



Article scientifique

Article

2020

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La fin des rapports de travail du banquier : concurrence et bonus

Witzig, Aurélien

How to cite

WITZIG, Aurélien. La fin des rapports de travail du banquier : concurrence et bonus. In: Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, 2020, vol. 92, n° 2, p. 127–137.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:138237>

La fin des rapports de travail du banquier : concurrence et bonus

Aurélien Witzig*

The end of the banker's working relationship is sometimes conflicting. The sticking points generally concern non-competition clauses and the payment of bonuses. The purpose of this article is to set out the rules applicable in this area in a way that both presents the legal principles and promotes practical solutions. In particular, the possibility of imposing a non-competition clause

on the employee because of their knowledge of the bank's clientele and the various issues surrounding the legal qualification of bonuses, as well as acceleration, forfeiture and reimbursement clauses in profit-sharing plans, and the reconciliation of private law principles and the administrative requirements imposed by FINMA will be examined.

Table des matières

Introduction

- I. L'activité concurrente du banquier à la fin des rapports de travail
 - 1. Les limites à la préparation d'une activité concurrente
 - 2. Le régime de la clause de non-concurrence du banquier
- II. Le bonus du banquier à la fin des rapports de travail
 - 1. Aspects de droit privé
 - 2. Aspects de droit public

Conclusion

Introduction

La fin des rapports de travail fait cesser l'échange synallagmatique entre la prestation de travail et la rémunération. Toutes les obligations des parties ne s'arrêtent pas pour autant. Deux registres continuent souvent à produire des incidences, au moment même ou après le départ du collaborateur : l'*activité concurrente* (I) et les *bonus* (II). La présente contribution vise à présenter ces deux aspects, qui revêtent une importance particulière pour les banquiers qui quittent leur emploi, comme pour les banques qui voient leurs employés partir.

I. L'activité concurrente du banquier à la fin des rapports de travail

Malgré la fin des rapports de travail, le travailleur reste astreint à diverses obligations en faveur de son

ancien employeur, du seul fait de la loi : il s'agit notamment du *devoir de confidentialité*, qui s'impose à tout travailleur qui quitte un employeur (art. 321a, al. 4, *in fine* CO : le travailleur «est tenu de garder le secret même après la fin du contrat en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur»).

Précisons toutefois que le devoir de confidentialité s'étend aux affaires elles-mêmes, et non à l'expérience professionnelle acquise, de manière générale, par l'employé¹. L'idée est que le travailleur ne soit pas empêché de mettre en œuvre son savoir-faire, en tant qu'il est désormais attaché à sa propre personne. Pour déterminer concrètement le devoir de confidentialité, il convient donc de mettre en balance l'intérêt de l'employeur au maintien de son entreprise et l'intérêt du travailleur à son avenir professionnel². Autrement dit, le droit n'empêchera pas un travailleur de mettre à profit, auprès de nouvelles personnes, l'expérience qu'il a gagnée au service des clients de la banque qu'il quitte, à condition qu'il garde secrets les noms des clients et les caractéristiques propres aux opérations menées pour ces derniers.

Parmi les obligations qui pèsent sur le travailleur, il faut également mentionner le *secret bancaire*, dont est redevable toute personne qui en a été, à un moment donné, dépositaire, qu'elle ait conservé son emploi ou qu'elle l'ait quitté (art. 47, al. 4 LB : «La violation du secret professionnel demeure punissable alors même que la charge, l'emploi ou l'exercice de la profession a pris fin.»). Cette règle s'applique désormais à tous les établissements financiers (art. 69, al. 4 LEFin).

Au-delà de l'obligation de confidentialité qui perdure donc en toute hypothèse, le *devoir de loyauté* du travailleur (art. 321a CO) lui impose de ne pas

* Docteur en droit, avocat, chargé d'enseignement aux Universités de Genève et de Neuchâtel.

¹ JAR 2008 497.

² TF, 4C.383/1991.

concurrencer son employeur tant que son contrat de travail n'est pas terminé. Ainsi, ce devoir enjoint le travailleur à s'abstenir de tout comportement susceptible de léser l'employeur dans ses intérêts légitimes.

Cela dit, dans la phase où il prépare son départ de la banque (qu'il ait été licencié ou qu'il envisage de démissionner), l'employé cherche parfois à créer une entreprise ou un projet professionnel concurrent de celui de son employeur. Il convient donc de déterminer les *limites juridiques des préparatifs d'une nouvelle activité*, lorsque l'emploi dure encore (1).

En outre, même une fois que l'employé a quitté la banque, son droit de faire concurrence à son ancien employeur peut être restreint contractuellement, par une *clause de non-concurrence*, dont il s'agira aussi de dessiner les contours (2).

1. Les limites à la préparation d'une activité concurrente

Le Tribunal fédéral reconnaît qu'il est légitime qu'un employé fasse des préparatifs, dès avant la fin de son rapport de travail, en vue d'une nouvelle activité qu'il exercera une fois le contrat terminé³. En effet, toute personne a le droit de préparer sa future activité économique. Néanmoins, si les préparatifs, en tant que tels, sont admissibles, un véritable détournement de la clientèle de l'employeur ne l'est pas. La difficulté revient donc à tracer la limite entre les *préparatifs* (légitimes) et le *détournement de clientèle* (illégitime). Le critère pour établir cette limite réside dans le devoir de loyauté du travailleur, qui lui enjoint de favoriser le plus possible la réussite de l'entreprise de laquelle il perçoit une rémunération.

Concrètement, il est interdit au travailleur de concurrencer directement son employeur alors qu'il travaille encore pour lui⁴ (du moins tant qu'il reçoit une rémunération de sa part), notamment en lançant des activités par l'intermédiaire d'une entreprise directement concurrente à celle de l'employeur, en débauchant des collaborateurs pour les engager dans une telle entreprise⁵, ou en détournant purement et simplement la clientèle. A l'inverse, le Tribunal fédéral estime que « ne viole pas son devoir de fidélité le travailleur qui, tout en exécutant la totalité du travail

qui lui a été confié, fonde, alors qu'il est encore sous contrat, une raison individuelle dont l'activité ne commencera qu'après l'extinction des rapports de travail et ne fera pas concurrence à l'ancien employeur »⁶.

