



Pichonnaz/Werro (édit.)

La pratique contractuelle 2

contrats

Edité par
Pascal Pichonnaz
Franz Werro

La pratique contractuelle 2

Symposium en droit des contrats

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



Edité par

Pascal Pichonnaz et Franz Werro

La pratique contractuelle 2

Edité par
Pascal Pichonnaz
Franz Werro

La pratique contractuelle 2

Symposium en droit des contrats

Schulthess § 2011
ÉDITIONS ROMANDES

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2011
ISBN 978-3-7255-6418-7

www.schulthess.com

Table des matières

Avant-propos	V
Table des abréviations	IX
FRANZ WERRO	
La peine conventionnelle : quelques aspects saillants de l'actualité jurisprudentielle	1
PASCAL PICHONNAZ	
La modification des circonstances et l'adaptation du contrat	21
CHRISTIANA FOUNTOLAKIS	
Le sort des prestations à la fin des contrats de durée	55
DOMINIQUE DREYER	
Le contrat de courtage	75
BENOÎT CHAPPUIS	
Bonus des dirigeants : la jurisprudence du Tribunal fédéral à l'épreuve des règles de la FINMA	91
PASCAL PICHONNAZ / FRANZ WERRO	
Jurisprudence choisie en droit des contrats	121

BENOÎT CHAPPUIS*

Bonus des dirigeants : la jurisprudence du Tribunal fédéral à l'épreuve des règles de la FINMA

Sommaire	Page
Introduction	92
I. Les règles sur la rémunération des dirigeants	94
A. Les règles du droit du travail	94
1. Les règles du Code des obligations	94
a) Les dispositions légales applicables	94
b) Les accords de renonciation au salaire futur	95
c) Les gratifications et les rémunérations différées	97
2. La question des très hautes rémunérations	99
B. La circulaire de la FINMA sur la rémunération (Circ.-FINMA 10/1)	100
1. L'origine de la circulaire	100
a) La crise financière	100
b) Les réglementations internationales	101
c) Le cadre législatif helvétique	101
2. Le contenu de la circulaire	103
3. Le fondement juridique et le champ d'application de la circulaire	106
C. Les contradictions entre le droit du travail et la Circ.-FINMA 10/1	107
II. Les rapports entre le droit privé et le droit public	108
A. Les critères de distinction du droit privé et du droit public	108
B. Les contrariétés entre l'un et l'autre	109
C. La portée des règles administratives dans le cadre de l'art. 20 CO	110
1. Le contenu illicite	111
a) Les normes pouvant fonder l'illicéité	111
b) Le statut des ordonnances administratives	111
aa) En général	111
bb) Le statut des ordonnances de la FINMA	112
cc) Le cas de la circulaires sur les rémunérations	113
2. La nullité du contrat comme conséquence de la violation	114

* Docteur en droit, Professeur titulaire à l'Université de Genève, Chargé de cours à l'Université de Fribourg, Avocat à Genève. L'auteur remercie Me Silvio Mirra pour l'aide qu'il lui a apportée dans la mise au point de cet article.

III. La portée de la Circ.-FINMA 10/1 au regard des règles de droit civil	115
A. La portée limitée de la Circ.-FINMA 10/1	115
B. La circulaire en tant qu'incitation faite à la jurisprudence	117
Conclusion	119

Introduction

Le 21 octobre 2009, la FINMA rendit publique une circulaire intitulée « Systèmes de rémunération. Normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers » (Circ.-FINMA 10/1). Le but de cette circulaire est de contribuer à une meilleure gestion par les établissements bancaires des risques auxquels ils sont exposés et que la crise financière de l'automne 2008 avait mis en lumière de manière particulièrement visible. La circulaire est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010. Les conséquences juridiques de cette circulaire, plus particulièrement les rapports qu'elle entretient avec le droit civil, sont complexes et méritent une analyse détaillée.

Le titre de la présente contribution a été contesté : il contiendrait selon d'aucuns deux prépositions mises dans l'ordre inverse de celui qu'elles devraient avoir. Autrement dit, ce sont les règles de la FINMA qui auraient dû être mises à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal fédéral et non l'inverse. Il y aurait donc un problème de logique, voire une erreur de droit, dans l'énoncé même du sujet.

Or l'ordre retenu l'a été à dessein ; il n'est le fruit ni d'une maladresse ni d'une erreur. Les hésitations sur le titre auraient d'ailleurs pu aller encore plus loin. On aurait en effet pu songer à opposer les règles de la FINMA au Code des obligations lui-même, voire celui-ci à celles-là. Ce sont précisément là deux des questions que nous poserons dans les développements qui suivent. Le choix des mots n'est ainsi pas innocent car il contient un sorte de présupposé hiérarchique : une catégorie de normes constituerait l'aune à laquelle l'autre catégorie devrait être mesurée et appréciée de sorte que la place attribuée contiendrait une partie de réponse à la question posée. Il faut toutefois se garder d'*a priori*. La promulgation par la FINMA de règles sur la rémunération des dirigeants des banques a créé une situation juridique inhabituelle qu'il convient d'analyser avec sérénité.

Il est vrai que la publication de la circulaire de la FINMA a suscité des réactions pour le moins contrastées, laissant transparaître l'importance des enjeux en cause et l'émotion que ces derniers peuvent soulever. La question est non seulement juridique mais également économique, touchant un secteur clef de l'activité écono-

mique de la Suisse, fortement ébranlé par la crise financière qui a éclaté à l'automne 2008. Il n'était dès lors pas pensable que pareille initiative de la FINMA ne provoquât pas des réactions parfois vigoureuses. A noter toutefois que la prise de position de l'Association suisse de banquiers (ASB), du 13 août 2009, fut largement positive à l'égard du projet de circulaire dont elle soulignait qu'elle constituait une utile contribution à la gestion des risques. L'ASB remarquait cependant que, selon elle, le texte allait trop loin et dépassait les principes posés dans la Loi sur les banques (LB) et la Loi sur la FINMA (LFINMA). Elle mettait enfin en évidence les contradictions qu'elle voyait entre la circulaire et les exigences du droit du travail, de même que les atteintes portées à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprise¹.

Les membres de la FINMA n'avaient sans doute guère d'illusions sur l'accueil qui serait réservé ça et là à son initiative. De même étaient-ils bien conscients des problèmes juridiques provoqués par les règles nouvelles dont ils décidèrent l'adoption. Cela est d'autant plus vrai que les questions posées touchent le fonctionnement de l'activité bancaire de manière profonde. Il est dès lors probable qu'une réaction administrative est insuffisante, si même elle est possible, et qu'une partie des réponses doivent être données au niveau politique le plus élevé. Il n'en reste pas moins que la FINMA avait à faire face à la plus grave crise que le système financier n'ait jamais connu et que, partant, conformément à la mission qui lui est fixé par la loi, elle avait à prendre toute mesure utile pour protéger les créanciers et les investisseurs ainsi qu'à assurer le bon fonctionnement des marchés financiers (art. 5 LFINMA).

Les relations que les privatistes entretiennent avec la loi administrative n'ont jamais été simples ni même particulièrement amènes. Le développement du droit administratif est relativement récent² de sorte que cette partie du droit laisse encore quelque peu sceptiques ceux qui n'en sont pas des familiers. Il a pris peu à peu sa place, non sans avoir dû empiéter sur d'autres domaines du droit. Une des évolutions les plus marquantes est sans doute celle de l'entraide administrative, tout particulièrement en matière boursière, qui a pris dans les années 2000 un essor si important qu'elle a fini par faire de l'ombre à l'entraide judiciaire en matière pénale dont le développement avait marqué les années 80³. On le déplorera ou l'approuvera selon ses convictions ; il est en tout cas indéniable que le phénomène

-
- 1 www.swissbanking.org/fr/20090812-3000-all-stellungnahme_verguetungssysteme_definitiv_clean-mst.pdf.
 - 2 Pour une présentation de la naissance et du développement du droit administratif, cf. MÜLLER Markus, *Droit administratif. Origine et spécificité*, 2006, *passim*.
 - 3 Cf. SANSONETTI, *L'entraide administrative internationale dans la surveillance des marchés financiers. Standards internationaux et réception en droit suisse*, 1998, *passim*.

administratif est une réalité de plus en plus présente dont on ne saurait faire abstraction.

Pétri de contradictions, chacun d'entre nous réclame plus de protection dans les domaines les plus divers et, alternativement, fait valoir la revendication d'une liberté laissée indemne face à l'intrusion de l'état. Dans le cas qui nous retient, l'affrontement oppose la nécessité d'une protection efficace du système bancaire – que tout le monde réclame – et la protection du droit contractuel institué par le Code des obligations et les accords des parties – auquel la majorité reste fermement attachée.

La question qui se pose est dès lors la suivante : que peut ou doit faire le régulateur bancaire ?

