

DEMANDE EN DELIVRANCE D'UN CERTIFICAT DE TRAVAIL
ET EN PAIEMENT

pour

Monsieur Bradley BIRKENFELD, domicilié 20, cours de Rive, 1207 GENEVE, mais
faisant élection de domicile aux fins des présentes en l'Etude ZPG ZIEGLER PONCET
GRUMBACH CARRARD & LUSCHER, 14, cours des Bastions, case postale 401, 1211
GENEVE 12, et comparant par Me Charles PONCET,

Demandeur

Me Charles PONCET

contre

UBS AG, ayant son siège 45, Bahnhofstrasse, 8001 ZURICH,

Défenderesse

I. EN FAIT

1. Parties en présence

1. Le demandeur, M. Bradley BIRKENFELD est un citoyen américain actif depuis plusieurs années dans le domaine de la finance, en particulier dans la gestion de fortune d'une clientèle haut de gamme (pièce 1). Celle-ci est avant tout domiciliée aux Etats-Unis. Même si certains documents mentionnent le terme générique d'« Amérique du Nord », le contrat de travail qui sera examiné ci-après assigne M. BIRKENFELD au *desk* Etats-Unis (« US »), à l'exclusion du Canada (pièce 2). Il était gestionnaire de clients originaires des Etats-Unis.
2. M. BIRKENFELD n'a jamais été recherché en Suisse ou à l'étranger pour des infractions de nature pénale ou administrative. Il est naturellement essentiel pour ce dernier d'exercer son activité dans le strict respect des limites posées tant par la loi de son pays et les codes de conduite qui gouvernent l'entreprise qui l'emploie que par l'ordre juridique de la Suisse, où il est désormais domicilié.
3. La défenderesse, UBS AG est la plus importante entreprise suisse active dans le secteur bancaire et a son siège divisé entre Bâle et Zurich (pièce 3). Elle exploite également une banque à Genève, la succursale ayant toutefois été radiée (pièce 4).
4. Tournée vers l'international notamment de par l'existence de la branche *Wealth Management International*, UBS AG dispose en particulier de *desks* à Genève et Zurich dans sa division *Private Banking* uniquement actifs dans la gestion d'avoirs de clients des Etats-Unis. Il y a encore lieu de relever que ces *desks* ne sont pas prioritairement destinés à la gestion d'avoirs d'une clientèle originaire des Etats-Unis domiciliée en Suisse (témoins).
5. Cette activité est largement compromise tant par la législation des Etats-Unis que par les directives internes à la banque (pièces 5 à 5b). Il sera démontré ci-après que

le contrat de travail de M. BIRKENFELD avait concrètement pour corollaire la violation d'un droit étranger, à savoir celui des Etats-Unis.

2. Genèse de l'affaire

6. Comme il est reconnu tant pour ses indéniables capacités en tant que gestionnaire de fortune que pour son aptitude à approcher une clientèle prometteuse, M. BIRKENFELD a été contacté par le cabinet AMSTRONG de Londres, actif dans la recherche de cadres. UBS AG a cherché à s'attacher par l'intermédiaire dudit cabinet la collaboration de M. BIRKENFELD pour son *desk* Etat-Unis de la branche *Wealth Management International* à Genève (pièce 2).
7. Auparavant, M. BIRKENFELD avait travaillé dans une fonction de cadre à la banque BARCLAYS (Suisse) SA à Genève, dans la division *private banking*, à la plus grande satisfaction de celle-ci (pièces 1 et 6), avant d'être débauché par UBS AG. Quoique dans un premier chargé de la clientèle nord-américaine, M. BIRKENFELD avait jusqu'à l'offre d'UBS AG travaillé presque exclusivement au service de la clientèle originaire du Royaume-Uni. En effet, la banque BARCLAYS (Suisse) SA ne traitait plus la clientèle américaine à Genève. Cela s'explique au vu des développements qui suivront dans la présente écriture. N'étant pas juriste, M. BIRKENFELD ignorait tout de la législation pertinente des Etats-Unis.
8. A cet égard, UBS AG a dès le départ laissé entendre à M. BIRKENFELD qu'il était sensé relancer son importante clientèle domiciliée aux Etats-Unis acquise par le passé. Dans la négative, l'engagement de ce dernier ne revêtirait aucun sens dans la mesure où UBS AG n'avait aucune clientèle acquise par la banque à lui confier (témoins).
9. Ainsi, le 4 juillet 2001, UBS AG a engagé M. BIRKENFELD en qualité de Directeur du *Client Advisor Business Development* pour les Etats-Unis (« US »). Un contrat de travail a été conclu en la forme écrite (pièce 2). Il était concrètement en

charge de la gestion de la clientèle originaire des Etats-Unis. Il a été amené à se rendre plusieurs fois dans cet état.

10. A propos du bonus, ce contrat précise que :

"In addition to the annual base salary, the employee may be eligible for a performance bonus which is determined in the spring based on the bank's annual results. The bonus is only payable if, at the time of payment, no notice of termination of the employment relationship has been given by either party.

The bonus will be primarily based on the financial results achieved by the bank in the preceding year. The performance bonus is a reward for the individual's contribution and achievements. The bonus is a discretionary payment by the bank. It is not a guaranteed payment which can be claimed in the following year".

Soit en traduction libre:

En plus du salaire de base annuel, l'employé se voit en principe attribuer un bonus au rendement qui est déterminé sur la base des résultats annuels de la banque tels qu'établis au printemps. Le bonus n'est versé que lorsque, au moment du paiement, aucun avis de résiliation de la relation de travail n'a été donné par l'une ou l'autre des parties.

Le bonus sera en premier lieu basé sur les résultats financiers réalisés par la banque durant l'année qui précède. Le bonus au rendement est une récompense pour la contribution et les réalisations de chaque individu. Le bonus est un versement discrétionnaire fait par la banque. Ce n'est pas un versement assuré qui peut être réclamé l'année suivante.

11. La lettre d'accompagnement (pièce 2a) audit contrat datée du même jour mentionne encore que :

"It has been agreed that there will be no bonus payment in 2002 for the year 2001. It has been further agreed to pay out a bonus for the year 2002 and 2003 in direct relation with the Net New Money (NNM) – defined as inflow minus outflow of client assets/funds – generated by you. Your annual incentive will be 0.18% on the NNM achieved by you, provided that the respective return on

these client assets (RoA) will be at 1.00% p.a. measured over a 12 month period. If a RoA greater than 1.00% p.a. over a 12 month period is generated on such clients assets, the incentive will be linearly increased up to a maximum RoA of 1.50% p.a. The incentive will be linearly reduced if such clients' assets generate a RoA of less than 1.00% p.a. over a 12 month period. All assets generating a RoA of less than 0.80% p.a. over 12 month period will not be taken into consideration for your bonus payment.

The bonus payout will be during the bank's annual compensation process (normally in February), the first time in 2003 for the years 2001/2002. The annual incentive will only be payable if, at the time of payment, no notice of termination of the employment relationship has been given by either party. Please take note that the rules of the internal employee share participation scheme "Equity Ownership Plan" (EOP) or of any new or additional plan will apply to the mentioned payments.

For the year 2004 and the years thereafter your bonus will be determined according to the criteria applicable for all employees and senior managers in the Switzerland, as started in your employment contract".

Soit en traduction libre:

Il a été convenu qu'il n'y aura pas de versement de bonus en 2002 pour l'année 2001. Il a été par contre convenu du versement d'un bonus pour les années 2002 et 2003 en relation direct avec l'accroissement net de capitaux (NNM) – défini comme l'acquisition réduite de la perte d'actifs/fonds de clients – générée par vous-même. Votre bonus annuel sera de 0.18% du NNM que vous avez réalisé, étant précisé que le rendement¹ sur les avoirs du client (RoA) doit être d'au moins 1.00% par an après une période de 12 mois. Si un RoA plus élevé que 1.00% par an après une période de 12 mois est généré, le bonus sera augmenté linéairement jusqu'à un RoA maximum de 1.50% par an. Le bonus sera réduit linéairement si les avoirs du client génèrent un RoA inférieur à 1.00% par an après une période de 12 mois. Tous les avoirs générant un RoA inférieur à 0.80% par an après une période de 12 mois ne seront pas pris en considération dans le versement du bonus.

Le bonus sera décaissé durant la procédure de rémunération annuelle opérée par la banque (en principe en février), pour la première fois en 2003 pour les années 2001/2002. Le bonus n'est versé

¹ Réalisé par la banque.

que lorsque, au moment du paiement, aucun avis de résiliation de la relation de travail n'a été donné par l'une ou l'autre des parties. Nous vous remercions de prendre note que les règles internes sur le système de participation du personnel au capital « plan tendant à la possession d'actions » (EOP) ou de tout autre plan, nouveau ou complémentaire, s'appliqueront aux versements dont il est discuté.

Pour l'année 2004 et les années suivantes, votre bonus sera déterminé conformément aux critères applicables à tous les employés et cadres senior en Suisse, comme il est mentionné dans votre contrat de travail.

12. Dès le 1^{er} octobre 2001 et jusqu'au 30 avril 2003, M. BIRKENFELD a été actif dans un *desk* « Amérique du Nord ». Il était toutefois avant tout actif sur le marché des Etats-Unis (pièces 7 et 7a).
13. Du 1^{er} mai 2003 au 30 juin 2005, il a été promu dans un *desk* V.I.P. (*key clients*) afférent à une même clientèle géographique (pièces 7 et 7a).
14. Concrètement, M. BIRKENFELD travaillait exclusivement avec les clients de son réseau qu'il avait lui-même amenés à la banque (témoins).
15. Au titre des mesures de rétorsion inadmissibles dont M. BIRKENFELD a fait l'objet pour avoir dénoncé les dysfonctionnements d'UBS AG qui seront développés dans une prochaine section, celui-ci a été rétrogradé au *Desk US International*, c'est-à-dire celui où il était affecté du 1^{er} octobre 2001 au 30 avril 2003 (pièces 7 et 7a).

3. Violations du droit étranger et des directives internes à la banque impliquées par le contrat de travail

16. A propos de l'activité de M. BIRKENFELD chez UBS AG, celui-ci a eu incidemment connaissance d'une directive, remontant à novembre 2004, le 17 juin 2005 en consultant l'Intranet de la banque (pièce 5a). Cette directrice donnait pour instruction aux gestionnaires de s'abstenir des actes suivants :

- *"No marketing or advertising activity targeted to US persons take place in the United States ;*
- *No solicitation of account opening takes place in the United States;*
- *No cold calling or prospecting into the United States takes place;*
- *No negotiating or concluding of contracts takes place in the United States;*
- *No carrying or transmitting of cash or other valuables of whatever nature out of the United States takes place; the same applies to actively organizing such transfers or attempting to circumvent this prohibition through other means;*
- *No routine certification of signatures, transmission of completed account documentation, or related administrative activity on behalf of UBS AG takes place;*
- *Employees do not carry on substantial activities at fixed location(s) while in the United States thereby establishing an office or maintaining a place of business".*

Soit en traduction libre:

- *Aucune activité de marketing ou de promotion ayant pour cible des citoyens des Etats-Unis ne doit avoir lieu sur le territoire des Etats-Unis ;*
- *Aucune incitation à ouvrir un compte ne doit avoir lieu sur le territoire des Etats-Unis ;*
- *Aucun sondage commercial ou prospection ne doivent être organisés à l'intérieur des Etats-Unis ;*
- *Aucune négociation ou conclusion de contrats ne doivent avoir lieu sur le territoire des Etats-Unis ;*

- *Aucun transport ou transmission de cash ou d'autres valeurs de quelque nature que ce soit ne doivent avoir lieu en provenance des Etats-Unis ;*
- *Aucune activité courante d'authentification de signatures, de transmission de documents, de boucllement de comptes ou toute autre activité administrative y relative au nom d'UBS AG ne doivent avoir lieu ;*
- *Les employés ne doivent pas se livrer à des activités substantielles en des lieux déterminés lorsqu'ils se trouvent aux Etats-Unis, en tant qu'elles pourraient être assimilées à l'implantation d'un bureau ou en l'exploitation d'un comptoir de commerce.*

17. Cette directive n'est pas seulement un document interne à la banque mais reflète la législation en vigueur aux Etats-Unis. Ne pas respecter ladite directive équivaut pour M. BIRKENFELD à violer ses obligations de citoyen américain. Le document interne à UBS AG l'admet d'ailleurs clairement.

