

Philippe Ehrenström

WEKA

Le salaire

Droit du travail, fiscalité, prévoyance –
regards croisés



Un problème? Pas de problème!

CIP-Notice abrégée de la deutsche Bibliothek

Le salaire

Auteur: Philippe Ehrenström

Direction de projet: Birgitt Bernhard-Postma

WEKA Business Media AG, Suisse

© WEKA Business Media AG, Zurich, 2015

Sous réserve de droits d'édition. La reproduction totale ou partielle des contenus est interdite.

Les définitions, recommandations et informations juridiques émises dans le cadre de cet ouvrage reflètent le point de vue des auteurs. Bien que la rédaction de la maison d'édition accorde le plus grand soin à l'exactitude des données que le lecteur peut consulter dans cet ouvrage, des erreurs ne sont jamais exclues. La maison d'édition et ses auteurs ne peuvent en aucune façon être rendus responsables des dommages quelconques pouvant résulter de l'utilisation de données erronées mentionnées dans cet ouvrage.

WEKA Business Media AG

Hermetschloost. 77, CH-8048 Zurich

Téléphone 044 434 88 88, Télifax 044 434 89 99

www.weka.ch

Zurich • Kissing • Paris • Amsterdam • Vienne

ISBN 978-3-297-02086-9

1^{re} édition 2015

Impression: CPI buchbücher.ch, Layout: Dimitri Gabriel, Composition: Peter Jäggi



Un problème? Pas de problème!

Table des matières

1.	Introduction	3
2.	Le salaire en droit du travail.....	7
2.1	Introduction	8
2.2	Le salaire	8
2.3	Les rémunérations conditionnelles, incertaines, discrétionnaires et/ou accessoires.....	13
2.4	Bonus et plans d'intéressement	16
3.	L'indemnité de départ.....	23
3.1	Introduction	24
3.2	L'accord de résiliation des rapports de travail	25
3.3	Imposition de l'indemnité de départ	29
3.4	L'imposition de l'indemnité de départ dans les rapports internationaux	33
3.5	Moment de la réalisation de l'indemnité de départ.....	35
4.	Plans d'intéressement	37
4.1	Introduction	38
4.2	Les plans d'intéressement – angle contractuel.....	38
4.3	Les plans d'intéressement – angle fiscal	42
4.4	Les plans d'intéressement – obligations d'attester	48
4.5	Plans d'intéressement – demander un «ruling»	50
5.	Quelques aspects du salaire dans l'AVS, le 2^e pilier et le 3^e pilier A.....	53
5.1	Introduction	54
5.2	AVS: variations sur le salaire déterminant	54
5.3	2 ^e pilier: déductibilité des rachats et imposition privilégiée des prestations en capital	56
5.3.1	2 ^e pilier: le délai de blocage de trois ans	57
5.3.2	2 ^e pilier: versement anticipé pour l'acquisition d'un logement.....	60
5.3.3	2 ^e pilier: rachats des expatriés en Suisse	60
5.3.4	2 ^e pilier: transfert de la prévoyance étrangère.....	61
5.4	3 ^e pilier A.....	61
6.	L'imposition du revenu de l'activité dépendante.....	63
6.1	Introduction	64
6.2	Le revenu de l'activité lucrative dépendante	64
6.2.1	Activité lucrative dépendante ou indépendante?	65
6.2.2	L'évaluation des prestations en nature	67
6.3	Les frais d'acquisition du revenu (frais professionnel)	68
6.4	Autres frais.....	75
6.5	Frais d'acquisition du revenu et chômage	76
6.6	Le régime spécial des «expatriés».....	77
7.	La double imposition du revenu de l'activité dépendante	83
7.1	Introduction	84
7.2	Les règles d'assujettissement en droit interne.....	84
7.3	Double imposition internationale du revenu dépendant	87
7.4	Double imposition intercantonale du revenu dépendant.....	95

8.	Le salaire du point de vue de l'employeur.....	103
8.1	Introduction	104
8.2	L'imposition du bénéfice net des personnes morales.....	104
8.3	Le salaire comme charge justifiée par l'usage commercial.....	106
8.4	Le certificat de salaire	108
8.5	Le salaire excessif.....	111
9.	L'impôt à la source	117
9.1	Introduction	118
9.2	Généralités sur l'impôt à la source	118
9.3	Assujettissement à l'impôt à la source	119
9.3.1	Le travailleur étranger sans permis d'établissement.....	119
9.3.2	L'assujettissement à l'impôt à la source en vertu d'un rattachement économique.....	122
9.4	Le «quasi-résident»	125
9.5	La procédure de réclamation et les voies de droit	125
10.	Le salaire sous l'angle du droit pénal fiscal.....	129
10.1	Introduction	130
10.2	Les contraventions	131
10.3	Les délits	135
10.4	Concours d'infractions.....	137
11.	Cas pratiques	139
11.1	Qualification du contrat (CAPH/128/2014).....	140
11.2	Bonus: élément de salaire ou gratification? (CAPH/6/2015).....	141
11.3	Assujettissement à l'impôt (ATF 2C_627/2011, 2C_653/2011)	143
11.4	Activité lucrative dépendante ou indépendante? (ATF 2A_400/2006)	145
11.5	Indemnité de départ – imposition privilégiée? (ATF 2C_538/2009)	146
11.6	Déductions de frais d'acquisition du revenu – calcul (ATF 2C_440/2009 et 2C_441/2009).....	149
11.7	Déductions de frais d'utilisation d'une chambre du domicile privé pour l'activité dépendante (ATF 2C_664/2013)	151
11.8	Soustraction – montant de l'amende (ATF 2C_1028/2012 et 2C_1029/2012)	153
12.	Bibliographie	155
Auteur.....		157

1.

Introduction

Etymologiquement, «salaire» est emprunté vers 1260 du latin *salarium*, soit la ration de sel ou la somme données aux soldats pour acheter du sel. Le mot désigne dès le XIII^e siècle la rémunération ponctuelle d'un travail, puis (v. 1380) la récompense ou la punition découlant de ses actions. Ce n'est qu'au XVII^e siècle qu'apparaît la notion de «salaire» comme une somme d'argent payable régulièrement dans le temps par l'employeur à celui qu'il emploie, acception qui ne s'est vraiment répandue qu'au XIX^e siècle.