Pour dénouer les fils de cet écheveau, il faut tout d'abord repartir des principes posés par la jurisprudence en matière de droit du travail. Cela fait, c'est à l'énoncé des principes arrêtés par la FINMA que nous nous consacrerons, avant de mettre en confrontation les résultats auxquels nous serons parvenus dans ces deux domaines.

I. Les règles sur la rémunération des dirigeants

A. Les règles du droit du travail

1. Les règles du Code des obligations

a) Les dispositions légales applicables

Le Code des obligations ne comporte aucune disposition traitant spécifiquement de la question des bonus⁴ ; le concept même de bonus est étranger à la réglementation légale. On doit d'ailleurs ajouter qu'il ne reçoit pas non plus, en pratique, une définition stricte et qu'il apparaît sous des formes variées. Il s'agit d'une rémunération additionnelle au salaire fixe convenu, octroyée par l'employeur à l'employé, en fonction de la performance de ce dernier, de celle de l'entreprise, ou d'autres critères encore, voire en fonction du seul bon vouloir de l'employeur. Pour apprécier le régime juridique régissant ce type de rémunération, il faut donc faire application des règles générales traitant de la rémunération. Il est trois articles qui peuvent entrer en considération :

- l'art. 322 CO qui institue le droit au salaire du travailleur ;

⁴ TF, arrêt du 3 février 2009, 4A_509/2008, c. 4.1.

- l'art. 322a CO qui dispose que « *si, en vertu du contrat, le travailleur a droit à une part du bénéfice ou du chiffre d'affaires ou participe d'une autre manière au résultat de l'exploitation, cette part est calculée sur la base du résultat de l'exercice annuel, déterminé conformément aux prescriptions légales et aux principes commerciaux généralement reconnus* » ;
- l'art. 322d CO qui précise en son alinéa 1 que « *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* ». Il s'agit, dans ce cas, de ce que la note marginale de l'art. 322d CO désigne sous le terme de gratification.

La jurisprudence a mis en évidence que ces dispositions pouvaient toutes trois régir les bonus accordés à l'employé et qu'il n'était pas de principes stricts qui les départagent. Seule une appréciation de cas en cas, sur la base des circonstances particulières du cas concret, permet de trancher⁵. La distinction est cependant d'importance puisque – le Tribunal fédéral l'a relevé – « le régime des gratifications est beaucoup plus flexible que les règles applicables aux éléments du salaire ». Ce dernier ne peut en effet être soumis à quelque condition que ce soit. Il est dû à l'employé sans qu'il soit possible de convenir de restrictions.

b) Les accords de renonciation au salaire futur

Si l'employé ne peut valablement consentir à ce que le paiement de son salaire soit soumis à condition, il ne peut pas plus renoncer purement et simplement à son paiement. Une telle convention est nulle⁶, en application de l'art. 341 al. 1 CO qui dispose que « *le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective* ». Cette disposition a pour but de protéger l'employé qui, se trouvant dans un rapport de dépendance, pourrait renoncer à faire valoir ses prétentions, par crainte de perdre son emploi ou sous la pression de son employeur⁷. Dès lors, la renonciation à une créance protégée par l'art. 341 al. 1 CO est sanctionnée de nullité.

Cette conclusion s'impose lorsque la question se pose en relation avec la rémunération d'un travail déjà effectué. Il en va en revanche différemment en matière d'activité future. La question de savoir si la renonciation au salaire pour une activité future est valable ne trouve pas une réponse expresse dans la loi. En effet, il est généralement admis que, bien que le salaire soit un élément essentiel du contrat de

⁵ TF, arrêt du 3 février 2009, 4A_511/2008, c. 4.1.

⁶ TF, arrêt du 3 février 2009, 4A_511/2008, c. 5.3.3.

⁷ TF, arrêt du 28 juin 2010, 4A_71/2010, c. 4.5 ; ATF 124 III 469, c. 3a.

travail qui ne peut être contractuellement supprimé, l'art. 322 CO, qui institue l'obligation pour l'employeur de payer le salaire, est de droit dispositif de sorte qu'il peut y être apporté des aménagements contractuels entre les parties. Les premières décisions rendues en la matière n'ont pas apporté de réponse précise à cette question mais ont néanmoins indiqué que le salaire n'est pas protégé en tant qu'il se rapporte à l'activité future du travailleur⁸. Sur la base de cette jurisprudence, la doctrine est partagée : certains auteurs semblent admettre que l'art. 322 CO est bien de droit dispositif de sorte que l'employé peut renoncer à son salaire sans restriction⁹. La doctrine plus récente présente une solution plus nuancée selon laquelle n'est visé par l'art. 341 CO que le salaire se rapportant au travail déjà accompli¹⁰. Cet avis a été suivi par le Tribunal fédéral qui a précisé que les parties au contrat de travail peuvent modifier le salaire pour l'avenir, par un accord de volonté, sans devoir appliquer le délai de congé légal ou contractuel avant que ladite modification ne prenne effet¹¹. En outre, il précise qu'une telle modification pourrait exister par simple acte concluant (accord tacite), lorsque le travailleur n'a manifesté aucune opposition contre le versement d'un salaire réduit par l'employeur durant au moins trois mois consécutifs¹². Une telle modification par accord tacite est en revanche exclue lorsque l'employeur n'a émis aucune offre à l'attention de l'employé préalablement au versement d'un salaire réduit¹³.

Ainsi, le principe d'une modification ou d'une réduction du salaire futur, par accord de volonté, est admis. Cependant, ni la doctrine ni la jurisprudence ne définissent une limite quantitative à la diminution du salaire. A cet égard, la seule restriction envisagée paraît être liée à l'existence même du salaire dans les rapports entre l'employeur et le travailleur¹⁴. En effet, comme on l'a vu, le salaire est un élément essentiel du contrat de travail, de sorte que sa suppression est proscrite par l'art. 341 CO.

⁸ TF, arrêt du 6 septembre 1997, JAR 1998 p. 265, c. 1b ; TF, arrêt du 18 février 1997, 4C.474/1997 (non publié) ; TF, arrêt du 18 mai 1982 in SJ 1983 p. 94, c. 2a et 2b.

⁹ BRÜHWILER, *Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, 2^{ème} éd., 1996, CO 341 N 4 c ; BK-REHBINDER, CO 341 N 21.

¹⁰ WYLER, *Droit du travail*, 2^{ème} éd. 2008, p. 265 ; BRUNNER / BÜHLER / WAEBER / BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3^{ème} éd., 2004, CO 341 N 1 ; CR-AUBERT, CO 341 N 4 ; BS-K-PORTMANN, 4^{ème} éd., 2007, CO 341 N 4 ; CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail – Commentaire des articles 319 à 341 du Code des Obligations*, 2009, CO 341 N 1 ; ZK-STAEHELIN, CO 341 N 17.

¹¹ TF, arrêt du 28 février 2006, 4C.426/2005, c. 5.2.1 : cet arrêt confirme un principe déjà exprimé dans un arrêt du Tribunal fédéral de 1982 in SJ 1983 94, c. 2b *in fine*.

¹² TF, arrêt du 9 novembre 2005, 4C.242/2005, c. 4.4 = JAR 2006 p. 360.

¹³ TF, arrêt du 3 février 2009, 4A_511/2008, c. 5.3.3 ; TF, arrêt du 9 novembre 2005, 4C.242/2005, c. 4.3 = JAR 2006 p. 360.

¹⁴ WYLER (cité n. 10), p. 264.

c) Les gratifications et les rémunérations différées

Concernant la gratification de l'art. 322d CO, le Tribunal fédéral rappelle qu'elle est en principe facultative et que, partant, elle peut être subordonnée à des conditions¹⁵. Le contrat peut ainsi prévoir que la gratification ne sera due que si l'employé est présent dans l'entreprise lors du versement ou encore que si le contrat de travail n'a pas été résilié à ce moment. La seule véritable limite est celle de l'art. 27 CC.

Il est néanmoins des cas dans lesquels la gratification devient obligatoire en tant qu'elle constitue une part variable du salaire. Tel sera notamment le cas lorsqu'il n'y a pas d'accord explicite entre l'employeur et l'employé sur le caractère aléatoire de la gratification et que cette dernière a été payée durant au moins trois années consécutives. Il est même des cas où la gratification est obligatoire, quand bien même l'employeur aurait payé la gratification en faisant des réserves pour en souligner le caractère facultatif. Il en ira ainsi, selon la jurisprudence, lorsque le montant de la gratification est très élevé – voire supérieur – par rapport au salaire fixe, de sorte que celle-là n'est plus l'accessoire de celui-ci et que son paiement est régulier, ce qui lui enlève son caractère exceptionnel.