Si l'activité projetée fait concurrence à l'ancien employeur, elle doit être jugée sous l'angle d'une éventuelle clause de non-concurrence. En l'absence d'une telle clause, le travailleur peut librement préparer l'entreprise concurrente, tant qu'il ne la lance pas avant la fin de son rapport de travail. Dans un tel cas, le travailleur est en droit de faire connaître sa nouvelle entreprise et d'en vanter les prestations, après la fin du rapport de travail⁷. Il se trouve alors dans la même situation que n'importe quel autre concurrent de son ancien employeur, le rapport de travail – désormais terminé – n'affectant plus sa liberté.

L'employeur peut sanctionner l'employé qui ne respecterait pas les limites susmentionnées en le licenciant – sans commettre d'abus et même, dans les cas les plus graves, avec effet immédiat –, voire en engageant sa responsabilité contractuelle, aux conditions spécifiques de l'article 321e CO.

2. Le régime de la clause de non-concurrence du banquier

Il existe, en droit suisse, une admission de principe des clauses de non-concurrence. Toutefois, comme ce genre de clauses répugne à la liberté économique consacrée par les droits fondamentaux, elles sont soumises à des conditions de forme, de validité et de mise en œuvre assez strictes (cf. art. 340 ss CO). Si ces conditions ne sont pas remplies, le travailleur est libre de concurrencer son ancien employeur, dans le respect des règles qui sanctionnent – de manière générale – la concurrence déloyale⁸.

La clause de non-concurrence peut porter sur le développement et l'exercice de l'activité concurrente

⁶ ATF 117 II 72.

⁷ ATF 138 III 67, c. 2.3.5.

⁸ Il y aurait lieu de se demander si la combinaison de la propriété intellectuelle, de l'obligation de confidentialité et des règles contre la concurrence déloyale ne seraient pas suffisantes pour protéger les intérêts de l'employeur, au point qu'il soit renoncé au régime anti-libéral de la clause de non-concurrence en droit du travail. En toute hypothèse, il paraît étrange que l'abstention de concurrence ne soit pas obligatoirement rémunérée en droit suisse, à l'inverse de ce qu'exigent par exemple tant le droit allemand que le droit français.

³ TF, 4A_116/2018.

⁴ Cf. TF, 4A_297/2016.

⁵ ATF 104 II 28, JT 1978 I 514.

elle-même, mais aussi sur la non-sollicitation de clientèle⁹. L'interdiction de concurrence doit être justifiée soit par la connaissance de secrets de fabrication ou d'affaires (c'est-à-dire de questions techniques, organisationnelles ou financières, exclusives à l'entreprise¹⁰ et que l'employeur souhaite maintenir secrètes¹¹), soit par la connaissance de la clientèle de l'ancien employeur. Dans ce dernier cas, ce que craint l'employeur est la capacité du travailleur, grâce à sa connaissance des clients réguliers de l'entreprise et de leurs habitudes, à proposer des prestations analogues à celles de l'employeur et, partant, à les détourner de l'entreprise¹². Autrement dit, la clause de non-concurrence vise à protéger l'employeur contre le risque que le travailleur ne détourne à son profit les efforts de prospection et de maintien de la clientèle¹³.

Une problématique émerge ici : la clientèle est fondamentalement libre de choisir son fournisseur de service. Il paraîtrait donc illégitime qu'un employeur pût empêcher un ancien employé de fournir des services à des clients, du moins lorsque la composante personnelle de la relation entre fournisseur de service et client est prépondérante. Autrement dit, lorsque les prestations fournies sont marquées principalement par des compétences personnelles, ces dernières apparaissent généralement plus importantes, dans le choix du client, que l'identité de l'entreprise¹⁴. Ce choix doit donc être préservé en faveur du client. Une clause de non-concurrence, qui empêcherait un ancien employé d'offrir ses services à un client, ne se justifie plus. Elle n'est dès lors plus valable (art. 340, al. 2 CO) et doit être écartée comme inapplicable.

Concrètement, cela signifie que, lorsque le client est intéressé davantage par la personnalité du travailleur que par l'établissement dans lequel il officie, une clause de non-concurrence fondée sur la connaissance de la clientèle ne devrait plus produire d'effets. Autrement dit, lorsque le client est attaché à la personne même du banquier, du médecin, de l'avocat, etc., quel que soit l'établissement au sein duquel ce dernier exerce, alors l'employé devrait pouvoir continuer à proposer ses services à ce client, même s'il change d'entreprise.

La jurisprudence a précisé cette idée de la façon suivante :

- Justifient une clause de non-concurrence la connaissance des clients réguliers et de leurs habitudes (par exemple, en matière financière, leur appétence au risque, le type de placements qu'ils affectionnent), ainsi que la facilité à proposer des prestations analogues à celles de l'employeur (par exemple, le même genre d'investissements), à condition que le client soit davantage attaché à l'établissement qu'à l'employé¹⁵.
- À l'inverse, ne justifient pas une clause de non-concurrence le rapport personnel noué entre le travailleur et le client, tout comme l'existence de prestations fournies en considération, essentiellement, des capacités propres du travailleur (notamment lorsque l'entreprise fournit, certes, une infrastructure, mais que les capacités désirées par les clients pourraient tout aussi bien être exercées dans une autre infrastructure, par le même employé)¹⁶.

De manière explicite, le Tribunal fédéral a jugé qu'« au même titre que le fait de confier sa santé à un médecin ou ses problèmes juridiques à un avocat, la relation nouée entre un gestionnaire de patrimoine et un client peut reposer sur une confiance absolue : ce rapport se construit au fil du temps et se renforce non seulement par les résultats obtenus, mais également par la disponibilité du gérant, sa capacité à rassurer le client et à régler d'éventuels problèmes »¹⁷. Autrement dit, dans une telle circonstance, les clients attachent davantage d'importance aux capacités personnelles de l'employé qu'à l'identité de la banque.