4. **Caractère inopérant de la protection des *Whistler-blowers* chez UBS AG**

a. **Silence de la banque**

18. Inquiété par la directive visée dans la section précédente, M. BIRKENFELD a adressé un mémorandum ce même 17 juin 2005 à M. René WÜTHRICH de la division *Legal* du bureau d'UBS AG à Genève, avec copie à M. Stéphane FURRER (pièces 5 et 5b). Il a également fait une communication comparable à M. Philippe FREY de la division *Compliance* du bureau d'UBS AG à Genève (pièce 18a).

19. A teneur de ce mémorandum, M. BIRKENFELD faisait sans équivoque part de son inquiétude face à la directive relative au marché des Etats-Unis. Il précisait que ce document se rapportait précisément au marché qui était le sien (*covering the market I presently cover – the United States of America*).

20. UBS AG connaît une procédure permettant prétendument de protéger les *whistle-blowers* au sein de l'entreprise (pièces 8 à 8b).

"The purpose of this policy is to encourage Employees to report any breaches of laws, regulations or codes of ethics to appropriate senior management of UBS without fear of retaliation. It reflects applicable global legal and regulatory requirement and the Code of Business Conduct and Ethics of the UBS Group".

Soit en traduction libre:

L'objectif de cette directive est d'encourager les employés à annoncer les violations des lois, règles, codes d'éthique aux supérieurs hiérarchiques compétents d'UBS sans à avoir à craindre de représailles. Cela reflète une exigence légale de régulation au niveau global et le Code des affaires d'éthique du groupe UBS.

21. Au titre d'absence de représailles, il est prévu que :

"No Employee or any contractor, subcontractor or agent of UBS may discharge, demote, suspend, threaten, harass, or in any other manner discriminate against any Employee in the terms and conditions of employment because of any lawful act of the Employee either:

(1) to provide information, cause information to be provided or otherwise assist in any investigation (including by making a report under this Policy) regarding conduct that the Employee reasonably believes constitutes a violation of any laws, rules, regulations or other legal requirements or applicable UBS codes of ethics when the information or assistance is provided to, or the investigation is conducted by:

-any person identified in section 3.1 above;

-any other person with supervisory authority over the employee or other person working for UBS who has authority to investigate, discover or terminate misconduct;

-any regulatory or law enforcement agency or authority; or

-any member or committee of the United States Congress.

(2) to file, testify, participate or in otherwise assist in a proceeding filed or about to be filed relating to an alleged violation of United States federal criminal law prohibiting bank, wire, mail or other securities fraud and any analogous laws of other jurisdictions or any rules or regulations of any banking or securities regulator of UBS.

In addition, no Employee or any contractor, subcontractor or agent of UBS shall knowingly, with the intent to retaliate, take any action harmful to any Employee or other person, including interference with the lawful employment or livelihood of such Employee or other person, for providing to any law enforcement official any truthful information relating to the commission or possible commission of any crime".

Soit en traduction libre :

Aucun employé, partenaire contractuel, sous-traitant ou agent d'UBS n'est admis à renvoyer, rétrograder, suspendre, menacer, harceler, ou à avoir un comportement discriminatoire d'une autre manière vis-à-vis d'un employé, notion définie dans les termes et conditions du contrat de travail, en raison d'un acte conforme au droit de la part de l'employé, qu'il s'agisse :

(1) de fournir des renseignements, aider à l'obtention de renseignements ou d'une autre manière de participer à une enquête (inclusivement en rédigeant un rapport protégé par cette directive) en rapport avec un comportement que l'employé tient raisonnablement pour constitutif d'une violation de lois, règles, règlements ou autres obligations légales ou de codes d'éthique UBS en vigueur lorsque les renseignements sont fournis à, ou l'enquête est conduite par :

- toute personne mentionnée dans la section 3.1 ci-dessus ;*
- toute autre personne disposant d'un pouvoir hiérarchique par rapport à l'employé ou une autre personne travaillant pour UBS chargée d'enquêter et de déceler ou même de faire cesser un comportement constitutif d'une faute professionnelle ;*
- tout organisme chargé de l'application d'une loi ou d'un règlement ;*
- tout membre ou comité du Congrès des Etats-Unis.*

(2) de déposer, prendre part ou assister d'une autre manière une procédure instruite ou sur le point d'être instruite en rapport avec une violation alléguée des lois pénales fédérales des Etats-Unis proscrivant la fraude bancaire, dans la communication par câble, l'envoi postal ou les titres ou d'autres lois analogues d'autres juridictions ou d'autres règles ou directives d'une autorité de contrôle du domaine bancaire ou des titres d'UBS.

En outre, aucun employé ou partenaire contractuel ou agent d'UBS ne doit intentionnellement, avec un dessein de représailles, prendre des dispositions lésant un employé ou une autre personne, ce

qui comporte les immiscions dans l'activité professionnelle conforme à la loi ou le mode de vie de cet employé ou de cette personne, pour avoir fourni à n'importe quelle autorité chargée de l'application de la loi toute information véridique relative à la réalisation ou à la réalisation potentielle d'un crime.

22. Cette directive prévoit encore à l'en-tête « *Breach of this policy* » (violation de cette directive) :

"Conduct which amounts to a breach of this policy could result in criminal or regulatory sanctions or civil liability or have an adverse effect on UBS's reputation. As a result a breach of this policy may constitute gross misconduct and may result in disciplinary actions including dismissal".

Soit en traduction libre :

Tout comportement qui constitue une violation de cette directive peut engendrer une condamnation pénale, des sanctions administratives ou une responsabilité civile ou encore avoir des effets néfastes sur l'image de marque d'UBS. La violation de cette directive est donc susceptible de constituer une faute professionnelle grave et peut engendrer des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'au licenciement.

23. N'obtenant aucune réponse, M. BIRKENFELD a relancé MM. WÜTHRICH et FURRER par courriels le 24 juin 2005, le 19 juillet 2005 et le 16 août 2005 (pièces 9 à 11).

b. Démission forcée de M. BIRKENFELD

24. Ne pouvant toujours pas obtenir une réponse aux questions susvisées, aussi pressantes que légitimes, M. BIRKENFELD n'a eu d'autre possibilité que de démissionner le 5 octobre 2005 afin d'éviter d'être inquiété dans son pays pour avoir mené une activité contraire au droit au sein d'UBS AG. Par courrier du 14 octobre 2005, UBS AG a pris acte de cette démission forcée (pièce 12), avec effet au 30 avril 2006 (pièce 13).
25. Le 15 décembre 2005, UBS AG a également établi un code de conduite à l'attention de M. BIRKENFELD durant la période de congé (pièce 14).

Ce document prévoit que :

"The duty of good faith toward UBS remains in force without restrictions throughout the notice period (see also Regulations of the Employment Contract for Senior Management). This means in particular that departing employees may not contact any clients with the intention of persuading them to act against UBS or to follow them to their place of employment. This particularly applies to UBS clients who do not wish to be directly contacted by UBS at their place of residence. Clients who contact the employee may be informed that he/she is in the process of transferring to another bank, but without mentioning the name of the new employer, i.e. bank or another competing financial institution. Any farewell letters destined for clients are permitted only if UBS has approved their content".

Soit en traduction libre :

L'obligation de bonne foi à l'égard d'UBS reste en vigueur sans restriction durant la période de congé (voir à cet égard les directives pour les contrats de travail des cadres senior). Cela signifie en particulier que les employés sur le départ ne peuvent pas contacter les clients avec l'intention de la persuader à intenter action contre UBS ou de les suivre dans leur nouvelle place de travail. Cela s'applique en particulier aux clients UBS qui ne souhaitent pas être directement contactés à leur lieu de résidence. Les clients qui cherchent à contacter les employés seront informés qu'il/elle est sur le

point de changer de banque, mais sans qu'il ne soit mentionné le nom du nouvel employeur, qu'il s'agisse d'une banque ou d'une autre institution financière. Les lettres d'adieu destinées aux clients ne sont autorisées que si leur contenu a été approuvé.

Il est piquant qu'UBS AG ait estimé nécessaire de préciser que M. BIRKENFELD n'était pas autorisé à démarcher sa clientèle, comme évoqué à maintes reprises domiciliée aux Etats-Unis, alors qu'une telle opération était d'ores et déjà explicitement proscrite par les directives internes à la banque afférentes à ce marché.

c. Procédure de dénigrement

26. Le 20 décembre 2005, UBS AG a établi un *certificat de travail intermédiaire*. La formulation de ce document est surprenante de la part d'un établissement bancaire. En effet, l'accent est mis sur la participation à des mondanités et la prétendue « créativité » de l'intéressé. Non exempt de sous-entendus en tant qu'il n'est nullement traité des compétences strictement professionnelles de M. BIRKENFELD, ce certificat s'inscrit dans le cadre des mesures de rétorsion prises par la banque à son encontre (pièces 7 et 7a).

Par ailleurs, ce certificat est même erroné dans la mesure où M. BIRKENFELD n'a pas développé une clientèle « *Americas* » mais bien une clientèle issue des Etats-Unis. La traduction de « *we have been satisfied with his performance* » par “nous avons été satisfaits de ses services” laisse à désirer, dans la mesure où la version française confine au dénigrement.

27. Le 17 mars 2006, M. BIRKENFELD a écrit à M. Hansjoerg BLESS et Mme Monika BOESCH pour dénoncer les circonstances de la réunion de la veille. M. BIRKENFELD a en particulier réfuté l'argument formé pour les besoins de la cause d'UBS AG selon lequel M. BIRKENFELD ne serait pas joignable sur son téléphone portable. M. BIRKENFELD a en outre nié qu'un séminaire ait été organisé en rapport avec la directive dont il est discuté (pièce 14 & témoins).