Ainsi, à teneur de la loi et de l'interprétation qu'en a donnée le Tribunal fédéral, l'employeur n'est pas totalement libre de convenir avec son employé d'un mode d'attribution de bonus qui s'affranchisse de la réglementation du Code des obligations. L'employeur n'a qu'une marge de manœuvre restreinte. Il faut en conclure que, hormis dans le cas d'une gratification purement discrétionnaire, l'employeur ne peut en particulier pas soumettre unilatéralement la distribution d'un bonus à des critères liés aux seuls intérêts de l'entreprise, voire de l'économie en général.

A côté de parts variables ajoutées au salaire, l'employeur et l'employé peuvent convenir d'un mode de rémunération différée. C'est en particulier le cas des plans d'intéressement ou de participation. Par plan d'intéressement, on doit comprendre « les mesures qu'une entreprise prend afin que ses cadres ou collaborateurs puissent se procurer, à intervalles réguliers et sous des modalités spécifiques, des actions de cette entreprise ou des options sur ses actions. Les modalités comportent généralement un délai pendant lequel chaque lot de titres en voie d'acquisition est seulement promis au bénéficiaire du plan, sans que celui-ci puisse en disposer d'aucune manière »¹⁶.

¹⁵ TF, arrêt du 3 février 2009, 4A_511/2008.

¹⁶ ATF 131 III 615, c. 3; cf. également TF, arrêt du 21 septembre 2005, 4C.183/2005, c. 3.

Le Tribunal fédéral a posé les principes de l'admissibilité des plans de participation au regard du droit du travail et les conditions qu'ils doivent respecter pour échapper aux rigueurs de l'art. 339 al. 1 CO qui décrète l'exigibilité de toutes les créances à la fin des rapports de travail. Le principe de base posé par la jurisprudence est qu'il faut faire une distinction selon que le plan ne constitue qu'une partie du salaire de l'employé ou, au contraire, un véritable investissement pour ce dernier. S'il s'agit d'un salaire, le droit impératif est applicable et il n'est pas de place pour la liberté contractuelle. Il en découle que l'employeur n'est pas admis à différer l'exigibilité de la remise des titres acquis au titre de salaire de base en nature au-delà de la fin des rapports de travail, sous réserve des restrictions qui pourraient être assimilées à une clause de prohibition de concurrence valablement conclue¹⁷. S'il s'agit d'un investissement effectué par l'employé, les parties sont libres de soumettre leur plan aux conditions qui leur paraissent adéquates, sous réserve des limites posées par l'art. 27 CC. On aura affaire à un investissement lorsque les conditions suivantes sont réalisées¹⁸:

- le prix d'achat des actions ou des droits d'option offerts à l'employé est un prix normal et ne constitue pas un prix de faveur ;
- l'employé finance personnellement l'acquisition des actions ou des droit d'option (élément du risque) ;
- l'employé dispose d'une position hiérarchique relativement élevée au sein de la société ;
- l'employé dispose d'un salaire, de sorte que le plan présente un caractère accessoire par rapport au salaire ;
- l'employé dispose de bonnes connaissances en matière d'investissements ;
- l'employé peut attendre un gain important du plan de participation.

L'étude des cas soumis aux tribunaux montre que le but poursuivi par les entreprises qui promettent des bonus à leurs employés consiste le plus souvent à fidéliser ces derniers, notamment pour faire face à la concurrence, parfois acharnée entre les différents employeurs actifs sur le même marché¹⁹. Dans le cas de métiers particulièrement stressants, le but poursuivi consiste également à permettre aux employés de se constituer plus rapidement une prévoyance professionnelle²⁰. Il n'est en revanche pas usuel que les bonus soient attribués selon des critères destinés à préserver l'entreprise de la prise de risques excessifs de la part des employés.

¹⁷ Tribunal des prud'hommes (GE), jugement du 16 mars 1999, JAR 2001 400.

¹⁸ ATF 130 III 495, c. 4.2.2 et 4.2.3.

¹⁹ Pour un tel exemple en matière de *trading* de pétrole: TF, arrêt du 3 février 2009, 4A_511/2008, c. 3.2.1.

²⁰ TF, arrêt du 3 février 2009, 4A_511/2008, c. 4.2.

2. La question des très hautes rémunérations

L'application des principes qui viennent d'être rappelés est remise en cause par une partie de la doctrine lorsqu'il s'agit d'apprécier le régime juridique régissant les très hautes rémunérations. Certains considèrent que l'équilibre qui doit exister entre le salaire fixe et la gratification, afin que cette dernière conserve son caractère accessoire, n'a plus à être maintenu lorsque l'on a affaire à un très haut revenu²¹. En effet, dans un tel cas, le besoin de protection de l'employé disparaîtrait du fait que ce dernier serait complètement indemnisé de la valeur du travail accompli par le seul paiement du salaire élevé. Les parties retrouveraient ainsi leur liberté contractuelle de sorte qu'elles pourraient convenir ce que bon leur semble concernant la gratification. Le Tribunal fédéral a pris note de l'objection mais a expressément laissé la question indécise considérant qu'il n'aurait pas été équitable d'appliquer un tel principe à l'employé dont il avait à juger de la situation²². Les juges fédéraux ont en effet considéré qu'on ne pouvait priver de protection « un travailleur dont le salaire fixe, certes confortable, n'a pourtant représenté au mieux qu'un cinquième de la rémunération globale versée ». Le Tribunal fédéral semble donc rester fidèle au principe des proportions qu'il a en mis en place dans sa jurisprudence et considérer qu'il faudrait plus qu'un salaire « confortable » – en l'occurrence CHF 263'000.- par an face à des gratifications proches en moyenne de CHF 1'000'000.- – pour qu'il puisse s'en écarter. Si le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question, il a en revanche souligné que pour un salaire modeste un montant proportionnellement moins élevé que pour un haut salaire peut déjà présenter le caractère d'un salaire variable²³.

Il existe une approche plus nuancée selon laquelle il faudrait faire application du principe de la proportionnalité et considérer que, lorsque l'employé reçoit une très haute rémunération, son besoin de protection est moindre mais non supprimé²⁴. Dans cette conception, on pourra retenir, selon les circonstances, qu'une partie de la gratification est discrétionnaire alors qu'une autre sera tenue pour être du salaire.

La question est d'importance lorsque l'on sait que, dans le secteur financier, la rémunération variable des hauts dirigeants reste globalement largement supérieure à leur rémunération fixe. Selon les données collectées par la Fondation Ethos²⁵, en

²¹ WYLER (cité n. 10), p. 169 ; CRAMER, *Der Bonus im Arbeitsvertrag*, 2007, p. 110-112.

²² TF, arrêt du 3 février 2009, 4A_511/2008, c. 4.3.2.2.

²³ ATF 131 III 615, c. 5.2.

²⁴ AUBERT, *Rapport entre la gratification et le salaire : commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_509/2008 du 3 février 2009*, in *ARV/DTA 2009*, p. 120 (124).

²⁵ Etude ETHOS, *Rémunération 2009 des instances dirigeantes. Sociétés comprises dans les indices boursiers SMI et SMIM : 49 plus grandes sociétés cotées en Suisse*. Juillet 2010, p. 13, disponible sur :

2009, la part de la rémunération fixe ne représentait que 17% de la rémunération des CEO des sociétés financières du SMI (48% en 2008) et 20% de la rémunération des autres membres de la direction générale (39% en 2008). L'écart est un peu moins important dans les sociétés financières du SMIM, puisque la rémunération fixe y représente 42% de la rémunération totale des CEO et 56% de celle des autres membres de la direction générale, le bonus annuel représentant la quasi-totalité de la rémunération variable. Il est important, pour comprendre sur quels montants ces proportions doivent être appréciées, de savoir que dans le secteur financier la rémunération moyenne en 2009 était de CHF 8.7 millions pour les *chairman/CEO*, de 7 millions pour les CEO et de 4.3 millions pour les autres membres de la direction générale²⁶. Les montants évoqués ici – y compris ceux de la rémunération fixe – sont donc très largement supérieurs à ceux dont le Tribunal fédéral avait à connaître dans l'arrêt susmentionné, dans lequel il parlait d'une rémunération qui n'était que « confortable ».

B. La circulaire de la FINMA sur la rémunération (Circ.-FINMA 10/1)

1. L'origine de la circulaire

a) La crise financière

La circulaire présentement étudiée n'a pas été édictée par la FINMA sans raisons particulières, ni de façon isolée (cf. supra Introduction). L'intervention de l'autorité bancaire dans le domaine des rémunérations octroyées par les banques à leurs employés s'est inscrite dans le cadre particulièrement troublé de la crise financière de 2008 et de celui des réactions internationales que cette dernière a suscitées.

