

# ***Fin des rapports de travail du banquier : clientèle et bonus***

**Aurélien Witzig**

Docteur en droit, chargé d'enseignement  
à l'Université de Genève  
Avocat, Schellenberg Wittmer



web.speakup.info  
Room n° 43962

Journée de droit bancaire et financier  
3 octobre 2019



## ***Table des matières***

|           |   |            |
|-----------|---|------------|
| <b>1.</b> | <b>Présentation.....</b>  | <b>291</b> |
| <b>2.</b> | <b>Bases légales, réglementaires et jurisprudentielles.....</b> | <b>303</b> |



# Fin des rapports de travail du banquier : clientèle et bonus

Aurélien Witzig

*Journée de droit bancaire et financier 2019*

 Room n° 43962

 UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE

1

## La fin des rapports de travail



 UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE

2

## Principe : résolution de la relation

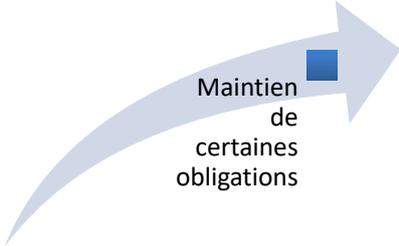
- Fin des obligations synallagmatiques : travail et rémunération
- Exigibilité des créances : **CO 339 I**

3

## Deux types d'exceptions

Exigibilité retardée

Maintien  
de  
certaines  
obligations



4

## Exceptions (1) : exigibilité retardée

- Droit à la provision : **CO 339 II**
- Droit à la participation au résultat : **CO 339 III**
- Contrats annexes : bail, prêt, etc.

## Exceptions (2) : maintien de certaines obligations

- Devoir de confidentialité : **CO 321a IV**
  - Concerne les secrets de fabrication ou d'affaires : **4C.69/2007**
  - Ne concerne pas l'expérience professionnelle du travailleur : **JAR 2008 497**
  - Mise en balance : intérêt du travailleur à son avenir professionnel / intérêt de l'employeur au maintien de son entreprise : **4C.383/1991**

## La clientèle

- Mécanisme de la clause de non-concurrence
  - Conditions de validité
  - Conditions de mise en oeuvre
  - Limites

## Clause de non-concurrence : conditions de validité

- Capacité et forme : **CO 340 I**
- Objet :
  - Engagement de ne pas faire concurrence
  - Non-sollicitation de clientèle
- Si rien n'est prévu contractuellement : liberté  
(dans le respect des règles de la concurrence déloyale)

## Clause de non-concurrence : conditions de validité

### ➤ Secrets de fabrication ou d'affaires

- Questions techniques, organisationnelles ou financières
- Exclusivité = innovation inconnue des concurrents : [4A.31/2010](#)
- Volonté subjective de l'employeur de les maintenir secrètes : [4A\\_417/2008](#)

## Clause de non-concurrence : conditions de validité

### ➤ Clientèle

- Possibilité même de « privatiser » la clientèle ?
- La clientèle n'est pas un secret d'affaires : [4A\\_116/2018](#)
- Capacité du travailleur, grâce à sa connaissance des clients réguliers et de leurs habitudes, de proposer des prestations analogues à celles de l'employeur, et ainsi les détourner de son ex-employeur : [CO 340 II](#) ; [4A\\_680/2015](#)
- Besoin de l'employeur de se protéger contre le risque que le travailleur ne détourne à son profit les efforts de prospection : [4A\\_468/2016](#)

## Clause de non-concurrence : conditions de validité

### ➤ Clientèle

- Hypothèse où la clause de non-concurrence n'est pas valable :  
composante personnelle prépondérante
  - Prestations marquées principalement par des compétences personnelles :  
plus importantes que l'identité de l'employeur : [ATF 138 III 67](#)

## Clause de non-concurrence : conditions de validité

### ➤ Clientèle

- Circonstances justifiant une clause de non-concurrence
  - Connaissance des clients réguliers et de leurs habitudes
  - Facilité à proposer des prestations analogues à celles de l'employeur
- Circonstances NE justifiant PAS une clause de non-concurrence
  - Rapport personnel noué entre le travailleur et le client
  - Prestations fournies dépendant essentiellement des capacités propres du travailleur