Les critères essentiels qui ressortent de la décision précitée pour définir la relation de confiance sont les suivants :

- le *temps passé* dans la relation entre client et banquier ;
- les *résultats obtenus* par le banquier en faveur du client ;
- la *disponibilité* du banquier ;
- son caractère *rassurant* du point de vue du client.

⁹ Cf. Aurélien Witzig, Droit du travail, Genève 2018, p. 343. TF, 4A.31/2010.

¹¹ TF, 4A_417/2008.

¹² Cf. TF, 4A_680/2015.

¹³ Cf. TF, 4A_468/2016.

¹⁴ ATF 138 III 67.

¹⁵ Par exemple pour un comptable (ATF 78 II 39 et OG/TG, RBOG 1986 n° 7).

¹⁶ Par exemple pour un professeur de danse (ATF 44 II 56), un professeur d'équitation (KG/ZG, ZG GVP 1993/94 p. 119), un professeur de musique (Locarno, JU-TRAV 2000 69).

¹⁷ TF, 4A_116/2018.

Ces critères ne sont pas nécessairement cumulatifs, mais ils peuvent se combiner pour construire l'image d'une relation entre client et gérant qui autorise ce dernier à continuer à proposer ses services même s'il doit pour cela concurrencer directement son ancien employeur.

Il convient donc de déterminer de quoi découle le préjudice pour l'ex-employeur qui veut interdire la concurrence : de l'exploitation de la seule connaissance de la clientèle ou, de manière prépondérante, des capacités personnelles du travailleur¹⁸, dans un rapport de confiance¹⁹ ? Seul le premier cas autorise une clause de non-concurrence fondée sur la clientèle, non pas le second.

L'existence d'une relation de confiance personnelle nouée par le gérant avec ses clients fait donc obstacle à l'effectivité d'une clause de non-concurrence. La loi ajoute une condition supplémentaire pour rendre effective une clause de non-concurrence : la connaissance de la clientèle doit risquer de causer un préjudice sensible à l'employeur (art. 340, al. 2 CO). La jurisprudence est même plus exigeante que les termes de la loi, puisqu'elle exige un préjudice non pas seulement « sensible », mais « considérable » : « La clause de non-concurrence ne saurait lier le travailleur lorsque fait défaut un rapport de causalité entre la connaissance de la clientèle et un dommage potentiel considérable pour l'employeur²⁰. » Même si le travailleur connaît les clients et n'a pas noué de relation de confiance personnelle avec eux, encore faut-il que le simple fait que l'ancien gérant les ait connus risque de causer un dommage considérable à l'employeur. C'est à ce dernier qu'il revient de convaincre les juges, par des éléments probants, du risque concret de survenance de ce dommage et de son montant prévisible.

Concrètement, le dommage consiste généralement en une perte de chiffre d'affaires importante, liée à la désertion des clients en faveur du concurrent. Pour que le dommage soit « considérable », il faut selon nous que la perte représente un pourcentage significatif du chiffre d'affaires, de l'ordre d'au moins 20% du chiffre d'affaires total de l'entreprise. Sauf à changer le sens des mots, il paraît difficile de parler de dommage « sensible » ou « considérable » à une échelle inférieure, sauf circonstances particulières.

En outre, rappelons que la clause de non-concurrence doit être convenablement limitée quant au lieu, à la durée (art. 340a, al. 1 CO) et au genre d'affaires²¹.

En synthèse, les conditions pour faire appliquer une clause de non-concurrence à un banquier qui quitte l'établissement sont nombreuses. Si la raison pour laquelle l'ancien employeur souhaite empêcher la concurrence est la connaissance de la clientèle, ce n'est licite que si la composante personnelle de la relation gérant-client n'est pas prépondérante ; autrement dit, l'établissement doit importer davantage au client que le travail effectué par le gérant.

Concrètement, nous tirons de la jurisprudence le principe selon lequel un banquier qui quitte un établissement peut envoyer un courrier d'information aux clients avec lesquels il entretenait des relations de confiance personnelle, pour leur dire où il se trouve désormais. En revanche, il doit s'abstenir d'envoyer de tels courriers tous azimuts, notamment à des clients avec lesquels il n'entretenait pas des relations personnelles.

II. Le bonus du banquier à la fin des rapports de travail

Le deuxième grand sujet qui préoccupe salariés et employeurs dans le domaine bancaire lors d'un départ de l'entreprise est la question des bonus. Ces bonus mettent en jeu des aspects tant de *droit privé* (1) que de *droit public* (2).

1. Aspects de droit privé

Il faut tout d'abord rappeler que le bonus n'est pas un terme juridique ; il convient donc de qualifier les différents éléments de rémunération en les classant dans chacune des trois catégories suivantes²² :

- *salaire contractuel*, dont le principe de versement est acquis et dont le montant est déterminé ou objectivement déterminable (par exemple au moyen d'une formule mathématique) ;
- *gratification contractuelle*, dont le principe de versement est acquis mais dont le montant peut varier selon une appréciation subjective de l'employeur ;

¹⁸ TF, 4A_116/2018.

¹⁹ CAPH/GE, JAR 2004 481.

²⁰ TF, 4A_286/2017.

²¹ Cf. TF, 4A_210/2018. Pour davantage de détails, cf. Witzig (n. 9), p. 341 ss.

²² Récemment, cf. TF, 4A_505/2018.

- *gratification discrétionnaire*, que l'employeur peut choisir de verser ou de ne pas verser, sous réserve du respect des règles sur la protection de la personnalité du travailleur, et de l'égalité entre hommes et femmes²³.

Le versement d'une gratification, contractuelle ou discrétionnaire, peut être soumis à des conditions, ce qui n'est pas admissible à l'égard du salaire contractuel. En effet, c'est l'essence même d'une gratification que d'être soumise à une condition (cf. la formulation légale de l'art. 322d, al. 2 CO: «En cas d'extinction des rapports de travail avant l'occasion qui donne lieu à la rétribution spéciale, le travailleur n'a droit à une part proportionnelle de cette rétribution que s'il en a été convenu ainsi.»). Selon le Tribunal fédéral, la protection de la capacité du salarié à se procurer un revenu «effectif» et «correspondant à la valeur de sa propre prestation» subsisterait entièrement dans l'hypothèse où ce ne serait qu'une rétribution exorbitante du salaire de base qui ne fût disponible qu'à terme ou grevée de conditions selon des modalités imposées par l'employeur²⁴.