Le lecteur trouvera un rappel historique et une mise en perspective internationale dans le Message du Conseil fédéral du 5 novembre 2008, intitulé « Message concernant un train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse »²⁷. Les mesures proposées par le Conseil fédéral avaient non seulement pour objet de venir au secours de l'UBS en aidant à sa recapitalisation mais également de modifier plus en profondeur le fonctionnement du système bancaire et de renforcer la protection des déposants. Dans ce cadre, le Conseil fédéral annonçait déjà l'élaboration de

http://www.ethosfund.ch/upload/publication/p305f_100702_Etude_Ethos_Rmunrations_des_instances_dirigeantes_des_plus_grandes_socits_cotes_en_Suisse.pdf.

²⁶ Etude ETHOS, p. 5.

²⁷ FF 2008 8027 ss.

standards minimaux sous l'égide de la CFB et de la FINMA, qui était alors sur le point d'entrer en fonction²⁸. Le Conseil fédéral relevait que : « La nouvelle réglementation définira les objectifs d'un système de rémunération approprié. Ses prescriptions régiront les systèmes de rémunération non seulement des hauts dirigeants, mais encore des cadres dirigeants et des collaborateurs pouvant exposer l'établissement à des risques importants ou chargés de gérer de tels risques ». Le Conseil fédéral ajoutait que : « Pour la CFB, les composantes variables de la rémunération peuvent aussi être judicieuses, dans la mesure où elles permettent à l'entreprise d'adapter ses charges salariales à la conjoncture en toute flexibilité ». Il concluait par l'idée selon laquelle « les systèmes de rémunération ne doivent toutefois pas inciter à prendre des risques inappropriés ».

b) Les réglementations internationales

En promulguant sa réglementation, la FINMA a suivi de près les principes internationaux existants ou en cours d'élaboration. On mentionnera particulièrement les « *Principles for sound compensation practices* » édictés le 2 avril 2009 par le « *Financial Stability Forum* » dont la création fut décidée à la même date par le G20 à son sommet de Londres. Ce forum est depuis lors devenu le « *Financial Stability Board* » et il a pour but d'identifier les vulnérabilités du système financier mondial et de proposer des mesures pour y remédier. Dans l'introduction aux principes susmentionnés, le forum met expressément en relation la crise financière qui commença en 2007 et le système de rémunération pratiqué par les grandes institutions financières : « *High short-term profits led to generous bonus payments to employees without adequate regard to longer-term risks-taking they imposed on their firms. These perverse incentives amplified the excessive risk-taking that severely threatened the global financial system and left firms with fewer resources to absorb losses as risks materialized.* »²⁹.

c) Le cadre législatif helvétique

Si l'initiative de la FINMA n'est pas isolée sur le plan international, elle s'inscrit également dans le mouvement actuel qui devrait conduire prochainement à une révision du Code des obligations en matière de rémunération des dirigeants. Ce dernier a déjà été partiellement retouché, le 1^{er} janvier 2007, lorsque l'art. 663^{bis} CO est entré en vigueur en fixant la liste des indications supplémentaires que les annexes du bilan doivent contenir pour les sociétés dont les actions sont cotées en

²⁸ FF 2008 8058.

²⁹ Financial Stability Forum, *Principles for sound compensation practices*, 2 avril 2009, http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_0904b.pdf, p. 1.

bourse. L'alinéa 1 ch. 2 de cette disposition dispose que l'annexe au bilan doit contenir la mention de « toutes les indemnités qu'elles ont versées directement ou indirectement aux personnes auxquelles le conseil d'administration a délégué tout ou partie de la gestion de la société (direction) ».

De manière contemporaine à cette modification du droit de la société anonyme, une initiative populaire « Contre les rémunérations abusives », dite initiative Minder, fut lancée en octobre 2006. Bien que déposée le 26 février 2008 à la Chancellerie fédérale, ce n'est apparemment pas avant 2012 que le peuple suisse votera à son sujet. Cette initiative concerne les seules sociétés cotées dans le but de leur imposer un certain nombre de règles nouvelles parmi lesquelles on retiendra notamment que ce devrait être l'assemblée générale qui déciderait de la somme globale des rémunérations alors que les indemnités de départ seraient interdites. Des sanctions pénales réprimeraient les violations à ces règles du droit de la société anonyme³⁰.

Le dépôt de cette initiative a entraîné la présentation, par le Conseil fédéral, d'un contre-projet dit « indirect » qui se compose en fait de deux projets. Le premier est un projet de révision du droit de la société anonyme destiné à améliorer l'équilibre des forces dans la société anonyme et protéger les droits de propriété des actionnaires. Il contient un certain nombre de dispositions relatives aux indemnités du conseil d'administration des sociétés cotées³¹. Le deuxième projet consiste en une extension de la réforme sur la question des rémunérations et cherche notamment à faciliter les actions en restitution des prestations reçues indûment. Il oblige également les sociétés anonymes à mettre en place une politique de rémunération appropriée³².

La question n'est sans doute pas près de trouver une solution, l'intensité du débat politique n'ayant pas faibli ces derniers mois ; preuve en est que, au cours de la session d'hiver 2010, le Conseil des Etats a adopté deux projets de modification du Code des obligations et d'autres lois fédérales en guise de contre-projet indirect à l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives ». Dans ce cadre, la fiscalité est appelée à la rescousse pour limiter les rémunérations excessives, puisqu'il est prévu d'imposer les entreprises en cas de distribution de rémunérations supérieures à trois millions de francs.

La multiplication des projets actuels rend la situation assez complexe et ne permet que difficilement de prévoir quelle sera la réglementation qui s'imposera et dans

³⁰ Le texte de l'initiative est reproduit (p. 270) par le Conseil fédéral dans son « Message relatif à l'initiative populaire 'contre les rémunérations abusives' et à la révision du code des obligations », FF 2009 265.

³¹ FF 2009 277.

³² FF 2009 279.

quel délai³³. En tout état, selon les indications fournies par les autorités fédérales, ce n'est pas avant 2012 que le peuple votera sur l'initiative Minder et les contre-projets qui lui sont opposés.

2. Le contenu de la circulaire

Fidèle aux modèles internationaux qui l'ont inspirée, la circulaire présente les mêmes caractéristiques que ces derniers, tant au fond qu'à la forme. Reprenant les idées directrices élaborées par le *Financial Stability Board*, la circulaire de la FINMA tend essentiellement à assurer un alignement entre les rémunérations et les risques d'une part et la durabilité des résultats économique de la banque d'autre part. Elle consiste en une série de dix principes assortis de quatre-vingt-trois commentaires. Il vaut la peine de citer ici quelques une des principales règles édictées par la FINMA qui peuvent avoir une influence directe sur le droit du travail :

Principe 2

Le système de rémunération est structuré de manière simple, transparente et réalisable, il est orienté sur le long terme

Commentaire 25

Le système de rémunération assure suffisamment de continuité. Il doit être structuré de manière à être judicieux et acceptable indépendamment de la marche des affaires de l'établissement financier.

Commentaire 26

L'établissement financier veille à ce que les contrats passés avec les personnes concernées répondent aux exigences de la présente circulaire et du règlement sur la rémunération. Si nécessaire, il faut adapter les contrats.

Principe 4

La structure et le montant des rémunérations globales concordent avec la politique de risque de l'établissement financier et encouragent la prise de conscience des risques

³³ Sur cette question, cf. DUVOISIN / AYRANOVA, *Révision du droit de la société anonyme. La multiplicité des projets concernant la rémunération des dirigeants*, Centre de droit bancaire et financier, <http://cms.unige.ch/droit/cdbf>, article n° 717, 14 décembre 2010.

Commentaire 32

Plus une personne assume de responsabilités stratégiques ou opérationnelles, plus sa rémunération doit tenir compte des risques dont elle est responsable.

Principe 5

Les rémunérations variables sont couvertes à long terme par le succès économique de l'établissement financier

Commentaire 43

Les modèles et les processus qu'un établissement financier utilise pour déterminer les rémunérations variables au niveau de l'ensemble de l'établissement et de ses unités concordent avec sa stratégie commerciale et sa politique de risque.

Principe 6

La rémunération variable est attribuée selon des critères durables

Commentaire 45

L'attribution des rémunérations variables à des unités et des personnes déterminées doit dépendre de critères durables et compréhensibles qui correspondent à la politique commerciale et de risque de l'établissement financier.

Commentaire 46

La violation grave de prescriptions internes ou externes entraîne une réduction, voire la déchéance de la rémunération variable.

Principe 7

Les rémunérations différées lient la rémunération à l'évolution future du succès et des risques

Commentaire 51

Les rémunérations différées doivent être conçues de façon à tenir compte de la stratégie commerciale et de la politique de risque de l'établissement financier. Elles seront structurées de manière à favoriser le plus possible la prise de conscience des risques par les bénéficiaires, en les incitant à exercer une activité durable.