Du radical de «salaire» a dérivé notamment le verbe «salarier», attesté dès le XIV^e siècle mais rare avant le XVIII^e siècle, et le participe passé «salarié(e)», dont le sens moderne (donner/recevoir un salaire d'un employeur) date aussi de la fin du XVIII^e siècle et, surtout, du XIX^e siècle.

Le mot «salaire» a été utilisé en parallèle ou en concurrence avec d'autres vocables: gains, revenu, rémunération, traitement, gages, etc.

Le salaire peut prendre plusieurs formes: à la pièce, horaire, mensuel, brut, net, excessif, minimum, conventionnel, contractuel, fixe, variable, etc.

On le croit assez simple: c'est quelque chose qui est payé chaque mois au salarié, et une charge déductible pour l'employeur. Toute le monde sait ce que c'est, ou croit le savoir. Il est en fait de plus en plus compliqué, éclaté, passé au crible de différentes branches du droit qui ne veulent pas lui faire dire la même chose. Le salaire contractuel n'est ainsi pas toujours l'équivalent parfait du revenu de l'activité dépendante ou de celui soumis aux cotisations sociales.

Elément caractéristique du contrat de travail, le salaire – sa fixation – est un élément de la liberté contractuelle, mais rarement en droit des contrats l'autonomie des parties n'aura été à ce point limitée: salaires conventionnels fixés par les conventions collectives ou les contrats-types, salaire excessif en droit fiscal, circulaire FINMA sur les rémunérations, etc.

Le salaire, comme objet juridique, est en fait victime d'un processus d'éclatement et d'accélération que l'on voit à l'œuvre dans maints domaines du droit.

Le présent ouvrage souhaite présenter quelques-uns des avatars du salaire, pris (comme un gibier que l'on chasse) dans la zone grise qui sépare et joint le droit du travail et le droit fiscal. Il n'est pas inutile de revenir sur sa genèse.

Il est en effet issu d'un premier livre de l'auteur, Salaires et autres rémunérations: questions fiscales, Zurich, 2013, aujourd'hui épuisé à la grande surprise du soussigné et de son éditeur. Il n'était en effet pas très évident que le thème du salaire, avec son apparence banalité, allait intéresser autant de lecteurs dans des PME, des services de ressources humaines, des entreprises de conditionnement de cornichons, que sais-je.

Il ne serait resté toutefois qu'une simple «seconde édition», avec quelques ajouts mineurs et l'éradication de coquilles résistantes aux embruns, sans les réflexions développées en parallèle par l'auteur sur le site internet

<http://droitdutravailensuisse.com>

qui donne des vues transversales/enrichies de questions relatives au droit du travail en prenant souvent un angle «pratique», économique et/ou fiscal.

Il est alors apparu à l'auteur que le «salaire», question vite débattue et tranchée disais-je, se laissait de moins en moins enfermer dans les petites cases où l'on souhaitait le voir demeurer. Bien plus, il servait de «tête de pont» entre différents domaines du droit, constituant ainsi un point de rencontre intéressant entre le droit contractuel (le droit du travail en fait) et le droit public (fiscalité et assurances sociales).

La structure de ce livre résulte de cette genèse: bien éloignée des perspectives euclidiennes, elle procède par variations, rapprochements et confrontations de points de vue.

On ne saurait bien sûr prétendre à l'exhaustivité, et le lecteur cherchera en vain ici un manuel de traitement du salaire sous l'angle de l'AVS par exemple, ou un comparatif exhaustif des déductions canton par canton. Il y verra par contre différentes pistes qui lui permettront d'appréhender, concrètement et pratiquement, ce que recoupe le salaire en droit du travail et en droit fiscal et (un peu) en droit des assurances sociales et de la prévoyance.

Un dernier mot pour conclure cette introduction.

On l'aura compris, le sujet n'est pas simple, les pratiques des administrations et la jurisprudence sont fluctuantes, les textes de loi sont obscurs ou mal rédigés, etc.

Le présent livre a pour ambition d'apporter quelques lumières, d'éclairer et d'orienter.

Le lecteur serait toutefois toujours bien inspiré de soumettre des questions pratiques, surtout si elles ont des conséquences financières significatives, à un Conseil (avocat, mandataire syndical, responsable d'association patronale, etc.). Une consultation préalable, dans un cas d'espèce, est souvent indispensable, et en tout cas préférable à de longs litiges avec l'administration et les tribunaux.

Les pages qui vont suivre ne sont donc pas un viatique, et encore moins une assurance. Une boussole peut-être ...

2.

Le salaire en droit du travail

2.1	Introduction	8
2.2	Le salaire	8
2.3	Les rémunérations conditionnelles, incertaines, discrétionnaires et/ou accessoires.....	13
2.4	Bonus et plans d'intéressement.....	16

2. Le salaire en droit du travail

2.1 Introduction

Il n'y a rien de plus simple, en apparence, que le salaire. Tout travail mérite salaire, retient la sagesse populaire, et tout est dit du mariage indissociable entre le salaire et le travail.

Cela étant dit, la notion est moins simple qu'on le croit. Le salaire a ses formes, ses particularités, certains avatars parfois exotiques, qu'il faut connaître. On croit être libre de le déterminer, mais on ne l'est guère, et il n'est pas facile de le changer. Il y a enfin les emprunts que l'on fait, dans ce domaine comme dans beaucoup d'autres, à une terminologie qui nous est étrangère ou à des outils qui ne s'appliquent parfois qu'avec certaines précautions en Suisse.

Le présent chapitre entend donc faire, en premier lieu et en ouverture, les présentations: qu'est-ce que le salaire en droit suisse, ses formes et ses péripéties?

2.2 Le salaire

Le **salaire** est la **contre-prestation principale** de l'employeur à la prestation de service de l'employé. Il est dû dès que l'employeur a accepté l'exécution d'un travail qui usuellement ne doit être fourni que contre un salaire (art. 320 al. 2 CO).

Le salaire peut être versé au temps ou selon le travail fourni.

Le salaire est un **élément essentiel** du contrat de travail. L'obligation de le payer est le pendant, pour l'employeur, de l'obligation de travailler de l'employé. Pas de travail sans salaire!

EXEMPLE DE LA PRATIQUE



Les quatre éléments caractéristiques du contrat de travail consistent en une prestation personnelle de travail, une mise à disposition par le travailleur de son temps pour une durée déterminée ou indéterminée, un rapport de subordination et un salaire (art. 319 al. 1 CO).

Concernant plus particulièrement le salaire, il est versé en contrepartie du temps mis par le travailleur à la disposition de l'employeur. Il n'y a pas de contrat de travail lorsque la personne qui déploie l'activité entend agir à titre gratuit.

