et conditions posés pour son octroi sont admissibles, la limite étant

¹⁰⁷ THE ECONOMIST, « Bientôt la fin des stock options ? », in Market Magazine, février 2005, p. 8-9.

¹⁰⁸ BÜHNER T., WALLMEIER M., p. 558-559 et 561.

¹⁰⁹ PORTMANN D., p. 159; REHBINDER M., p. 39-42 et 82; SENTI C., p. 669.

¹¹⁰ FAVRE C., MUNOZ C., TOBLER R., CO 319 N. 1.1 et 1.6.

¹¹¹ REHBINDER M., PORTMAN W., Basler Komm., p. 1704-1705; STAEHELIN A., Zürcher Komm., 322d CO N. 2; WYLER R., p. 110.

¹¹² DELBRÜCK G., p. 29; REHBINDER M., PORTMAN W., Basler Komm., p. 1713-1714; SENTI C., p. 675; WYLER R., p. 118.

¹¹³ SENTI C., p. 681.

¹¹⁴ Portmann D. partage la même opinion quant au caractère fondamental de cette différenciation entre salaire et gratification dans la mise en place d'un plan d'intéressement (PORTMANN D., p. 255).

¹¹⁵ L'arrêt rendu le 24 avril 2003 par le Tribunal fédéral en est l'illustration parfaite (ATF du 24 avril 2003, 4C.6/2003); ATF du 1 octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, consid. 2.

¹¹⁶ WYLER R., p. 119.

celle de l'égalité de traitement entre les collaborateurs. La jurisprudence relative aux gratifications tient par exemple pour admissible l'exigence contractuelle de l'existence d'un rapport de travail non résilié au moment de l'occasion donnant droit au bonus¹¹⁷. Comme le prévoit la loi (art. 322d al. 2 CO), un versement «pro rata temporis» d'une gratification n'est exigible que si cela a été contractuellement prévu. Au contraire, dès que la qualification de salaire est retenue (au sens de l'art. 319 CO), qu'il s'agisse d'un salaire au temps, au mérite ou d'une provision (art. 322b CO), les dispositions pour la garantie de cette rétribution (art. 324 et ss. CO) s'appliquent¹¹⁸, notamment la retenue sur le salaire (art. 323a CO), cession et mise en gage (art. 325 CO) et sur la prescription des créances des travailleurs (art. 128 chiffre 3 CO). La doctrine¹¹⁹ s'accorde aussi sur le fait que l'employé n'a pas à supporter sur son salaire le risque économique et le risque d'entreprise qui incombe à l'employeur (art. 324 CO).

Même si l'exposé des critères de différenciation entre salaire et gratification ne constitue pas l'objet principal de ce travail, il convient ici d'exposer certains des critères dégagés par la jurisprudence qui permettent de qualifier une participation de travailleur soit de gratification soit de salaire. Ainsi, sous réserve de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, il est recommandé de prêter une attention particulière aux critères suivants:

- Volonté des parties et terminologie employée dans les dispositions du plan d'intéressement.

Il est intéressant de relever sur ce point que nombre de plans d'intéressement souffrent de schizophrénie: la formulation des dispositions contractuelles est en contradiction avec leur teneur effective et le résultat déployé. En effet, afin de lier le collaborateur, les plans d'intéressement soulignent le caractère absolument discrétionnaire des rétributions qu'ils dispensent, au bon vouloir de l'employeur. Mais suivant le fonctionnement et la manière dont le plan déploie ses effets, il s'apparente au versement du «salaire».

L'application des règles relatives au salaire ou à la gratification dépend en premier lieu de la formulation des dispositions contractuelles concernées¹²⁰. Au-delà des dénominations choisies par les parties¹²¹, il conviendra de rechercher la nature et le «réel» contenu des dispositions contractuelles prévoyant l'octroi de participations au travailleur. En effet il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que son texte ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu.

Vu que la terminologie employée dans le document concerné est censée transcrire la volonté des parties, celle-ci doit faire l'objet d'une attention particulière; la terminologie employée doit être précise et sans équivoque. Nous sommes d'avis qu'il faut faire preuve d'une extrême prudence dans le choix des termes au moment de la rédaction des clauses du plan d'intéressement. Si un employeur emploie les dénominations de «part de salaire», «rétribution complémentaire ferme» ou «fixe», notions qui plaident en faveur d'une qualification en tant que salaire, il pourra difficilement espérer ensuite une interprétation à posteriori des notions concernées en tant que gratification¹²².

¹¹⁷ ATF du 24 avril 2003, 4C.6/2003, consid. 2.

¹¹⁸ Cf. Article 362 al. 1 CO; ATF du 24 avril 2003, 4C.6/2003, consid. 2.2.

¹¹⁹ GEISER T., p. 382; REHBINDER M., p. 94-97 et 104; SENTI C., p. 671; VISCHER F., p. 122; WYLER R., p. 143.

¹²⁰ Se référer aussi au point 1.2 du présent travail.

¹²¹ Cf. article 18 CO.

¹²² ATF du 24 avril 2003, 4C.6/2003, consid. 3.4 ; BAJAN B., p. 17.

- Identification du fondement de la prétention.

Une rétribution dont l'initiative et le montant sont laissés à l'arbitraire de l'employeur sera toujours considérée comme gratification (art. 322d CO). Certes le principe d'une gratification peut être ancré dans un contrat, mais l'employeur doit toujours disposer d'une liberté suffisante dans son versement.

Ainsi il conviendra notamment de voir si le versement de la rétribution concernée est conditionné par l'atteinte d'un objectif précis, d'un rendement ou d'un seuil par exemple.