## Clause de non-concurrence : conditions de validité

### ➤ Clientèle

- Exemples concrets justifiant une clause de non-concurrence
  - Conseiller en placement : [4A\\_680/2015](#)
  - Conseiller en personnel : [4A\\_468/2016](#)
- Exemple concret NE justifiant PAS une clause de non-concurrence
  - Préparation d'une activité concurrente d'un banquier : [4A\\_116/2018](#)
    - Préparatifs avant la fin du rapport de travail = légitime.
    - Limite entre préparatifs et véritable détournement de clientèle = difficile à tracer.
    - Envoyer un courrier à l'en-tête du nouvel employeur aux clients dont il avait la gestion au sein de son précédent employeur après la fin de son contrat de travail : N'EST PAS une violation de son devoir de fidélité.
    - 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.
    - Les clients peuvent attacher plus d'importance aux capacités personnelles de l'employé qu'à l'identité de la banque.
    - De quoi découle le préjudice pour l'ex-employeur : de l'exploitation de la seule connaissance de la clientèle ou, de manière prépondérante, des capacités personnelles du travailleur ?

## Clause de non-concurrence : conditions de validité

### ➤ La connaissance de la clientèle risque de causer un préjudice sensible à l'employeur : **CO 340 II**

- 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'employeur : [4A\\_286/2017](#)

## Clause de non-concurrence : conditions de mise en œuvre

- Intérêt réel de l'employeur : [CO 340c I](#)
  
- Motif justifié de licenciement ou de démission : [CO 340c II](#)
  - S'être vu retirer abruptement une de ses responsabilités représente un motif justifié de démission propre à emporter la cessation de la clause de non-concurrence du travailleur démissionnaire : [4A\\_468/2017](#)

## Clause de non-concurrence : limites

- Lieu
  
- Durée : [CO 340a I](#)
  
- Genre d'affaires : [4A\\_210/2018](#)

## Bonus

### ➤ Qualification

- Élément de rémunération déterminé ou objectivement déterminable OU pouvoir d'appréciation subjectif de l'employeur : [4A\\_505/2018](#)
  - Principe de versement et/ou montant
- Accessorité (en fonction du revenu annuel total)
- Plan d'intéressement / plan d'investissement

## Bonus

### ➤ Régime

- Salaire variable : dû sans restriction
  - Quelle que soit sa forme
- Gratification bénévole : non due
- Gratification contractuelle
  - Non due si année incomplète : [CO 322d](#)
  - Peut être soumise à condition (de présence, de bon comportement)

## Bonus

### ➤ Conditions possibles pour gratifications contractuelles

- Présence, non-démission
- Bon comportement
- Clause d'accélération
- Clause de déchéance ?
- Clause de remboursement ?

## Réglementation de la FINMA

### ➤ Circulaire 2010/01

- Champ d'application : §§ 4 à 10.

- Indemnité de départ possible que dans des cas motivés, fixés par le règlement de rémunération (§ 47).
- Une partie de la rémunération variable du travailleur doit n'être exigible qu'ultérieurement (§ 53) et son montant final doit varier en fonction des résultats ultérieurs de l'entreprise (§ 54).
- Elle peut même être révoquée, en tout ou partie, 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).

## Conciliation droit public et droit privé

- Élément de rémunération : gratification contractuelle
- Contractualisation de l'échéance différée
- Variation selon des critères objectifs

## Rémunérations interdites

- Dans les sociétés anonymes cotées en bourse en Suisse : indemnités de départ pour les membres de la direction, convenues contractuellement ou prévues par les statuts :  
**ORAb 20**

Merci de votre attention !



## Séance de questions

**web.speakup.info** 

**Room n° 43962**

Aurélien Witzig

## Le départ du banquier : clientèle et bonus

*Journée de droit bancaire et financier 2019*

### Bases légales, réglementaires et jurisprudentielles

#### CO 339

1 A la fin du contrat, toutes les créances qui en découlent deviennent exigibles.

2 Lorsque le travailleur a droit à une provision pour des affaires dont l'exécution a lieu entièrement ou partiellement après la fin du contrat, l'exigibilité peut être différée par accord écrit, mais en général pour six mois au plus; l'exigibilité ne peut pas être différée de plus d'une année s'il s'agit d'affaires donnant lieu à des prestations successives, ni de plus de deux ans s'il s'agit de contrats d'assurance ou d'affaires dont l'exécution s'étend sur plus d'une demi-année.