À l'inverse, les éléments de salaire contractuel ne sauraient être soumis à des conditions. Cette règle vaut dès lors que l'élément de rémunération est contractuel, qu'il soit fixe ou variable, le caractère contractuel étant constitué par un accord sur le versement et un montant déterminé ou objectivement déterminable. Elle vaut également quelle que soit la forme sous laquelle se présente l'élément de rémunération: salaire, prime, bonus, plan d'intéressement (y compris par le moyen d'actions).

On constate donc toute l'importance qu'il y a à procéder à une qualification minutieuse de chaque élément de rémunération. Cette qualification permet de déterminer si l'élément de rémunération doit être versé de manière inconditionnelle, au même titre que le salaire de base, ou s'il peut être soumis à des conditions particulières, imposées par l'employeur. Le fait

que l'élément de rémunération soit versé sous forme de prime, de bonus, ou encore compris dans un plan d'intéressement (en actions, en options sur actions, en actions fantômes, etc.).

Pour être complet, il faut encore mettre à part les plans d'investissement. Ces derniers se distinguent des plans d'intéressement (qui eux peuvent représenter un salaire contractuel ou une gratification contractuelle ou discrétionnaire) en ce que le travailleur n'y investit pas en raison de son statut de travailleur, mais en tant qu'investisseur lambda, au prix du marché et sans avantage particulier. Dans ce contexte, le droit du travail est purement et simplement inapplicable²⁵. Le plan d'investissement est soumis aux règles contractuelles de droit commun avec les éventuelles particularités liées aux contrats de la pratique bancaire.

Nous allons à présent passer en revue les différents types de conditions que l'on rencontre régulièrement dans les contrats de travail des banquiers.

1.1 Condition de présence à une date déterminée

Parmi les conditions que l'on rencontre souvent dans le contexte bancaire, on trouve celles liées à la présence de l'employé au sein de la banque à une date déterminée, par exemple au 31 décembre ou à la clôture de l'exercice comptable. On trouve également celles liées à la non-résiliation du contrat à une date déterminée²⁶. De telles conditions ne posent pas de problèmes particuliers du point de vue juridique, sous réserve qu'elles ne représentent pas un engagement excessif (cf. art. 27, al. 2 CC). Elles sont donc admissibles à l'égard des gratifications.

1.2 Condition du bon comportement du travailleur

Sont également admissibles les conditions qui portent sur le bon comportement du travailleur, notamment lors de son départ de l'entreprise (clauses parfois qualifiées en anglais de «good leaver»), sous réserve que l'appréciation portée par l'employeur soit exempte d'arbitraire. Si le jugement porté par l'employeur sur le comportement du travailleur est entaché d'arbitraire, on peut considérer que c'est l'employeur qui a empêché l'avènement de la condition au mépris des règles de la bonne foi, et que la condi-

²³ S'y ajoute l'égalité de traitement entre ressortissants suisses et de l'Union européenne, hypothèse qui n'a pas encore été confirmée par le Tribunal fédéral (cf. Aurélien Witzig, Discrimination des travailleurs européens: l'abus de droit à la rescousse, Newsletter <droitdutravail.ch>, juin 2019 et Aurélien Witzig, L'introuvable effet direct du principe de non-discrimination des travailleurs européens, Newsletter <droitdutravail.ch>, avril 2019).

²⁴ ATF 131 III 615.

²⁵ Cf. Witzig (n. 9), p. 449 et les références citées.

²⁶ TF, 4C.426/2005, c. 5.1.

tion doit dès lors être considérée comme accomplie (cf. art. 156 CO). Autrement dit, le travailleur doit être considéré comme s'étant comporté suffisamment bien pour que l'élément de rémunération conditionnel lui soit octroyé.

1.3 Condition d'absence de licenciement pour faute grave

On rencontre également des conditions liées à l'absence de licenciement pour faute grave. Par exemple, l'élément de rémunération visé n'est accordé que si le travailleur n'a pas été licencié pour faute grave. Ce genre de condition est licite, sous réserve, ici aussi, que l'appréciation de l'employeur sur le comportement du travailleur soit exempte d'arbitraire.

Dans le cadre des *plans d'intéressement*, on trouve notamment trois sortes de clauses, comprenant des conditions implicites, qui sont plus délicates à mettre en œuvre : les clauses d'accélération (1.4), les clauses de déchéance (1.5) et les clauses de remboursement (1.6).

1.4 Les clauses d'accélération

Les clauses d'accélération se présentent généralement de la manière suivante : si le travailleur quitte l'entreprise, il est contraint d'exercer les options d'achat sur actions qu'ils lui ont été attribuées dans un délai assez court au moment de la fin du contrat de travail. La période de blocage entre l'attribution des options et le moment où l'exercice commence à être autorisé est alors réduite, de même que la durée de l'exercice elle-même.

Juridiquement, les clauses d'accélération représentent des conditions résolutoires, c'est-à-dire que le droit d'exercer les options est perdu s'il n'est pas utilisé dans un certain délai, dont le déclenchement est lié à la fin du contrat de travail.

La jurisprudence s'est montrée sceptique à l'égard des clauses d'accélération, si ces dernières devaient aboutir à ce que le travailleur, en échange de sa prestation de travail, ne reçoit plus aucune prestation ou une prestation dérisoire, *a fortiori* lorsqu'une clause du contrat habilite l'employeur à accélérer l'exercice des options et à limiter unilatéralement leur durée d'exercice. Ainsi, les prud'hommes genevois avaient jugé : « Par la décision unilatérale qu'il a prise et qui avait pour conséquence de limiter drastiquement le droit d'exercice des options, [l'employeur] a modifié

l'équilibre contractuel dans une mesure qui ne saurait être admise. »²⁷

À notre sens, il convient d'opérer les deux distinctions suivantes :

1° les clauses d'accélération, en tant que conditions résolutoires, sont admissibles si elles portent sur un élément de rémunération devant être qualifié de gratification (contractuelle ou discrétionnaire). Il est donc admissible de soumettre les gratifications contenues dans un plan d'intéressement à des clauses d'accélération.