De plus il faut différencier si cette condition a été contractuelle prévue ou est laissée à la libre appréciation de l'employeur. Une rétribution contractuellement prévue à l'avènement de certaines conditions (bénéfice, qualité du travail du collaborateur, etc.) ne signifie pas automatiquement que l'on se trouve en présence d'un salaire au sens de 322 CO, car l'atteinte d'objectifs contractuellement fixés peuvent dépendre de l'appréciation subjective de la part de l'employeur. Ainsi le critère d'objectivité d'une condition détermine si la rétribution prévue, à l'avènement de certaines circonstances, est considérée comme salaire (objectif) ou gratification (subjectif).

Néanmoins le fait de fixer à l'avance des critères, constitue des indices sérieux qui plaident en faveur de la qualification comme parts de salaire. En conclusion, si l'employeur est lié par sa promesse ferme de verser une rétribution déterminée en cas de l'obtention d'un certain résultat, il est fortement probable que la participation octroyée soit qualifiée de salaire, car la spontanéité de la gratification, caractéristique inhérente de sa définition, n'est pas compatible avec une promesse ferme¹²³.

Il est recommandé à l'employeur de mentionner expressément le caractère facultatif de la gratification lorsqu'il souhaite se réserver le droit d'octroyer¹²⁴. Car le versement ininterrompu de gratifications, même pour des montants exceptionnellement élevés, pendant plusieurs années peut donner naissance à une prétention ferme de l'employé à leur versement pour les années suivantes. Doctrine et jurisprudence s'accordent pour admettre, selon le principe de la confiance, qu'un versement ininterrompu et sans réserve pendant trois ans suffit pour fonder cette prétention ferme¹²⁵.

- Mesure dans laquelle la rétribution concernée est déterminée ou déterminable.

On parle seulement de gratification si l'employeur dispose d'une grande marge de manœuvre par rapport à la hauteur du versement. L'intéressement du travailleur sera qualifié de salaire si le nombre ou la valeur des participations qu'il se voit octroyer sont définis par une formule se basant sur le bénéfice ou un certain chiffre d'affaires. Dans ces deux dernières hypothèses, l'employeur n'a en effet aucune liberté dans la détermination de la hauteur de la rétribution due. Ainsi, même si le principe du versement d'une rétribution extraordinaire est contractuellement prévue, la spontanéité de la gratification implique au moins que la fixation de son montant incombe en toute liberté à l'employeur¹²⁶. Lorsque l'atteinte d'un objectif prédéfini déclenche l'octroi

¹²³ SENTI C., p. 673, 675 à 677; STAEHELIN M., p.183.

¹²⁴ Portmann D. considère qu'il ne suffit pas mentionner le caractère «discrétionnaire» de la rémunération concernée dans des conditions générales, mais au contraire de le rappeler dans le contrat individuel de travail d'espèce (PORTMANN D., p. 156-157 et 252).

¹²⁵ ATF du 24 avril 2003, 4C.6/2003, consid. 2.2; DELBRÜK G., p. 57; REHINDER M., Berner Komm., 322d CO N. 6; STAEHELIN A., Zürcher Komm., 322d CO N. 9; WYLER R., p. 120.

¹²⁶ Certains auteurs admettent que cette liberté puisse seulement s'exercer entre certaines valeurs limites : SENTI C., p. 676; VISCHER F., p. 676.

du bonus prédéfini, ce dernier sera très probablement qualifié de salaire, car l'employeur n'a alors plus aucune marge de manœuvre¹²⁷.

- Caractère accessoire de la rétribution en cause.

L'exigence du caractère accessoire est un des critères indispensables pour admettre une gratification. Il faut rappeler que la gratification est une rétribution particulière qui vient nécessairement s'ajouter à un salaire. Doctrine et jurisprudence¹²⁸ s'accordent à considérer qu'un salaire ridiculement bas en comparaison de la prestation de travail fournie par l'employeur, complété par une gratification facultative n'est pas une possibilité valablement envisageable. En effet, dans cette hypothèse, la rétribution, malgré l'accord sur son caractère facultatif, sera considérée comme la contrepartie légalement obligatoire pour la prestation d'espèce fournie et sera donc requalifiée, tout ou en partie, de salaire au sens de 322 CO. Mais l'appréciation faite par les tribunaux sur cette problématique dépend grandement du cas d'espèce. Il serait donc vain de fixer abstraitement de façon stricte un barème ou un rapport de grandeur que doit atteindre le montant du salaire par rapport à celui de la gratification pour que cette dernière soit reconnue comme telle¹²⁹. Nous pouvons néanmoins affirmer que la marge de manoeuvre dans le rapport montant salaire/gratification est plus grande pour les hautes rémunérations. En cas de salaire important, il devrait en effet être admis que la part de «gratification» le constituant puisse correspondre à un pourcentage plus élevé que s'il s'agissait d'un salaire bas, car les conséquences du risque économique supporté par l'employé ne sont pas les mêmes¹³⁰. Un arrêt du Tribunal fédéral¹³¹ considère qu'un bonus s'élevant à 1/5 d'un salaire plus haut que la moyenne peut tout à fait, suivant les autres circonstances d'espèce, être qualifié de gratification.

Donc, lorsque le plan d'intéressement correspond à une part substantielle de la rémunération du collaborateur, compte tenu du travail fourni et de ses responsabilités, les tribunaux auront tendance à considérer cette rétribution comme un salaire, à juste titre selon nous, dans la mesure où, par définition, une prestation de travail ne s'effectue que contre une contrepartie financière correspondante.

- Soumission à la cotisation des assurances sociales.