3 Le droit à une participation au résultat de l'exploitation est exigible conformément à l'art. 323, al. 3.

#### CO 321a IV

Pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas utiliser ni révéler des faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication et d'affaires dont il a pris connaissance au service de l'employeur; il 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.

#### 4C.69/2007, cons. 3.3.3

Aus der Treuepflicht folgt die Verschwiegenheits- bzw. Geheimhaltungspflicht, welche in Art. 321a Abs. 4 OR geregelt wird. Nach dieser Bestimmung darf der Arbeitnehmer geheim zu haltende Tatsachen, wie namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, von denen er im Dienst des Arbeitgebers Kenntnis erhält, während des Arbeitsverhältnisses nicht verwerthen oder anderen mitteilen; auch nach dessen Beendigung bleibt er zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist. Gegenstand der Verschwiegenheitspflicht sind "Geheimnisse", welche voraussetzen, dass bestimmte Tatsachen nur ein beschränkter Personenkreis kennt. Allgemein bekannte oder ohne

besondere Aufwendungen zugängliche Tatsachen, können nicht unter die Verschwiegenheitspflicht fallen. Weiter setzt die Verschwiegenheitspflicht einen Geheimhaltungswillen des Arbeitgebers voraus. Einen solchen Willen muss er nicht ausdrücklich mitteilen. Es genügt, wenn unter den gegebenen Umständen erkennbar ist, dass er gewisse Tatsachen geheim halten will. Schliesslich setzt die Geheimhaltungspflicht ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers voraus.

### **CO 340 I**

Le travailleur qui a l'exercice des droits civils peut s'engager par écrit envers l'employeur à s'abstenir après la fin du contrat de lui faire concurrence de quelque manière que ce soit, notamment d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser.

#### **4A 116/2018, cons. 3.1.1**

Pour être qualifiées de secrets d'affaires ou de fabrication, les connaissances acquises par le travailleur doivent toucher à des questions techniques, organisationnelles ou financières, qui sont spécifiques et que l'employeur veut garder secrètes ; il ne saurait s'agir de connaissances qui peuvent être acquises dans toutes les entreprises de la même branche. La connaissance de la clientèle ne lui est pas assimilée ; elle ne saurait en aucun cas constituer l'un de ces secrets particuliers que le travailleur devrait garder même après la fin du contrat de travail.

### **CO 340 II**

La prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible.

#### **4A 680/2015, cons. 2.1**

Nach der Rechtsprechung ist ein Konkurrenzverbot gestützt auf den Einblick in den Kundenkreis nur dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer dank seiner Kenntnis der Stammkunden und ihrer Gewohnheiten in der Lage ist, selber ähnliche Leistungen wie sein Arbeitgeber zu erbringen und damit Stammkunden abzuwerben. Denn diesfalls kann der Arbeitnehmer den Arbeitgeber aufgrund des Einblicks in den Kundenkreis und der Verwendung dieser Kenntnisse erheblich schädigen. Anders ist die Situation hingegen, wenn der Arbeitnehmer Leistungen erbringt, die überwiegend von seinen persönlichen Fähigkeiten geprägt sind, so dass der Kunde diesen Fähigkeiten eine grössere Wichtigkeit beimisst als der Identität des Arbeitgebers. Wendet sich in einem solchen Fall ein Kunde vom Arbeitgeber ab, um dem Arbeitnehmer zu folgen, resultiert für den Arbeitgeber kein Nachteil daraus, dass der Arbeitnehmer Kenntnisse über den Kundenkreis verwendet; der Nachteil entsteht ihm vielmehr dadurch, dass der Arbeitnehmer seine persönlichen Fähigkeiten nicht mehr für den Arbeitgeber einsetzt. In einem solchen Fall, in dem die Leistung des Arbeitnehmers durch eine gewichtige persönliche Komponente gekennzeichnet ist, rechtfertigt sich kein Konkurrenzverbot.

#### **4A 468/2016, cons. 3.1**

Une clause de prohibition de concurrence, fondée sur la connaissance de la clientèle, ne se justifie que si l'employé, grâce à sa connaissance des clients réguliers et de leurs habitudes, peut facilement leur proposer des prestations analogues à celles de l'employeur et ainsi les détourner de celui-ci. Ce n'est que dans une situation de ce genre que, selon les termes de l'art. 340 al. 2 CO, le fait d'avoir connaissance de la clientèle est de nature, par l'utilisation de ce renseignement, à causer à l'employeur un préjudice sensible. Il apparaît en effet légitime que l'employeur puisse dans une certaine mesure se protéger, par une clause de prohibition de concurrence, contre le risque que le travailleur détourne à son profit les efforts de prospection effectués par le premier ou pour le compte du premier.

#### **ATF 138 III 67, cons. 2.2.1**

Pour admettre une telle situation - qui exclut la clause de prohibition de concurrence -, il faut que l'employé fournisse au client une prestation qui se caractérise par une forte composante personnelle.

#### **4A 116/2018, cons. 4.2 et 4.3**

En l'espèce, la cour cantonale a procédé à une appréciation des preuves recueillies et considéré que la prestation fournie par l'employé se caractérisait par une forte composante personnelle. 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 reposait sur une confiance absolue. Ce rapport se construisait au fil du temps et se renforçait 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. Or, telles étaient précisément les qualités qui caractérisaient l'employé. Tous les clients entendus avaient expliqué avoir suivi celui-ci lorsqu'il avait changé d'employeur car ils accordaient davantage d'importance à la personne du gestionnaire qu'à la banque dépositaire; ils avaient tous mis en exergue la confiance absolue que leur inspirait l'intimé et leur souhait qu'il continue à s'occuper de la gestion de leur patrimoine. L'un des témoins avait mentionné sa disponibilité, son intégrité et son côté positif et rassurant.

La recourante estime que c'est sans fondement aucun et, partant, de manière arbitraire, que la cour cantonale a considéré que la prestation de l'employé était caractérisée par une forte composante personnelle. L'on ne saurait toutefois lui donner raison: cette conclusion des juges genevois est fondée d'une part sur des réflexions générales (adéquates) relatives au rapport de confiance qui caractérise les liens du gestionnaire de patrimoine avec son client, et d'autre part sur la constatation qu'un tel rapport de confiance et un tel lien personnel existaient bien dans les circonstances concrètes (arrêt 4A\_286/2017 du 1<sup>er</sup> novembre 2017 consid. 2.2), au regard des différents témoignages recueillis qui, quoi qu'en dise la recourante, n'apparaissent pas avoir été faits sous influence ou sous la dictée. Quant au fait qu'un seul des témoins interrogés ait mentionné la disponibilité, l'intégrité et le côté positif et rassurant de l'employé, il n'excluait pas de retenir que celui-ci était doté de ces qualités, une telle appréciation étant clairement exempte d'arbitraire.

La recourante glose encore sur le rôle généralement dévolu au "chargé de relation" au sein d'une banque, également dénommé *relationship manager* ou encore gestionnaire de fortune: il s'agirait d'une simple interface entre la banque et le client, qui ne serait pas appelée à fournir des prestations à ce dernier. Ainsi, toutes les évaluations stratégiques, les options d'investissement et autres conseils relatifs au risque seraient élaborés par des experts au sein de

la banque ; le chargé de relation se contenterait de les communiquer au client. Pareille argumentation intervient en pure perte. En effet, la cour cantonale n'a pas présupposé que l'employé fournissait lui-même toutes les prestations en question et il y a fort à parier que les clients n'attendaient pas non plus de leur gestionnaire de patrimoine qu'il soit omniscient. En revanche, ils escomptaient certainement qu'il leur conseille des placements qu'il ferait lui-même, leur évite ceux dont il se garderait personnellement, ce indépendamment du montant des commissions à la clé, et fasse preuve à leur égard d'une écoute et d'une disponibilité importantes, comme d'ailleurs le courrier du 1<sup>er</sup> janvier 2013 le laisse entrevoir. Quel que soit le nom que la recourante attribue à cette fonction, il est manifeste qu'elle ne se réduit pas au rôle d'une simple interface. Le salaire par lequel elle la rémunère est d'ailleurs très révélateur. La cour cantonale n'a dès lors pas versé dans l'arbitraire en retenant que les clients attachaient plus d'importance aux capacités personnelles de l'employé qu'à l'identité de la banque.

#### **4A 286/2017, cons. 2.3**

Fehlt es am erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Einblick in den Kundenkreis und der erheblichen Schädigungsmöglichkeit kann der Vorinstanz auch keine unrichtige Rechtsanwendung vorgeworfen werden, wenn sie das Konkurrenzverbot als unverbindlich erachtete. Folglich ist die Konventionalstrafe nicht geschuldet.

#### **CO 340c**

1 La prohibition de faire concurrence cesse s'il est établi que l'employeur n'a plus d'intérêt réel à ce qu'elle soit maintenue.

2 La prohibition cesse également si l'employeur résilie le contrat sans que le travailleur lui ait donné un motif justifié ou si le travailleur résilie le contrat pour un motif justifié imputable à l'employeur.

#### **CO 340a I**

La prohibition doit être limitée convenablement quant au lieu, au temps et au genre d'affaires, de façon à ne pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité; elle ne peut excéder trois ans qu'en cas de circonstances particulières.

#### **4A 505/2018, cons. 3.3.1**

Lorsqu'un montant (même désigné comme bonus ou gratification) est déterminé ou objectivement déterminable, c'est-à-dire qu'il a été promis par contrat dans son principe et que son montant est déterminé ou doit l'être sur la base de critères objectifs prédéterminés comme le bénéfice, le chiffre d'affaires ou une participation au résultat de l'exploitation, et qu'il ne dépend pas de l'appréciation de l'employeur, il doit être considéré comme un élément du salaire (variable), que l'employeur est tenu de verser à l'employé (art. 322 s. CO).

En revanche, lorsque le bonus est indéterminé ou objectivement indéterminable, c'est-à-dire que son versement dépend du bon vouloir de l'employeur et que sa quotité dépend pour l'essentiel de la marge de manoeuvre de celui-ci en ce sens qu'elle n'est pas fixée à l'avance et qu'elle dépend de l'appréciation subjective de la prestation du travailleur par l'employeur, il doit être qualifié de gratification. Il faut encore distinguer entre les deux situations suivantes:

- si par contrat, les parties sont tombées d'accord sur le principe du versement d'un bonus et n'en ont réservé que le montant, il s'agit d'une gratification que l'employeur est tenu de verser

(Anspruch auf die Gratifikation), mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer ;

- si, par contrat, les parties ont réservé tant le principe que le montant du bonus, il s'agit d'une gratification facultative : le bonus n'est pas convenu et l'employé n'y a pas droit, sous réserve de l'exception découlant de la nature de la gratification (principe de l'accessorité).

### **CO 322d**

1 Si l'employeur accorde en sus du salaire une rétribution spéciale à certaines occasions, telles que Noël ou la fin de l'exercice annuel, le travailleur y a droit lorsqu'il en a été convenu ainsi.

2 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.

### **FINMA, Circulaire 2010/01, Systèmes de rémunération**

§ 47 : Des indemnités à l'engagement ou des indemnités de départ ne seront versées que dans des cas motivés. Ils seront fixés par le règlement sur la rémunération et devront obtenir l'agrément du conseil d'administration à partir d'un montant déterminé.

§ 53 : Plus les responsabilités et la rémunération globale du bénéficiaire sont élevées, plus la part différée de sa rémunération doit être élevée. Une partie importante de la rémunération de la direction, des personnes dont la rémunération globale est proportionnellement importante, ainsi que de celles dont l'activité influe notablement sur le profil de risque de l'établissement financier, doit être versée de manière différée. Si la fonction exercée par une personne ou le montant de sa rémunération globale font qu'il n'est ni judicieux ni approprié de lui octroyer sa rémunération sous forme différée, cette dernière peut lui être accordée sans aucun décalage.

§ 54 : Durant ce délai, l'évolution des valeurs est symétrique à celle des critères d'évaluation clairement définis et objectifs qui tiennent intégralement compte des revenus, des charges et des coûts du capital ou qui sont liés à la valeur de l'entreprise. Une évolution négative de ces critères doit avoir pour effet une baisse décisive de la valeur pouvant aller jusqu'à la perte intégrale. Une hausse de la valeur accompagnant l'évolution positive des critères ne peut pas être disproportionnée par rapport à la dépréciation potentielle ou aux critères eux-mêmes.

§ 55 : Dans la mesure où cela sert la prise de conscience des risques et la durabilité tout en étant proportionné au but à atteindre, il faut pouvoir révoquer tout ou partie des rémunérations différées pour la personne concernée lorsque des pertes ont été réalisées dans son champ de responsabilité.

### **ORAb 20**

Le versement des indemnités ci-après aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif est interdit :

1. les indemnités de départ convenues contractuellement et celles prévues par les statuts; les indemnités dues jusqu'à la fin du rapport contractuel (art. 12, al. 1, ch. 2) ne sont pas considérées comme des indemnités de départ (...).