28. Ce même 17 mars 2006, M. BIRKENFELD a formellement demandé à être placé sous la protection de la directive 1-P-000042 (*Whistleblowing Protection for Employees*, pièce 8), de la directive 9-P-001354 (*Whistleblowing Policy*, pièce 8a) et du supplément 2-S-001014 (pièce 8b) par la direction générale de la banque, étant donné que toutes les démarches entreprises auprès du *Legal & Compliance* du bureau de Genève étaient restées sans suite. A teneur de ce courrier, M. BIRKENFELD exprimait son inquiétude toute particulière au vu de son statut de citoyen américain (pièce 15).
29. Ce même jour, M. BLESS et Mme BOESCH ont expédié un courrier, estimant nécessaire de confirmer par écrit les propos tenus la veille. Les affirmations contenues dans cette missive sont intégralement contestées (pièce 16).
30. M. BIRKENFELD n'a alors eu d'autre choix que de confier la défense de ses intérêts à un avocat. Il en a aussitôt informé UBS AG (pièce 17).
31. Le 30 mars 2006, une autre réunion a été organisée dans les locaux d'UBS AG en présence du conseil de M. BIRKENFELD. Très vite, M. BIRKENFELD s'est aperçu qu'en dépit de la directive d'UBS AG relative aux *whistle-blowers*, les débats ont pris une tournure inacceptable. En effet, au lieu de porter sur la violation par certains cadres d'UBS AG de la directive interne relative aux relations transfrontalières avec la clientèle domiciliée aux Etats-Unis, l'attention de MM. Bernhard SCHMID et Christophe DE COURTEN s'est focalisée sur M. BIRKENFELD lui-même. Un effort tout particulier a été entrepris pour trouver des éléments négatifs à charge de l'intéressé (pièces 18 et 18a).

32. M. DE COURTEN, rattaché au service juridique de la banque, a pris quelques notes ne transcrivant pas exactement et *in extenso* le propos tenu par M. BIRKENFELD (pièce 18a) :

"I was trained not to sell any QI deemed securities.

J'ai reçu une formation consistant à ne pas vendre des titres concerné par la règle sur les intermédiaires financiers agréés (« QI »)².

I was never trained on this Country Paper USA.

Je n'ai jamais reçu de formation sur la directive relative aux Etats-Unis.

Sometimes, somebody said, don't do this and don't do that.

Quelquefois, quelqu'un dit, fais pas ci, fais pas ça...

After May and June 2005, I did not travel to the US anymore to protect my backside.

Après mai et juin 2005, je n'ai plus voyagé aux Etats-Unis pour protéger mes arrières.

Violations of the paper occurred before and after May/June 2005, when I found the paper on the Intranet by a mistake.

Des violations de cette directive ont eu lieu avant et après mai/juin 2005, lorsque j'ai trouvé cette directive incidemment sur l'Intranet.

In December 2005, Roman Brunner said that you are not entitled to any answer.

En décembre 2005, Roman BRUNNER a dit que vous n'aviez pas droit à une réponse.

Of course, you can meet US clients outside the US and you can work in this market theoretically without touching the US, but it is not feasible; the US is your market!

Naturellement, vous pouvez rencontrer vos clients américains hors du territoire des Etats-Unis et travailler théoriquement sur ce marché sans toucher les Etats-Unis, mais ce n'est pas faisable, les Etats-Unis sont votre marché!

² Par commodité, la traduction libre figure immédiatement après la version en langue anglaise.

I was told to meet clients outside the US, if possible, but very often, this is just not feasible.

On m'a demandé de rencontrer des clients si possible hors du territoire des Etats-Unis, mais souvent ce n'est simplement pas faisable.

It is possible that I attended a training in September. I attended many workshops, seminars, classes and trainings, it was foggy, but I was never trained on this "Country Paper USA".

C'est possible que j'aie pris part à un exercice de formation continue en septembre. J'ai assisté à plusieurs séances de travail, séminaires, cours et exercices, c'était nébuleux, mais je n'ai jamais été exercé sur la « directive Etats-Unis ».

We used to ask the PaineWebber boys, as we used to call them, if we can use their offices to deliver mail for clients to their offices, instead of sending the mail to hotels.

Nous avions l'habitude de demander aux gars de PAINWEBBER, comme nous avions l'habitude de les appeler, si nous pouvions utiliser leurs bureaux pour envoyer à ces bureaux la correspondance destinée aux clients, au lieu d'expédier ladite correspondance vers des hôtels.

People sent documents to the US, even statements were sent by FEDEX; sometimes to hotels.

Plusieurs personnes envoyaient des documents aux Etats-Unis, même les relevés étaient envoyés par FEDEX ; parfois à des hôtels.

That is right, people took the TAS computer with them. They printed statements from the TAS computer in the US, sometimes with the UBS logo, sometimes without.

C'est juste, certaines personnes prenaient l'ordinateur portable de la banque ("TAS") avec elles. Elles imprimaient les relevés à partir dudit ordinateur portable sur le territoire des Etats-Unis, parfois avec le logo UBS, parfois sans.

I saw that an assistant, I guess by the name of Salvatore, who does not work with UBS anymore, faxed statements to the US. I knew that they faxed the statement to the US, because he asked me for the country code. No, no, he asked me for the area code. You know, because they knew that I am from the US.

J'ai vu un assistant, il me semble du nom de Salvatore, lequel ne travaille plus pour UBS, faxer des relevés aux Etats-Unis. Je savais qu'ils faxaient des relevés aux Etats-

Unis, parce qu'ils me demandaient le code postal. Non, non, ils me demandaient le code local. Vous comprenez, c'est parce qu'ils savaient que je venais des Etats-Unis.

I even attended a black tie event at the Waldorf Astoria in New York together with Michel Guignard. I also met Mr. Liechti twice, once at a hotel in Los Angeles, and another time in Florida.

J'ai même assisté à une réception « cravate noire » au WALDORF ASTORIA à New York en compagnie de Michel GUIGNARD. J'ai également rencontré M. LIECHTI deux fois, une fois dans un hôtel à Los Angeles et une autre fois en Floride.

People traveled to the ART Basel, to ATP tennis tournament, the Lipton Cup, or so, to meet clients.

Les gens se rendaient à ART BASEL, au tournoi de tennis ATP, à la coupe LIPTON, et ainsi de suite, ce pour approcher des clients.

All these activities were tolerated, or even encouraged, or I could say, condoned by senior management. With senior management I mean Christian Bovay, Stéphane Furrer, Roman Brunner, Michel Guignard and Mr. Liechti. They told us to acquire new clients, meet prospects and to travel into the United States at various events, such as team meetings, team offsite at the Montreux palace, at Wolfsberg and even at private parties. You know, Christian Bovay used to give a pool party for colleagues at his house, where we also spoke about business.

Toutes ces activités étaient tolérées, ou même encouragées, ou je pourrais dire que la direction fermait les yeux. Par direction, j'entends Christian BOVAY, Stéphane FURRER, Roman BRUNNER, Michel GUIGNARD et M. LIECHTI. Ils nous demandaient d'acquérir de nouveaux clients, de rencontrer les prospects et de se rendre aux Etats-Unis pour assister à divers événements, tels que des réunions de groupe, des réunions *extra muros* au MONTREUX PALACE, au WOLFSBERG ou même d'assister à des réceptions chez des particuliers. Vous savez, Christian BOVAY avait l'habitude de donner une réception pour ses collègues chez lui au bord de la piscine, au cours de laquelle nous parlions aussi affaires.

Yes, in my eyes, what we were told was clearly against the paper.

Oui, à mes yeux, ce que l'on nous demandait allait clairement à l'encontre de la directive.

Yes, after I found this paper on the Intranet, I was concerned. I stopped traveling to the US. I told my colleagues, look, have you seen this paper? They were really shocked, and one Client Advisor, Gomez, who was just about to travel to the US, called Christian Bovay to ask him what the paper was about.

Oui, après que j'aie découvert la directive sur l'Intranet, j'étais très préoccupé. J'ai arrêté de voyager aux Etats-Unis. J'en ai discuté avec mes collègues, regardes, as-tu vu ce document ? Ils étaient vraiment ébahis, et un conseiller clientèle, Gomez, qui était sur le point de partir aux Etats-Unis, a appelé Christian BOVAY pour lui demander ce qu'il en était de cette directive.

Christian Bovay told me to ignore it, to disregard and not to worry about the paper. Roman Brunner and Christian Bovay even told me that the paper will be taken off the Intranet.

Christian BOVAY m'a demandé de l'ignorer, de n'en tenir aucun compte et de ne pas m'inquiéter à propos de cette directive. Roman BRUNNER et Christian BOVAY m'ont même dit que la directive allait être ôtée de l'Intranet.

A client advisor normally travels four times a year. I traveled more, I don't know why, maybe because I was more senior, or because I showed more profitability. I traveled to the US, to the UK, because I also had several UK clients. I never traveled to Japan or to Asia.

Un conseiller à la clientèle voyage quatre fois par an. Je voyageais plus, je ne sais pas pourquoi, peut être parce que j'étais plus expérimenté (*senior*), ou parce que je présentais un meilleur rendement. J'ai voyagé aux Etats-Unis, au Royaume-Uni, parce que j'avais aussi plusieurs clients aux Royaume-Uni. Je n'ai jamais voyagé au Japon ou en Asie.

When I found the paper on the Intranet; I wrote to Philipp Frey. Because I never received a replay from Philipp Frey or René Wüthrich, I send more e-mails to them, on June 24, July 19 and August 1. If Franz Zimmermann had walked me through the paper as you say, why would I then have to continue to send e-mails to Legal & Compliance?

Lorsque j'ai découvert la directive sur l'Intranet, j'ai écrit à Philippe FREY. Parce que je n'ai jamais reçu de réponse de la part de Philippe FREY ou René WÜTHRICH, je leurs ai envoyé d'autres courriels, le 24 juin, le 19 juillet et le 15 août. Si Franz ZIMMERMANN était venu m'expliquer la portée de la directive comme vous dites, pourquoi alors aurais-je continué à envoyer des courriels au service juridique (*Legal & Compliance*) ?

I was just concerned about the paper, so I needed some advice from Legal & Compliance. They never got back to me, so I had to seek external legal advice. I was told to protect myself as a US citizen and my family, so in the end I was compelled to resign".

J'étais juste préoccupé par cette directive, de sorte que j'avais besoin d'un avis de la part du service juridique (*Legal & Compliance*). Ils ne sont jamais revenus à moi, de sorte que j'ai dû consulter un conseiller juridique externe. Il m'a été recommandé de me protéger en ma qualité de citoyen américain, ainsi que ma famille, de sorte que pour finir j'ai été contraint de démissionner.

33. Ces notes laissent entendre que M. BIRKENFELD n'entendait de toute manière rien à la formation continue qui lui était prodiguée, en tant que les séminaires seraient « nébuleux ». Ces propos dans la bouche de M. BIRKENFELD sont vigoureusement contestés (pièce 19).
34. Ce n'est qu'en raison d'un parti pris évident de l'auteur de ces notes que des événements sur le territoire des Etats-Unis sont cités pêle-mêle avec une soirée au bord de la piscine de M. BOVAY.
35. Le 12 avril 2004, le conseil de M. BIRKENFELD s'est prononcé sur les notes qui précèdent et a formulé les critiques énoncées ci-dessus (pièce 19).
36. A cet égard, l'attention d'UBS AG a été attirée sur un document daté du 14 mai 2003 (pièce 20) qui corrobore les déclarations de M. BIRKENFELD :

"Travel to the US: *Since May 13, 2003 travel may start again and CA's can start slowly to plan their next travel trip to the USA. A travel report with a list of clients visited should be established for CB".*

Soit en traduction libre:

Déplacements aux Etats-Unis: *A partir du 13 mai 2003, les voyages peuvent recommencer et les conseillers à la clientèle³ peuvent gentiment commencer à planifier leur prochain déplacement aux Etats-Unis. Un rapport de voyage et une liste des clients visités devraient être établis à l'attention de Christian BOVAY⁴.*

37. Précédemment, M. BIRKENFELD avait, le 20 mars 2003, rédigé un courriel à l'attention de M. GUIGNARD, responsable du *private banking* pour Genève, dont la teneur est la suivante (pièce 20a) :

"Now that we have commenced with a dedicated UHNW group for North America, I believe we NEED to develop and communicate a clear approach to ensure success. My ideas are as follows:

- 1. Identify and meet with the other UBS UHNW Teams in Geneva/Zurich to discuss existing/future strategies.*
- 2. Identify the failures/successes of these teams so we can avoid delays, problems, confusion and redundancies.*
- 3. Meet with the Key Client Solutions Team to immediately commence a plan on how to proceed effectively.*
- 4. Meet with the Family Office Team to see where we are similar/different and where we can compliment each other.*
- 5. Identify and meet with the relevant Teams within UBS PW to understand products, competition, marketing pricing etc.*

This is a first step to many levels of development and implementation. We should not ignore our valuable resources of colleagues, experiences, products that are quite accessible to us internally as well. Please let me know your thoughts..."

³ « CA ».

⁴ « CB ».

Soit en traduction libre:

Maintenant que nous avons commencé un groupe de travail « UHNW » dédié à l'Amérique du nord, je crois que nous avons BESOIN de développer une approche claire pour en garantir le succès. Mes idées sont les suivantes :

- 1. Nous manifester et nous rencontrer avec l'autre groupe « UHNW » UBS à Genève/Zurich pour discuter des existantes/futures stratégies.*
- 2. Identifier les failles/points forts de ces équipes de sorte que nous puissions éviter les retards, problèmes, confusions et doublons.*
- 3. Rencontrer le groupe en charge des solutions pour les clients V.I.P. afin d'initier un plan sur la question de savoir comment procéder efficacement.*
- 4. Rencontrer le groupe du Family Office pour voir en quoi nous sommes similaires/différents et comment nous pouvons être complémentaires.*

Ceci est une première étape à plusieurs niveaux de développements et d'améliorations. Nous ne devrions pas ignorer les ressources appréciables des collègues, expériences, produits qui nous sont tout aussi bien accessibles à l'interne. Je vous remercie de me faire part de votre détermination...

M. GUIGNARD a répondu le même jour :

I absolutely agree with your suggestions.

Please set up the action plan together with Stéphane.

I'll revert to that tomorrow at my meeting with the country teams heads.

I expect an Activity Plan by end of March 2003 for discussion beginning of April with me. Thanks for your support.

Lets push (we need net new money).

Soit en traduction libre:

Je suis parfaitement d'accord avec vos propositions.

Je vous remercie d'établir un plan d'action avec Stéphane.

Je reviendrai sur ce point demain lors de la réunion en présence des responsables par pays. J'espère recevoir un plan d'activité pour fin mars 2003 afin de commencer la discussion avec moi en avril.

Merci de votre aide.

Allez de l'avant (nous avons besoin d'un afflux net de capitaux)...

38. Ce message laisse clairement ressortir la position d'UBS AG : générer un afflux net de capitaux, si nécessaire au mépris de la directive interne sur les relations transfrontalières avec les Etats-Unis.
39. Postérieurement, le 19 mai 2003, M. GUIGNARD a écrit à MM. René ZELLWEGER and Andrew KELLER concernant les cartes VISA *corporate* (pièce 20b) :

“...The target should be to get credited with either miles or other bonuses on the card and giving us (UBS) the opportunity to use these credits for flight bookings or hotel reservations etc. (no private usage).

It certainly would be interesting to see what amount we are taking in BU Americas only (hotels, restaurant bills)...“

Soit en traduction libre:

...L'objectif devrait être de miles ou d'autres formes de bonus sur la carte nous (UBS) donnant la possibilité d'utiliser ces crédits pour réserver des vols, réserver des hôtels etc. (pas d'usage privé).

Il serait certainement intéressant de voir de quel montant nous parlons dans nos factures d'affaires⁵ pour les Amériques⁶ (hotels, additions de restaurants)...

Et M. BIRKENFELD de préciser le 21 mai 2003 :

In addition to these items mentioned by Michel, we need to add the purchase of the airline tickets too! In my opinion, VISA needs to present us (UBS) with some opinions or we negotiate with another company. I'm ready to help get this project off the ground as every day goes by – we lose money!!...

Soit en traduction libre:

⁵ « BU ».

⁶ *Americas*

En plus des éléments mentionnés par Michel, nous devons ajouter également l'achat de billets d'avion ! A mon avis, VISA doit nous (UBS) présenter des options ou nous négocions avec une autre société. Je suis prêt à faire sortir de terre ce projet car comme cela va nous perdons de l'argent chaque jour !!...

Il ressort de l'échange de courriels qui précède que M. BIRKENFELD est les autres employés d'UBS AG exerçant une fonction comparable étaient bel et bien constamment appelés à se rendre aux Etats-Unis et à y séjourner dans des hôtels.

40. Deux courriels à Mme BOESCH ont été versés à la soi-disant procédure interne également pour étayer les dires du *whistle-blower*. Le premier remonte au 10 octobre 2005 (pièce 21) :

"I want to tank you for taking the time to meet with me and Christian this morning to discuss my resignation from UBS. Per our discussion and the major reason for my resignation (the 3 page Intranet document on "Cross-Border Banking Activities in the USA") which I gave you. As I stated, I sent this document (by interoffice and email) to UBS Legal department and UBS Compliance department on several occasions with NO response whatsoever. I feel this is an URGENT matter as it has many consequences for my colleagues, clients and the bank. I look forward to following up with you on these matters".

Soit en traduction libre:

Je souhaite vous remercier du temps que vous m'avez accordé avec Christian ce matin pour discuter de ma démission d'UBS. Pour ce qui est de notre discussion et des raisons principales qui ont motivé ma démission (le document Intranet de 3 pages sur les « activités bancaires transfrontalières aux Etats-Unis ») que je vous ai soumis. Comme je l'ai déclaré, j'ai envoyé ce document (par courrier interne et courriel) au département juridique d'UBS et au département compliance d'UBS à plusieurs reprises avec AUCUNE réponse d'aucune sorte. Il me semble que c'est une question URGENTE en tant qu'elle implique de multiples conséquences pour mes collègues, clients et la banque. Je reste dans l'attente de la suite que vous entendez donner à cette affaire.

41. Le second courriel date du 14 octobre 2005 (pièce 22) :

"I would like to thank you again for your time and advice with respect to my resignation and departure from UBS. I look forward to speaking to you in the coming months and please feel free to contact me if you need any clarification or information from me..."

Soit en traduction libre:

Je voudrais vous remercier encore une fois pour le temps et les conseils que vous m'avez octroyés en rapport avec démission et mon départ d'UBS. Je reste dans l'attente d'un entretien avec vous dans les mois qui suivent et n'hésitez pas à me contacter si vous avez besoin d'une clarification ou d'informations de ma part...

d. Refus d'établir un certificat de travail

42. Le 9 mai 2006, le conseil de M. BIRKENFELD a sollicité de la part de Mme BOESCH, en sa qualité de directrice des ressources humaines pour le bureau de Genève, un certificat de travail établi en toute loyauté. Un délai de dix jours a été suggéré à cette fin (pièce 23).
43. Parallèlement, ce même conseil a dénoncé le non respect de la directive protégeant les *whistle-blowers* auprès de M. SCHMID, en sa qualité de membre de la direction (*Managing Director*) d'UBS AG. Copie du courrier susvisé à M. BOESCH a été jointe (pièce 24).
44. Le 11 mai 2006, UBS AG sous la plume de M. SCHMID a nié toute transgression de la directive protégeant les *whistle-blowers* (pièce 25).
45. Le 24 mai 2006, M. Peter KURER de la direction générale d'UBS AG a adressé un courrier à M. BIRKENFELD l'informant que l'enquête interne était désormais close (pièce 26). Il est en particulier mentionné que :

"The General Counsel of the Corporate Center, Bernhard Schmid, has delivered to me his final report on his independent investigation into the whistle-blowing matter which was raised by you. The investigation was made in conjunction with Group Internal Audit and it included a number of interviews with altogether 12 people, a thorough analysis of new client relationships, an analysis of portfolio and security transactions, an analysis of e-mails archives, an analysis of hold mail clients, and an analysis of e-banking services.

I am in the process of reviewing the results and formulating a number of recommendations to management. For that purpose, I also have asked the views of US counsel. My recommendations will aim at improving the existing policy as well as improving the training and monitoring.

Since the independent investigation is now closed, I have asked Bernhard Schmid to discuss with you a possible resolution of the outstanding bonus matter. I understand that members of my staff are in contact with your lawyer for that purpose".

Soit en traduction libre:

Le Secrétaire général du Corporate Center, Bernhard SCHMID, m'a remis son rapport final sur son enquête indépendante à propos du cas de whistle-blowing que vous avez soulevé. L'enquête a été menée de concert avec le groupe d'audit interne et a inclus les interrogatoires de 12 personnes, une analyse approfondie des nouvelles relations clientèle, une analyse des transactions portant sur des portefeuilles ou des titres, une analyse des archives de courriels, une analyse des courriers en banque restante et une analyse des services de e-banking.

Je suis sur le point de faire la critique des résultats et de formuler un certain nombre de recommandations à la direction. A cette fin, je me suis aussi enquis de l'avis d'un conseil américain. Mes recommandations vont tendre à améliorer la directive actuelle, tout comme à améliorer la formation et la supervision.

Comme l'enquête indépendante est maintenant close, j'ai demandé à Bernhard SCHMID de discuter avec vous d'un possible accord sur la question encore pendante du bonus. J'en déduis que des membres de mon équipe sont en contact avec votre avocat à cette fin.