Le rôle de prévoyance de la rétribution ainsi que sa soumission au régime d'assurances sociales peuvent constituer un indice supplémentaire pour déterminer si un versement variable représente un salaire ou une gratification. Si le bonus est soumis aux cotisations habituelles des assurances sociales (notamment LAA et LPP), cela constitue un indice que cette rétribution est considérée par les parties comme un montant participant à la prévoyance de l'employé et nécessaire, le cas échéant, à assurer le maintien de son niveau de vie actuel. Ainsi le bonus dont il est question ne sera pas considéré comme un pur enrichissement pour l'employé. Ce bonus sera donc considéré comme étant une part du salaire (322 CO) plutôt qu'une gratification (322d CO)¹³². Par contre le fait que ce bonus ne soit pas assuré ou qu'une cotisation ne soit retenue ne signifie pas du tout qu'il puisse s'agir d'une gratification dans la mesure où

¹²⁷ ATF du 24 avril 2003, 4C.6/2003, consid. 2.2.

¹²⁸ STAEHELIN A., Zürcher Komm., 322d CO N. 4; ATF du 24 avril 2003, 4C.6/2003, consid. 2.2.

¹²⁹ Pour quelques exemples de rapports de grandeur, cf. HELBLING C., p. 245.

¹³⁰ DELBRÜK G., p. 76.

¹³¹ ATF du 24 avril 2003, 4C.6/2003, consid. 3.2: en l'espèce le bonus s'élevait à CHF 30'000.- par année pour un salaire fixe d'environ 130'000.- par année. Ce rapport de 1/5 fut notamment un des indices déterminant pour que la rétribution disputée dans cette affaire soit considérée une gratification.

¹³² STAEHELIN M., p. 184; ATF du 24 avril 2003, 4C.6/2003, consid. 2.2.

la prévoyance sur-obligatoire (c'est-à-dire au-delà des seuils LPP) n'est pas légalement prescrite.

En définitive, le fait qu'un montant soit soumis à la cotisation de la prévoyance professionnelle semble représenter un indice d'un poids mineur par rapport aux autres susmentionnés¹³³.

En conclusion nous sommes d'avis qu'il est très probable qu'une contribution versée en sus du salaire de base représentera un salaire et non pas une gratification au sens de l'article 322d CO si elle cumule les trois caractéristiques suivantes: le travailleur a une prétention ferme à son versement de par son contrat d'intéressement, son montant est déterminé de manière objective en fonction des résultats du bénéficiaire et cette contribution représente une part importante de la rémunération globale de l'intéressé.

Au vu des développements de ci-dessus, il apparaît que la différence est loin d'être purement doctrinale. En effet la dénomination retenue emportera les conséquences suivantes:

- Si les participations octroyées sont considérées comme un salaire, alors les normes protectrices du droit du travail s'appliqueront. L'employeur verra de ce fait sa liberté passablement limitée dans l'aménagement du plan d'intéressement, il devra recourir aux clauses de blocage ou de déchéances qu'avec une très grande précaution.
- Si les participations du travailleur représentent une gratification octroyée par l'employeur, alors ce dernier aura, en s'appuyant sur la jurisprudence au sujet de l'article 322d CO, une plus grande marge de manœuvre dans la conception du plan d'intéressement. Les gratifications pourront être arbitrairement octroyées d'année en année par l'employeur ou être contractuellement prévues, dans la limite de l'égalité de traitement entre les divers employés susceptibles d'en bénéficier¹³⁴.

Il existe enfin des cas où la rémunération du collaborateur par l'octroi d'actions ou d'options constitue sans controverse possible un salaire: une société pourra opter un tel système de salaire en «nature» si elle ne dispose pas temporairement de liquidités pour attirer et rémunérer un personnel hautement qualifié. On pense notamment au cas des «start-ups» qui jouissent d'un «cash-flow» très limité pendant leurs premières années d'existence. Ainsi, lorsque le travailleur acquiert des actions ou des options pour un prix inférieur à leur valeur vénale, ou même gratuitement, ces participations constituent à n'en pas douter un salaire et les normes protectrices du droit du travail en faveur du collaborateur ne peuvent être ignorées.

5.6 Clauses liantes

Nous avons vu que la jurisprudence a plutôt tendance à considérer les titres octroyés par un plan d'intéressement comme parties du salaire. Cela a pour conséquence que les normes protectrices impératives du droit du travail trouvent alors pleinement application. En cas de conflit avec une disposition du CO, les tribunaux déclareront ainsi la nullité de la clause concernée dans le plan d'intéressement. Dans cette hypothèse, la validité des clauses liantes est bien souvent compromise.

¹³³ ATF du 24 avril 2003, 4C.6/2003, consid. 3.3 et 3.6.

¹³⁴ ATF du 24 avril 2003, 4C.6/2003, consid. 3.6.

Nous sommes d'avis que les clauses liantes doivent être insérées avec précaution et les quelques limites qui ressortent déjà de la jurisprudence doivent être scrupuleusement respectées.

Ainsi, suivant la jurisprudence du Tribunal fédéral, ces trois alternatives exposées ci-dessous semblent admises et reconnues. Elles devraient être scrupuleusement prises en considération lors de l'aménagement d'un plan d'intéressement¹³⁵:

- Octroi sans délai de blocage («vesting clause») d'actions ou d'options d'une société cotée au collaborateur en tant que partie du salaire. Le plan d'intéressement devra respecter les normes protectrices impératives du droit du travail. Si les participations sont bloquées ou les droits susceptibles de déchéances, les juges saisis y verront sans doute une violation de l'article 323b al. 3 et/ou 323a CO.
- Octroi d'actions ou d'options, bloquées ou non, en tant que gratification. Il doit ressortir expressément du contrat d'intéressement que ces participations ne constituent pas un «salaire» mais emportent véritablement la qualification de «gratification» au sens de l'art. 322d CO. Si ce bonus remplit effectivement les conditions de l'art. 322d CO, la jurisprudence relative aux gratifications est applicable. Dans la mesure où la rétribution sous forme de participations représente une gratification, la doctrine¹³⁶ et la jurisprudence¹³⁷ considèrent comme admissible une disposition prévoyant que le collaborateur doit se trouver dans un rapport de travail non résilié au moment de l'occasion qui donne lieu au versement de la rétribution prévue par le plan d'intéressement.
- Si le plan d'intéressement laisse le choix entre l'octroi d'argent ou de participations, le collaborateur bénéficiaire, de par cette marge de manœuvre qui lui est accordée, apparaîtra comme investisseur et, de ce fait, ne bénéficiera pas de la protection accordée par le CO. Certaines circonstances d'espèce viendront, le cas échéant, conforter cette conception, notamment l'expérience et la connaissance du collaborateur dans le domaine des produits financiers. De même que si les participations sont proposées au collaborateur sans rabais substantiel, c'est-à-dire à un prix à peine inférieur à leur valeur vénale, cela constituera aussi un indice déterminant pour qualifier le comportement du collaborateur d'investisseur, qui accepte le risque d'engager un certain montant dans un investissement qu'il considère comme susceptible de rapporter un gain considérable¹³⁸.

D'une manière générale nous recommandons la prudence lorsque le plan d'intéressement est rédigé en anglais ou, à fortiori, a été conçu pour un système légal anglo-saxon. La transposition et l'interprétation de termes issus de la tradition juridique anglo-saxonne n'est pas suffisamment prévisible au vu de la jurisprudence actuelle¹³⁹ et peuvent conduire à des résultats contraires à ceux initialement convenus. Nous pensons ainsi qu'il est nécessaire de redéfinir les termes contractuels conformément à des notions connues en droit suisse.

¹³⁵ STAEHELIN M., p. 182.

¹³⁶ DELBRÜCK G., p. 91; SENTIC., p. 679.

¹³⁷ ATF du 24 avril 2003, 4C.6/2003, consid. 2.

¹³⁸ ATF 130 III 495, p. 503.

¹³⁹ Cf. en particulier décisions traitées sous point 4.1.1 du présent travail.

5.6.1 Clause de déchéance

Le but du plan d'intéressement est, en principe, de motiver le collaborateur au long terme dans les intérêts de la société qui l'emploie. L'atteinte de cet objectif nous semble difficile sans utiliser des clauses de déchéance. Leur usage nous apparaît légitime au regard des intérêts de la société débitrice du plan. Néanmoins certains écueils doivent être absolument évités sous peine de voir la clause concernée déclarée nulle par les tribunaux lorsque le bonus octroyé emporte la qualification de salaire au sens de 322 CO.

S'agissant de la clause de déchéance la plus fréquente, qui exige l'existence de rapport de travail non résilié pour exercer des droits, nous pensons qu'il convient d'accorder une attention particulière aux points suivants¹⁴⁰:

- Le plan d'intéressement doit être clair dans sa formulation quant au moment de l'attribution irrévocable des titres de participation.

En effet, pour éviter tout conflit avec l'article 323a CO, qui interdit une retenue excessive sur le salaire, le plan d'intéressement devrait expressément spécifier que l'employé n'a aucun droit contractuel sur les participations promises jusqu'à ce que la propriété de ces dernières lui ait été inconditionnellement transférée selon les modalités prévues dans le plan. Ainsi les participations non attribuées représentent de simples attentes susceptibles d'être retenues.

- Les clauses qui prévoient la possibilité pour l'employeur de racheter les titres ou l'obligation faite à l'employé de les lui rendre doivent être évitées.

L'employé doit pouvoir disposer librement du salaire que lui verse son employeur. Cela ressort aussi des articles 323a et 323b CO ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁴¹. Partant de ce constat, toute limitation quant à ce principe n'est pas valablement opposable. De plus nous sommes d'avis que tout conflit sur ce point peut être évité par une formulation claire quant au moment de l'attribution irrévocable des titres de participation au collaborateur, car, une fois transférés et propriété de l'employé, ce dernier ne peut se voir imposer quelque restriction.

- L'employeur devrait s'abstenir de tout comportement tendant à éviter l'avènement de la condition nécessaire pour l'attribution des bonus issus du plan, car ce comportement pourrait être qualifié de frauduleux au sens de l'article 156 CO.

Les plans d'intéressement conçus dans un système anglo-saxon établissent une distinction claire entre le fait de se voir attribuer des titres de participation par un plan et celui d'avoir un droit inconditionnel à leur octroi. Il s'agit respectivement des termes «the grant» et «the vesting». En date du «grant», le collaborateur se verra attribuer un nombre d'actions ou d'options. Mais ce n'est qu'au moment du «vesting» que le collaborateur bénéficiaire acquiert la propriété légale des titres de participation ainsi que le droit de vendre les actions ou exercer l'option. Ni le terme «grant», ni celui de «vest» ne sont définis en droit suisse. Nous pensons qu'il est possible de se passer des clauses de déchéances, avec les risques d'inopposabilité qu'elles comportent, en définissant clairement les termes usités dans le plan d'intéressement. L'employé qui se voit «attribuer» des actions ou des options doit comprendre sans équivoque que:

¹⁴⁰ SOMMER U., Newsletter, septembre 2003.

¹⁴¹ ATF du 1 octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004, consid. 3.

- il n'a pas un droit à recevoir les titres de participation à moins que les conditions stipulées dans le plan d'intéressement soient remplies à la date fixée pour le transfert effectif des titres¹⁴², par exemple l'exigence d'un rapport de travail non résilié.
- les titres de participation lui sont octroyés comme un encouragement pour ses prestations futures et non pas comme le paiement d'un travail déjà effectué.

