

Autorité fédérale de surveillance des
marchés financiers FINMA
Dr Oliver Wunsch
Einsteinstrasse 2
3003 Berne

Genève, le 12 août 2009

Projet de Circulaire de la FINMA sur les systèmes de rémunération

Monsieur,

Nous nous référons à l'audition relative au projet de Circulaire sur les systèmes de rémunération. Notre Association (ABPS) représente l'ensemble des banquiers privés suisses et nous partons de l'idée que la prise de position de l'Association suisses des banquiers (ASB), à l'élaboration de laquelle nous avons été associés, ne pourra pas aborder les questions qui touchent plus particulièrement les banques organisées sous la forme de sociétés de personnes. Par ailleurs, la grande majorité de nos membres est composée de banques de tailles petite ou moyenne. C'est aussi sous cet angle que nous avons examiné le projet en question.

En substance, l'ABPS demande, en premier lieu, que le projet de Circulaire sur les systèmes de rémunération tienne compte des conditions particulières qui existent dans certains types de banques, notamment celles de tailles petite et moyenne, celles qui sont constituées en sociétés de personnes ou – par analogie – les sociétés anonymes non cotées en bourse et détenues par un cercle restreint d'actionnaires actifs dans l'entreprise.

L'ABPS demande, deuxièmement, que ce projet soit fortement simplifié, dans le sens d'une focalisation sur le lien potentiel entre la rémunération de certains collaborateurs et les risques effectifs qu'ils font encourir à la banque considérée et à son environnement.

L'ABPS demande, troisièmement, que ce projet ne soit pas finalisé avant que les principales places financières concurrentes aient décidé d'adopter des réglementations similaires et qu'il n'anticipe pas les futures modifications de la législation et de la jurisprudence en Suisse.

Dans l'hypothèse où un cadre réglementaire s'avérerait indispensable au vu du contexte international et de politique intérieure, l'ABPS demande que la réglementation ne discrimine pas les établissements placés sous la surveillance de la FINMA par rapport aux autres entreprises.

Enfin, l'ABPS reconnaît qu'une approche fondée sur des principes généraux, selon le modèle retenu par la FINMA, serait la solution la plus appropriée, à condition toutefois qu'il soit tenu compte des problèmes posés aux banques de moindre taille.

I. Remarques générales

Pas de discrimination par rapport au reste de l'économie

A titre liminaire, nous tenons à préciser que nous sommes conscients de la pression politique qui pèse sur les autorités fédérales au sujet de la rémunération des employés de banques. Nous observons toutefois que la problématique des rémunérations ne se limite pas au secteur financier. Cette question fera par conséquent l'objet d'un débat général dont il nous semble erroné de préjuger l'issue.

Dans les limites où il existe déjà une base légale suffisante permettant à la FINMA de traiter de manière spécifique les entreprises placées sous sa surveillance, celle-ci devra s'attacher à ne pas les traiter moins bien que le reste de l'économie. Or, par son champ d'application excessivement large, le projet de Circulaire place les collaborateurs des intermédiaires financiers, indépendamment du fait qu'ils fassent ou non prendre des risques à leur employeur, dans une situation plus défavorable que les autres. S'agissant des banques spécialisées dans la gestion de fortune, nous observons que ceci pourrait poser un réel problème par rapport aux gérants indépendants, par exemple.

Nécessaire clarification de la situation au plan international

Les commentaires du projet mis en consultation admettent que celui-ci va plus loin que les initiatives prises en la matière à l'étranger. Nous y voyons un risque de distorsion de concurrence en comparaison internationale. Certains de nos membres font état des difficultés qu'ils éprouvent pour attirer en Suisse des spécialistes actifs dans les grandes places étrangères, lesdits spécialistes estimant que le marché du travail est ici moins propice à leur carrière. Nul doute qu'une réglementation mal pensée sur les rémunérations rendrait la situation encore plus difficile pour attirer ou conserver les talents nécessaires au développement de notre place financière. Or, pour l'heure, l'Union européenne n'a prévu aucune mesure particulière. Le Royaume-Uni et les Etats-Unis ont limité leurs interventions dans le domaine salarial aux grands établissements présentant un risque systémique ou qui ont bénéficié du soutien de l'Etat. La Suisse risque ainsi de se singulariser, sans égard pour les conséquences négatives en termes de compétitivité pour sa place financière.

Nous demandons dès lors que le projet de Circulaire ne soit pas finalisé avant que ne soit connu le contenu définitif des mesures adoptées par les principales places financières concurrentes. Ceci évitera d'infliger à la Suisse un handicap du fait d'une réglementation non compatible avec les standards internationaux.