46. Comme le certificat de travail n'était toujours pas rédigé, le conseil de M. BIRKENFELD a relancé Mme BOESCH le 14 juin 2006 (pièce 27).
47. Le 16 juin 2006, UBS AG a fait part de son indignation par rapport à l'insistance dont le conseil susvisé faisait preuve. Il lui était en outre demandé pour des raisons qu'UBS AG est seule à même d'expliquer de s'adresser désormais à M. SCHMID en lieu et place de Mme BOESCH, pourtant en charge des ressources humaines (pièce 28).
48. Comme cela faisait plus d'un mois que M. BIRKENFELD attendait son certificat de travail, le conseil de ce dernier n'a eu d'autre choix que de mettre formellement UBS AG en demeure d'établir ce document sous dix jours, par pli recommandé du 29 juin 2006 (pièce 29).
49. A teneur de son courrier du 5 juillet 2006, UBS AG semblait désormais résolue à établir ce certificat comme la loi le lui impose (pièce 30).
50. Contre toute attente, le 12 juillet 2006, UBS AG a adressé un courrier au conseil de M. BIRKENFELD relatif à des faits sans rapport avec la présente cause. Il était en particulier reproché à M. BIRKENFELD de figurer à l'annuaire de l'INTERNATIONAL SUPERYACHT SOCIETY, basée en Floride, et d'avoir ainsi diffusé son adresse électronique auprès d'UBS AG (pièce 31).
51. Le tirage de l'annuaire de l'INTERNATIONAL SUPERYACHT SOCIETY imprimé le 13 juillet 2006 à partir de son site internet ne fait pas ressortir M. BIRKENFELD (pièce 32).
52. Il était encore reproché à M. BIRKENFELD une prétendue transaction à propos d'une sculpture de « *Rodin* », sans toutefois qu'UBS AG ne se donne la peine de préciser l'identité du marchand d'art auquel il était fait allusion. Il s'agit probablement d'une exposition de sculptures dans le hall du bâtiment de la

Corraterie à Genève, à laquelle M. BIRKENFELD avait contribué à la demande d'UBS AG (témoins).

53. A cet égard, M. Georges GAGNEBIN, directeur auprès du bureau d'UBS AG à Genève, avait écrit le 12 mars 2003 suite à l'exposition et après en avoir reçu le catalogue (pièce 32a) :

“Dear Bradley,

Thanks for your note and for the beautiful book “Rodin-plasters&bronzes”. It is very kind and it is really well done...“

Soit en traduction libre:

Cher Bradley,

Je vous remercie pour votre note et le bel ouvrage “Rodin-plasters&bronzes”. C'est très aimable et véritablement très bien fait...

54. Dès lors, il est évident que l'exposition *Rodin* n'a pas été organisée à l'insu d'UBS AG. En tant qu'il est fait allusion à un faux, ce courrier du 13 juillet 2006 porte atteinte à l'honneur professionnel de M. BIRKENFELD (pièce 31). Le dommage allégué, dont on ne comprend d'ailleurs pas même la nature à teneur du courrier dont il est discuté, est fantaisiste. Manifestement, il s'agit d'un prétexte fallacieux pour ne pas délivrer le certificat de travail sollicité.
55. Ainsi, par courrier du 13 juillet 2006, le conseil de M. BIRKENFELD a contesté les éléments au demeurant imprécis contenus dans le courrier d'UBS AG du 12 juillet 2006. Il était tout spécifiquement précisé que ces questions étaient à tout le moins sans rapport avec la délivrance du certificat de travail et qu'UBS AG restait tenue de l'adresser sans délai (pièce 33).

56. Ce même jour, UBS AG a catégoriquement refusé de délivrer le certificat de travail conformément à la loi, contraignant ainsi M. BIRKENFELD à agir en justice (pièce 34).
57. Pourtant, M. BIRKENFELD avait très bien réussi son teste de *compliance* (*Certificate WBT Compliance*), obtenant un score de 80% (pièce 35). Il avait été considéré le 2 avril 2003 comme faisant partie des 10% plus performants au vu de son succès indéniable et la banque l'avait ainsi admis au « Club UBS des Aigles Américains » (pièces 36, 36a, 37 et 37a). Plus récemment encore, le 20 juillet 2005, M. BIRKENFELD s'était vu attribuer le pouvoir d'accorder des crédits jusqu'à deux millions de francs suisses (pièces 38 et 38a). Dès lors, la seule explication possible du comportement d'UBS AG consiste en un acte de représailles
58. C'est de manière aberrante que le 13 juillet 2006, UBS AG a insinué que M. BIRKENFELD serait impliqué dans une sombre histoire relative à une vente d'art. C'est également le lieu de relever que M. BIRKENFELD n'a plus jamais eu vent des prétendues investigations de la banque, alors que plusieurs mois se sont écoulés. A l'évidence, un tel argument a été fabriqué de toutes pièces pour déstabiliser M. BIRKENFELD.
59. Au jour du dépôt de la présente demande, M. BIRKENFELD est toujours sans emploi de sorte que ce certificat lui est indispensable.

5. Frustration pécuniaire du salarié

60. En plus du harcèlement moral énoncé dans les sections qui précèdent, UBS AG a tiré argument de ses propres turpitudes pour priver M. BIRKENFELD des prestations rattachées au contrat de travail qui sont dues au travailleur.
61. UBS AG a d'ailleurs reconnu qu'un bonus était dû à M. BIRKENFELD au terme du courrier de M. KURER du 24 mai 2006 (pièce 26) :

“Since the independent investigation is now closed, I have asked Bernhard Schmid to discuss with you a possible resolution of the outstanding bonus matter. I understand that members of my staff are in contact with your lawyer for that purpose.”

Soit en traduction libre:

Comme l'enquête indépendante est maintenant close, j'ai demandé à Bernhard SCHMID de discuter avec vous d'un possible accord sur la question encore pendante du bonus. J'en déduis que des membres de mon équipe sont en contact avec votre avocat à cette fin.

62. Une réduction de 35% du « bonus » de M. BIRKENFELD en application des dispositions applicables et précitées du contrat de travail et des *Key Performance Indicator Reports* a été opérée arbitrairement et unilatéralement par UBS AG pour les années 2002 et 2003 (pièce 41 et 42). A ce titre, UBS AG reste devoir à M. BIRKENFELD la somme de CHF 447'536.--.
63. A cet égard, un échange de courriels remontant à avril 2003 est significatif (pièce 39) :

“...Da ich für den Call Tracker noch nicht autorisiert bin, sende ich Ihnen diese Anfrage via Mail.

Könnten Sie uns bitte bei folgenden Problem weiterhelfen.

Trifft es zu, dass folgende Transaktionen von Kundenbetreuer im PB nicht im P&L der entsprechenden Einheit ersichtlich sind?

- physical gold transactions*
- metal accounting transactions*
- SCORE transactions (similar to DOCU but stock/ stock market index based instead of currency)*

Eigentlich sollten ALLE transaktionen der KuBe's im P&L der jeweiligen Einheit ersichtlich sein, damit eine volle Transparenz gewährleistet ist.

Für Ihre Bemühungen in dieser Angelegenheit danke ich Ihnen im voraus bestens...

Soit en traduction libre:

...Comme je n'ai pas l'autorisation pour le Call Tracker, je vous envoie cette question par mail.

Pouvez-vous nous aider pour ce qui est du problème suivant.

Est-ce exact que les transactions suivantes ne figurent pas au compte de pertes et profits (P&L) du conseiller clientèle du Private Banking (PB) ?

- transactions physiques en or*
- transactions comptables sur métaux*
- transactions SCORE (semblable à DOCU mais avec une action ou un marché d'actions comme indice de base au lieu d'une devise)*

En effet, toutes les transactions du conseiller à la clientèle devraient figurer au compte de pertes et profits de l'unité correspondante.

Je vous remercie beaucoup pour votre diligence quant à cette question...

Le cadre compétent d'UBS AG a répondu à cette question:

“...bezüglich Ihrer Anfrage ob physical gold transactions, metal accounting und score im P&L ersichtlich sind, kann ich Ihnen die folgenden Angaben machen:

Score:

Die Revenues für Scores sind im P&L ersichtlich:

Für das Produkt Score wurde jedoch kein einzelnes Produkt in RWBE eröffnet, sondern der Scoreerlös wird auf das Produkt 1548 „Goal“ gebucht. Damit kann der Scorerrevenue in der Kundenrechnung nicht einzelnen gesehen werden, sondern nur mit Goalrevenues zusammen.

Die Revenues werden somit auf Kundenstufe gebucht.

Beim Score kann der CA die Bp pro Geschäft einstellen zBsp: 130 Bp.

Diese 130 Bp sind 100% der Revenues → UBS WW&BB bekommt jedoch nur 60% dieser Erlöse – 40% bleiben bei Warburg. Somit werden nur die 60% der Erlöse bei uns in der Kundenrechnung eingebucht.“

Soit en traduction libre:

Faisant suite à votre question de savoir si les transactions physiques en or, les transactions comptables sur métaux et le score sont comptabilisées au compte de pertes et profits, je suis en mesure d'apporter les éléments suivants :

Score:

Les revenus au titre du Score figure dans le compte de pertes et profits (P&L) :

Pour le produit du Score, il n'y a toutefois pas de produit ouvert au « RWBE », mais la recette du Score sera comptabilisée au produit 1548 « Goal ». Avec cela le revenu du Score ne peut être observé individuellement au compte clients, mais uniquement avec le revenu du « Goal » pris ensembles.

Ces revenus seront ainsi comptabilisés au niveau clients.

Avec le Score le conseiller à la clientèle peut ajuster le « Bp » par affaire, par exemple : 130 Bp.

Ces 130 Bp constituent 100% du revenu → UBS WW&BB ne reçoit ainsi que 60% de ce revenu – 40% restent chez Warburg. Ainsi seulement 60% du revenu arrivent chez nous, comptabilisés en comptes clients.

“Physical gold transactions und metal accounting transactions :

Die Tradingerlöse (Aufteilung 50% PB und 50% UBSW) wie auch die anfallenden Kosten für diese Produkte werden nicht auf Kundenstufe gebucht. Da die Kosten höher liegen als die Erlöse wird dadurch eine « Belastung » auf Kundenstufe vermieden. Diese Differenz der Erlöse und Kosten (Belastung) wird jedoch monatlich in Manacs auf Management Stufe eingebucht...“

Soit en traduction libre:

Transactions physiques en or et transactions comptables sur métaux:

Les revenus du trading (répartition 50% au private banking⁷ et 50% à la banque d'affaires Warburg⁸) les coûts occasionnels pour ces produits ne seront également pas comptabilisés au niveau du client. Ainsi si les coûts sont plus élevés que la recette une „imputation“ à la charge du compte clients sera évitée. Cette différence entre la recette et le coût (imputation) sera toutefois comptabilisée dans le Manacs au niveau de la gestion.

64. Les enquêtes permettront si nécessaire d'éclaircir le processus susvisé. Toujours est-il que celui-ci n'a pas été intégré dans le contrat de travail. Il s'en écarte au détriment du travailleur.

⁷ « PB ».

⁸ « UBSW ».

65. Dans la mesure où c'est des suites d'un comportement déloyal et fautif d'UBS AG que M. BIRKENFELD a dû quitter son activité au 30 avril 2006, celui-ci a droit à son « bonus », lequel fait partie intégrante du salaire ainsi qu'il sera démontré dans la partie EN DROIT, pour les années 2005 et 2006. Sur la base de la moyenne des années précédente et au vu de la croissance manifeste des avoirs sous gestions de M. BIRKENFELD, il y a lieu d'évaluer celui-ci à CHF 549'224.-- par an, ce qui représente la somme de CHF 1'098'448.-- (pièces 40 à 45).
66. Au titre de l'*Equity Ownership Plan* (EOP) pour les années 2006 et 2007 mais sur la base des acquis durant la période de travail, M. BIRKENFELD est fondé à réclamer respectivement CHF 187'719.-- et CHF 120'246.--, ce qui représente une somme de CHF 307'965.-- (pièce 46).
67. A cet égard, le 13 mai 2005, un document informatique a été rempli par M. BIRKENFELD (pièce 47). Sa traduction libre est la suivante :

Introduction

En votre qualité de participant au plan tendant à la possession d'actions (EOP), il vous est demandé de confirmer votre accord à certains termes de votre récompense au titre d'EOP qui vous a été octroyé le 28 février 2005 (merci de prendre note qu'en continuant votre emploi après la notification de votre récompense au titre d'EOP, vous êtes considéré comme ayant accepté l'attribution de la récompense au titre d'EOP en application des termes et conditions posés par la réglementation de l'EOP). Les détails de votre récompense au titre d'EOP figurent sous l'onglet « Award detail » de cet accord et dans votre « eStatement ».

Merci de prendre note qu'en application des règles du plan tendant à la possession d'actions (EOP) 2004/05, plan A ou B, tel qu'applicable (le règlement EOP), si vous ne confirmez pas votre accord à UBS d'ici à 23h53 CET (Central European Time) le mardi 31 mai 2005, votre récompense au titre d'EOP sera annulée immédiatement, c'est-à-dire que vous allez perdre votre récompense au titre d'EOP et que vous ne recevrez aucune autre compensation, paiement ou récompense alternative en lieu et place. C'est pourquoi il est important que vous soumettiez et compétiez cet accord dès que possible.

Avant de consentir aux termes de votre récompense au titre d'EOP sous l'onglet « Déclarations » de cet accord, merci de prendre attentivement en considération les informations contenues dans cet accord et le règlement EOP. Soyez averti que vous ne pourrez pas transmettre cet accord si vous ne consentez pas aux dispositions contenues dans le formulaire d'accord. Le remplissage et la transmission de cet accord sont irrévocables et ne peuvent être modifiés.

...

Formulaire d'accord

Déclaration

Avant de soumettre cet accord, vous devez accepter les dispositions ci-dessous. Si vous ne les acceptez pas, cet accord ne va pas pouvoir être soumis et ne va pas être sauvegardé ou instruit.

A UBS SA (la « Société ») et au Trustee :

x J'ai lu et compris les règles sur l'EOP et les informations contenues dans les parties « Introduction » et « Déclarations » de cet accord. Je consens que toutes les soumissions aient le même effet que si elles avaient été faites par écrit.

Accord

x Je soussigné, Bradley Birkenfeld, accepte par la présente les conditions de cette récompense au titre d'EOP en cochant l'onglet « Déclarations » de cet accord. Je consens que mon accord aux conditions de ma récompense au titre d'EOP aura le même effet que si cela avait été formulé par écrit.

x Je consens que ma participation dans le EOP ne me garantit pas un emploi en continu ou un emploi futur avec le groupe, pas plus qu'il ne constitue une prétention à une future récompense au titre d'EOP ou d'autres gratifications.

...

Détails concernant la récompense

Pour votre information, les détails spécifiques de votre récompense au titre d'EOP qui vous est allouée par les Trustees sont les suivants :

Véhicule	Date d'attribution	Nombres d'actions UBS cédées	Dates de transfert	Nombre d'actions UBS transférées (sujet aux règles EOP)
Actions UBS	28 fév. 2005	364.00	01 mars 2006	122.00
			01 mars 2007	121.00
			01 mars 2008	121.00

68. Les enquêtes permettront si nécessaire d'éclaircir ce plan EOP (pièce 49). En effet, la banque semblait elle-même entretenir la plus grande confusion à cet égard, si l'on en croit l'échange de courriels du 17 mars 2003 (pièce 48) :

“...after my conversation with the compensation group, I have to tell you that the EOP amount on a bonus of CHF 530'300.-- is CHF 95'605.-- and not CHF 70'500.-- as indicated in the letter we gave you last week. Please excuse me for this error which is mine...”

Soit en traduction libre:

Après ma conversation avec le groupe de compensation, je dois vous dire que le montant d'EOP sur un bonus de 530'300.-- est CHF 95'605 et non 70'500.-- comme indiqué à teneur de la lettre que nous vous avons envoyée la semaine dernière. Je vous prie d'excuser mon erreur...

69. A cela s'ajoute les 666 actions UBS annulées à tort et résultant du plan de *stock options* (KESOP). Leur valeur est de CHF 97'209.-- (pièce 46).

70. Ces prestations s'inscrivent dans la logique des prestations déjà fournies et se résument comme suit:

<u>Année</u>	<u>Salaire fixe</u>	<u>Bonus</u>	<u>EOP</u>	<u>TOTAL Retenue injustifiée</u>	35%
2002	160'000	434'695	95'605	530'300	185'605
2003	160'000	583'442	164'931	748'373	261'931
2004	160'000	332'000	37'000	369'000	
2005	170'000				

<u>Année</u>	<u>Actions UBS Retenues</u>	<u>UBS PLAN</u>	<u>Action UBS Cours à ce jour</u>	<u>Valeur</u>
2007	1277	(EOP)	147 (<u>pièce 46a</u>)	187'719
2008	818	(EOP)	147	120'246

<u>Année</u>	<u>Actions UBS Retenues</u>	<u>UBS PLAN</u>	<u>Actions UBS Cours à ce jour</u>	<u>Valeur</u>
2006	666	(KESOP)	147	97'209

<u>Année</u>	<u>Bonus UBS Refusé</u>	<u>UBS PLAN</u>	<u>Valeur</u>
2006	549'224	(BONUS)	549'224

<u>Année</u>	<u>Bonus UBS Refusé</u>	<u>UBS PLAN</u>	<u>Valeur</u>
2002	185'605	(BONUS)	185'605
2003	261'931	(BONUS)	261'931

<u>Année</u>	<u>Bonus UBS Refusé</u>	<u>Actions UBS Cours à l'achat</u>	<u>Actions UBS Cours à ce jour</u>	<u>Actions UBS %variation</u>	<u>35% Actions UBS Perte sur cours</u>
2002	185'605	59	147	149%	96'793
2003	261'931	85	147	73%	66'923

71. Il y a encore lieu d'ajouter les deux postes en gras ci-dessus qui correspondent aux actions (plan EOP) qui auraient dû être octroyée sur les 35% de bonus qui on, en violation des dispositions contractuelles, été alloués à la banque d'investissement en lieu et place de M. BIRKENFELD. Il y a lieu d'inclure la perte sur le cours par rapport au moment où ces actions auraient dû être allouées. Ce montant s'élève à CHF 163'716.--.
72. Enfin, M. BIRKENEFFELD a également été privé de son leasing automobile s'élevant à CHF 1'000,-- par mois. Dans la mesure où UBS AG a empêché M. BIRKENFELD de retrouver un emploi durant l'année 2006 et qu'il n'a rien touché durant toute cette période, le travailleur est fondé à réclamer CHF 12'000.-- à ce titre.
73. Il y a encore lieu de relever que M. BIRKENFELD a été privé du taux hypothécaire préférentiel dont il bénéficiait sur un bien immobilier en Valais. Ses charges ont ainsi augmenté alors même qu'il s'est retrouvé sans travail en raison de la campagne de dénigrement à laquelle UBS AG s'est livrée, au mépris de ses directives internes protégeant les *whistle-blowers*.
74. Ainsi sur une base uniquement contractuelle, UBS AG reste à devoir à M. BIRKENFELD **la somme totale de CHF 2'126'874,--.**
75. A ce montant s'ajoute un tort moral qui sera développé dans la partie EN DROIT.

II. EN DROIT

A **RECEVABILITE**

76. Bien que M. BIRKENFELD ait conclu un contrat de travail avec la succursale genevoise de UBS AG (radiée le 22 octobre 2002), il se doit d'actionner le siège de la société à Bâle ou à Zurich, car une succursale n'a en droit suisse ni la qualité pour agir ni la qualité pour défendre. Les cadres étant intervenus dans cette affaire travaillant à Zurich, c'est en toute logique le siège de la *Bahnhofstrasse* que le demandeur a choisi d'actionner.
77. S'agissant du for d'une demande en paiement et en délivrance d'un certificat de travail basée sur un contrat de travail, la compétence *ratione loci* est réglée par l'article 24 alinéa 1 de la loi sur les fors (Lfors) prévoyant que le demandeur peut saisir, à son choix, soit le tribunal du siège du défendeur, soit celui du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail.
78. M. BIRKENFELD ayant exercé ses activités au sein du bureau genevois d'UBS AG, le Tribunal de céans est compétent pour connaître du présent litige, conformément à l'article 1 lit. a de la loi sur la juridiction des Prud'hommes.

B. **AU FOND**

1. Certificat de travail

79. L'article 330a alinéa 1 CO prévoit que le travailleur peut demander en tout temps à l'employeur un certificat portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite.

Le travailleur peut demander un tel certificat aussi bien durant les rapports de travail (certificat intermédiaire), qu'à la fin de ceux-ci et même au-delà (certificat final) et ce sans avoir à justifier de sa requête. Il peut aussi, à la fin des rapports de travail, demander l'établissement d'un certificat final quand bien même il aurait déjà obtenu un certificat intermédiaire. Le fait de demander d'abord une attestation ne prive pas le travailleur d'exiger ensuite un certificat de travail⁹.

Le certificat doit en principe être délivré dès que le travailleur en fait la demande¹⁰. Un délai de l'ordre de quelques semaines est admissible¹¹.

80. Dans le cas présent, le conseil de M. BIRKENFELD avait demandé à la responsable des ressources humaines pour Genève d'établir un certificat de travail le 9 mai 2006 déjà. Comme le certificat de travail n'était toujours pas rédigé, le conseil de M. BIRKENFELD a relancé Mme BOESCH le 14 juin 2006. Le 16 juin 2006, UBS AG a fait part de son indignation par rapport à l'insistance dont ledit conseil faisait preuve. Il lui était en outre demandé pour des raisons qu'UBS AG est seule à même d'expliquer de s'adresser désormais à M. SCHMID en lieu et place de Mme BOESCH, pourtant en charge des ressources humaines.

Comme cela faisait plus d'un mois que M. BIRKENFELD attendait son certificat de travail, le conseil de ce dernier n'a eu d'autre choix que de mettre formellement UBS AG en demeure d'établir ce document sous 10 jours, par pli recommandé du 29 juin 2006.

A teneur de son courrier du 5 juillet 2006, UBS AG semblait désormais résolue à établir ce certificat comme la loi le lui impose. Contre toute attente, le 12 juillet 2006, UBS AG a adressé un courrier au conseil de M. BIRKENFELD relatif à des faits sans rapport avec la présente cause. Il était en particulier reproché à M. BIRKENFELD de figurer à l'annuaire de l'INTERNATIONAL SUPERYACHT SOCIETY basée en Floride et d'avoir ainsi diffusé son adresse électronique auprès

⁹ ATF 129 III 177

¹⁰ Rémy WYLER, Droit du travail (2002) p. 271.

¹¹ SJZ 94 p. 26.

d'UBS AG. A cet égard, le tirage de l'annuaire de l'INTERNATIONAL SUPERYACHT SOCIETY imprimé le 13 juillet 2006 à partir de son site internet ne fait pas ressortir M. BIRKENFELD. Il était encore reproché à M. BIRKENFELD une prétendue transaction à propos d'une sculpture de RODIN, sans toutefois qu'UBS AG ne se donne la peine de préciser l'identité du marchand d'art auquel il était fait allusion. Il s'agit probablement d'une exposition de sculptures dans le hall du bâtiment de la *Corraterie* à Genève, à laquelle M. BIRKENFELD avait contribué à la demande d'UBS AG.

En tant qu'il est fait allusion à un faux, ce courrier du 13 juillet 2006 porte atteinte à l'honneur professionnel de M. BIRKENFELD. Le dommage allégué, dont on ne comprend d'ailleurs pas même la nature à teneur du courrier dont il est discuté, est fantaisiste. Manifestement, il s'agit d'un prétexte fallacieux pour ne pas délivrer le certificat de travail sollicité.

Ainsi, par courrier du 13 juillet 2006, le conseil de M. BIRKENFELD a contesté les éléments au demeurant imprécis contenus dans le courrier d'UBS AG du 12 juillet 2006. Il était tout spécifiquement précisé que ces questions étaient à tout le moins sans rapport avec la délivrance du certificat de travail et qu'UBS AG restait tenue de l'adresser sans délai.

Ce même jour, UBS AG a catégoriquement refusé de délivrer le certificat de travail conformément à la loi, contraignant ainsi M. BIRKENFELD à agir en justice.

81. Pourtant le 20 décembre 2005, UBS AG avait établi un *certificat de travail intermédiaire*. La formulation de ce document était surprenante de la part d'un établissement bancaire. En effet, l'accent était mis sur la participation à des mondantités et la prétendue « créativité » de l'intéressé. Non exempt de sous-entendus en tant qu'il n'était nullement traité des compétences strictement professionnelles de M. BIRKENFELD, ce certificat s'inscrivait dans le cadre des mesures de rétorsion prise par la banque à son encontre. Néanmoins, ce document ne faisait aucunement allusion à l'INTERNATIONAL SUPERYACHT

SOCIETY ou à un quelconque événement « *Rodin* ». Aucune réserve n'était formulée quant à l'intégrité de M. BIRKENFELD. A l'évidence, UBS AG se perd dans ses propres contradictions et la seule constante consiste en la détermination de la banque à dénigrer M. BIRKENFELD.

82. Or, le refus injustifié de délivrer un certificat de travail engage la responsabilité contractuelle de l'employeur¹².
83. En l'espèce, ledit certificat a été réclamé le 9 mai 2006 de sorte qu'il devait être délivré en application de la jurisprudence de la Cour d'appel des prud'hommes de Genève au plus tard à la fin du même mois.

M. BIRKENFELD a été contraint à la démission avec effet au 30 avril 2006, de sorte que le 1^{er} mai 2006 il était sans emploi. Au jour du dépôt de la présente demande, M. BIRKENFELD est toujours sans emploi.

Cette situation est en étroite connexité avec la campagne de dénigrement dont M. BIRKENFELD a fait l'objet de la part d'UBS AG. Ladite campagne a atteint son paroxysme lorsqu'UBS AG a refusé de délivrer un certificat de travail comme la loi le lui impose sans ambiguïtés pour des motifs fallacieux, futiles et en grande partie incompréhensibles.

84. Seul le salaire fixe de M. BIRKENFELD a été couvert par son assurance chômage, de sorte que la perte des bonus et gratifications s'insère dans le dommage consécutif des représailles menées par UBS AG au mépris tant de l'article 330a alinéa 1 CO que des dispositions contractuelles claires protégeant les *whistle-blowers*. En effet, M. BIRKENFELD n'était plus à même de retrouver un emploi similaire à bref délai vu l'absence de certificat. Or un tel emploi aurait présenté des rémunérations accessoires de type « bonus », car telle est la règle dans le secteur.

¹² Rémy WYLER, Droit du travail (2002) p. 271.

85. Dès lors, UBS AG devra être amenée à répondre du dommage consécutif à la violation de la disposition précitée, lequel se confond avec le droit au « bonus » et autres prestations accessoires développé dans la section suivante.
86. Enfin, M. BIRKENFELD demande au Tribunal de céans d'ordonner à UBS AG la remise d'un certificat de travail établi en toute bonne foi, par un supérieur à même d'attester des compétences strictement professionnelles de l'intéressé et non impliqué dans le présent litige.

2. Bonus et autres prestations accessoires

a. Bonus

87. Le salaire est fixé librement entre les parties. Celles-ci peuvent également convenir que le travailleur percevra une rémunération liée aux résultats de l'exploitation de l'entreprise (article 322a CO). Cette forme de rémunération est en principe complémentaire au salaire de base. Quant à la gratification au sens de l'article 322d alinéa 1 CO, elle est une rétribution extraordinaire qui s'ajoute au salaire et qui est versée à certaines occasions. Elle dépend toujours, dans une certaine mesure, de l'employeur, si ce n'est dans son principe, à tout le moins dans son montant. Un montant fixé et définitivement convenu à l'avance par le contrat de travail, tel le treizième mois de salaire ou une autre rétribution semblable entièrement déterminé par le contrat, n'est pas une gratification, mais un salaire¹³. A l'inverse, on ne peut déduire du seul caractère variable de la bonification qu'il s'agit d'une gratification¹⁴. L'engagement de l'employeur de verser une gratification (gratification convenue) peut être prévu dans le contrat de travail ou résulter, pendant les rapports de travail, d'actes concluants, comme le versement régulier et sans réserve d'une gratification ; il est ainsi admis qu'une gratification est due en vertu du principe de

¹³ ATF 109 II 447 consid. 5c.

¹⁴ ATF 129 III 276 consid. 2.

la confiance lorsque l'employeur l'a versée au moins trois années consécutives¹⁵. Lorsque la gratification du travailleur contient une part variable, il importe de distinguer entre salaire et gratification. Cette distinction revêt en effet une importance cruciale lorsque les rapports de travail prennent fin en cours d'année. Dans ce cas de figure, si la part variable de la rémunération peut être considérée comme un élément du salaire (salaire à la performance), le travailleur a droit à son versement *pro rata temporis*, alors que s'il s'agit d'une gratification, il n'a droit à la part proportionnelle de cette rétribution que s'il en a été convenu ainsi en application de l'article 322d alinéa 2 CO¹⁶. Selon la doctrine "*lorsque l'employeur introduit le versement d'une gratification dans son entreprise, les travailleurs sont en droit de s'attendre à ce qu'elle le soit sur la base de critères objectifs applicables à tous*".¹⁷ Pour fixer cette contribution, le Juge s'inspirera des résultats de l'entreprise concernée.¹⁸

88. En l'espèce, le contrat de travail dont il est discuté prévoit que :

En plus du salaire de base annuel, l'employé se voit en principe attribuer un bonus au rendement qui est déterminé sur la base des résultats annuels de la banque tels qu'établis au printemps. Le bonus n'est versé que lorsque, au moment du paiement, aucun avis de résiliation de la relation de travail n'a été donné par l'une ou l'autre des parties.

Le bonus sera en premier lieu basé sur les résultats financiers réalisés par la banque durant l'année qui précède. Le bonus au rendement est une récompense pour la contribution et les réalisations de chaque individu. Le bonus est un versement discrétionnaire fait par la banque. Ce n'est pas un versement assuré qui peut être réclamé l'année suivante.

89. Le droit aux bonus est en outre confirmé dans le courrier accompagnant ledit contrat de travail, comme suit :

Il a été convenu qu'il n'y aura pas de versement de bonus en 2002 pour l'année 2001. Il a été par contre convenu du versement d'un bonus pour les années 2002 et 2003 en relation direct avec

¹⁵ ATF 129 III 276 consid. 2.

¹⁶ Arrêt 4C.6/2003 du 24 avril 2003, consid. 2.2.

¹⁷ JAR 1994/145

¹⁸ BRUNNER, BUHLER, WAEBER, *Commentaire du contrat de travail* (1996) ad art. 328 d, p. 55, n° 5.

l'accroissement net de capitaux (NNM) – défini comme l'acquisition réduite de la perte d'actifs/fonds de clients – générée par vous-même. Votre bonus annuel sera de 0.18% du NNM que vous avez réalisé, étant précisé que le rendement¹⁹ sur les avoirs du client (RoA) doit être d'au moins 1.00% par an après une période de 12 mois. Si un RoA plus élevé que 1.00% par an après une période de 12 mois est généré, le bonus sera augmenté linéairement jusqu'à un RoA maximum de 1.50% par an. Le bonus sera réduit linéairement si les avoirs du client génèrent un RoA inférieur à 1.00% par an après une période de 12 mois. Tous les avoirs générant un RoA inférieur à 0.80% par an après une période de 12 mois ne seront pas pris en considération dans le versement du bonus.

Le bonus sera décaissé durant la procédure de rémunération annuelle opérée par la banque (en principe en février), pour la première fois en 2003 pour les années 2001/2002. Le bonus n'est versé que lorsque, au moment du paiement, aucun avis de résiliation de la relation de travail n'a été donné par l'une ou l'autre des parties. Nous vous remercions de prendre note que les règles internes sur le système de participation du personnel au capital « plan tendant à la possession d'actions » (EOP) ou de tout autre plan, nouveau ou complémentaire, s'appliqueront aux versements dont il est discuté.

Pour l'année 2004 et les années suivantes, votre bonus sera déterminé conformément aux critères applicables à tous les employés et cadres senior en Suisse, comme il est mentionné dans votre contrat de travail.

90. Dans la mesure où M. BIRKENFELD a systématiquement reçu un bonus depuis son entrée chez UBS AG, sauf pour 2001 car le droit au bonus avait été reporté en 2002 conformément au libellé ci-dessus, il est patent qu'UBS AG a confirmé son engagement par actes concluants. Ce point est résumé par le tableau suivant :

<u>Année</u>	<u>Salaires fixe</u>	<u>Bonus</u>	<u>EOP</u>	<u>TOTAL Retenue injustifiée</u>	
2002	160'000	434'695	95'605	530'300	185'605
2003	160'000	583'442	164'931	748'373	261'931
2004	160'000	332'000	37'000	369'000	
2005	170'000				

91. Il ressort des faits de la cause qu'alors que les objectifs financiers n'avaient pas été remplis, UBS AG a quand même versé à M. BIRKENFELD la somme de CHF 332'000,-- pour l'année 2004. Il en découle une institutionnalisation du bonus. Par

¹⁹ Réalisé par la banque.

ailleurs, le versement dudit bonus a été opéré pendant trois à quatre années consécutives, le bonus 2002 récompensant également le rendement en 2001.

92. Dès lors, ledit bonus fait partie intégrante du salaire, de sorte que la « clause de départ » précitée contrevient au droit impératif, en application de la jurisprudence constante et précitée du Tribunal fédéral.
93. UBS AG a d'ailleurs implicitement reconnu ce point, puisque le courrier de M. KURER du 24 mai 2004 précise que :

Comme l'enquête indépendante est maintenant close, j'ai demandé à Bernhard SCHMID de discuter avec vous d'un possible accord sur la question encore pendante du bonus. J'en déduis que des membres de mon équipe sont en contact avec votre avocat à cette fin.

94. S'agissant de l'année 2006, UBS AG est en faute du fait de la non-délivrance du certificat de travail au mépris du texte claire de la loi. Ce faisant, la banque a privé M. BIRKENFELD de l'opportunité de trouver un autre emploi avec « bonus » durant cette même année. Il y aura ainsi lieu de condamner UBS AG au versement du bonus pour toute l'année 2006.
95. Sur la base de la moyenne des années précédente et au vu de la croissance manifeste des avoirs sous gestions de M. BIRKENFELD, il y a lieu d'évaluer ce « bonus » à CHF 549'224.-- par an, ce qui représente la somme de CHF 1'098'448.- pour les années 2005 et 2006.

b. Retenue injustifiée de 35%

96. Une réduction de 35% du « bonus » de M. BIRKENFELD contraire aux dispositions applicables du contrat de travail et du *Key Performance Indicator Reports* a été opérée arbitrairement et unilatéralement par UBS AG pour les années 2002 et 2003.

97. En effet, le contrat prévoit que :

Il a été convenu qu'il n'y aura pas de versement de bonus en 2002 pour l'année 2001. Il a été par contre convenu du versement d'un bonus pour les années 2002 et 2003 en relation direct avec l'accroissement net de capitaux (NNM) – défini comme l'acquisition réduite de la perte d'actifs/fonds de clients – générée par vous-même. Votre bonus annuel sera de 0.18% du NNM que vous avez réalisé, étant précisé que le rendement²⁰ sur les avoirs du client (RoA) doit être d'au moins 1.00% par an après une période de 12 mois. Si un RoA plus élevé que 1.00% par an après une période de 12 mois est généré, le bonus sera augmenté linéairement jusqu'à un RoA maximum de 1.50% par an. Le bonus sera réduit linéairement si les avoirs du client génèrent un RoA inférieur à 1.00% par an après une période de 12 mois. Tous les avoirs générant un RoA inférieur à 0.80% par an après une période de 12 mois ne seront pas pris en considération dans le versement du bonus.

Il n'est nulle part mentionné que 35% de ce bonus peuvent être cas échéant transférés à la banque d'investissement. M. BIRKENFELD s'est opposé dès le départ à cette frustration d'une part de bonus manifestement due au vu de la disposition contractuelle précitée.

98. Or, en 2002 M. BIRKENFELD a réalisé un apport de capitaux, soit un NNM, de CHF 128'447'000.-- et en 2003 un NNM de CHF 49'545'000.--. Même en tenant compte des ajustements, le bonus est sous-pondéré de 35%.
99. A ce titre, UBS AG reste devoir à M. BIRKENFELD la somme de CHF 447'536.--.

c. *Equity Ownership Plan*

100. Au titre de l'*Equity Ownership Plan* (EOP) pour les années 2006 et 2007, M. BIRKENFELD est fondé à réclamer respectivement CHF 187'719.-- et CHF

²⁰ Réalisé par la banque.

120'246.--, ce qui représente une somme de CHF 307'965.--. UBS AG elle-même reconnaît devoir CHF 279'683 à ce titre.

d. *Key Equity Stock Options Plan*

101. A cela s'ajoute les 666 actions UBS annulées à tort et résultant du plan de *stock options* (KESOP). Leur valeur est de CHF 97'209.-- (Il faudrait pouvoir développer un peu mieux ce plan).

e. *Leasing automobile*

102. M. BIRKENFELD a également été privé de son leasing automobile s'élevant à CHF 1'000.-- par mois. Dans la mesure où UBS AG a empêché M. BIRKENFELD de trouver un emploi durant l'année 2006 (notamment faute de certificat de travail) et qu'il n'a rien touché durant toute cette période, le demandeur est fondé réclamer CHF 12'000.-- ce titre.

C. TORT MORAL

103. Le message du Conseil fédéral sur l'article 328 CO, paru dans la Feuille fédérale en 1967, rappelle d'une part le devoir général d'assistance du travailleur dû par l'employeur, d'autre part les devoirs spéciaux de protection énumérés à l'alinéa 2 de l'article 328 CO. Sur la notion générale, le message explique : « *le texte du premier alinéa montre que l'employeur doit protéger tous les biens personnels du travailleur qui sont inséparables de son être physique et moral...* » et de préciser plus loin : « *Les biens protégés sont entre autres, la vie et l'intégrité corporelle et morale, **P'honneur personnel**, sexuel et professionnel, la situation et la considération dans l'entreprise et la sphère secrète de la personne...* »²¹.

Urs NEF²² estime que l'employeur doit non seulement prendre toutes les mesures pour éviter de blesser la personnalité du travailleur, mais encore que son comportement doit toujours être soumis au principe de bonne foi.

Selon Anne-Lise SAILLEN²³, l'employeur doit éviter toute atteinte de nature à diminuer l'estime dont jouit le travailleur - qu'elle soit personnelle ou professionnelle- ou à faire penser que le travailleur manque d'une ou plusieurs qualités requises pour l'activité qui lui est confiée.

104. En l'espèce, UBS AG était engagé contractuellement dans sa directive interne protégeant les *whistle-blowers* à ce que :

Aucun employé, partenaire contractuel, sous-traitant ou agent d'UBS n'est admis à renvoyer, rétrograder, suspendre, menacer, harceler, ou à avoir un comportement discriminatoire d'une autre manière vis-à-vis d'un employé, notion définie dans les termes et conditions du contrat de travail, en raison d'un acte conforme au droit de la part de l'employé, qu'il s'agisse :

²¹ FF 1967 I 353

²² Urs NEF, ZSR 1973 p. 356-357.

²³ Anne-Lise, SAILLEN, La protection de la personnalité du travailleur au sens de l'art. 328 alinéa 1 CO. Thèse de licence et de doctorat, Université de Lausanne, 1981, p. 79-80.

(1) de fournir des renseignements, aider à l'obtention de renseignements ou d'une autre manière de participer à une enquête (inclusivement en rédigeant un rapport protégé par cette directive) en rapport avec un comportement que l'employé tient raisonnablement pour constitutif d'une violation de lois, règles, règlements ou autres obligations légales ou de codes d'éthique UBS en vigueur lorsque les renseignements sont fournis à, ou l'enquête est conduite par :

- *toute personne mentionnée dans la section 3.1 ci-dessus ;*
- *toute autre personne disposant d'un pouvoir hiérarchique par rapport à l'employé ou une autre personne travaillant pour UBS chargée d'enquêter et de déceler ou même de faire cesser un comportement constitutif d'une faute professionnelle ;*
- *tout organisme chargé de l'application d'une loi ou d'un règlement ;*
- *tout membre ou comité du Congrès des Etats-Unis*

(2) de déposer, prendre part ou assister d'une autre manière une procédure instruite ou sur le point d'être instruite en rapport avec une violation alléguée des lois pénales fédérales des Etats-Unis proscrivant la fraude bancaire, dans la communication par câble, l'envoi postal ou les titres ou d'autres lois analogues d'autres juridictions ou d'autres règles ou directives d'une autorité de contrôle du domaine bancaire ou des titres d'UBS.

En outre, aucun employé ou partenaire contractuel ou agent d'UBS ne doit intentionnellement, avec un dessein de représailles, prendre des dispositions lésant un employé ou une autre personne, ce qui comporte les immiscions dans l'activité professionnelle conforme à la loi ou le mode de vie de cet employé ou de cette personne, pour avoir fourni à n'importe quelle autorité chargée de l'application de la loi toute information véridique relative à la réalisation ou à la réalisation potentielle d'un crime.

105. L'enquête interne a confirmé l'existence d'un problème sérieux, M. KURER s'étant exprimé en ces termes :

Le Secrétaire général du Corporate Center, Bernhard SCHMID, m'a remis son rapport final sur son enquête indépendante à propos du cas de whistle-blowing que vous avez soulevé. L'enquête a été menée de concert avec le groupe d'audit interne et a inclus les interrogatoires de 12 personnes, une analyse approfondie des nouvelles relations clientèle, une analyse des transactions portant sur des portefeuilles ou des titres, une analyse des archives de courriels, une analyse des courriers en banque restante et une analyse des services de e-banking.

Je suis sur le point de faire la critique des résultats et de formuler un certain nombre de recommandations à la direction. A cette fin, je me suis aussi enquis de l'avis d'un conseil américain. Mes recommandations vont tendre à améliorer la directive actuelle, tout comme à améliorer la formation et la supervision.

106. Ce nonobstant, M. BIRKENFELD a fait l'objet de représailles répétées de la part d'UBS AG qui ont atteint lorsque au terme d'un courrier insultant, la banque refusait d'établir un certificat de travail.

Une telle attitude de la banque est d'autant plus inadmissible que celle-ci attendait une fidélité exemplaire de la part du travailleur. UBS AG avait en effet adressé à M. BIRKENFELD un code de conduite à cet égard.

107. Dès le début des relations contractuelles, UBS AG a porté atteinte à l'honneur personnel de M. BIRKENFELD en lui confiant des missions qu'elle savait non-conformes à l'ordre juridique de l'état de le travailleur est ressortissant. M. BIRKENFELD n'a jamais eu conscience de la situation, puisque dès qu'il a eu connaissance de la directive interne topique, il s'est aussitôt et très sérieusement inquiété.
108. Dès lors, pour n'avoir pas protégé le *whistle-blower* conformément aux engagement qu'elle avait pris et pour avoir confié au travailleur des tâches qu'elle savait non-conforme à l'ordre juridique de l'état dont celui-ci est ressortissant en l'absence de tout consentement éclairé, la banque devra être condamnée à verser à M. BIRKENFELD **une indemnité de CHF 100'000,-- au titre de tort moral.**

III. CONCLUSIONS

PAR CES MOTIFS

Vu les faits de la cause;

Vu en droit les articles 1 et ss LPC, 1 et ss LJP, 1 et ss CO, notamment 328 et 330a CO ; ainsi que toutes autres dispositions applicables s'il y a lieu;

Vu les pièces produites;

M. Bradley BIRKENFELD a l'honneur de conclure à ce qu'il plaise au

TRIBUNAL DES PRUD'HOMMES

Préalablement

1.-

Ordonner à UBS AG d'établir un certificat de travail à l'attention de M. Bradley BIRKENFELD conforme aux exigences légales et en toute bonne foi.

2.-

Réserver l'amplification de la présente demande en cas de non remise dudit certificat dans le délai imparti.

Principalement

3.-

Condamner UBS AG à payer à M. Bradley BIRKENFELD les sommes suivantes avec intérêts à 5% a dater du dépôt de la demande :

- CHF 1'098'448.-- au titre de bonus ;
- CHF 307'965.-- au titre d'Equity Ownership Plan (EOP) ;
- CHF 97'209.-- au titre de KESOP (plan de stock options);
- CHF 611'252.-- (CHF 447'536.--+CHF 163'716.--) au titre de retenues injustifiées ;
- CHF 100'000.-- au titre de tort moral ;
- CHF 12'000.-- au titre de perte injustifiée de prestations en nature (leasing automobile).

4.-

Mettre les frais de la présente procédure à la charge d'UBS AG.

5.-

Débouter UBS AG de toute autre conclusion.

Subsidiairement

6.-

Acheminer M. Bradley BIRKENFELD à prouver par toutes voies de droit les faits énoncés dans la présente écriture et ordonner notamment des enquêtes.

Pour le demandeur :

Charles PONCET