5.6.2 Délai de blocage

Bloquer les titres acquis par les employés était perçu, il y a quelques années encore, comme un moyen plus efficace en vue de la fidélisation des cadres que la simple attribution de ces titres. Néanmoins cette tendance semble aujourd'hui moins populaire. Une motivation efficace d'un cadre exige aujourd'hui que le gain potentiel ne soit pas trop lointain, sinon l'effet motivant et d'attraction au recrutement d'un plan d'intéressement sont limités. De plus les clauses de blocage sont source de nombreux conflits.

Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que des options bloquées peuvent se heurter à l'interdiction de conventions sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur¹⁴³ (art. 323b al. 3 CO). Si le système d'intéressement est échafaudé selon un système de «vesting», il est impératif de par la lettre de l'article 339 CO de permettre l'exercice de toutes les options qui sont «vested» à la fin du rapport du travail. Les options, par contre, qui n'ont pas atteint ce statut (c'est-à-dire «granted» mais pas «vested») au moment de la résiliation, sont normalement périmées. Tout comme les droits sur des actions dont la société s'est réservée la propriété sont périmés.

Des particularités sont parfois prévues en cas de décès ou de licenciement pour justes motifs. Dans la dernière hypothèse le contrat prévoit souvent l'annulation du plan d'intéressement. S'il y a un prix d'acquisition, nous sommes d'avis qu'il est contraire aux articles 337 et 339 CO de priver le travailleur totalement de ses droits. Par contre la situation paraît autre si le travailleur se retrouve privé de titre qu'il a reçu gratuitement. En amont de tout conflit il serait judicieux que le contrat d'intéressement mentionne expressément l'hypothèse visée pour plus de clarté. Le plan d'intéressement doit être très clair dans sa formulation quant aux conditions du moment du «vesting». En effet il doit apparaître sans équivoque au collaborateur qu'il est simplement au bénéfice d'une expectative et non pas d'un droit. Dès le moment où il n'y a pas de droit qui a été dûment attribué au collaborateur, les éventuels conflits avec les articles 339 et 339a CO nous semblent être en grande partie écartés.

Les titres bloqués peuvent transformer les délais légaux prévus pour une résiliation (articles 335a al. 1 et 337 CO) en instruments uniquement entre les mains de l'employeur, la possibilité pour l'employé d'y recourir n'étant plus que théorique, tant le désavantage économique y découlant serait considérable¹⁴⁴. Nous pensons que cette hypothèse est encore, à l'heure actuelle, purement doctrinale: la jurisprudence, bien qu'ayant déjà évoqué l'hypothèse, n'a pas encore reconnu une violation des articles 335a al. 1 et 337 CO¹⁴⁵ dans un cas concret. Bien qu'une jurisprudence récente a débouté les prétentions d'un ex-collaborateur

¹⁴² Une décision du 18 novembre 2002 de l'Obergericht du canton de Zurich (ZR 102 Nr. 5, in JAR 2003 p. 300) semble accréditer cette approche.

¹⁴³ ATF du 1^{er} octobre 2004, 4C. 237/2004 et 4C.239/2004; cf. point 4.1.2 du présent travail.

¹⁴⁴ Portmann D. semble devancer la jurisprudence et considère cette hypothèse de conflit avec l'article 335a al. 1 CO comme avérée (PORTMANN D., p. 223-224 et 254).

¹⁴⁵ ATF 130 III 495, p. 499; Pour une analyse critique de cet arrêt du Tribunal fédéral sur ce point, cf. PORTMANN D., p. 219-223.

dont le plan d'intéressement prévoyait un délai de blocage de cinq ans¹⁴⁶, la prudence recommanderait de ne pas prévoir de délai de blocage si long.

A la lumière de la jurisprudence fédérale récente¹⁴⁷ qui ne laisse plus de place à la controverse, l'on recommande de ne pas prévoir de clause de blocage lorsque les titres concernés pourraient être considérés comme parties de salaire¹⁴⁸. Etant donné que ce type de clauses liantes est l'un des plus fréquemment rencontrés, il serait dès lors aussi conseillé de réviser les plans existants afin d'identifier tout conflit potentiel, le risque étant que les dispositions à la source du conflit soient déclarées nulles¹⁴⁹. La conséquence de cette nullité peut, le cas échéant, s'avérer financièrement très lourde pour l'employeur: le délai de blocage étant nul, le collaborateur bénéficiaire peut prétendre au bénéfice qu'il aurait obtenu sans délai de blocage. Pour conclure notre analyse sur les clauses liantes, nous pensons que seules les options ou actions qui sont octroyées discrétionnairement, apparaissant clairement comme une gratification au sens de l'art. 322d CO, n'entraînent aucun risque de conflits avec les normes protectrices du droit du travail. Lorsque les participations octroyées par le plan constituent une partie du salaire du bénéficiaire, ce dernier devrait pouvoir immédiatement en disposer¹⁵⁰.

Comme évoqué ci-dessus, la qualification des participations bloquées revêt une importance centrale¹⁵¹. Dans la mesure où ces participations représentent un salaire au sens de l'article 322 CO, les normes protectrices du Code des Obligations s'appliqueront pleinement. Au contraire, si il s'agit d'une gratification au sens de l'article 322d CO, l'employeur dispose d'une plus grande liberté dans les modalités de son attribution¹⁵². Nous sommes conscients que faire cette délimitation n'est pas aisée et demande l'examen de chaque condition d'espèce.