Il existe en effet des cas de pure complaisance ne créant pas de liens contractuels, tels que des liens d'amitié. Il en va ainsi lorsqu'une personne fournit à titre gratuit une aide occasionnelle dans le cadre d'une entreprise tenue par les membres de sa famille, en remerciement du soutien que ces derniers lui ont fourni; c'est également le cas lorsqu'une personne effectue un stage non rémunéré de quelques jours, en vue du choix d'une profession future.

En l'espèce, il n'est pas contesté que l'appelant a régulièrement fourni, lorsqu'il était au service de l'intimée, une prestation de travail pendant plusieurs années, soit de 2007 à 2011, sans interruption. Il était subordonné à la direction de l'intimée et il recevait des instructions de celle-ci au même titre que les autres collaborateurs de l'association.

S'agissant de l'élément salarial, il apparaît que les prestations de l'appelant n'étaient pas fournies à titre gratuit. En contrepartie de son activité, l'intimée versait en effet à l'appelant une rémunération régulière, dont le montant a été par deux fois augmenté au cours de la collaboration des parties. Le fait que l'intimée ait utilisé des termes tels que «pécule» ou «dépannage» pour désigner cette rémunération ne saurait empêcher que celle-ci puisse constituer un salaire. Il en va de même du fait que cette rémunération n'ait pas été comptabilisée comme salaire par l'association ou que les autorités AVS n'ait pas relevé d'anomalie à ce propos. Ce qui est déterminant, c'est que cette rémunération constituait bien la contrepartie de l'activité déployée par l'appelant pour le compte de l'intimée.

Il convient également de relever que, par sa régularité, la rémunération versée par l'intimée à l'appelant se distinguait de celle qu'elle pouvait verser aux bénévoles œuvrant pour l'association intimée. Une bénévole entendue comme témoin a en effet indiqué que l'intimée ne lui versait qu'occasionnellement une modeste somme à titre de récompense. Quoique guère moins modeste, le versement de la rémunération de l'appelant était au contraire systématique et les relations des parties différaient manifestement de relations de pure complaisance entre amis ou entre membres d'une même famille, dans le cadre desquelles doctrine et jurisprudence admettent que des prestations de travail puissent occasionnellement être fournies à titre gratuit.

Au vu des considérants qui précèdent, il faut admettre que les quatre éléments caractéristiques d'un contrat de travail sont réalisés en l'espèce (GE CAPH/91/2014 consid. 3).

On réservera toutefois le cas particulier du **contrat d'apprentissage** (art. 344 al. 1 CO), par lequel l'employeur s'engage à former une personne à l'exercice d'une activité professionnelle déterminée conformément aux règles du métier et celle-ci s'engage à travailler au service de l'employeur pour acquérir cette formation.

Le contrat d'apprentissage est un contrat de travail qui présente la particularité d'avoir pour objectif en première ligne la formation professionnelle de l'apprenant; il est conclu dans un but de formation. Il constitue une sous-catégorie du contrat de travail, qui se compose d'une part d'éléments propres à la prestation de travail et d'autre part d'éléments propres à la formation professionnelle.

Contrairement au régime prévalant pour le contrat de travail ordinaire tel que défini à l'art. 319 CO, l'existence d'un salaire n'est pas consubstantielle au contrat d'apprentissage; bien qu'usuelle, elle n'est que facultative (GE ATA/802/2014).

En vertu du principe de l'autonomie de la volonté, les parties fixent librement le montant du salaire (**fixation du salaire**). Il n'existe ainsi pas de salaire minimum garanti et, hors le cas très spécifique de l'égalité entre femmes et hommes (art. 3 LÉg), pas de droit à l'égalité de traitement en matière de rémunération.

La **liberté de fixer le salaire** est toutefois largement illusoire en droit suisse, dans la mesure où toute une série de cautèles et de normes en limitent fortement la portée.

On mentionnera ici la possibilité ouverte par l'art. 360a CO d'édicter un contrat-type de travail prévoyant des salaires minimaux en cas de sous-enchère salariale abusive et répétée dans une branche sans convention collective pouvant être étendue (mesure d'accompagnement); les *minima* prévus dans maintes conventions collectives de travail étendues; l'effet horizontal des dispositions de police des étrangers sur cette question; un même effet horizontal reconnu aux anciennes déclarations d'engagement du personnel diplomatique, etc.

EXEMPLE DE LA PRATIQUE

Sur la base de l'article 360a al. 1 CO, le canton de Genève a déclaré impératifs, à partir du 3 mai 2005, les salaires minimaux figurant dans le Contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique à temps complet et à temps partiel du 30 mars 2004, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011 (cf. ATF 4A_292/2012 du 16 octobre 2012 consid. 2.4). Ledit contrat-type de travail genevois prévoit un salaire minimal, en sus des prestations en nature (logement et nourriture).



Ces cautèles ont un but manifestement protecteur pour la partie faible au contrat, et visent, dans les faits, à introduire un certain seuil de rémunération minimale. Il s'agit d'un phénomène bien connu, et largement intégré par les acteurs en matière de droit social et de droit du travail.

Moins connues par contre sont les restrictions mises «par le haut» à fixer librement le montant du salaire. Il s'agit ici d'une tendance lourde, que l'on observe depuis une dizaine d'années, et qui tend à encadrer et/ou limiter la possibilité de convenir de rémunérations élevées ou très élevées. Il sera revenu dans ce livre sur certaines des mesures prises en ce sens, mais on citera ici les normes sur le salaire excessif, la circulaire FINMA sur les rémunérations, l'initiative Minder et ses suites, l'obligation de respecter les «usages» en droit cantonal dans le cadre de soumissions de marchés publics, etc.

EXEMPLE DE LA PRATIQUE

Salaire ou frais de représentation forfaitaire?

L'employeur conteste que les frais de représentation aient été considérés comme faisant partie du salaire de base mensuel dû à l'employée. Il convient donc de déterminer, à titre liminaire, le salaire de base auquel l'employée peut prétendre, soit CHF 3800.– selon l'employeur ou CHF 5000.– selon l'employée (CHF 3800.– auxquels s'ajoutent CHF 1200.– de frais de représentation).



L'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective (art. 322 al. 1 CO). L'employeur rembourse au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail et, lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires pour son entretien (art. 327a al. 1 CO).

Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut prévoir que les frais engagés par le travailleur lui seront remboursés sous forme d'une indemnité fixe, telle qu'une indemnité journalière ou une indemnité hebdomadaire ou mensuelle forfaitaire, à la condition qu'elle couvre tous les frais nécessaires (art. 327a al. 2 CO). Les accords en vertu desquels le travailleur supporte lui-même tout ou partie de ses frais nécessaires sont nuls (art. 327a al. 3 CO).

Ne fait ainsi en principe pas partie du salaire du travailleur le remboursement des frais effectifs imposés par l'exécution du travail. Toutefois, lorsque le remboursement des frais se fait sous forme d'indemnité forfaitaire, il peut constituer un salaire déguisé en tout ou en partie. L'indemnité forfaitaire qualifiée de salaire déguisé devra être versée en cas d'empêchement de travailler, de vacances ou de libération de l'obligation de travailler pendant le délai de congé.

En l'espèce, le contrat de travail prévoyait que l'employée devait percevoir une avance sur commissions de CHF 5000.– par mois, composée d'une partie fixe de CHF 3800.– et d'une partie correspondant au remboursement des frais de représentation de CHF 1200.– pour les frais de transport, de repas, de représentation, de téléphone, de port, etc. Les frais importants, comme les repas et cadeaux aux clients, devaient être pris en charge par l'employeur, mais nécessitaient une autorisation préalable du supérieur hiérarchique.

Ces deux montants étaient inscrits chaque mois au débit du compte de commissions, lui-même alimenté au crédit par les commissions réalisées par l'employée, voire par les indemnités perçues de l'assurance perte de gain conformément au Règlement du personnel. En cas de solde positif en faveur du collaborateur, l'excédent supérieur à au moins deux versements mensuels lui était versé à la fin de chaque trimestre de production.

Pour l'année 2010, la rémunération totale de l'employée s'est élevée à CHF 71 200.– bruts, correspondant aux avances mensuelles de CHF 5000.– et à un excédent sur commissions de CHF 11 200.–, ce qui signifie que, de par les affaires qu'elle a conclues, elle a réalisé des commissions globales à hauteur de CHF 71 200.–, lui ayant permis de couvrir les avances mensuelles de CHF 5000.– comptabilisées par l'employeur au débit du compte de commissions et de dégager un excédent de CHF 11 200.–.

Comme l'ont considéré à bon droit les premiers juges, il en ressort que, quelle que fût la qualification arrêtée par les parties, les avances reçues par l'employée sur son compte de commissions – que ce soit à titre de partie fixe ou de partie correspondant au remboursement de frais – ont été intégralement couvertes, sinon dépassées, par les commissions obtenues par elle dans le cadre de son activité professionnelle, à savoir des montants qu'elle était en droit de percevoir à titre de rémunération. Dès lors que l'intimée ne pouvait être tenue d'assumer elle-même le coût des frais de représentation nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle, légalement à la charge de l'employeur, le montant avancé par l'intimée de ce chef doit être considéré comme un salaire, à l'instar de la somme de CHF 3800.–.

Il doit donc être retenu que le salaire de base de l'employée était de CHF 5000.– par mois (CAPH/128/2013, consid. 3.1).

Le salaire convenu, sauf indications expresses contraires, est le **salaire brut**, duquel doivent être notamment déduites les différentes retenues sociales (AVS/AI/APG/AC/LAA/LPP), l'impôt à la source là où il s'applique et d'autres déductions quand elles ont été convenues (prime d'assurance accidents non professionnels, perte de gain, etc.).

Le salaire est usuellement payé à la fin de chaque mois (**terme de paiement**) – art. 323 al. 1 CO).

Si l'employeur ne s'exécute pas, il est alors en **demeure** et l'employé peut exiger des intérêts moratoires, la réparation éventuelle du dommage supplémentaire et/ou compenser avec des montants reçus de l'employeur à un autre titre. La demeure de l'employeur peut aussi permettre à l'employé de refuser d'effectuer sa prestation de travail, sans perdre pour autant son droit au salaire (art. 82 CO), voire de résilier le contrat de travail avec effet immédiat en cas d'inexécutions répétées ou prolongées.

Il est évidemment impossible de **modifier le montant du salaire** unilatéralement.

Les parties peuvent, par un accord, décider de diminuer le salaire en cours de contrat, avant l'échéance du délai légal de congé. Un tel accord ne vaut toutefois que pour le futur et ne peut se rapporter à des prestations de travail déjà accomplies (ATF 4A_511/2008 consid. 5.1). Il n'est pas soumis à une exigence de forme.

Un accord tacite, par exemple lorsque le travailleur a accepté à plusieurs reprises un salaire inférieur à celui convenu à l'origine, ne peut toutefois être reconnu qu'exceptionnellement.

Aussi le juge devra-t-il faire preuve de retenue avant d'inférer du silence d'un travailleur, à la suite de propositions de modifications du contrat dans un sens qui lui est défavorable, l'acceptation de telles propositions; celle-ci ne peut être admise que dans des situations où, selon les règles de la bonne foi, du droit ou de l'équité, une réaction du travailleur s'imposait en cas de désaccord de sa part. S'agissant du fardeau de la preuve, il appartient à l'employeur d'établir les circonstances particulières permettant d'admettre que le travailleur a consenti tacitement à une réduction de salaire (ATF 4A_552/2013, consid. 4.1).

Une créance de l'employeur contre l'employé découlant de la responsabilité de ce dernier peut être compensée avec le salaire versé par le premier (**compensation**).

Mais, en application des articles 125 ch. 2 et 323b al. 2 CO, l'employeur ne peut compenser une créance contre le travailleur, par exemple en réparation de son dommage, que dans la mesure où le salaire est saisissable; toutefois, les créances dérivant d'un dommage causé intentionnellement peuvent être compensées sans restriction, le dol éventuel étant suffisant.

La restriction du droit de compenser ne s'applique qu'aux créances en salaire au sens strict, à l'exclusion des autres créances du travailleur, comme par exemple les vacances non prises à la fin des rapports de travail (art. 329d al. 2 CO).

Le salaire de base de l'art. 322 CO est protégé, et son paiement ne saurait être subordonné à d'autres conditions que l'exécution conforme des prestations contractuelles par le travailleur dans le temps.

Sont par contre réservées les règles particulières existant pour les participations au résultat, les provisions, les gratifications et les plans d'intéressement notamment, soit des rémunérations qui peuvent présenter un caractère conditionnel, incertain, discrétionnaire et/ou accessoire.

2.3 Les rémunérations conditionnelles, incertaines, discrétionnaires et/ou accessoires

Les parties au contrat de travail peuvent d'abord convenir que le travailleur percevra une rémunération liée aux résultats d'exploitation de l'entreprise (**participation au résultat de l'exploitation**, art. 322a CO). Il s'agit en principe d'une rémunération complémentaire au salaire de base, qui peut être payée en espèces ou en nature. Le travailleur pourra ainsi notamment recevoir des bons de jouissance, des bons de participation, des options, mais aussi du numéraire.

Il s'agit d'une rémunération dépendant de la marche des affaires de l'entreprise, versée sans égard à la personne qui a conclu les affaires (contrairement à la provision). Elle est utilisée le plus souvent avec des travailleurs qui peuvent exercer une influence réelle et directe sur la marche des affaires (directeur de succursale, gérant de magasin, chef de rayon, etc.).

Concernant le calcul de cette rémunération, l'art. 322a al. 1 CO prévoit que c'est le résultat de l'exercice annuel établi conformément aux prescriptions légales et aux principes généralement reconnus qui est déterminant. La disposition n'est cependant pas impérative, les parties peuvent donc convenir d'autres modalités (participation versée sur une base semestrielle par exemple).

En pratique, les employeurs conviennent souvent du versement d'avances sur la participation aux résultats, les comptes définitifs étant arrêtés avec ceux de l'exercice. L'employeur sera toujours bien inspiré de se réserver explicitement dans le contrat le droit de récupérer les avances versées en trop.

Les travailleurs jouissent d'un certain droit de contrôle: l'employeur doit fournir les renseignements nécessaires et autoriser la consultation des livres dans la mesure où le

contrôle l'exige. Si une participation aux bénéfices est convenue, l'employeur devra aussi remettre sur demande le compte de pertes et profits de l'exercice annuel.

La **provision** (art. 322b CO) dépend du résultat de l'activité déployée par le travailleur (et non du résultat d'exploitation de l'entreprise). Elle fait partie intégrante du salaire de base. La naissance du droit à la provision découle de l'activité causale du travailleur dans la conclusion d'une affaire. C'est un mode de rémunération fréquent dans des domaines tels que l'assurance, le courtage, la vente, etc., et qui est une sorte de salaire au rendement.

Le droit à la provision ne s'exténd pas avec le terme des relations de travail, pour autant qu'il concerne des affaires conclues avant celui-ci mais exécutées après. L'exigibilité de la provision peut ainsi être immédiate, mais sera le plus souvent décalée dans le temps.

L'art. 322c CO prévoit aussi que si le travailleur n'est pas tenu par contrat d'établir un relevé de ses provisions, c'est l'employeur qui lui remettra à chaque échéance un décompte indiquant les affaires qui donnent droit à une provision. L'employeur est aussi tenu de laisser consulter ses livres et pièces justificatives dans la mesure nécessaire au contrôle des provisions dues.

La **gratification** de l'art. 322d CO est une rétribution spéciale accordée à certaines occasions et dépendant dans une certaine mesure en tout cas de l'employeur, si ce n'est dans son principe, à tout le moins dans son montant. La prestation visée par l'art. 322d CO a un caractère précaire, en ce sens que son versement dépend en principe du bon vouloir de l'employeur. A l'opposé, la rétribution dont le montant et l'échéance inconditionnelle sont fixés d'avance constitue un élément du salaire, auquel l'art. 322d CO ne s'applique pas. La gratification peut être versée en espèces, mais aussi en nature (actions, options, etc.).

En pratique, est souvent litigieuse la **différence entre le salaire et la gratification**.

On l'a dit, le premier est dû sans restriction contre la prestation du travailleur, alors que la seconde dépend du bon vouloir de l'employeur et peut être soumise à certaines conditions. Mais il faut ajouter que seul le salaire au sens strict rentre en ligne de compte pour toute une série de prétentions et de prestations contractuelles: calcul de la rémunération de l'employé empêché de travailler (art. 324a CO), salaire relatif aux vacances (art. 329d CO), indemnités en cas de licenciement abusif ou de licenciement immédiat injustifié (art. 336a al. 2 et art. 337c al. 3 CO), droit de refuser d'offrir la prestation de l'employé lorsque l'employeur est en demeure. A cela s'ajoute qu'en cas d'interruption des rapports de travail le salaire convenu (par exemple le 13^e salaire) est dû *pro rata temporis*, mais pas la gratification, à moins que les parties ne l'aient convenu par écrit (art. 322d al. 2 CO).

La pratique en a dégagé trois critères principaux pour différencier le salaire de la gratification: la marge de manœuvre de l'employeur, le caractère accessoire du montant et le nombre de versements.

Concernant le premier, la jurisprudence retient que le propre de la gratification repose sur le fait que la rétribution en question dépend, dans une certaine mesure en tout cas, de l'employeur. Le critère essentiel est donc celui du degré d'appréciation dont dispose l'employeur, de sa «marge de manœuvre» par rapport à ses obligations contractuelles. Un «bonus» dont le principe est convenu contractuellement et dont le règlement est soumis à des conditions objectives ne devrait donc généralement pas être qualifié de gratification. Il a ainsi été jugé par exemple que lorsque le bonus est attribué en fonction du bénéfice et du chiffre d'affaire, il doit être qualifié comme élément de salaire (variable) et non de gratification (JAR 2012 p. 543).

Le caractère accessoire de la gratification (second critère) tient au fait que le salaire est la contre-prestation essentielle de l'employeur. Il en résulte que la gratification est une rémunération complémentaire secondaire et non la source principale du revenu touché par le travailleur. Un bonus très élevé par comparaison avec le salaire fixé doit ainsi être qualifié de salaire et non de gratification, sans qu'il soit possible de définir des proportions ou des pourcentages qui s'appliqueraient dans tous les cas. L'analyse doit se faire dans la durée, en tenant compte des circonstances du cas d'espèce, et non sur la base de tel ou tel versement exceptionnel. Lorsque le versement ne revêt plus le caractère accessoire propre à la gratification, la jurisprudence requalifie la rétribution en salaire **dans sa totalité**.

La doctrine a essayé de définir certaines lignes directrices pour apprécier le caractère accessoire de la gratification ou le moment où son importance devait mener à sa requalification. Il a ainsi été proposé de considérer que, pour un revenu moyen, elle ne devrait pas dépasser un tiers du revenu de base, et la moitié s'il s'agit d'un revenu élevé. La jurisprudence considère néanmoins qu'il ne saurait y avoir de règles en la matière, les circonstances particulières du cas primant.

Le Tribunal fédéral a enfin retenu récemment que le critère du caractère accessoire de la gratification ne devait pas être pris en compte lorsque le salaire convenu était extrêmement élevé (ATF 139 III 155 rés. SJ 2013 I 371; ATF 4A.447/2012; ATF 4A.721/2012), dans la mesure où la requalification de la gratification en salaire obéit à des «considérations sociales» qui n'ont plus lieu d'être quand le salaire convenu est un multiple du salaire moyen.

Le nombre de versements est aussi à prendre en considération dans la mesure où le paiement régulier et répété d'une gratification peut mener à requalifier celle-ci en salaire. C'est en général le cas si les versements couvrent une période de trois ans sans interruption et ce sans que l'employeur ne forme de réserves à chaque paiement. Si l'employeur forme des réserves, celles-ci doivent être réelles et non de pure forme. Il n'en sera ainsi pas tenu compte si l'employeur ne fait pas usage de son pouvoir discrétionnaire, par exemple en continuant à verser régulièrement la gratification nonobstant la marche des affaires ou les résultats de l'employé.

Le critère du nombre et de la régularité des versements est particulièrement difficile à manier en pratique, le Tribunal fédéral répétant dans sa jurisprudence récente que seules des circonstances particulières permettent de s'écartier des déclarations claires de l'employeur selon lesquelles il n'entendait pas à s'obliger à verser une gratification pour l'avenir (ATF 4A.172/2012 par exemple). Il faut en tout cas retenir qu'il est nécessaire une certaine persistance des actes de l'employeur pour établir que ses réserves quant au caractère discrétionnaire de la gratification ne seraient que de pure forme et la requalifier ainsi en salaire.

La prise en compte de la gratification dans la rémunération annuelle annoncée par l'employeur, sa mention dans les décomptes de salaire et la perception de cotisations sociales ne semblent par contre pas constituer des critères décisifs pour qualifier un élément de revenu de gratification. Il s'agira cependant d'indices à prendre en considération.

On reconnaît aussi généralement que le principe de l'égalité de traitement doit s'appliquer à l'octroi de gratifications. Lorsqu'il est ainsi d'usage de payer des gratifications dans une entreprise, l'employeur ne peut refuser de le faire sans raison à un employé alors qu'il le fait pour d'autres, ou de lui payer une gratification moins importante dans une situation similaire.

La gratification peut aussi être utilisée pour s'assurer d'un terme certain aux rapports de travail en cas d'accord sur la résiliation du contrat. Dans un cas soumis au Tribunal fédéral, le paiement d'une prime très importante était subordonné à la condition que le contrat de travail prendrait effectivement fin à une certaine date. En d'autres termes, le prolongement dudit contrat en raison de l'invocation d'une incapacité non fautive de travailler était exclu par convention. L'employé renonçait donc à la possibilité de se prévaloir de l'art. 336c CO contre le paiement d'un certain montant après l'échéance du contrat.

Le Tribunal a admis la légalité de cette pratique dans l'ATF 4A.219/2013 consid. 3.1 en relevant qu'une telle indemnité est une gratification qui peut tout à fait être soumise à des conditions. Si, malgré tout, le travailleur se prévalait d'un motif d'incapacité de travail, l'accord de résiliation prendrait fin et les termes et conditions légaux et contractuels seraient seuls applicables.

2.4 Bonus et plans d'intéressement

Le sujet des «**bonus**» est controversé.

Des débats sur leur niveau, sur les conséquences de leur octroi sur la politique de risque de l'entreprise ou sur leur moralité, ont ainsi récemment enflammé l'opinion publique en Suisse (initiative Minder, circulaire FINMA, etc.).

Or la notion de «bonus» n'existe pas en droit suisse, et ce quels que soient les termes utilisés dans les contrats de travail où elle est fréquemment présente. On retiendra donc que, selon ses caractéristiques, le «bonus» sera considéré soit comme une gratification (art. 322d CO), soit comme un élément du salaire (art. 322 CO) pouvant cas échéant revêtir la forme d'une participation au résultat de l'exploitation (art. 322a CO) ou d'une provision (art. 322b ss CO).

Il faut en général éviter d'utiliser le terme de «bonus» dans des contrats individuels de travail soumis au droit suisse, sauf à le relier explicitement à une notion connue (gratification, salaire variable, participation au résultat, etc.).

EXEMPLE DE LA PRATIQUE



Bonus: qualification et exigibilité en cas de libération de l'obligation de travailler

La gratification au sens l'art. 322d CO se distingue du salaire, en particulier d'un éventuel treizième mois de salaire, en ceci qu'elle s'ajoute à lui et dépend toujours, au moins partiellement, du bon vouloir de l'employeur. Tel est le cas lorsque l'employeur détermine unilatéralement la quotité du bonus, ou lorsque ce dernier dépend partiellement de l'appréciation subjective par l'employeur de la qualité des prestations fournies par le travailleur. Lorsqu'en revanche le bonus est convenu à l'avance ou qu'il dépend de critères objectifs, tels que des résultats ou le chiffre d'affaires, sans part d'appréciation, il doit être considéré comme un élément variable du salaire.

En l'espèce, le contrat de travail prévoyait que le versement d'un éventuel bonus serait une gratification au sens de l'article 322d CO, présentant un caractère facultatif, irrégulier et dépendant uniquement du bon vouloir de l'employeur.

Le règlement interne de l'employeur, qui était réputé faire partie intégrante du contrat de travail, prévoyait cependant en détail les critères selon lesquels différentes formes de bonus seraient octroyées à l'employé. Ces critères avaient trait tant au résultat de l'activité de l'intimé, pour le bonus permanent individuel, qu'au résultat d'exploitation de l'entreprise, pour le bonus de résultat. Le recours à de tels critères, objectifs et définis à l'avance, ôtait manifestement toute part d'appréciation à l'employeur au moment de verser les bonus concernés, tant dans leur principe que dans leur montant. Devant le Tribunal, l'employeur a d'ailleurs reconnu que les bonus en question étaient systématiquement payés lorsque les objectifs convenus étaient atteints, leur versement n'étant pas discrétionnaire. Les pièces versées à la procédure confirment que l'employeur a régulièrement versé à l'intimé les sommes en question au titre de son bonus permanent et de son bonus de résultat.

Dans ces conditions, le Tribunal n'a pas erré en considérant que les divers bonus versés au recourant constituaient, en dépit des termes utilisés dans le contrat de travail, une part variable de salaire, au sens de l'art. 322 CO, et non une gratification, au sens de l'art. 322d CO.

L'employeur conteste également que la rémunération à laquelle prétend l'employé puisse être due durant le délai de congé.

Le salaire régi par l'art. 322 al. 1 CO est une prestation en argent versée en contrepartie du travail fourni. Il s'agit d'un élément essentiel du contrat de travail. Contrairement à ce qui est le cas pour une gratification au sens de l'art. 322d CO, la fonction même du salaire exclut la possibilité pour l'employeur de soumettre la rémunération d'une prestation de travail déjà accomplie à la condition que le salarié soit encore dans l'entreprise ou qu'il n'ait pas donné ni reçu son congé. Que l'échéance du bonus constituant un élément du salaire soit différée par rapport à la période de référence n'y change rien, car, lorsque les parties, pour des raisons de convenance, reportent le paiement d'une partie du salaire, il n'y a aucune raison de prévoir, pour cette partie du salaire, des règles plus défavorables au travailleur, quant à la naissance et à l'exigibilité de la créance qui en résulte, que pour le salaire courant.

Ainsi, le bonus qualifié d'élément du salaire doit être versé *pro rata temporis* au travailleur qui a atteint les buts fixés par son employeur, nonobstant une réglementation interne de la société qui serait divergente à ce propos.

En l'espèce, on a vu ci-dessus que les différents bonus versés à l'intimé constituaient une part variable de son salaire et non une forme de gratification. Conformément aux principes rappelés ci-dessus, il s'ensuit que l'employeur ne pouvait pas valablement subordonner le paiement de ce salaire variable à la condition que l'employé se trouve encore dans l'entreprise ou qu'il n'ait pas donné ni reçu son congé. Les dispositions contraires contenues dans le règlement interne de l'employeur sont en l'occurrence dénuées d'effet et ne sauraient faire obstacle au paiement des sommes dues à l'employé pour la période postérieure à la date à laquelle il a reçu son congé.

Le fait que les objectifs convenus n'aient éventuellement pas pu être atteints par l'employé durant la période susvisée ne doit pas davantage avoir d'incidence sur l'obligation de l'employeur de lui verser la part variable correspondante de son salaire. Il n'est en effet pas contesté que l'employeur a choisi de libérer l'intimé de son obligation de travailler durant le délai de congé, nonobstant l'offre de celui-ci de poursuivre ses services. Dans ces conditions, reprocher au recourant de ne pas avoir atteint les objectifs fixés ni contribué à ceux-ci serait contraire aux règles de la bonne foi (CAPH/181/2014 consid. 3 et 4).

Les «plans d'intéressement» consistent le plus souvent en l'octroi d'action et/ou d'options de l'employeur ou de sociétés proches aux collaborateurs sous certaines conditions favorables. Le but est ici d'attirer et de retenir les collaborateurs d'importance en leur faisant participer aux fortunes de l'employeur ou (le plus souvent) de la société mère ou de sociétés du groupe à l'étranger. On peut aussi penser aux sociétés nouvellement créées et qui peuvent ne pas avoir de liquidités suffisantes pour «intéresser» des collaborateurs de choix. La perspective de «monter» dans le capital peut donc s'avérer tout à fait utile et motivante.

Les plans sont le plus souvent structurés sous la forme d'expectatives qui, au fur et à mesure de l'accomplissement du travail, se convertissent en droit (processus de «vesting»). L'attribution d'actions ou d'options dans le cadre d'un plan d'intéressement constitue une rémunération en nature, laquelle peut être qualifiée soit de salaire soit de gratification. Le caractère «planifié» et «organisé» des plans d'intéressement, fondés sur des conditions objectives, s'opposera toutefois très souvent à ce qu'une attribution résultant d'un tel plan soit qualifiée de gratification, contrairement à ce que semble soutenir une partie de la doctrine.

Il en résulte que beaucoup de dispositions assez «typiques» de plans d'intéressement peuvent être en contradiction avec des dispositions protectrices du droit suisse concernant le salaire (et non la gratification). Il faut toutefois que le travailleur bénéficie de droits véritables, et non de simples expectatives soumises à des conditions suspensives.

EXEMPLE DE LA PRATIQUE



Un plan d'intéressement prévoit que les employés ne deviennent titulaires de droits sur les options que pendant que la relation d'emploi est «active».

En d'autres termes, le «vesting» d'options/d'actions cesserait en cas de licenciement avec libération de l'obligation de travailler (Freistellung, Garden leave).

Une telle clause n'est évidemment pas admissible si les prestations du plan d'intéressement sont qualifiées d'éléments de salaire.

Beaucoup de plans d'intéressement sont mis en œuvre dans le cadre de groupes internationaux, et prévoient l'octroi d'actions ou d'options sur une société mère ou sœur située à l'étranger, avec une clause d'élection de for et une autre d'élection de droit dans la juridiction concernée.

Il n'est toutefois pas possible, ce faisant, de s'abstraire des dispositions impératives du droit suisse, particulièrement si le plan est un élément de salaire.

La 1ère question qui se pose, dans ces hypothèses, est celle de la légitimité passive: qui est le débiteur des obligations découlant du plan d'intéressement? La société à l'étranger dont les titres font partie du plan d'intéressement, et avec laquelle un accord distinct est conclu, ou l'employeur suisse?

Le Tribunal fédéral a récemment rappelé qu'il est parfaitement loisible à des parties à un contrat de travail de prévoir que des obligations divisibles soient assumées par des parties différentes (ATF 4A.175/2014). En d'autres termes, dans le cadre d'un contrat de travail «suisse» avec une société incorporée en Suisse, il est parfaitement possible de prévoir des formes de rémunérations accessoires qui seraient assumées par une autre société à l'étranger dans le cadre de l'exécution, par les parties, des obligations principales découlant du contrat de travail.

Cela étant dit, la légitimation passive de la société étrangère n'entraîne pas que l'élection de droit ou de for soient nécessairement valable pour un contrat de travail suisse passé entre des parties résidant/incorporées en Suisse.

Le sort d'éléments de salaire complémentaires résultant d'un plan d'intéressement suit en effet celui du contrat de travail. Une clause d'élection de for à l'étranger n'est donc pas admissible au regard des art. 34 et 35 CPC.

Concernant le droit applicable, l'art. 121 LDIP prévoit le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail ou, s'il l'accomplit dans plusieurs Etat, le droit de l'Etat de l'établissement de l'employeur. Une élection de droit est limitée soit au droit du lieu de la résidence de l'employé soit à celui de l'établissement de l'employeur. En d'autres termes, c'est bien le droit suisse qui s'appliquera aux modalités du plan d'intéressement en cas de conflit.

La situation peut enfin être complexe lorsque le bénéficiaire du plan d'intéressement peut être qualifié d'«investisseur» parce qu'il acquiert des actions ou des options à un prix qui ne constitue pas un avantage, en les finançant lui-même et en supportant en conséquence un risque entrepreneurial (ATF 131 III 615 cons. 4; 130 III 495 cons. 4.2.2 et 4.2.3). Dans cette hypothèse, les dispositions impératives protectrices du droit du travail ne devraient pas trouver à s'appliquer.

EXEMPLE DE LA PRATIQUE



Z._____ SA, à Granges-Paccot, est une filiale de la société U._____ Inc., enregistrée et administrée aux Etats-Unis.

Selon son contrat de travail, l'employé X._____ pouvait prétendre à un salaire fixe et, sous certaines conditions, à divers bonus en argent. L'art. 9 du contrat de travail prévoyait en outre que dans le cadre et aux conditions d'un plan d'intéressement mis en œuvre par la société mère, l'employé pourrait bénéficier de distributions d'options d'achat d'actions de cette société.

Au mois d'avril 2009, X._____ a souscrit plusieurs documents relatifs au plan d'intéressement; selon leur libellé, les prestations prévues seraient fournies par U._____ Inc. L'employé a reçu ces prestations en 2009 et 2010.

X._____ a résilié le contrat de travail avec effet au 30 septembre 2010. Le 30 août 2011, X._____ a ouvert action contre Z._____ SA devant le Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine. La défenderesse devait être condamnée à payer CHF 517 827.– à titre de prestations du plan d'intéressement.

La défenderesse a conclu au rejet de l'action; parmi d'autres moyens, elle a contesté sa qualité pour défendre. La 1^{re} puis la 2^{nde} instances cantonales ont dit que Z._____ SA n'avait pas la qualité pour défendre. X._____ recourt donc au Tribunal fédéral.

Le succès de toute action en justice suppose que les parties demanderesse et défenderesse aient respectivement, sur chacune des prétentions en cause, qualité pour agir et pour défendre au regard du droit applicable. Dans une action en paiement, la qualité pour défendre appartient au débiteur de la somme réclamée.

En l'espèce, le plan d'intéressement qui se trouve à la base de l'action prévoit des prétentions à l'encontre d'une société à l'étranger et les conditions dudit plan comprennent une clause d'élection de droit en faveur d'un droit étranger. Le demandeur ne s'est pas prétendu autorisé par ce droit étranger à rechercher les filiales de U._____ Inc., de sorte que, comme l'a fait la Cour d'appel, la qualité pour défendre doit être examinée au regard du droit suisse.

Il est constant que les parties se sont liées par un contrat de travail régi par le droit suisse, le 4 février 1997, et que la défenderesse a alors promis les rétributions spécifiées dans ce document. Ces rétributions ne sont pas litigieuses.

En revanche, la Cour d'appel retient que seule la société mère U._____ Inc. est éventuellement débitrice des prestations prévues par son plan d'intéressement, cela parce que c'est elle, exclusivement, qui a conclu avec le demandeur le contrat y relatif.

Selon une opinion doctrinale, dans les groupes de sociétés où le plan d'intéressement porte sur des actions ou options de la société mère, il est courant que la réalisation de ce plan soit confiée à une personne morale autre que la société employeuse, et le travailleur ne peut alors pas réclamer à cette société-ci des prestations qui sont dues, à teneur des conventions conclues, par cette personne-là (Dominique Portmann, *Mitarbeiterbeteiligung*, Berne 2005, n° 138 p. 109/110).

La Cour cantonale se réfère à cette opinion; à l'encontre du jugement prudhommal, elle retient que dans le contexte ainsi délimité, la défenderesse ne commet pas d'abus de droit en opposant au demandeur la dualité juridique d'une filiale et de sa société mère.

A l'appui du recours en matière civile, le demandeur fait valoir que les règles impératives du droit du travail sont applicables à toutes les prestations promises au travailleur en contrepartie de son activité, y compris celles d'un plan d'intéressement, cela indépendamment de la construction juridique adoptée au sein du groupe employeur pour la mise en œuvre du plan, et, en particulier, indépendamment d'un éventuel système de contrats multiples liant le travailleur à des personnes morales distinctes. Le demandeur omet toutefois de préciser quelles sont les règles impératives par hypothèse méconnues dans l'approche des précédents juges.

A vrai dire, en tant que le ou les contrats conclus assurent au travailleur des prestations divisibles, aucune règle impérative n'exclut que ces prestations soient réparties en dettes partielles à assumer séparément par des débiteurs distincts.

Dans la présente affaire, à son art. 9, le contrat conclu par la défenderesse mentionne le plan d'intéressement de sa société mère; il en réserve toutefois les modalités et conditions spécifiques, et il réserve aussi les décisions ressortissant exclusivement à ladite société, relatives aux distributions d'options. Au regard du principe de la confiance qui régit l'interprétation des manifestations de volonté entre cocontractants, il n'apparaît pas que la défenderesse se soit obligée par cette clause à fournir elle-même des options sur actions de sa société mère, ni à garantir une prestation de ce genre selon l'art. 111 CO. Il apparaît plutôt qu'en souscrivant les documents topiques du plan d'intéressement, le demandeur a accepté d'entrer à ce sujet dans une relation juridique directe avec la société mère.

Le demandeur fait encore valoir que même s'il parvient à obtenir d'un tribunal suisse un jugement condamnant U._____ Inc., il lui sera difficile d'obtenir l'exécution de ce jugement aux Etats-Unis. Ce moyen ne convainc pas car de toute évidence, en dépit des risques et incertitudes qui peuvent en résulter pour le travailleur, le droit suisse admet qu'une personne s'oblige à travailler en Suisse au service d'un employeur à l'étranger; à plus forte raison, ce droit admet aussi qu'un travailleur en Suisse se fasse promettre une partie de sa rémunération par une société en Suisse et une autre partie par une société à l'étranger.

Le recours est donc rejeté (ATF 4A.175/2014).