Incompatibilité avec la législation et la jurisprudence en Suisse

Les commentaires joints au projet de Circulaire reconnaissent aussi qu'il contient des éléments contradictoires par rapport au droit des obligations. Il est vrai que des modifications législatives sont demandées. Nous permettons cependant de souligner que, d'une part, ceci ne relève pas de la compétence de la FINMA et que, d'autre part, les délais très courts de mise en œuvre négligent cet aspect essentiel de la question.

Les principes fixés dans le projet de Circulaire constituent une atteinte importante à la liberté contractuelle, qui constitue un élément fondamental de notre ordre juridique. Une Circulaire ne représente pas une base légale suffisante pour imposer de telles cautions dans l'élaboration de contrats de travail pour l'ensemble des intermédiaires financiers suisses.

Un projet de Circulaire n'est pas non plus une base légale suffisante pour déroger aux dispositions absolument impératives du Code des obligations. Or, en l'occurrence, l'art. 339 al. 1 CO dispose que :

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

Il s'ensuit que le paiement différé de la part variable, tel que prévu aux chiffres marginaux 50 à 57, n'est pas compatible avec l'art. 339 al. 1 CO, la jurisprudence considérant qu'une gratification représentant, plusieurs années durant, une part importante du salaire est un droit acquis à l'employé.

Nous nous permettons d'attirer votre attention sur les graves problèmes qui découleraient d'une réglementation exigeant, par hypothèse, que les banques fassent figurer dans un règlement sur les rémunérations des dispositions non conformes au droit en vigueur, au risque de les voir contestées devant la juridiction des prud'hommes.

Il est également reconnu que le projet pose des problèmes en matière de droit fiscal, notamment en ce qui concerne la taxation du paiement différé de la part variable. Dans ce contexte également, les commentaires suggèrent de modifier le système d'imposition, sans envisager pour autant de reporter l'entrée en vigueur de la Circulaire.

Nous estimons que la seule solution appropriée consiste à modifier premièrement la législation et d'adopter ensuite des mesures réglementaires adaptées aux besoins.

Nécessaire simplification et focalisation sur le lien potentiel entre la rémunération de certains collaborateurs et les risques effectifs qu'ils font courir à la banque

Le projet de Circulaire mis en consultation se caractérise par son haut degré de complexité et il prévoit des mesures d'une portée extraordinairement large mais il ne se concentre à notre avis pas assez sur la prise de risques par les intermédiaires financiers.

S'il est communément admis que certains modèles d'intéressement ont pu avoir des conséquences néfastes pour les banques d'affaires basées aux Etats-Unis ou au Royaume-Uni, la situation semble différente en Suisse. La CFB l'a elle-même constaté à l'issue d'une étude approfondie sur les bonus. Son Vice-président, M. Jean-Pierre Ghelfi en a rendu compte le 26 avril 2000 dans les termes suivants :

« Notre enquête montre que les trois quarts des 361 banques qui ont participé à l'enquête accordent des bonus à leur personnel et que ces bonus ne sont dans l'ensemble pas excessifs – du moins selon les normes de la profession. La part de la rémunération variable se situe entre 25% et 100% de la part fixe auprès de plus d'un tiers des banques. Elle excède même 100% auprès de 10% environ des établissements (...) Le montant des bonus et le fait qu'ils ne sont pratiquement jamais déterminés exclusivement sur la base

des résultats obtenus individuellement permettent de considérer que la politique des bonus ne conduit pas la très grande majorité des banques à prendre des risques incontrôlés (...) Comme on pouvait s'y attendre, notre enquête a montré qu'il fallait procéder à un examen séparé pour les deux grandes banques qui ont une activité internationale, en particulier dans les centres financiers de Londres et de New York où la pratique des bonus est généralisée ».

Suite à cette première enquête, la CFB a effectué une analyse complémentaire plus ciblée auprès des principales banques actives dans le domaine du « private banking ». Cette analyse a confirmé les enseignements ci-dessus, comme l'a relevé la CFB dans son rapport de gestion 2001 (p. 196). Il importe de souligner ici que le système des rémunérations en général et des bonus en particulier n'a pas fondamentalement changé depuis cette époque chez les membres de l'ABPS. Les conclusions de la CFB restent ainsi largement valables en ce qui concerne les activités de « private banking ».