5.7 Prévenir le conflit

Pour rédiger un plan d'intéressement il faut toujours se laisser guider par le but final de l'intéressement des collaborateurs: une augmentation de la valeur de l'entreprise. Nous pensons que ce but est plus facilement susceptible d'être atteint par l'aménagement d'un plan d'intéressement exposant pour chaque objectif atteint des récompenses claires, plutôt que par une attribution imprévisible de bonus, au bon vouloir de l'employeur. Il incombe à l'employeur d'aménager son plan en fonction de ses objectifs et de sa politique de rémunération. La prévention de tout litige en matière de droit du travail passe par une rédaction minutieuse des dispositions du plan d'intéressement. De plus, il convient de garder à l'esprit que toute prestation issue d'un contrat de travail s'effectue contre rémunération. Ainsi, avant de pouvoir opposer valablement que la rétribution financière apportée par le plan d'intéressement est une gratification discrétionnaire, il convient au préalable de verser au

¹⁴⁶ ATF 130 III 495; Desprès P. et De Rostolan F. plaident pour un délai de blocage de quatre ans au maximum (DESPRES P., DE ROSTOLAN F., p. 156).

¹⁴⁷ Décisions du 1 octobre 2004 de la 1ère Cour Civile du Tribunal fédéral (Arrêts 4C. 237/2004 et 4C.239.2004), se rapporter au point 4.1.2 du présent travail.

¹⁴⁸ Cf. point 5.5 du présent travail.

¹⁴⁹ « [...] der Kaderoptionsplan erweise sich als nichtige Abrede im Sinne von Art. 323 Abs. 3 OR (Truckverbot). Die Nichtigkeit führe zur Rückabwicklung des Geschäfts. », ATF du 1 octobre 2004, 4C. 237/2004, paragraphe B.

¹⁵⁰ Pour une opinion semblable, cf. KÄNZIG D., SCHWARZ N., Swiss Labor Law News (http://www.thouvenin.com/pages_e/frame/05aktuell.html).

¹⁵¹ PORTMANN D, p. 255; STAEHLIN M., p. 181.

¹⁵² REHBINDER M., p. 91; STAEHLIN M., p. 183; WYLER R., p. 118-199.

collaborateur un salaire correspondant aussi bien à sa qualification qu'à la prestation qu'il fournit¹⁵³.

Nous pensons ainsi que la majorité des problèmes entourant les rémunérations liées à la performance proviennent d'un manque de transparence. Cette opacité n'est pas seulement source de problèmes sur le plan du droit du travail où, comme nous l'avons vu, une simple ambiguïté sur le type de rémunération convenu peut déboucher sur un risque patrimonial important pour l'employeur, mais l'est aussi en terme économique et en terme d'image. Quels que soient les plans adoptés, la seule façon de garantir que les bénéficiaires de l'intéressement soient récompensés uniquement si leur travail a été satisfaisant, est d'aménager un rapport clair entre le calcul de l'intéressement et la performance.

Dans une critique plus globale, il nous apparaît nécessaire de mieux structurer les plans de rémunération, qui accordent une part disproportionnée aux stock options. Les bénéfices ou le risque patrimonial éventuels doivent apparaître clairement aussi bien pour les dirigeants bénéficiaires de l'intéressement que pour les actionnaires. Cette nécessité pourrait s'accroître dans les prochains mois si, comme cela semble probable, les sociétés se trouvaient dans l'obligation de comptabiliser ces options comme charges, autrement dit de les valoriser et de les intégrer dans leurs états financiers. Le fait qu'elles aient jusqu'ici échappé à cette contrainte a pu donner le sentiment qu'émettre des options était un acte «gratuit», un autre des aspects pernicieux de cette vogue¹⁵⁴.

¹⁵³ PORTMANN D., p. 159 et 169-173.

¹⁵⁴ THE ECONOMIST, « Bientôt la fin des stock options ? », in Market Magazine, février 2005, p. 8-9.

§ 6 Conclusion

L'intéressement de collaborateurs peut prendre de multiples formes. Nous pensons que le plan d'intéressement par la remise d'actions ou d'options n'est pas un modèle de rémunération désuet, appelé à disparaître. Après une phase de déclin, la tendance actuelle semble être à l'établissement de share plans, au détriment des stock option plans. Ce sont les plans qui prévoient la remise d'actions ou d'options qui représentent les formes d'intéressement les plus attractives pour des collaborateurs décidés à et conscients d'assumer un certain risque, mais ceci dans l'expectative d'un éventuel gain substantiel.

Dès que l'octroi d'actions ou d'options est étroitement lié au rapport de travail, que le salarié paie des impôts et des charges sociales sur le montant correspondant, il s'agit clairement d'un élément de la rémunération, qui relève en principe du droit du travail. Les plans d'intéressement de ce type seront toujours susceptibles d'entrer en conflit avec le droit du travail. C'est pourquoi il faut tenir des dispositions impératives du droit du travail lors de l'établissement d'un plan d'intéressement. Ignorer ces dispositions peut aboutir à la nullité des clauses concernées dans le plan.

Pour éviter ces écueils juridiques nous pensons qu'il faut recourir avec prudence aux clauses liantes. Il doit être clair pour le collaborateur si ses titres sont sujets à un délai de blocage ou une déchéance et, le cas échéant, dans quelles circonstances. L'exigence d'une terminologique claire et sans équivoque est également fondamentale pour la qualification de la rémunération en cause, à savoir si l'on est en présence d'un salaire ou d'une gratification. Lorsque les actions ou les options remises représentent le salaire du collaborateur, l'employeur devrait renoncer à recourir à des clauses liantes. L'employeur doit se souvenir que le travailleur est protégé dans son salaire par le droit suisse du travail et que sa marge de manœuvre est très limitée.

Le comportement du collaborateur bénéficiaire est un fait déterminant, dans la mesure où une qualification «d'investisseur» aura pour effet de le priver de la protection conférée habituellement par les normes du droit du travail. Idéalement le collaborateur devrait être rendu attentif à cette éventualité par le plan lui-même. A nouveau, une rédaction claire du plan et de ses buts permettra au collaborateur d'opter pour un mode de rémunération conforme à sa volonté et ne pas être qualifié «d'investisseur» à son insu.