Commentaire 52

Le délai doit tenir compte de l'horizon temporel des risques assumés par le bénéficiaire. Le délai est d'au moins trois ans pour les rémunérations différées des membres 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. Avant la fin du délai, le versement définitif de la rémunération s'effectue tout au plus au prorata.

Commentaire 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.

Principe 8

Les indemnités versées aux titulaires des fonctions de contrôle ne créent pas de conflits d'intérêts

Commentaire 59

Le système de rémunération des titulaires de fonctions de contrôle ne doit pas créer des incitations qui engendrent des conflits d'intérêts avec les missions de ces unités. La fixation de la rémunération variable de ces personnes ne doit pas dépendre directement du résultat des unités d'affaires à surveiller, ou de produits et transactions spécifiques.

Il faut relever que, par rémunération variable, la FINMA vise la « partie de la rémunération globale dont le versement ou le montant est laissé à l'appréciation de l'établissement financier ou qui dépend de la survenance de certaines conditions convenues, y compris la rétribution dépendant de la performance ou du résultat, comme les provisions et les commissions. Les indemnités à l'engagement et les indemnités de départ sont aussi définies comme rémunération variable » (commentaire 12).

3. Le fondement juridique et le champ d'application de la circulaire

La circulaire est fondée sur les dispositions suivantes :

- Loi sur l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA) : art. 7 al. 1 let. b ;
- Loi sur les banques (LB): art. 3 al. 2 let. a, 3b-3g ;
- Loi sur la surveillance des assurances (LSA): art. 22, 27 al. 1, 47, 67, 68, 75, 76 ;
- Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM): art. 10 al. 2 let. a ;
- Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (LPCC): art. 13, 14 al. 1 let. c.

La FINMA a fondé sa circulaire sur l'art. 3 al. 2 let. a LB qui impose aux banques d'avoir une organisation adaptée à leurs activités. Le système de rémunération que les banques devront ou seront désormais encouragées à édicter, aux termes de la circulaire, ressortit donc à la gouvernance d'entreprise et à la bonne organisation de cette dernière.

En revanche, la FINMA n'a pas invoqué l'art. 3 al. 2 let. c LB qui impose aux personnes chargées d'administrer et de gérer la banque de jouir d'une bonne réputation et de présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable. La distinction est d'importance car la violation des principes édictés par la FINMA en matière de rémunération exposera la banque elle-même à des sanctions administratives mais non son employé. Ce dernier viendrait-il à réclamer le paiement du bonus dû selon les termes de son contrat de travail qu'il ne s'exposerait pas au reproche de ne plus présenter les garanties d'une activité irréprochable. Le seul fait pour un employé d'une banque de réclamer le paiement d'un bonus dont les critères de calcul ou d'attribution enfreindraient les limites posées par l'autorité de surveillance ne constitue donc pas une infraction administrative pour l'employé.

La circulaire ne s'applique pas de manière obligatoire à toutes les banques et assurances. Seules celles d'entre elles qui, aux termes de la réglementation qui leur est spécifique, doivent détenir des fonds propres d'au moins deux milliards de CHF doivent impérativement appliquer les règles contenues dans la circulaire (commentaires 6 et 7). Les autres établissements financiers ne sont pas obligés d'appliquer la circulaire. Il leur est toutefois recommandé d'en reprendre les principes comme lignes directrices pour leurs propres systèmes de rémunération (commentaire 8). Cependant, même pour ces derniers établissements, la FINMA peut imposer le respect de la circulaire dans les « cas motivés », ce par quoi il faut notamment comprendre les situations dans lesquelles la FINMA détecte des risques particuliers en

raison du profil de risque d'un établissement financier, de ses activités ou de ses relations commerciales, ou encore si son système de rémunération comporte des risques disproportionnés (commentaire 9).

Il n'est pas douteux que, même pour les établissements qui ne sont pas obligatoirement soumis à la circulaire, les règles ressortant de cette dernière vont progressivement s'imposer comme un standard à l'aune duquel la FINMA jugera de la qualité de l'organisation de la banque.

C. Les contradictions entre le droit du travail et la Circ.-FINMA 10/1

Une comparaison entre les règles du droit du travail et celles édictées par la Circ.-FINMA 10/1, telle qu'elles viennent d'être rappelées ou exposées, montre qu'il existe indéniablement des tensions, voire des contradictions entre elles. Les plus marquées d'entre elles sont les suivantes.

La règle dite du « *clawback* » est sans doute celle qui pose les problèmes les plus aigus. On en trouve deux cas dans la circulaire, tant en ce qui concerne la rémunération variable qu'en ce qui concerne la rémunération différée. Pour le premier type de rémunération, la circulaire dispose que « la violation grave de prescriptions internes ou externes entraîne une réduction, voire la déchéance de la rémunération variable » (commentaire 46) alors que pour le deuxième elle précise que « 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 » (commentaire 55).

Ces principes entrent en confrontation avec les règles impératives du droit du travail selon lesquelles le paiement du salaire à l'employé ne peut être soumis à aucune condition et que toute convention qui prévoirait le non-paiement d'un travail accompli serait nulle³⁴ (cf. supra I.A.1.b).

Le principe 7, qui dispose que « les rémunérations différées lient la rémunération à l'évolution future du succès et des risques », entre également en conflit avec le droit du travail. On apprend en effet, à la lecture des commentaires (notamment commentaire 53) qui accompagnent le principe que plus les responsabilités et la rémunération globale du bénéficiaire sont élevées, plus la part différée de sa rémunération doit être élevée. Le but poursuivi est celui qui sous-tend tout le système, savoir

³⁴ TF, arrêt du 3 février 2009, 4A_511/2008, c. 5.3.3.

un alignement entre la rémunération des dirigeants, les risques encourus par la banque et la durabilité du succès (cf. supra I.B.2.). C'est donc logiquement que la FINMA ajoute, au commentaire 54, qu'une évolution négative de la valeur de l'entreprise (en raison de l'évolution des revenus, des charges et du coût du capital de l'entreprise) peut conduire à la réduction de la rémunération différée, voire à sa suppression.

Ici à nouveau, cette réglementation entre en conflit avec la réglementation du droit du travail, à savoir l'obligation faite à l'employeur de payer le salaire et l'interdiction de soumettre le salaire à des conditions, à quoi il faut ajouter, en cas de résiliation du contrat de travail, l'exigibilité des créances découlant des rapports de travail au terme de ces derniers selon l'art. 339 CO (cf. supra I.A.1.c), ce qui permettrait à l'employé de réclamer immédiatement tout son dû, même la part différée de sa rémunération³⁵.

II. Les rapports entre le droit privé et le droit public

L'analyse à laquelle nous venons de procéder conduit au résultat que les normes posées par la FINMA dans sa circulaire ne sont pas toutes compatibles avec le droit du travail contenu dans le Code des obligations ou, à tout le moins, avec l'interprétation qui en est faite par la jurisprudence. Ce constat n'est qu'intermédiaire en ce qu'il ne mène pas en lui-même à une conclusion quant à la prééminence qu'un groupe de normes pourrait avoir sur l'autre. C'est maintenant à cette question qu'il faut se consacrer en commençant par l'analyse des rapports qu'entretiennent le droit privé et le droit public.

A. Les critères de distinction du droit privé et du droit public

Le droit privé fait une large part à l'autonomie privée et laisse, en matière contractuelle, les parties aménager leurs rapports comme elles l'entendent, sous réserve de dispositions impératives, lesquelles ne figurent qu'en nombre relativement restreint dans le Code des obligations.

La partie spéciale de ce dernier a cependant considérablement évolué depuis son élaboration initiale : « Les circonstances économiques et sociales ont amené le légi-

³⁵ Sous réserve du cas de la participation au résultat de l'art. 322a CO dont l'exigibilité est différée (art. 323 al. 3 CO et art. 339 al. 3 CO).

slateur à créer dans divers domaines une sorte de droit privé d'exception. Mentionnons à cet égard les révisions successives du droit immobilier agricole, de la vente à tempérament, du bail à loyer et à ferme, du contrat de travail, du contrat d'agence, etc. »³⁶. C'est la protection de la partie réputée faible qui a essentiellement motivé ces modifications.

En cela, le droit privé, par ses dispositions impératives, a une vocation sociale. Cela est particulièrement visible en matière de contrat de travail et contrat de bail. Pour ce dernier, du principe de la liberté contractuelle laissant les parties libres de fixer le loyer, on est passé au régime de l'AMSL (Arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif³⁷) puis à celui du Code des obligations modifié, englobant l'essentiel des dispositions de l'AMSL³⁸ : le bailleur ne peut fixer librement le loyer et doit respecter des principes stricts, les abus pouvant être remis en cause pas le locataire.

B. Les contrariétés entre l'un et l'autre

Le droit administratif peut intervenir pour régler des situations soumises à l'emprise du droit privé. Le contrat de bail donne des exemples clairs de ce type de situation : le contrôle des loyers peut être institué soit par la Confédération soit par les cantons³⁹, limitant d'autant la liberté dont les parties disposent aux termes du Code des obligations. On trouve un autre exemple d'une telle intervention du droit administratif dans la relation contractuelle des parties à l'art. 12 let. e LLCA qui interdit à l'avocat, avant la conclusion d'une affaire, de passer une convention avec son client par laquelle ce dernier accepterait de faire dépendre les honoraires du résultat de l'affaire. On signalera enfin, toujours à titre d'exemple, l'art. 5 LCart qui frappe d'illicéité « les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace »⁴⁰. Sur le plan législatif, ce mode de faire ne soulève aucune difficulté lorsque l'intervention émane du législateur fédéral.

Il en va différemment lorsque la loi administrative est promulguée par un canton. Une source de tension entre le droit privé fédéral et le droit public peut alors surve-

³⁶ MERZ, *Droit des obligations, partie générale*, tome 1, *Traité de droit privé suisse*, 1993, p. 15.

³⁷ ROLF 1972 II 1531.

³⁸ LACHAT, *Le bail à loyer*, 2008, p. 371 et 383 ss.

³⁹ LACHAT, p. 376 ss.

⁴⁰ Sur cette question, cf. ALBERINI, *Droit des accords verticaux : de l'enfance à l'adolescence*, SJ 2010 II 123.

nir en raison du principe de la force dérogatoire du droit fédéral. L'exemple de la Loi genevoise sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (LDTR) offre une bonne illustration de cette question, les empiètements du législateur cantonal sur le droit fédéral étant tantôt jugé admissibles⁴¹ tantôt pas⁴². Les modifications apportées à la réglementation du droit privé fédéral émanent soit du législateur fédéral soit du législateur cantonal. Dans le premier cas, elles échappent au contrôle du Tribunal fédéral en vertu de l'art. 189 al. 4 Cst⁴³. Dans le deuxième cas, elles sont soumises aux principes énoncés par le Tribunal fédéral, principes qui peuvent varier selon le droit constitutionnel qui est mis en cause⁴⁴.

Si la protection de la partie faible peut faire partie de la réglementation du droit privé, qui a vocation de régler les rapports entre les particuliers, la politique économique ne constitue en revanche pas un but que le droit privé poursuit, même si sa réglementation impérative peut avoir un effet indirect sur la situation économique générale. Ainsi, la stricte réglementation du contrat de bail prévue par le Code des obligations a-t-elle un impact sur le marché du logement. La conséquence est indirecte et ne constitue pas le but recherché par la loi qui s'occupe de définir le contenu admissible de la convention liant les parties, compte tenu des rapports de force en présence. Il va de la même manière pour les bonus : la bonne marche de l'entreprise peut être affectée – de manière positive ou négative – par le mode de distribution des bonus. Si les règles posées par le Code des obligations pour protéger les employés peut donc indirectement affecter le fonctionnement de l'entreprise, voire même l'économie en général, ce n'est toutefois pas leur but.

C. La portée des règles administratives dans le cadre de l'art. 20 CO

La circulaire de la FINMA impose aux personnes qui lui sont soumises des obligations relatives au contenu des contrats qu'elles entendent passer avec leurs employés. La question à résoudre est celle de savoir si un contrat passé en contravention aux exigences posées par la FINMA serait frappé d'invalidité pour avoir un contenu illicite.

⁴¹ ATF 116 Ia 401.

⁴² ATF 128 I 206.

⁴³ MAHON, in AUBERT / MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, 2003, p. 1448-1450.

⁴⁴ ATF 116 Ia 401 c. 9a.

1. Le contenu illicite

a) Les normes pouvant fonder l'illicéité

L'art. 20 CO frappe de nullité tout contrat dont l'objet est illicite. Par illicéité, il faut comprendre la contrariété à des dispositions impératives du droit positif suisse⁴⁵, les normes de droit public étant évidemment incluses dans ce dernier⁴⁶.

Reste encore à savoir si toute norme est susceptible de fonder l'illicéité. Outre les délimitations qui ont trait à l'autorité – fédérale ou cantonale – qui promulgue la norme, il faut également prendre en considération le rang de cette dernière. Sur le premier point, nous avons vu que, si le législateur fédéral peut limiter la liberté contractuelle par des lois administratives, les cantons quant à eux ne peuvent le faire que de manière limitée, en fonction des compétences qui leur sont reconnues par la Constitution. Quant au deuxième point, on retiendra que la norme doit émaner d'une autorité qui avait la compétence de la promulguer selon les normes constitutionnelles et légales la régissant. Cette dernière question conduit à examiner, concernant l'activité normative de l'administration, la question du statut des ordonnances et des circulaires administratives (*Rundschreiben*) afin de déterminer leur faculté de contenir des normes imposant des obligations primaires aux administrés et, partant, de frapper de nullité les accords passés par ces derniers qui contreviendraient auxdites obligations.

b) Le statut des ordonnances administratives

aa) En général

Les circulaires appartiennent à une catégorie particulière d'ordonnances, les ordonnances administratives⁴⁷. Il existe des ordonnances administratives interprétatives, soit une codification de la pratique de l'administration et de l'interprétation que cette dernière donne à la loi qu'elle doit appliquer. Ces ordonnances ne peuvent contenir aucun élément juridique qui ne serait déjà contenu dans la loi⁴⁸. Il existe également des ordonnances d'exécution, soit un ensemble de dispositions prises

⁴⁵ CR-GUILLOD/STEFFEN, CO 19/20 N 60 : KOLLER, *Schweirisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, § 13 N 98-101; SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, 4^{ème} éd., 2006, N 32.05; GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMMENEGGER, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, 9^{ème} éd., N 648.

⁴⁶ SCHWENZER (cité n. 45), N 32.10 ; BsK-HUGUENIN, CO 19/20 N 15; GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMMENEGGER (cité n. 45), N 648.

⁴⁷ MOOR, *Droit administratif I*, 2^{ème} éd. 1994, § 3.3.5.1.

⁴⁸ MOOR, § 3.3.5.2, particulièrement p. 265-266.

par l'administration pour concrétiser une loi, sans pour autant créer des droits ou obligations qui ne soient déjà contenus dans la loi⁴⁹. L'ordonnance administrative interprétative reste généralement interne à l'administration et n'est, le plus souvent, pas destinée à publication. Ce principe n'est toutefois pas sans exception⁵⁰. Ces ordonnances sont édictées non en vertu d'une délégation de la loi mais en vertu du pouvoir hiérarchique.

Un éventuel doute quant à la qualification juridique exacte d'une circulaire administrative est sans conséquence juridique majeur pour le sujet présentement examiné puisque ni les ordonnances d'exécution ni les ordonnances interprétatives ne peuvent contenir des éléments juridiques nouveaux.

Il faut distinguer ce type d'ordonnances administratives des ordonnances de substitution⁵¹ que l'autorité administrative reçoit la délégation législative de promulguer et qui peuvent contenir des règles de droit primaires.

bb) Le statut des ordonnances de la FINMA

La situation de la FINMA est particulière puisqu'il s'agit d'une entité de droit public indépendante, instituée par une loi fédérale⁵². Ceci ne l'empêche cependant en rien d'édicter des ordonnances dès l'instant qu'elle a mission d'appliquer des lois. La loi la régissant lui donne d'ailleurs expressément la faculté d'édicter des ordonnances, tout en limitant ladite faculté à des circonstances précises. Alors que l'art. 7 al. 1 lit. b LFINMA dispose que la FINMA adopte « des circulaires afin de préciser les modalités d'application de la législation sur les marchés financiers », l'alinéa 2 précise que « la FINMA n'adopte des ordonnances et des circulaires que dans la mesure où les buts visés par la surveillance le requièrent. Ce faisant, elle tient compte notamment: a. des coûts que la réglementation entraîne pour les assujettis; b. des effets de la réglementation sur la concurrence, sur la capacité d'innovation et sur la compétitivité internationale de la place financière suisse; c. des différentes activités des assujettis et des risques qu'ils encourent; et d. des standards internationaux minimaux ».

Le Tribunal administratif fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur la nature juridique des circulaires de la FINMA. Il a retenu qu'elles constituaient des ordonnances administratives qui, au contraire des ordonnances législatives, ne consacrent pas de nouveaux droits ou obligations pour les personnes⁵³. Il a souligné, en accord avec la

⁴⁹ MOOR, § 3.3.2.

⁵⁰ MOOR, § 3.3.5.1.

⁵¹ MOOR, § 3.3.2.

⁵² ZUFFEREY / CONTRATTO, *The Swiss Financial Market Supervisory Authority*, 2009, p. 56.

⁵³ TAF, arrêt du 14 décembre 2009, B-7765/2008.

doctrine, qu'elles sont importantes en ce qu'elles offrent la garantie d'une pratique administrative uniforme et exempte d'inégalité de traitement, en particulier dans les domaines où les autorités administratives disposent d'un pouvoir d'appréciation. Le Tribunal administratif fédéral a cependant relevé que, en tant qu'instance indépendante de l'administration (art. 2 LTAF), il n'était pas lié par les ordonnances administratives et était libre d'en retenir l'application ou non. Il concluait sur ce point en affirmant que, dans la mesure où ces ordonnances permettent une interprétation des dispositions légales applicables qui est appropriée et adaptée au cas d'espèce, les tribunaux en tiennent compte lors de leur prise de décision.

Les circulaires de la FINMA ne sont donc pas susceptibles de contenir des normes primaires, tout particulièrement des normes qui entreraient en contradiction avec une loi fédérale, qu'elle soit de droit privé ou de droit public.

On réservera les cas particuliers où la loi confère à la FINMA le droit de promulguer des ordonnances de substitution. Ainsi en va-t-il des ordonnances 1 et 2 de la FINMA sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA 1 et OBA-FINMA 2) prises en application de l'art. 17 LBA, qui dispose que la FINMA précise à l'intention des intermédiaires financiers qui sont assujettis à sa surveillance les obligations de diligence définies au chapitre 2 et en règle les modalités d'application, pour autant qu'aucun organisme d'autorégulation ne l'ait fait. Cette faculté de substitution est cependant inexistante dans le domaine présentement analysé.

cc) *Le cas de la circulaire sur les rémunérations*

La circulaire sur les rémunérations présente les caractéristiques suivantes :

- La circulaire a pour but de contraindre les banques à mettre en place des systèmes de rémunération incitant les employés à limiter les prises de risques. Le but recherché est la stabilité du système bancaire. Le contenu de la relation de travail entre l'employé et la banque n'est pas l'objet même de la réglementation mais bien le moyen utilisé pour rendre celle-ci efficace et lui permettre d'atteindre le but visé par l'autorité.
- Elle est expressément décrite comme complétant le Code des obligations (commentaire 3).
- La circulaire n'indique pas expressément que les conventions dont le contenu serait contraire à ses exigences seraient nulles.

Il ne s'agit pas d'une ordonnance de substitution dans le sens qui a été donné ci-dessus à cette notion mais d'une circulaire – la FINMA la décrit d'ailleurs comme telle – de sorte qu'elle ne saurait contenir de normes primaires. Elle est destinée à interpréter la loi bancaire et non à la compléter. Cela dit, la loi bancaire est très large

en ce qu'elle oblige la FINMA, avant de donner une autorisation d'exploiter une banque, de vérifier que « les statuts, les contrats de société et les règlements de la banque en définissent exactement le champ d'activité et prévoient l'organisation correspondant à cette activité; lorsque son but social ou l'importance de ses affaires l'exige, la banque doit instituer d'une part des organes de direction et, d'autre part, des organes préposés à la haute direction, à la surveillance et au contrôle, en délimitant les attributions de chacun d'entre eux de façon à garantir une surveillance appropriée de la gestion ».

Le pouvoir d'appréciation de la FINMA est particulièrement étendu de sorte qu'il n'est pas douteux qu'elle était dans le cadre de ses compétences en édictant une circulaire destinée à interpréter la loi bancaire en matière de gouvernance d'entreprise. Cela ne veut cependant pas encore dire que les règles ne soulèvent pas de problèmes juridiques dans l'hypothèse où elles devraient être considérées comme des règles primaires : serait-ce en effet le cas qu'elles ne pourraient fonder, ainsi que nous allons le voir, la nullité des clauses contractuelles qui leur seraient contraires.

2. La nullité du contrat comme conséquence de la violation

L'art. 20 CO énonce que le contrat dont l'objet est illicite est nul. La formulation de ce principe est cependant trop catégorique. Il est en effet admis, de manière constante tant par la jurisprudence que par la doctrine, que le texte légal doit être nuancé et que le seul fait que l'objet d'un contrat soit illicite n'implique pas automatiquement la nullité de ce dernier.

L'illicéité n'entraîne la nullité d'un contrat que si cette conséquence juridique est expressément prévue par la disposition violée ou que, à tout le moins, elle découle de l'esprit et du but de cette dernière⁵⁴. Que la participation à l'acte prohibé soit même pénalement punissable n'entraîne pas *ipso iure* la nullité de ce dernier⁵⁵; la punissabilité est d'ailleurs regardée tantôt comme un argument en faveur de la nullité tantôt en défaveur de cette dernière⁵⁶.

Enfin, le point déterminant pour juger de l'illicéité est celui de la conclusion du contrat. Si un contrat devient illicite postérieurement à sa conclusion, la prohibition

⁵⁴ ATF 134 III 52, c. 1.1 = JdT 2008 I 307 et SJ 2008 I 286; 119 II 22, c. 2; 117 II 48 2a; 102 II 401 = JdT 1978 I 492, c. 2; GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMMENEGGER (cité n. 45), N 684.

⁵⁵ ATF 134 III 52, c. 1.3 = JdT 2008 I 307 et SJ 2008 I 286.

⁵⁶ *Idem*.

de l'effet rétroactif a pour effet que sa validité n'est pas remise en cause⁵⁷, sous réserve cependant d'une atteinte à l'ordre public⁵⁸.

III. La portée de la Circ.-FINMA 10/1 au regard des règles de droit civil

A. La portée limitée de la Circ.-FINMA 10/1

Au terme de l'analyse effectuée ci-dessus, il faut tout d'abord partir du principe qu'il n'entre pas dans les attributions de la FINMA d'édicter des normes de droit privé, l'art. 7 al. 1 lit. b LFINMA précisant à cet égard que la FINMA adopte des circulaires afin de préciser les modalités d'application de la législation sur les marchés financiers. En cela, la déclaration contenue dans la circulaire selon laquelle cette dernière compléterait le Code des obligations est inappropriée. La FINMA a en revanche pour mission de surveiller les marchés et prendre les mesures nécessaires à cette fin. Imposer aux banques des mesures de gouvernance d'entreprise entre par conséquent dans ses attributions de sorte que des règles sur le système de rémunération trouvent naturellement leur place parmi les circulaires que la FINMA a vocation à édicter, cela même si elles interfèrent dans les relations contractuelles établies entre un assujetti et ses employés.

Tel est le principe. En revanche, la circulaire ne peut pas entrer en contradiction avec des normes impératives du droit privé fédéral que la FINMA n'a pas la compétence de modifier ou de compléter par des normes primaires.

En partant de ces conclusions préliminaires, on parvient au constat suivant :

- En vertu du principe de la non-rétroactivité, la circulaire ne peut concerner que les contrats de travail conclus subséquentement à son entrée en vigueur ;
- Il y a en revanche une obligation administrative pour les banques de conclure des contrats conformes et de renouveler les contrats existants de façon que ces derniers soient conformes (Cf. Circ.-FINMA 10/1 Commentaire 26) ;
- La circulaire n'a d'effet contraignant que pour ce qui est laissé à la disposition des parties par le Code des obligations ;

⁵⁷ SCHWENZER (cité n. 45), N 32.09.

⁵⁸ BsK-HUGUENIN, CO 19/20 N 16.

- La circulaire ne constitue pas une norme susceptible d'emporter la nullité du contrat en vertu de l'art. 20 CO, nullité qui n'est d'ailleurs pas voulue comme sanction par la circulaire ;
- Des sanctions administratives peuvent en revanche être prononcées contre l'assujéti en cas de non-respect de la circulaire, pour autant qu'il pouvait le faire sans violer les normes impératives du Code des obligations.

La portée de la circulaire est certes réduite, en ce qu'elle n'a qu'une influence limitée sur les contrats effectivement conclus entre les banques et leurs employés, ces derniers étant tenus de respecter les normes impératives édictées par le Code des obligations, la FINMA ne pouvant contraindre ses assujétis à les violer. On peut alors se demander si cette circulaire a finalement quelque portée que ce soit. Sur ce point, il faut nuancer le propos. Certains des principes renfermés dans la circulaire heurtent de front les règles impératives du Code des obligations, d'autres en revanche entrent en conflit avec l'interprétation qui est donnée à certaines règles par la jurisprudence de sorte que l'on peut concevoir que cette interprétation soit modifiée de façon qu'elle s'harmonise avec les règles de la FINMA.

Parmi les principes qui entrent en claire contradiction avec le droit privé impératif, il faut mentionner le principe 6, assorti de son commentaire 46 selon lequel la violation grave de prescriptions internes ou externes entraîne une réduction, voire la déchéance de la rémunération variable. Ce principe ne s'accorde pas avec :

- l'obligation de payer le salaire décrétée par l'art. 322 al. 1 CO ;
- l'interdiction de conclure des accords prévoyant le non-paiement d'un travail déjà accompli découlant de l'art. 341 CO (supra I.A.1.b)⁵⁹.

Il en va de même du principe 7 qui lie – par le biais d'un système de paiements différés du salaire – la rémunération de l'employé à l'évolution future du succès et des risques de l'entreprise. Le commentaire 53 renforce la contrariété en ce qu'il énonce que « plus les responsabilités et la rémunération globale du bénéficiaire sont élevées, plus la part différée de sa rémunération doit être élevée », ajoutant qu'« 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 ». Ce principe contredit ceux impérativement posés par le Code des obligations, soit :

- l'obligation de payer le salaire (supra I.A.1.a) ;
- l'exigibilité des créances à la fin des rapports de travail (supra I.A.1.c) ;

⁵⁹ TF, arrêt du arrêt du 3 février 2009, 4A_511/2008, c. 5.3.3.

- l'interdiction de soumettre le salaire à des conditions (supra I.A.1.a).

B. La circulaire en tant qu'incitation faite à la jurisprudence

A défaut d'avoir les pleins effets contractuels qu'elle revendique, la Circulaire de la FINMA n'est cependant pas sans conséquences de droit civil.

Premièrement, elle constitue un instrument d'interprétation du contrat. Si un litige survient entre la banque et son employé quant à la portée d'une clause de bonus, l'interprétation qui parvient à un résultat conforme à la circulaire doit être privilégiée. En vertu du principe de la confiance et sauf éléments de fait contraires, il y a en effet lieu de partir du principe que les parties ont voulu se conformer à la réglementation administrative à laquelle elles sont soumises.

Secondement, la circulaire doit à tout le moins être vue comme une incitation faite à la jurisprudence de revoir certains des principes qu'elle a posés ou, au contraire, d'entreprendre l'analyse de questions qu'elle a laissées ouvertes, particulièrement celle de la pertinence des avis de doctrine excluant les très hauts revenus de la protection des normes sur le salaire (supra I.A.2.). Il devrait en aller ainsi des points suivants :

- Les conséquences liées au versement d'une gratification pendant trois ans (supra I.A.1.c) devraient être appréciées à l'aune de la circulaire de sorte que cette dernière devrait être considérée comme une réserve faite d'office par l'employeur et comprise comme telle par l'employé (principe de la confiance). Le paiement régulier de bonus ne se transformerait plus en une obligation pour l'employeur en l'absence de réserve faite par ce dernier. La réglementation de la circulaire empêche l'employé de croire de bonne foi que le paiement d'un bonus récurrent transforme ce dernier en une obligation salariale.
- Les règles strictes concernant la proportion entre le salaire de base et la part variable, selon lesquelles cette dernière doit être sensiblement inférieure au salaire fixe pour ne pas être soumise aux règles afférentes au salaire (supra I.A.1.c), devraient être revues pour ne plus s'appliquer qu'aux cas où les besoins de protection dus à l'employé relativement à sa rémunération sont effectivement en péril, c'est-à-dire aux seuls salaires bas ou moyens. En revanche, la jurisprudence devrait admettre les réserves faites par la doctrine concernant l'applicabilité de ces principes aux très hautes rémunérations. Une appréciation moins rigide de la notion de gratification aurait pour effet que le principe 7 de la circulaire, selon lequel « les rémunérations différées lient la rémunération à l'évolution future du succès et des risques » pourrait trouver pleine application,

alors qu'à l'heure actuelle les bonus récompensent essentiellement les résultats à court terme de l'entreprise⁶⁰, nonobstant l'impact négatif que cela peut avoir sur la prise de risques par les employés⁶¹ (supra I.B.1.b).

- La jurisprudence relative aux accords passés entre employeur et employé emportant modification ou limitation du salaire futur (supra I.A.1.b) devrait être confirmée et largement appliquée aux systèmes de rémunération mis en place par les banques en application de la circulaire de la FINMA, systèmes qui auraient pour but de limiter la rémunération future en cas de mauvaises performances de la banque.

En revanche, les dispositions de la circulaire entraînant dans certaines circonstances – notamment en cas de survenance de pertes dans le champ de responsabilité de l'employé – la déchéance du droit à la rémunération différée pour un travail déjà effectué (*clawback*, supra I.C.) devraient rester sans effet de droit civil, parce que contraires à des dispositions impératives du Code des obligations que la FINMA n'a pas la compétence d'abroger. S'il est certes possible pour un employé de renoncer à une partie de son salaire futur à certaines conditions, la règle du *clawback* n'entre toutefois pas dans cette catégorie ; elle oblige en effet un employé à renoncer non à une rémunération pour un travail futur mais bien celle afférente à un travail déjà effectué dont le paiement a simplement été différé dans le temps. Cette renonciation tomberait sous le coup de l'interdiction faite aux parties de conclure des accords limitant ou supprimant le salaire dû pour un travail déjà effectué.

⁶⁰ Etude ETHOS (citée n. 25), p. 13 *in fine*.

⁶¹ C'est notamment l'avis exprimé par le Financial Stability Forum, cf. supra I.B.1.b), particulièrement n. 29.

Conclusion

La conclusion à laquelle on parvient au terme de cette analyse est en demi-teinte. La nécessité d'intervenir dans le système de rémunération des banques n'est que peu contestée. Le fait que le FINMA s'en préoccupe ne l'est pas plus. L'Association suisse des banquiers l'a elle-même approuvée dans sa prise de position du 13 août 2009, dans le cadre de la procédure de consultation ayant conduit à l'adoption de la circulaire, l'ASB y voyant une utile contribution au contrôle des risques.

Pour nombre de commentateurs, le texte va cependant trop loin et dépasse les principes posés dans la LB et la LFINMA⁶². Les contradictions entre la circulaire et les exigences du droit du travail, les atteintes portées à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprise, les mesures de politique économique que la circulaire comporte sont autant d'éléments qui sont mis en avant pour contester la légitimité de cette dernière.

Le débat politique va se poursuivre notamment dans le sillage des travaux parlementaires induits par le traitement de l'initiative Minder. Il est probable que, dans ce contexte, la pertinence de l'initiative de la FINMA sera discutée, même si le but de la circulaire – la mise en place de systèmes de rémunération compatibles avec les exigences d'une saine gouvernance d'entreprise propre à assurer la stabilité du système bancaire – n'est pas identique à celui poursuivi par les modifications du Code des obligations qui, quant à elles, tendent en premier lieu à améliorer la protection des actionnaires.

Dans le cadre très restreint de la présente contribution consacrée à la jurisprudence rendue en matière de droit du travail, on se contentera de relever que la circulaire de la FINMA constitue une occasion d'aborder enfin la question – laissée indécise dans la jurisprudence récente – de savoir dans quelle mesure les règles élaborées pour protéger l'employé, en tant que partie faible, doivent trouver une limite. La forte – pour ne pas dire vertigineuse – augmentation des hautes rémunérations au cours de la dernière décennie est un facteur qui oblige incontestablement à remettre en cause les acquis.

Il est vrai que les très hautes rémunérations ne sont pas seules en cause dans la prise de risques et que les employés au bénéfice d'un salaire qui n'est que « confortable », selon les termes du Tribunal fédéral, sont également susceptibles de prendre les risques dans le cadre de leur travail, poussés par l'espoir d'être récompensés

⁶² Cf. par ex. AUBERT, *La FINMA et les bonus : des problèmes de compatibilité avec le droit*, *Le Temps*, 12 octobre 2010 ; PEYER / SCHAUB, *FINMA-Richtlinie stösst auf rechtliche Barrieren*, *NZZ*, 4 juin 2010.

financièrement. A cet égard, il n'est pas douteux que les réflexions nationales et internationales des organismes de surveillance bancaires vont au-delà des plus hauts salaires et remettent en cause l'entier du système de rémunération variable et différée. Cette constatation n'a cependant pas pour conséquence de rendre sans objet un travail de portée plus limitée qui est celui qui consiste à revoir certains des fondements de la jurisprudence du droit du travail à la lumière des exigences économiques actuelles.

Le présent ouvrage fait suite au colloque en droit des contrats qui a lieu pour la deuxième fois à l'Université de Fribourg le 23 septembre 2010. Il entend présenter l'actualité et quelques analyses de fond en cette matière.

Les contributions réunies dans ce volume font le point sur la peine conventionnelle et l'indemnisation forfaitaire, sur la modification des circonstances et son impact sur l'adaptation du contrat, sur le sort des prestations à la fin des contrats de durée, sur le contrat de courtage, ainsi que sur la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux bonus des dirigeants à l'aune des règles de la FINMA. Le livre contient par ailleurs un résumé de la jurisprudence récente relative à l'ensemble du droit des contrats.