2° la mise en œuvre de la condition résolutoire doit être faite *de bonne foi*. Concrètement, cela signifie qu'elle ne doit pas être consécutive à un licenciement abusif. Si le licenciement est abusif, alors le travailleur ne devrait pas être contraint d'exercer les options dans le délai d'accélération, ni de les perdre s'il ne les exerce pas.

En pratique, la situation est plus complexe que cela. En effet, au moment où le travailleur est licencié, il n'a souvent guère la certitude juridique que son licenciement soit abusif ou non. La vérité juridique sur ce point devra en effet résulter d'une procédure judiciaire dont la durée s'étendra généralement au-delà de la fin du droit d'exercice accéléré. Le salarié se trouvera généralement confronté à faire, dans la précipitation, le choix d'exercer ses options, puisque l'employeur a manifesté que la date d'exercice était désormais accélérée.

Le problème est que, s'il fait ce choix d'exercer les options, le travailleur risque d'entériner en quelque sorte la clause d'accélération. Alors que, juridiquement, si la condition résolutoire – autrement dit la clause d'accélération – est réputée nulle comme ayant été mise en œuvre de mauvaise foi par l'employeur, il faut replacer les parties dans la situation qui serait la leur si cette condition n'avait jamais été mise en œuvre. Donc, faire comme si la clause d'accélération n'avait jamais été brandie par l'employeur.

Dans une telle hypothèse, il est donc conseillé en pratique au travailleur de manifester formellement son opposition à la mise en œuvre de la clause d'accélération, et d'indiquer que, pour diminuer son dommage, il procédera tout de même à l'exercice des options, à charge pour l'employeur, si la mise en œuvre de la condition résolutoire est jugée de mauvaise foi par les juges, d'indemniser le travailleur à hauteur de

²⁷ TPH/GE, JAR 2003 150, c. 4.

la perte qu'il aura effectuée relativement à la différence entre le prix réel de l'action et le prix d'exercice prévu dans l'option qui aurait, par hypothèse, augmenté entre le moment de l'exercice contraint et le moment où l'exercice serait devenu possible sans l'intervention de la clause d'accélération. En termes juridiques, il revient au travailleur de montrer qu'il n'a pas consenti à la lésion (cf. art. 44 CO par analogie) malgré l'exercice des options, et que, au contraire, il a pris les mesures conservatoires nécessaires à préserver sa créance (cf. art. 152, al. 2 CO par analogie).

Le même raisonnement est applicable lorsque l'élément de rémunération contenu dans le plan d'intéressement et soumis à la clause d'accélération n'est pas une gratification mais du salaire, non susceptible d'être affecté par une condition.

1.5 Les clauses de déchéance

Les clauses de déchéance consistent généralement en ce que les options attribuées mais dont le moment d'exercice n'est pas encore advenu disparaissent au moment où le rapport de travail cesse. Juridiquement, cela signifie que la condition suspensive, constituée par l'existence du rapport de travail au moment de la date d'exercice, n'est jamais réalisée.

Puisque l'attribution d'une option dont le moment d'exercice est soumis à une condition suspensive ne représente pas un élément patrimonial concret, mais une simple créance conditionnelle, il nous paraît admissible d'admettre les clauses de déchéance – à condition que les options soient des gratifications et non des éléments du salaire contractuel, comme nous l'avons vu précédemment.

Encore faut-il que l'employeur n'empêche pas frauduleusement la survenance de la condition. Si tel devait être le cas, la condition serait réputée accomplie (art. 156 CO), autrement dit le rapport de travail serait considéré comme existant toujours au moment de l'exercice prévu de l'option.

On se trouve typiquement en présence d'un empêchement frauduleux de la survenance de la condition suspensive lorsque le licenciement du travailleur est abusif ou que le licenciement immédiat est injustifié. Ainsi a-t-il été jugé que, lorsque l'exercice d'options de collaborateur dépend de la condition que le contrat de travail soit encore en vigueur à la date d'exigibilité, l'intéressé a droit à la réparation du préjudice correspondant à la valeur des options si l'em-

ployeur a empêché l'avènement de la condition en procédant à un licenciement abusif²⁸.

Dans l'affaire en question, le salarié, gérant de fortune dans une filiale d'un groupe américain, avait signé un contrat dont une clause lui permettait de participer à un programme d'acquisition d'options sur actions, en fonction du résultat de l'entreprise et de sa performance individuelle. Après presque deux ans de travail, le salarié s'était vu offrir des options sur les actions de la société-mère de son employeur. Ces options ne pouvaient être exercées que de façon différée, à raison de tranches de 20%, la première venant à maturité un an après cet octroi, la deuxième, deux ans après, et ainsi de suite pendant cinq ans. Deux ans après l'octroi des options, l'employeur avait licencié le salarié, qui ne pouvait plus exercer ses options. Or, le licenciement ayant été jugé abusif, le salarié devait être rétabli dans ses droits : il pouvait exercer les options dès la fin des rapports de travail²⁹.

Par ailleurs, si les parties n'ont prévu, contractuellement, la déchéance des options qu'en cas de licenciement justifié (et non en cas de simple licenciement), cette clause impose à l'employeur de prouver que le licenciement n'est non seulement pas abusif mais encore qu'il est justifié³⁰.

La condition de présence du salarié à une date déterminée peut faire défaut également en cas de démission du salarié³¹. Du point de vue de l'article 156 CO, une démission justifiée, qu'elle soit donnée avec effet immédiat ou en respectant le délai de résiliation ordinaire, doit être considérée comme un acte empêchant, par la mauvaise foi de l'employeur, l'avènement de la condition. La jurisprudence a confirmé cette approche à l'égard d'une « prime de fidélité », dont le

²⁸ TF, 4C.97/2006, DTA 2006 271, JAR 2007 270, c. 4.

²⁹ Cf. Également : AG/BS, BJM 1972 201 ; OG/ZH, ZR 2003 N 5, JAR 2003 300 ; *Ullin Streiff/Adrian von Känel/Roger Rudolph*, Arbeitsvertrag : Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7^e éd., Zurich 2012, N 4 ad art. 322b CO ; *Adrian Staehelin*, Zürcher Kommentar, N 18 ad art. 322d CO ; *Andreas Abegg*, Neues und Bewährtes vom Bundesgericht zur Abgrenzung von Lohn und Gratifikation und dem entsprechenden Anspruch pro rata temporis, Jusletter 12 octobre 2009 ; *Karin Meyer*, Pro-rata-Anspruch bei Boni zwingend ?, Revue de l'avocat 2013/5 218.

³⁰ TF, 4A_356/2011, c. 8.4.

³¹ CAPH/GE, in *Gabriel Aubert* (éd.), Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, Lausanne 1984, n° 106. Il peut arriver à l'inverse que la démission représente contractuellement l'évènement déclencheur de l'octroi d'une prime de départ : TF, 4A_192/2007, c. 5.

versement était subordonné à la condition qu'un fonctionnaire fût encore au service de l'État à la fin de la période déterminante pour son calcul³². Dans cette circonstance, le salarié doit prouver le caractère justifié de sa démission, autrement dit il doit prouver qu'on ne pouvait raisonnablement exiger de lui qu'il maintienne la relation de travail. Pour juger de la situation, on s'inspirera utilement de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 340c, alinéa 2 CO, qui consacre la notion de démission pour un motif justifié imputable à l'employeur³³.

L'article 156 CO s'applique également, par analogie, lorsqu'une partie provoque l'avènement de la condition en sa faveur contrairement aux règles de la bonne foi³⁴. C'est le cas lorsque le salarié refuse une modification contractuelle qui respecte pourtant toutes les conditions du congé-modification, c'est-à-dire que la modification est objectivement justifiée. En fonction des circonstances, la gratification peut alors être supprimée. Toutefois, dans une affaire où le contrat prévoyait l'octroi d'une prime si aucun « poste équivalent » à son ancien poste ne pouvait être proposé à un travailleur, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'y avait pas mauvaise foi de sa part, vu les circonstances, alors même qu'il s'était montré restrictif à l'égard du nouveau poste : la condition s'était donc accomplie de manière régulière et la prétention du travailleur à l'octroi de la prime était légitime³⁵.

1.6 Les clauses de remboursement

Les clauses de remboursement visent à exiger du travailleur qu'il rétrocède une partie de sa rémunération si certaines conditions surviennent, par exemple : licenciement, démission, faute grave, perte importante de l'entreprise, etc.

De telles clauses posent de grands problèmes juridiques en regard du régime protecteur du droit du travail, que l'élément de rémunération versé mais menacé par un remboursement soit contractuel ou discrétionnaire. Ainsi :

- Il a été jugé qu'une clause de remboursement représentait un *engagement excessif*, obligeant le

travailleur à ne pas démissionner et à demeurer au service de l'employeur de peur de perdre une partie de sa rémunération (art. 2 et 27 CC)³⁶.

- En outre, une clause de remboursement heurte de plein fouet le principe selon lequel le travailleur doit être rémunéré dès lors qu'il a rempli son obligation de moyens consistant à mettre sa force de travail au service de l'employeur durant un temps déterminé, sa *responsabilité* ne pouvant être engagée qu'aux conditions strictes de l'article 321e CO.
- De plus, le travailleur est *libre de disposer de sa rémunération* (art. 323b, al. 3 CO) comme bon lui semble. L'éventualité d'un remboursement contredit cette liberté, puisque le travailleur est alors contraint de conserver sa rémunération pour la rétrocéder à l'employeur. Il ne peut donc en disposer librement.

Certains auteurs estiment pourtant qu'une clause de remboursement devrait être possible si trois conditions sont cumulativement respectées. En premier lieu, le remboursement doit être spécifiquement prévu : l'employeur doit l'avoir expressément stipulé lors de l'octroi de la gratification ou il doit être en mesure de prouver que le salarié ne pouvait, de bonne foi, ignorer que cette condition existait³⁷. En deuxième lieu, le remboursement ne doit être opéré que *pro rata temporis*, c'est-à-dire que le temps passé au service de l'employeur après l'octroi de la gratification doit garantir l'acquisition définitive de la part correspondante. En troisième lieu, le remboursement n'est possible que si la gratification avait le caractère d'un encouragement pour le futur³⁸. En tout cas, la partie

³⁶ CAPH/GE, SJ 1989 666.

³⁷ On peut, à juste titre, se demander si ce principe de bonne foi est suffisant pour équivaloir à un accord de volonté.

³⁸ Pierre Tercier/Pascal Favre, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Genève/Zürich 2009, p. 510 ; synthèse par Marie-Gisèle Danthe, in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éd.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013, N 31 ad art. 322d CO ; Jean-Louis Duc/Olivier Subilia, *Droit du travail*, 2^e éd., Lausanne 2010, N 31 ad art. 322d CO. Voir également sur le sujet : Raoul Bussmann, *Rückzahlungsklauseln bei freiwilligen Leistungen des Arbeitsgebers*, thèse, Zurich 1977, p. 23. Pour une synthèse, voir Roger Rudolph, *Focus : Développements récents en matière de bonus en droit du travail*, TREX 2011 98, 102.

³² ATF 100 Ia 322, c. 5.

³³ Voir les décisions topiques : ATF 130 III 353, c. 2.2.1, JdT 2005 I 12 ; TF, 4C_13/2007, DTA 2007 169, c. 4.2 ; TF, 4A_468/2017, c. 2.

³⁴ ATF 109 II 20, c. 2a ; TF, 4C.38/2007, c. 3.4.

³⁵ TF, 4C.38/2007, c. 3.5

de la gratification qui correspond à la rémunération des services déjà effectués ne peut être remboursée³⁹.

Une juridiction cantonale a par exemple admis le principe d'une clause résolutoire portant sur une gratification, à condition qu'il s'agisse d'un accord bilatéral et non d'une simple prérogative que se réserverait l'employeur⁴⁰.

Pour notre part, nous estimons qu'aucun remboursement ne devrait être mis à la charge du travailleur relativement à une rémunération variable contractuelle ou à une gratification, sauf cas spécifique comme des frais de formations non obligatoires⁴¹, une indemnité de licenciement pour atténuer la période de chômage⁴², un trop-perçu consécutif à un acompte sur la rémunération⁴³, ou d'autres situations analogues. En effet, nous ne voyons pas l'intérêt qu'aurait l'employeur à accorder une gratification, pour ensuite en réclamer le remboursement. En effet, l'employeur n'est jamais tenu d'accorder une gratification discrétionnaire. S'il décide de le faire, c'est forcément de son plein gré. Quant à la gratification contractuelle, il est toujours possible d'en faire varier le montant en fonction des circonstances pertinentes. Les restrictions que les promoteurs du remboursement de la gratification sont obligés d'apporter à leur position de principe ne font que compliquer outrageusement la situation. Le risque de conflit n'en est que renforcé. La sécurité juridique, qui avantage tant l'employeur que le travailleur, commande donc de s'en tenir à la règle simple de l'interdiction du remboursement de la gratification. En définitive, l'employeur peut parfaitement atteindre le même objectif que celui qui préside à l'instauration d'une clause de remboursement par la mise en place d'une prime de fidélité, versée en plusieurs tranches étalées dans le temps. Dans ce cas, la rémunération est définitivement acquise au travailleur, qu'on ne cherche plus à appâter par l'annonce d'une somme mirobolante, mais qu'on traite plutôt comme un cocontractant libre et responsable⁴⁴.

2. Aspects de droit public

Dans une préoccupation tout à fait légitime pour éviter les prises de risque systémique dans les établissements financiers, la FINMA a édicté une circulaire (2010/01), comportant les «normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers»⁴⁵. Cette circulaire limite les indemnités de départ à des cas motivés, fixés par le règlement de rémunération (§ 47). Elle exige qu'une partie de la rémunération du travailleur ne soit exigible qu'ultérieurement (§ 53) et que son montant final varie en fonction des résultats ultérieurs de l'entreprise (§ 54). Elle prévoit aussi qu'une partie de la rémunération puisse être révoquée, si cela sert la prise de conscience des risques et la durabilité tout en étant proportionné au but à atteindre, lorsque des pertes ont été réalisées dans le champ de responsabilité du travailleur (§ 55). Par «révoquer», nous entendons que la condition suspensive d'absence de pertes dues à une prise de risque non excessive, imposée à l'élément de rémunération concerné, n'est pas remplie et que, dès lors, cette rémunération ne doit pas être octroyée⁴⁶. Il ne s'agit pas de demander au travailleur de rembourser une rémunération déjà perçue, puisque, comme nous venons de le voir, cela heurterait de plein fouet le principe impératif de libre disposition du salaire⁴⁷.

Nous n'avons guère connaissance d'affaires ayant donné lieu à des applications concrètes de ces principes. La plus intéressante selon notre perspective concernait une grande société active dans le domaine des assurances : les membres du conseil d'administration et de la direction de diverses sociétés avaient prévu d'octroyer des commissions pour récompenser des acquisitions, ainsi que des indemnités de départ. En outre, les indemnités de départ étaient augmen-

³⁹ Manfred Rehbindler/Jean-Fritz Stöckli, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Berne 2010, N 18 ad art. 322d CO.

⁴⁰ Bezirksgericht Uster, JAR 1981 256.

⁴¹ TF, 4A_616/2001, c. 4, DTA 2012 171; TF, 4D_13/2011, c. 2.3, DTA 2011 199, JAR 2012 190.

⁴² TAF, A-6884/2009.

⁴³ ATF 126 III 119, c. 3c, JT 2000 I 630, JAR 2001 195.

⁴⁴ Pour davantage de précisions, cf. Witzig (note 9), p. 470–471.

⁴⁵ Le champ d'application de la circulaire est précisé aux paragraphes 4 à 10.

⁴⁶ Dans le même sens: Julien Waeber, Circulaire FINMA 2010/1 sur les systèmes de rémunération : des obstacles en droit civil?, RSDA 2012 130 : «A notre sens, il faut comprendre par «révoquer» diminuer ou supprimer des droits attribués, mais dont l'exigibilité est bloquée pendant un certain délai. Une fois que le droit a été exercé ou perçu, nous interprétons la Circulaire comme n'imposant pas au collaborateur une obligation de restitution.»

⁴⁷ Du même avis: Benoît Chappuis, Bonus des dirigeants : la jurisprudence du Tribunal fédéral à l'épreuve des règles de la FINMA, in Pascal Pichonnaz/Franz Werro (éd.), La pratique contractuelle 2, Genève 2011, p. 115.

tées pour permettre aux dirigeants de bénéficier d'une retraite anticipée. La FINMA, après étude du système de rémunération ainsi mis en place, a considéré qu'il n'était pas admissible car il incitait à prendre des risques pour l'avantage personnel des bénéficiaires. Elle estimait en outre qu'il y avait une double rémunération : au salaire de base s'ajoutaient des primes et divers suppléments. Au total, le système n'était pas transparent, et poussait les intéressés à prendre des décisions défavorables aux sociétés. Les indemnités de départ étaient d'autant moins justifiées que les dirigeants avaient perçu des revenus de l'ordre de deux millions de francs par an. Les principes de gouvernance en matière de rémunération étaient ainsi incompatibles avec les exigences légales en matière de gestion des risques et incompatibles avec la garantie d'une activité irréprochable, exigée par la loi. En raison d'autres manquements également, la FINMA a donc imposé diverses mesures à cette entreprise, à juste titre selon les juges⁴⁸.

Si la sanction de l'entreprise du point de vue du droit public est acquise en cas de violation constatée par la FINMA de la circulaire, la situation est plus compliquée lorsqu'on la met en regard du droit privé. Il se pose alors la question de la compatibilité de l'échéance différée de la rémunération, qui s'oppose à l'article 339, alinéa 1 CO qui rend exigibles toutes les créances à la fin du contrat de travail (« À la fin du contrat, toutes les créances qui en découlent deviennent exigibles. »)⁴⁹, et de la possibilité de remboursement, contraire au principe de libre disposition de la rémunération consacré à l'article 323b, alinéa 3 CO (« Les accords sur l'utilisation du salaire dans l'intérêt de l'employeur sont nuls. »), voire des dispositions sur la responsabilité du travailleur (art. 321e CO)⁵⁰.

À notre sens, une conciliation du droit public de la surveillance financière et du droit privé du travail est possible, à trois conditions :

- Premièrement, les exigences posées par la circulaire de la FINMA doivent porter sur des éléments de rémunération qualifiés de gratification

et non de salaire de base⁵¹. Il convient, pour ce faire, de veiller à la formulation des éléments de rémunération en question dans le contrat de travail. En outre, rappelons que, sous l'angle du principe d'accessorité, la gratification peut représenter jusqu'à cinquante pour cent de la rémunération totale pour les revenus moyens et supérieurs – c'est-à-dire compris entre une et cinq fois le salaire médian annuel suisse (de 75 000 francs à 375 000 francs environ)⁵² –, et n'est pas limitée en pourcentage du revenu total au-delà de 375 000 francs par an⁵³.

- Deuxièmement, l'échéance différée de la rémunération doit être contractualisée : il convient de préciser, dans un document contractuel, qu'une partie de la gratification sera différée, même en cas de départ⁵⁴. Cette exception à l'article 339 CO serait acceptée en référence au droit administratif, même s'il est de rang inférieur à la loi, en tant qu'il est censé appliquer fidèlement d'autres normes de rang légal (la circulaire 2010/01 de la FINMA s'autorise de diverses bases : art. 7, al. 1, let. b LFINMA, art. 3, al. 2, let. a, 3b–3g LB, art. 22, 27, al. 1, 47, 67, 68, 75, 76 LSA, art. 10, al. 2, let. a LBVM et art. 13, 14, al. 1, let. c LPCC).
- Troisièmement, si le montant de la rémunération est amené à varier après la fin du rapport de travail, il ne doit varier que selon des critères objec-

⁵¹ Ou, à la rigueur, sur des formes de rémunérations variables complexes dont le résultat n'est connu qu'ultérieurement, cf. TF, 4A_380/2011, c. 5.1.4 et TF, 4A_270/2018, c. 2 en matière de *carried interests*. Allant dans le même sens que notre idée de privilégier les gratifications : *Zobl* (n. 50), N 625 ; *Waeber* (n. 46), 131. Voir également *Patrick R. Peyer/Roland Schaub*, *Umsetzung des FINMA-Rundschreibens « Vergütungssysteme » bei Banken – Variable Vergütungen im Spannungsfeld zwischen Regulierung und Zivilrecht*, RSJ 2011 155–157, qui proposent le concept d'accessorité différenciée pour répondre aux exigences de la FINMA (concept non retenu par la jurisprudence à ce jour). Pour une description des exigences de la FINMA et des formes de rémunérations correspondantes, cf. également *Franziska Bächler*, *Vergütungen von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern in Banken*, Berne 2012, N 208 ss.

⁵² Cf. <https://www.pxweb.bfs.admin.ch/pxweb/fr/px-x-0304010000_203/px-x-0304010000_203/px-x-0304010000_203.px>.

⁵³ ATF 141 III 407 ; TF, 4A_714/2016, c. 3.3 ; récemment : TF, 4A_173/2018, c. 4.1.1.

⁵⁴ Dans le même sens : *Rémy Wyler/Boris Heinzer*, *Droit du travail*, 4^e éd., Berne 2019, p. 193.

⁴⁸ TAF, B-5264/2015.

⁴⁹ *René Hirsiger*, *Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis*, Berne 2011, N 905–907 ; *Streich/von Känel/Rudolph* (n. 29), N 9 ad art. 322d.

⁵⁰ *Christoph Zobl*, *Der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag*, Berne 2017, N 624.

tifs, comme une formule mathématique par exemple, et non selon des critères subjectifs, qui ne sauraient refléter que l'arbitraire de l'employeur, l'employé ayant quitté l'entreprise⁵⁵. Bien entendu, cette variation purement objective ne doit s'appliquer qu'après le départ du travailleur et en vertu de la réglementation administrative ; si elle devait s'appliquer durant le contrat, elle emporterait la requalification de l'élément de rémunération en salaire contractuel.

Pour terminer, il convient encore de souligner que, dans les sociétés anonymes cotées en bourse en Suisse, les indemnités de départ pour les membres de la direction sont purement et simplement interdites (art. 20 ORAb).

Conclusion

En conclusion, on observe que les principales difficultés liées au départ de banquiers peuvent être évitées si des mesures sont prises en amont. Une attention toute particulière doit être portée à la rédaction des clauses de non-concurrence et de rémunération. Il doit être rappelé, en particulier, que la confiance personnelle que les gérants construisent parfois avec leurs clients les autorise à poursuivre leurs relations au sein d'un nouvel établissement, que les clauses des plans d'intéressement qui sanctionnent les employés qui quittent l'entreprise doivent porter sur des gratifications et non du salaire contractuel, et que les variations de rémunération exigées par la FINMA après la fin des rapports de travail doivent être objectives. Le respect de ces différents principes devrait être le garant de relations apaisées.

⁵⁵ *Contra*: Thérèse Amstutz, Circulaire FINMA 10/1 Systèmes de rémunération – Normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers/Problématique de droit du travail des rémunérations variables, in Daniel Lengauer/Giordano Rezzonico (éd.), Perspectives et risques de nouveautés juridiques 2009/2010, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 51, laquelle prône une solution inverse de la nôtre, à savoir le maintien d'une appréciation subjective afin de garantir la qualification de gratification à l'élément de rémunération en cause. Outre qu'il n'est pas dit que la gratification ne soit pas comprise dans la règle générale de l'article 339 du code des obligations (la doctrine se prononce plutôt pour une application de cet article à la gratification, du moins quand cette dernière présente des traits communs avec la participation aux résultats: Streiff/von Känel/Rudolph [n. 29], N 7 ad art. 339 CO), cette proposition nous paraît ouvrir la porte à de nombreuses contestations: comment l'employeur peut-il évaluer subjectivement un travailleur qui a quitté son entreprise depuis trois ans?