Nous avons conscience que les principes évoqués ci-dessus ne sont pas immuables et doivent être modulés à la lumière des circonstances spécifiques des cas d'espèce. Vu le faible nombre de décisions cantonales et fédérales, on peut encore s'attendre à des évolutions et précisions substantielles dans le domaine. Il est intéressant de constater que les conflits entre les plans d'intéressement et le droit du travail se posent en des termes semblables chez nos voisins européens. En France, la jurisprudence¹⁵⁵ semble d'ailleurs montrer la même prudence que notre juridiction nationale quant à l'admissibilité de certaines clauses liantes.

¹⁵⁵ Cf. Décision du 15 janvier 2002 de la Cour de cassation dans l'affaire Navarro contre Go Sport, in DESPRES P., DE ROSTOLAN F., p. 159-160.

Remerciements

Je tiens à remercier toutes les personnes qui m'ont aidé lors de la rédaction de ce travail. Je pense notamment à l'ensemble du corps professoral du MBL, en particulier au Professeur Rémy Wyler qui a accepté de superviser ce projet.

J'adresse mes remerciements à Monsieur Dr. Christof Helbling pour le temps qu'il m'a consacré à débattre du sujet et pour avoir pris le temps de partager sa précieuse expérience dans le domaine. Je lui suis particulièrement reconnaissant de m'avoir confronté à de nombreux cas pratiques issus de son activité professionnelle. Sans ces illustrations pratiques, mon intérêt pour le sujet n'aurait certainement pas été le même.

Je ne manquerai pas non plus de remercier Monsieur Oliviero Soldati pour ses nombreux conseils, ses critiques constructives et son travail de relecture.

Je remercie également la société Ernst & Young SA pour son soutien ainsi que pour la mise à disposition du matériel indispensable à mes recherches.

Enfin ma reconnaissance va à ma famille et amis qui m'ont soutenu tout au long de ce projet.

Bibliographie

AUBERT, GABRIEL, *La compétence des tribunaux genevois de prud'hommes à la lumière de la jurisprudence récente*, in SJ 1982, p. 192 ss.

(Cité « AUBERT G. »)

BAJAN, BJÖRN, *Aktien- und Optionspläne – arbeitsrechtliche Probleme*, in Weiterbildungsseminare HSG von 30 November 2004, Université de St-Gall.

(Cité « BAJAN B. »)

BÜHNER, THOMAS / WALLMEIER, MARTIN, *Aktienkursbasierte Mitarbeiterentlohnung in der Schweiz*, in l'Expert-Comptable Suisse, Zurich, Nr. 6-7 / 2004, p. 555.

(Cité « BÜHNER T., WALLMEIER M. »)

DELBRÜCK, GOTTLIEB G, *Die Gratifikation im schweizerischen Einzelarbeitsvertrag (Art. 322 lit. d OR)*, in Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, tome 53, Zürich 1981.

(Cité « DELBRÜCK G. »)

DESPRES, PHILIPPE / DE ROSTOLAN, FOULQUES, *Stock Option Plans in France*, in International Business Lawyer, p.155 à 160, août 2005, Royaume-Uni.

(Cité « DESPRES P., DE ROSTOLAN F. »)

EHRAT, FELIX R., *Die Bedingungen, Art. 151-157 OR*, in Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Honsell, Vogt, Wiegand (édit.), 3^{ème} édition, Bâle.

(Cité « EHRAT F., Basler Komm. »)

ERNST&YOUNG, *Taxation of employee stock options in Switzerland – latest developments*, in Global Incentive Compensation Reporter Alert, mai 2003.

(Cité « EY, Taxation of employee stock options in Switzerland – latest developments »)

ERNST&YOUNG, *Switzerland: Latest developments in the Canton of Zurich regarding the taxation of imported employee stock options*, in HC & Tax Alert, octobre 2004.

(Cité « EY, Switzerland: Latest developments in the Canton of Zurich regarding the taxation of imported employee stock options »)

FORSTMOSER, PETER / MEIER-HAYOZ, ARTHUR / NOBEL, PETER, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996.

(Cité « FORSTMOSER P., MEIER-HAYOZ A., NOBEL P. »)

FREY, CHRISTOPH, *Arbeitsrecht und Mitarbeiterbeteiligung*, in SHZ du 26 septembre 2001, p. 31.

(Cité « FREY C. »)

GALLI, VÖGELI / HIDBER, HEHLI, *Bonuszahlungen: Möglichkeiten und Risiken*, in RSJ 2001 p. 445 ss.

(Cité « GALLI V., HIDBER H. »)

GEISER, THOMAS, *Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn*, in AJP/PJA 2001, pages 382 ss.

(Cité « GEISER T. »)

HELBLING, CHRISTOF, *Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz*, 2ème édition, Zurich 2003.

(Cité « HELBLING C. »)

JAEGER, HANS-JOACHIM, *Economic Aspects of Granting Employee Stock Options*, in Switzerland, publication CEDIDAC n° 45, p. 1 ss., Lausanne 2001.

(cité« JAEGER H.-J. »)

KÄNZIG, DAVID / SCHWARZ, NICOLAS, *Swiss Labor Law News*, April 20, 2005, 2 pages.

(http://www.thouvenin.com/pages_e/frame/05aktuell.html).

(Cité « KÄNZIG D., SCHWARZ N., Swiss Labor Law News »)

MONTAVON, PASCAL, *Droit Suisse de la SA*, 3^{ème} édition, Lausanne 2004.

(Cité « MONTAVON P. »)

PORTMANN, DOMINIQUE, *Mitarbeiterbeteiligung – Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht*, thèse HSG Num. 3032, Berne 2005.