Il est possible que la situation des grandes banques, leur importance systémique et les risques induits par certaines activités de banque d'affaires méritent une approche spécifique. Mais nous doutons ici aussi qu'il soit opportun d'étendre à l'ensemble de leur personnel les mesures qui pourraient se justifier pour certains responsables auxquels la compétence de prendre des risques importants a été confiée.

Nous relevons enfin l'absence, dans les documents mis en consultation, d'une analyse coûts/bénéfices. Cet état de fait n'est pas conforme aux principes contenus dans les « Lignes directrices applicables à la réglementation des marchés financiers » publiées en 2005 par le Département fédéral des finances. Nous rappelons aussi que ces « Lignes directrices » précisent que les autorités « s'attachent à mettre en place une réglementation proportionnée au but visé, économe et différenciée, qui tienne compte, de manière adéquate, des particularités et risques liés à certaines activités et secteurs ».

Enfin, le projet de Circulaire nous semble s'inscrire dans une tendance récente, qui pousse à réduire les rémunérations variables au profit d'une augmentation concomitante du salaire fixe. Or ceci réduit la flexibilité des intermédiaires financiers et, dans une conjoncture difficile, pourrait les inciter à licencier plus de collaborateurs que ce ne serait le cas avec un système de rémunération plus souple.

Toutes ces constatations nous conduisent à proposer une focalisation beaucoup plus grande de la réglementation sur le lien potentiel entre la rémunération de certains collaborateurs et les risques effectifs qu'ils font courir à la banque et au système bancaire suisse. Dans cet esprit un régime d'exceptions beaucoup plus large devrait être admis pour les intermédiaires financiers qui ne présentent aucun problème à cet égard.

Nécessaire prise en compte des conditions existant dans les banques petites et moyennes, celles qui sont détenues par un cercle restreint d'actionnaires actifs dans l'entreprise ou celles qui sont organisées en société de personnes

Le projet de Circulaire vise a priori tous les intermédiaires financiers, quelle que soit leur taille. Elle définit trois critères pouvant justifier un traitement différencié (à

condition que deux d'entre eux soient remplis). Nous nous permettons de contester la pertinence de ces critères. En effet :

- la limite de 20% pour les éléments variables de rémunération (cf. Cm 6 du projet de Circulaire) se situe en dessous de la fourchette évoquée en 2000 par la CFB (voir ci-dessus, p. 3) ;
- le chiffre de CHF 800'000 (cf. Cm 7) n'atteint pas la rémunération totale de la plupart des CEO de banques ;
- enfin, pas plus que ces deux derniers éléments, le chiffre de 100 collaborateurs ne donne la moindre indication sur les risques encourus par un intermédiaire financier.

Ceci nous incite à proposer, d'une part, une sensible élévation de ces seuils voire l'abandon d'un de ces critères et, d'autre part, la prise en compte d'autres critères qui, sous l'angle de la propension des intermédiaires financiers à prendre des risques, nous semblent à la fois plus pertinents et moins arbitraires (cf. p. 7).

Le projet de Circulaire se réfère de manière systématique à la forme juridique de la société anonyme et au rôle du Conseil d'administration. Il est également question du cours des actions des établissements concernés. On relèvera que, pour les SA cotées, le paiement différé de la part variable de la rémunération est plus facile à mettre en place par le biais de stock options, dont la valeur fluctue en fonction du cours du titre. Ce projet ne tient en revanche nullement compte de la différence fondamentale qui existe entre les associés d'une banque privée et la plupart des dirigeants de sociétés anonymes. Il semble viser la convergence des intérêts des dirigeants et des employés, d'une part, et de ceux de l'entreprise elle-même et de ses actionnaires, d'autre part. Or, ces intérêts sont par essence alignés chez les banquiers privés, structures dans lesquelles celui qui prend les risques est aussi celui qui les assume car il en est indéfiniment responsable.

Il faut ajouter que les banquiers privés ne représentent pas un risque systémique, qu'ils ne sont actifs ni dans le domaine du crédit, ni dans celui des émissions, qu'ils se concentrent sur la gestion de fortune privée et institutionnelle, par nature moins risquée, et qu'enfin, leurs activités « nostro » sont extrêmement réduites.

Les banquiers privés appliquent de surcroît depuis des décennies une politique de rémunération orientée vers le long terme. Le versement de parts variables répond à une tradition éprouvée, souvent fondée sur un système de points ou sur une formule dépendant notamment du résultat global de l'entreprise.

Pour éviter tout malentendu, il faut préciser que les banques familiales organisées en SA, non cotées en bourse et dont les actionnaires sont eux-mêmes actifs dans l'entreprise se trouvent dans une situation assez comparable à celle des banquiers privés, si l'on exclut toutefois les aspects liés à la responsabilité individuelle.

En conclusion, il nous semble inéquitable et disproportionné de vouloir soumettre des banques de ce type à une réglementation identique à celle de sociétés cotées, actives

notamment dans la banque d'investissement ou représentant des risques systémiques pour la place financière suisse.

Justesse et limites de la démarche retenue

Malgré toutes nos réserves, il n'est pas impossible que, dans un avenir plus ou moins proche, le contexte international ainsi que la situation politique et légale interne amènent à la conclusion qu'une réglementation sur les systèmes de rémunération des intermédiaires financiers s'impose. Si tel devait être le cas, nous sommes d'avis que la démarche suivie par le projet mis en consultation, qui consiste à établir des règles cadres fondées sur des principes qui doivent être mis en œuvre de façon différenciée par chaque acteur, est la plus appropriée, à condition toutefois que la souplesse adéquate soit conférée au système.

A ce propos, nous attirons votre attention sur le fait que tous les intermédiaires financiers ne disposent pas forcément des ressources internes nécessaires (dans les domaines juridiques, des ressources humaines, etc.) à la mise en place de règlements internes taillés sur mesure.

Dès lors, s'il n'est pas impossible que la démarche retenue permette aux banques d'une certaine taille de développer – au prix d'un effort très important – des règlements relativement bien adaptés à leurs besoins, les banques plus petites ne pourront en revanche pas investir des moyens comparables dans de tels projets. Elles seront probablement obligées de recourir à des règlements-type, fournis par des tiers, qui tiendront par définition peu compte de leurs besoins spécifiques.

On constate ainsi qu'en voulant éviter une distorsion de la concurrence et en croyant mettre tous les intermédiaires financiers sur le même pied, l'égalité de traitement obtenue n'est en réalité qu'apparente. C'est une raison de plus qui, à notre avis, plaide en faveur d'exceptions beaucoup plus larges que celles proposées par le projet mis en consultation.

II. Remarques particulières

Nous vous renvoyons aux remarques détaillées qui vous seront communiquées par l'ASB, remarques auxquelles nous tenons cependant à ajouter ce qui suit :

- **Chiffre marginal (Cm) 3** : il n'est pas concevable, au regard de la nécessaire sécurité du droit, d'écrire que la Circulaire complète les règles « à venir » du Code des obligations. On ne peut pas anticiper les décisions du législateur en la matière.

De plus, il est disproportionné de vouloir appliquer ces règles à l'ensemble des collaborateurs. Le champ d'application devrait être limité aux personnes qui exercent une véritable influence sur la marche des affaires et la prise de risque. A cet égard, il faut prendre en compte le fait que l'assujettissement de tous les collaborateurs augmentera sensiblement le risque de litiges relevant du droit du travail, ce qu'il importe évidemment d'éviter.

- **Cm 8, 9 et 10** : comme indiqué plus haut, les exceptions prévues nous semblent à la fois arbitraires et peu pertinentes. C'est pourquoi nous proposons les critères suivants :

1. Faire passer le seuil proposés au Cm 8 à 50% (20% ne se situant pas dans la fourchette énoncée par le Vice-président de la CFB lors de la conférence de presse évoquée plus haut).
2. Biffer le Cm 9, qui n'est pas conforme à la philosophie de la Circulaire, laquelle s'abstient à juste titre de fixer des plafonds salariaux.
3. Faire passer le seuil du nombre de collaborateurs à 200 personnes à temps complet. Nous reconnaissons que ce chiffre n'est pas moins arbitraire que celui proposé dans le projet de Circulaire mais il nous semble plus réaliste pour définir la taille limite d'une PME.
4. Introduire un nouveau critère fondé sur la préexistence d'une responsabilité effective des dirigeants de l'intermédiaire financier, à savoir :
 - les sociétés de personnes, au sein desquelles les propriétaires de l'entreprise sont en même temps ses dirigeants et répondent sur leurs biens propres de ses engagements ;
 - par analogie, les sociétés anonymes non cotées en bourse et détenues par un cercle restreint d'actionnaires exerçant des fonctions dirigeantes dans l'entreprise.
5. Introduire un nouveau critère fondé sur les fonds propres de l'intermédiaire financier, qui pourrait se fonder sur :
 - un supplément de fonds propres dépassant un certain ratio (qui reste à déterminer) par rapport aux exigences prudentielles en vigueur (nous relevons qu'une réflexion semblable est évoquée au Cm 77 du projet de Circulaire) ;
 - ou une limitation du levier à un certain niveau (qui reste à déterminer).
6. Une limitation de l'activité de négoce pour compte propre en dessous d'un certain pourcentage des fonds propres (qui reste à déterminer).

En présence de trois des cinq critères ci-dessus (le no 2 étant biffé), l'intermédiaire financier devrait être exempté (ou éventuellement être mis au bénéfice de régime fortement assoupli), au motif que les risques qu'il encourt et fait courir au système bancaire suisse sont insignifiants.

- **Cm 6** : l'application extraterritoriale de ce texte sera très difficilement réalisable en l'absence de standards internationaux. La tâche sera donc extrêmement complexe pour les banques actives sur le plan international et leur infligera un désavantage compétitif majeur. Cette extraterritorialité doit donc être supprimée.

- **Cm 24** : Cette disposition n'est applicable qu'aux intermédiaires financiers qui connaissent une direction distincte du Conseil d'administration, ce qui n'est pas le cas des banquiers privés.
- **Cm 25** : la transparence du système de rémunération peut déployer des effets pervers en ce qui concerne la part variable. En effet, un collaborateur ne devrait en principe pas être en mesure de calculer à l'avance son bonus, car cela pourrait l'inciter à prendre des risques indus afin d'influencer l'un des paramètres de calcul en sa faveur. De ce point de vue, le caractère mécanique qui sous-tend le concept mis en consultation semble aller à l'encontre du but poursuivi par le projet de Circulaire.
- **Cm 30** : il n'est pas opportun d'impliquer la compliance dans la conception et l'application du système de rémunération. Ce service est notamment responsable du domaine de la lutte anti-blanchiment. De manière générale, il est malsain d'élargir le cercle des personnes ayant accès aux données très sensibles relatives à la rémunération. Cela pose des problèmes concrets en matière de protection des données, de cohésion de l'entreprise et de sécurité des collaborateurs. De plus, chaque banque doit garder la souplesse nécessaire en termes d'organisation.
- **Cm 34** : cette disposition nous semble être en contradiction avec le but général de la réglementation qui veut que l'on tienne compte du résultat global de l'entreprise pour fixer les rémunérations et non pas des risques encourus par chaque collaborateur pris séparément.
- **Cm 36** : cette disposition est inapplicable en pratique, dans la mesure où il est par définition impossible de prendre en compte de manière appropriée des risques qui ne peuvent être évalués à l'avance.
- **Cm 47** : il est difficile de mettre sur pied un système transparent sans se fonder sur de tels critères objectifs. Ce chiffre marginal nous semble donc contredire le Cm 25 évoqué plus haut.
- **Cm 51** : La deuxième phrase de cette disposition est peu claire et devrait être biffée. Le seul critère déterminant pour justifier un paiement différé devrait être celui du niveau de la rémunération et non d'un rattachement fonctionnel à la direction générale. Cette phrase pourrait d'ailleurs être en contradiction avec les Cm 59 et 60.
- **Cm 53** : cette disposition est incompatible avec le Code des obligations (art. 323, al.3 et 339 CO).
- **Cm 57** : cette disposition, qui pourrait ne pas poser de problèmes majeurs à des plans d'intéressement fondés sur des instruments tels que des stock options, dont la valeur fluctue avec les marchés, sera au contraire très difficile à appliquer à des versements en espèce qui, par définition, ne subissent pas de telles fluctuations.

Dès lors, nous sommes d'avis que ce Cm ne devrait pas s'appliquer aux parts variables distribuées en espèces.

- **Cm 78 à 83** : les délais de mises en place sont beaucoup trop courts dans la mesure où cette réglementation nécessiterait une adaptation des contrats de travail et entraînerait des charges administratives importantes, de même qu'une adaptation conséquente des systèmes internes. Les collaborateurs doivent avoir suffisamment de temps pour s'organiser en fonction de ces nouveaux critères. Par ailleurs, le projet ne dit rien sur l'attitude à avoir face à des collaborateurs qui seraient réticents à modifier leur contrat de travail.

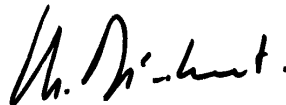
* * *

Nous vous remercions de nous avoir consultés et restons bien entendu à votre entière disposition pour tout renseignement complémentaire.

Veillez croire, Monsieur, à l'expression de nos salutations les meilleures.

ASSOCIATION DES BANQUIERS
PRIVES SUISSES

Le Secrétaire général : Le Secrétaire général
adjoint :



Michel Dérobert



Edouard Cuendet