

**Résumé et commentaire**

Salaires, plan  
d'intéressement

**Proposition de citation :**

Marie-Thérèse Guignard, Exercice des options et droit à la délivrance des actions après un licenciement immédiat injustifié ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_467/2019, Newsletter DroitDuTravail.ch novembre 2022



Plan d'intéressement : exercice des options et droit à la délivrance des actions après un licenciement immédiat injustifié ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_467/2019

Marie-Thérèse Guignard, Dre en droit, avocate, spécialiste FSA en droit du travail

## I. Objet de l'arrêt et objet du commentaire

Cet arrêt (qui n'est pas destiné à publication) confirme le caractère injustifié d'un licenciement immédiat (cons. 4), traite de ses conséquences pécuniaires au sens de l'art. 337c al. 1 et 3 CO (cons. 5 et 6), ainsi que des droits d'option octroyés à l'employé (cons. 7) et de la prétention reconventionnelle formulée à son encontre par la société employeuse (cons. 8).

Seuls seront résumés et commentés ici les faits et la solution juridique relatifs aux droits d'option.

## II. Résumé de l'arrêt du Tribunal fédéral et éléments de l'arrêt cantonal

### A. Les faits

Les faits résultant de l'arrêt du Tribunal fédéral (TF) sont complétés ci-dessous par des faits résultant de l'arrêt cantonal<sup>1</sup>, dans la mesure utile au commentaire qui suit.

L'employé (ci-après alternativement : le demandeur), directeur financier d'un groupe exploitant des cliniques, s'était vu octroyer des options conformément au plan de participation de la société employeuse (3'500 options selon le plan 2010/2011 et 30'000 options selon le plan 2012). Ces options lui donnaient le droit de souscrire des actions nominatives de la société qui détenait l'employeuse (ci-après : la société détentrice), d'une valeur nominale de CHF 5.- l'action. Les options pouvaient être exercées dès leur date d'entrée en vigueur et jusqu'au 31 décembre 2014 à un prix d'exercice de CHF 19.- par option (pour le

---

<sup>1</sup> Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois (CACI), arrêt du 18.07.2019 (n° 425) (ci-après : arrêt CACI).

plan 2010/2011), respectivement jusqu'au 31 décembre 2016 à un prix d'exercice de CHF 28.- par option (pour le plan 2012)<sup>2</sup>.

Ensuite d'une escroquerie dont fut victime l'employeuse et qui la conduisit à verser des loyers à une société inconnue en Pologne, l'employé fut licencié avec effet immédiat le 30 septembre 2014, en raison du visa qu'il avait donné (en tant que directeur financier) au paiement en faveur de l'escroc. Le 28 octobre 2014, la société détentrice (cotée en bourse<sup>3</sup>) informa l'employé que les options qui lui avaient été octroyées selon les plans de participation 2010/2011 et 2012 étaient perdues pour lui, conformément à l'art. 7.1 desdits plans, selon lequel « *en cas de cessation des rapports de mandat ou de travail par une démission de plein gré ou un licenciement pour faute grave entre le bénéficiaire et la société ou l'une de ses filiales, les options attribuées en application du présent plan qui ne sont pas encore exercées seront perdues* ».

Le 29 octobre 2014, l'employé indiqua avoir l'intention d'exercer ses droits d'option. Il ressort de l'arrêt cantonal qu'il déclara le 5 décembre 2014 au CFO de la société détentrice exercer ses droits d'option selon le plan de participation 2010/2011 et requit la remise de 3'500 actions ; cette déclaration d'exercice des droits d'option fut faite selon la forme exigée par le plan (ce qui n'était plus contesté devant le TF). En parallèle, l'employé impartit un premier, puis un second délai à la société détentrice pour lui communiquer les coordonnées bancaires du compte sur lequel le prix d'exercice des options devait être versé. Le 18 décembre 2014 la société détentrice refusa de lui communiquer ces informations et confirma la perte des droits d'option<sup>4</sup>.

Il ressort encore de l'arrêt cantonal que la valeur des actions était de CHF 34.75 chacune le jour du licenciement (le 30 septembre 2014), de CHF 45.- au 31 décembre 2014 et de CHF 60.25 au 2 novembre 2016<sup>5</sup>.

Le demandeur agit à l'encontre des deux sociétés (employeuse et détentrice), en déposant une requête de conciliation le 25 mars 2015, puis une demande au fond le 18 septembre 2015. Il y concluait principalement au paiement de dommages-intérêts et subsidiairement à la délivrance des actions. Il chiffrait sa prétention en dommages-intérêts à CHF 601'000.- avec intérêts (ce montant semble correspondre à la valeur des actions au 31 décembre 2014 multipliée par le nombre total d'options reçues, sous déduction du prix d'exercice)<sup>6</sup>. Le 2 novembre 2016, il modifia sa demande en augmentant le montant réclamé à CHF 1'103'500.- avec intérêts (montant basé sur la valeur de l'action au 2 novembre 2016 [*la valeur retenue pour le calcul était de CHF 60.- par action*], après déduction du prix d'exercice<sup>7</sup>).

En première instance, la société détentrice fut condamnée à délivrer à l'employé les 3'500 actions relatives au plan 2010/2011 après paiement du prix d'exercice, mais non celles relatives au plan 2012 au motif qu'elles n'avaient pas été valablement exercées<sup>8</sup>. En appel, la

---

<sup>2</sup> Arrêt CACI, cons. en fait C.5 et C.12.

<sup>3</sup> Arrêt CACI, cons. 7.3.

<sup>4</sup> Arrêt CACI, cons. en fait C.30 à C.32.

<sup>5</sup> Arrêt CACI, cons. en fait C.20.c, C.36 et C.38.

<sup>6</sup> Arrêt CACI, cons. en fait C.41.

<sup>7</sup> TF 4A\_467/2019, cons. 7.3.

<sup>8</sup> Arrêt CACI, cons. en fait A.

société détentrice fut condamnée en sus à délivrer les 30'000 actions relatives au plan 2012 à réception du paiement du prix d'exercice.

## B. Le droit

Le TF rejette le recours des sociétés défenderesses, en confirmant notamment le caractère injustifié du licenciement immédiat et l'absence de « faute grave » (au sens de l'art. 7.1. des plans de participation) susceptible d'être reprochée au demandeur, au vu des faits constatés, de sa position et du comportement des autres employés qui n'avaient pas empêché l'incident. Sur ce point, le TF se réfère aux faits retenus en instance cantonale, selon lesquels le demandeur, directeur financier, ne pouvait ni ne devait effectuer toutes les vérifications que les comptables et directeurs de clinique devaient préalablement faire au vu du nombre de paiements qu'il visait (cons. 4.2 de l'arrêt du TF). Dès lors, l'employé n'avait pas perdu ses droits d'option ensuite de son licenciement (cons. 7.1 de l'arrêt du TF).

Demeurait litigieuse, devant le TF, la question de savoir si le demandeur avait valablement exercé le second plan (2012), pour lequel il n'avait pas procédé à une déclaration d'exercice hors procédure auprès du CFO de la société détentrice. Le TF confirme l'appréciation de la CACI, retenant en substance, outre l'attitude abusive d'invoquer le non-respect des exigences formelles après l'échéance du délai au 31 décembre 2016, que l'employé avait allégué la teneur du plan 2012 dans sa demande du 18 septembre 2015 et qu'il y avait indiqué vouloir exercer ses droits d'option. Bien qu'il n'ait pas utilisé la formule de déclaration prévue par le plan, les conclusions claires formulées dans sa requête de conciliation et sa demande, qui avaient toutes deux été transmises aux défenderesses avant le 31 décembre 2016, valaient manifestation de sa volonté d'exercer ses droits d'option (cons. 7.2.1).

Devant le TF, l'employé recourait toutefois en réclamant principalement le paiement de dommages-intérêts, en lieu et place de la délivrance des actions, au motif que les actions que la société détentrice avait été condamnée à lui délivrer n'existaient plus, du fait du *split* (fractionnement) des actions d'une valeur nominale de CHF 5.- à une valeur nominale de CHF 1.-, survenu entre le début des délibérations de la cour d'appel et le prononcé de son arrêt. Ce recours est jugé irrecevable, les faits nouveaux ne pouvant pas être invoqués dans la procédure de recours au Tribunal fédéral (art. 99 al. 1 LTF) ; le TF précise que, s'agissant d'un vrai *nova*, le *split* des actions ne pourrait être pris en considération qu'au stade de l'exécution (cons. 7.3.2).

## III. Analyse

Cette affaire met en évidence que s'agissant de litiges relatifs aux conséquences d'un licenciement sur les prestations découlant d'un plan d'intéressement, les cas de figure peuvent être très différents. Ainsi, le plaideur doit se poser la question de savoir si les conditions sont remplies pour agir en responsabilité (et réclamer des dommages-intérêts) ou s'il doit agir en exécution du plan (et réclamer la délivrance des actions) (*infra* b) et veiller – si l'exécution du plan est toujours possible – à effectuer en temps utile les démarches formelles prévues par le plan (*infra* c). Préliminairement, il convient de préciser le cadre (limité) des questions juridiques examinées par le Tribunal fédéral (*infra* a). Au surplus, la question procédurale traitée au considérant 7.3 et les conséquences éventuelles du *split* ne font pas l'objet du présent commentaire.

a) Le cadre juridique restreint de la problématique traitée dans l'arrêt analysé

Selon la jurisprudence, lorsque l'employeur fournit des prestations variables dans le cadre d'un plan d'intéressement, il y a lieu de distinguer si ces prestations doivent être qualifiées de salaires (variables) ou de gratifications (art. 322d CO), sur la base des mêmes critères de distinction que pour un bonus en espèces. En effet, lorsque les avantages prévus par le plan d'intéressement constituent un élément du salaire (et non une gratification), les clauses prévoyant la perte des positions en cours lors de la résiliation des rapports de travail peuvent se révéler contraires aux règles impératives de droit du travail, ce que n'exclut pas le fait que le plan d'intéressement soit mis en œuvre par l'intermédiaire d'une autre société du groupe que l'employeuse<sup>9</sup>.

Dans l'arrêt analysé ici, le TF n'a pas examiné si les options attribuées à l'employé devaient être qualifiées de salaire variable ou de gratification. Comme indiqué dans l'arrêt cantonal, cette question était dépourvue d'effet, les juges ayant considéré que le demandeur remplissait les conditions posées par le plan de participation pour se voir allouer les actions<sup>10</sup>.

b) Prétention en dommages-intérêts pour cause d'inexécution en lieu et place de la délivrance des actions ?

En dehors de la question du *split* des actions (intervenue ultérieurement et qui n'est pas examinée ici), la Cour d'appel civile (CACI) a jugé que le demandeur ne pouvait pas prétendre à des dommages-intérêts correspondant à la valeur des actions à une date précise (qu'il réclamait à titre principal), mais seulement à la délivrance des actions (qu'il réclamait à titre subsidiaire)<sup>11</sup>. Pour la CACI, le demandeur ne disposait pas d'une prétention en dommages-intérêts fondée sur l'art. 97 CO dans la mesure où l'exécution par les défenderesses de leur obligation de lui remettre les actions de la société détentrice, cotée en bourse, n'était pas impossible. Appliquant ensuite les règles sur la demeure (art. 107 ss CO, relatifs aux contrats bilatéraux), la CACI a retenu que s'il entendait obtenir non pas l'exécution, mais y renoncer et demander en lieu et place des dommages-intérêts, le demandeur aurait dû faire une déclaration immédiate en ce sens conformément à l'art. 107 al. 2 CO<sup>12</sup>. Le TF n'a pas revu cette motivation, qui n'était pas contestée devant lui.

Il convient ainsi de garder à l'esprit que la détermination de la nature de la prétention susceptible d'être obtenue en justice (en délivrance des actions ou en dommages-intérêts) n'est pas laissée au libre choix du demandeur, mais dépend notamment de l'interprétation du plan d'intéressement et de ses conditions. Si, selon la position soutenue par l'employé (ici l'absence de « faute grave »), l'exécution du plan est encore possible malgré la fin des rapports de travail, il ne peut pas sans autre renoncer à l'exécution en nature.

---

<sup>9</sup> TF 4A\_513/2017 du 05.09.2018, cons. 6.2 et 6.3 ; ATF 131 III 615, cons. 3, 5.3, 6.1 ; RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2019, p. 1245 ; AURÉLIEN WITZIG, *Droit du travail*, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 446 ; AURÉLIEN WITZIG, *La fin des rapports de travail du banquier : concurrence et bonus*, RSDA 2020, pp. 127-137, spéc. pp. 131 ss ; LUCA URBEN, *La rémunération des dirigeants en droit suisse de la société anonyme*, Lausanne 2015, pp. 229 ss.

<sup>10</sup> Arrêt CACI, cons. 7.1.

<sup>11</sup> Arrêt CACI, cons. 7.3.7.

<sup>12</sup> Arrêt CACI, cons. 7.3.7 et 7.4.5.

Comme cela a été jugé en l'espèce, en présence d'un plan d'intéressement ne prévoyant la déchéance des options qu'en cas de licenciement pour faute grave ou de démission de plein gré, l'employé licencié ne perd pas le droit d'exercer ses options si l'employeuse (et/ou la société détentrice) ne parvient pas à démontrer l'existence d'une telle circonstance (faute grave ou démission de plein gré). Ainsi, le droit à la délivrance des actions (moyennant le versement du prix d'exercice) ne découlait pas en l'espèce de l'application des règles de droit du travail (telle que l'art. 337 CO<sup>13</sup>) ni de la fiction de l'art. 156 CO, mais de la simple prétention en exécution d'une obligation contractuelle<sup>14</sup>.

Tout en précisant que cela n'était pas l'objet de l'arrêt examiné, il ne paraît pas exclu de tenter de faire valoir, en sus de la délivrance des actions, la réparation d'un éventuel dommage pour cause d'exécution tardive (art. 103 CO).

### c) Exercice des droits d'option parallèlement à la procédure judiciaire

Cette affaire met également en évidence que, lorsque l'exécution du plan est encore possible et qu'il n'a pas valablement renoncé à cette exécution dans le contexte de l'application de l'art. 107 al. 2 CO, l'employé demandeur doit manifester sa volonté d'exercer ses options avant l'échéance fixée dans le plan. A cet égard, il est rappelé que selon la doctrine, le droit d'option est un droit formateur ; à ce titre, il est irrévocable, inconditionnel et indivisible<sup>15</sup>. Son exercice ne requiert pas le consentement de l'émetteur du plan d'intéressement, mais une manifestation unilatérale de volonté du titulaire du droit d'option, dite « exercice du droit d'option », à laquelle l'émetteur ne saurait faire obstacle par un refus<sup>16</sup>.

Sur ce point, le TF rappelle dans l'arrêt analysé ici que les actes de procédure peuvent contenir des manifestations de volonté de droit privé ayant le caractère d'acte formateur (p. ex. l'exception de compensation) (cons. 7.2.2.2). Il paraît néanmoins recommandé de se conformer aux exigences formelles précisées dans le plan de participation, en effectuant la déclaration d'exercice idoine hors du seul cadre procédural (comme l'employé l'avait fait pour le plan 2010/2011, avant d'ouvrir action). L'exercice du droit d'option est en effet soumis à certaines modalités formelles qui répondent aux exigences du droit des sociétés et qui sont réglées dans le plan d'intéressement<sup>17</sup>, étant également précisé que la société à laquelle la déclaration d'exercice doit être adressée peut être différente de la société employeuse, notamment lorsqu'au sein d'un groupe, la réalisation du plan d'intéressement est confiée à la société-mère<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> La formulation utilisée par le TF qui traite de la participation du demandeur au plan de participation sous l'angle des « conséquences financières du licenciement injustifié » paraît ambiguë (considérant 7, 1<sup>re</sup> phrase). Le raisonnement est clarifié par la suite, le TF confirmant qu'en l'absence de faute grave, le demandeur n'a pas perdu ses droits d'option (cons. 7.1) et écartant les griefs des défenderesses selon lesquels le demandeur ne les aurait pas valablement exercés (cons. 7.2).

<sup>14</sup> Sur la nature juridique du contrat d'option (qui est controversée), cf. URBEN, *op. cit.*, pp. 212 s. Selon la théorie retenue, l'obligation de remettre les actions après l'exercice du droit d'option découle soit du contrat d'option lui-même, soit d'un second contrat (d'achat d'actions) intervenu par l'exercice du droit d'option.

<sup>15</sup> WYLER/HEINZER, *op. cit.*, p. 1241 ; CHRISTOF HELBLING, *Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 160.

<sup>16</sup> URBEN, *op. cit.*, pp. 210 s. et nbp 1084.

<sup>17</sup> CHENAUX/DUMMERMUTH, *Les plans d'intéressement*, Lausanne 2014, pp. 14, 35, 38 ; CR CO II-ZEN-RUFFINEN/URBEN, N. 2 et 3 ad art. 653e CO.

<sup>18</sup> WITZIG, *Droit du travail, op. cit.*, p. 446.

Si, en l'espèce, le TF a confirmé que les conclusions prises par le demandeur dans ses écritures antérieures à l'échéance du 31 décembre 2016 valaient manifestation de sa volonté d'exercer ses droits d'options découlant du plan 2012 et que les défenderesses ne pouvaient de bonne foi se prévaloir du non-respect des exigences formelles au vu des circonstances du cas d'espèce, il paraît prudent de se conformer, parallèlement à la procédure judiciaire, aux conditions formelles prévues par le plan d'intéressement, puis de l'alléguer en procédure.