(Cité « PORTMANN D. »)

REHINDER, MANFRED, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 15ème édition, Berne 2002.

(Cité « REHINDER M. »)

- Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330a OR, in Berner Kommentar zu schweizerischen Privatrecht, Berne 1992.

(Cité « REHINDER M., Berner Komm. »)

- / WOLFGANG PORTMANN, *Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR*, in Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Honsell, Vogt, Wiegand (édit.), 3^{ème} édition, Bâle.

(Cité « REHBINDER M., PORTMANN W., Basler Komm. »)

RISI, ANDREAS, *Besteuerung von Arbeiterbeteiligungen – der Bericht der gemischten Arbeitsgruppe*, in: IFF Forum für Steuerrecht 2002, St-Gall.

(Cité « ANDREAS RISI, Besteuerung von Arbeiterbeteiligungen – der Bericht der gemischten Arbeitsgruppe »)

- *Mitarbeiteroptionen und -aktien : Bewertung, Rechnungslegung, Besteuerung*, in Treuhand-Kammer Band 164, Zurich 1999.

(Cité « RISI A. »)

RÜDISÜHLI, HEINI / ORLER, ANDRIO, *Mitarbeiterbeteiligungen – endlich eine gesetzliche Regelung*, in l'Expert-Comptable Suisse, Zurich, Nr. 1-2 / 2005, p. 74.

(Cité « RÜDISÜHLI H., ORLER A. »)

SENTI, CHRISTOPH, *Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation*, in AJP/PJA 2002, page 669 ss.

(Cité « SENTI C. »)

SOMMER, UELI, *Forfeiture Clauses in Incentive Compensation Plans*, in Newsletter No 22, septembre 2003, Zürich.

(Cité « SOMMER U., Newsletter, septembre 2003 »)

- *Die rechtliche Qualifikation von Verwaltungsrats- und anderen Organverträgen*, in AJP/PJA 9/2004, page 1059 ss. .

(Cité « SOMMER U. »)

STAEHELIN, ADRIAN, *Der Arbeitsvertrag Art. 319-362 OR*, in Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zurich 1996.

(Cité « STAEHELIN A., Zürcher Komm. »)

STAEHELIN, MATTHIAS, *Gesperrte Optionen – als Lohn unzulässig?*, in RSJ 101 (2005), Nr. 8, p. 181.

(Cité « STAEHELIN M. »)

VISCHER, FRANCK, *Der Arbeitsvertrag*, in *Schweizerisches Privatrecht*, VII/1m, 2ème édition, Bâle 1994.

(Cité « VISCHER F. »)

VON PLANTA, ALBERT, *les plans d'intéressement – Aspects du droit commercial*, in publication CEDIDAC n° 45, p. 41 ss., Lausanne 2001.

(Cité « VON PLANTA A. »)

WALTI, BEAT, *Mitarbeiterbeteiligung - Aktien- und Optionspläne*, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 139, thèse, Zurich 1998.

(Cité « WALTI B. »)

WYLER, REMY, *Droit du travail*, Berne 2002.

(Cité « WYLER R. »)

Presse:

THE ECONOMIST, *Bientôt la fin des stock options?*, in Market Magazine, février 2005, p. 8-9, Genève.

L'AGEFI, *Royal Dutch/Shell abandonne la rémunération par stock-options*, (afp), vendredi 18 mars 2005, numéro 55, p. 21, Lausanne.

GENEVIEVE BRUNET, *Les stock-options sont-elles bonnes à jeter dans la poubelle de l'histoire?*, in l'Hebdo, numéro du 25.05.2005, Lausanne.

FEDERATION DES ASSOCIATIONS PATRONALES ET ECONOMIQUES, *"Stock options" : un mode de rémunération qui laisse perplexe*, in Journal Entreprise Romande du 28.06.2002

Jurisprudence

ATF 121 I 262

ATF 127 III 444

ATF 128 III 265

ATF 128 III 265

ATF 129 III 118

ATF 130 III 66

ATF 130 III 495

ATF du 21 mai 2001, 4C.43/2000

ATF du 25 janvier 2002, 2A.360/2001

ATF du 4 avril 2003, 5C.6/2003

ATF du 24 avril 2003, 4C.6/2003

ATF du 1 octobre 2004, 4C.237/2004 et 4C.239/2004

ATF du 25 octobre 2004, 4C.212 /2004

Décision du tribunal des prud'hommes du canton de Genève, jugements du 16 mars 1999 et 5 août 1998 (JAR 2001, p. 400 ss respectivement 404 ss)

Décision du tribunal des prud'hommes du canton de Genève, jugement du 27 août 2002 (JAR 2003, p. 150)

Décision du 18 novembre 2002 de l'Obergericht du canton de Zurich (ZR 102 Nr. 5, in JAR 2003 p. 300)

Décision du 15 mars 2004, et décision en appel du 21 octobre 2004 du tribunal des prud'hommes du canton de Genève

Abréviations

AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis/Pratique juridique actuelle
al.	alinéa
art.	article(s)
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
cf.	confer
ch.	chiffre
CL	Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988, RS 0.275.11
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse, Code suisse des obligations, RS 220
consid.	considérant(s)
éd.	édition
édit.	éditeurs
JTPH	jugement du tribunal des prud'hommes
LAVS	Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et Survivants, RS 831.10
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RS 291
let.	lettre
LFors	Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile, RS 272
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct, RS 642.11
LJP	Loi sur la juridiction des prud'hommes, Genève, E 3 10
n°	numéro(s)
p.	page(s)
RAVS	Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance vieillesse et survivants, RS 831.101
RSJ	Revue suisse de jurisprudence, Zurich
SA	Société anonyme
SHZ	Schweizerische Handelszeitung, Zürich
SJ	La Semaine Judiciaire, Genève
ss	et suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral