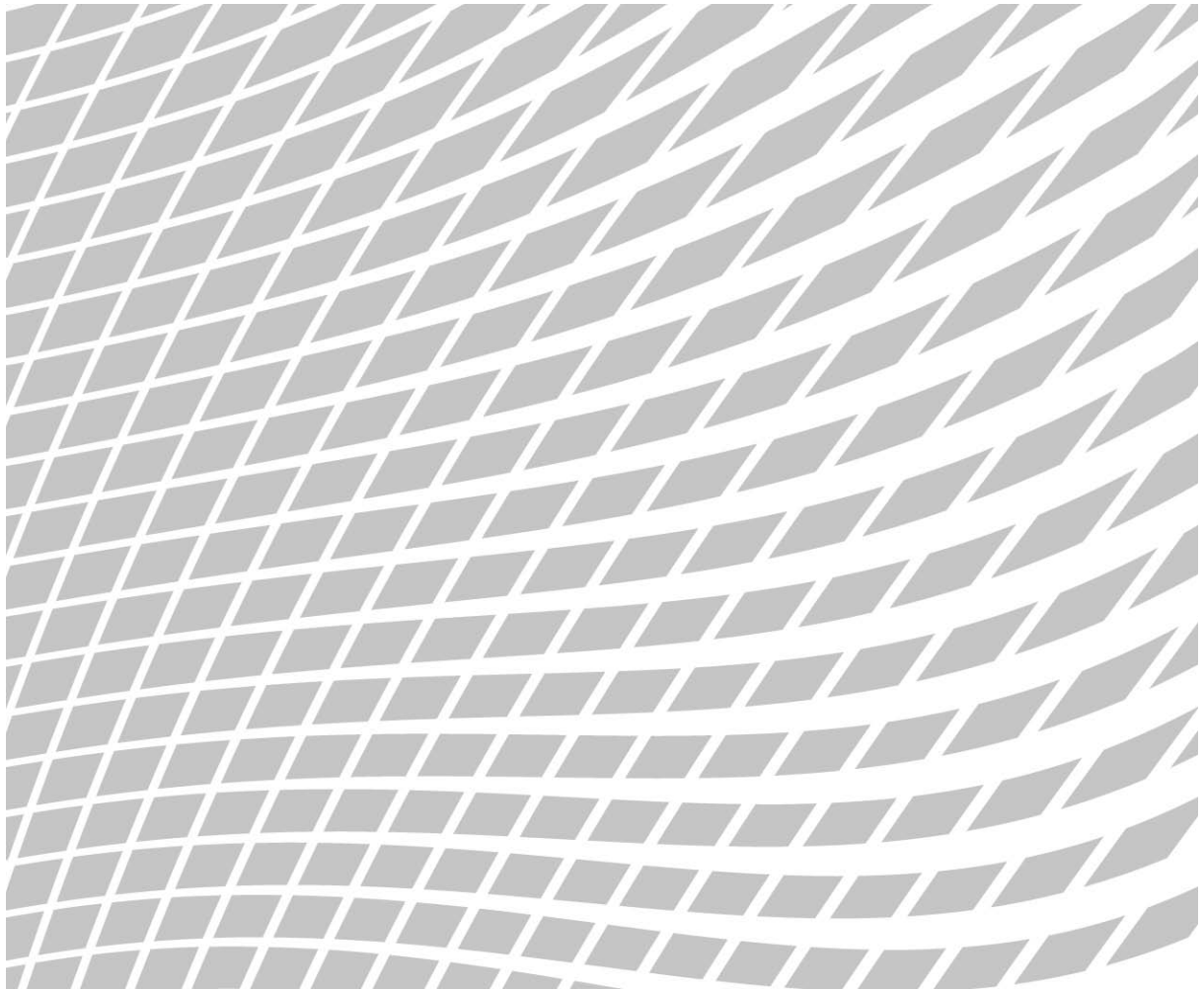


11 novembre 2009

Circulaire «Systèmes de rémunération»

Eléments essentiels



La FINMA publie sa circulaire «Systèmes de rémunération», qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2010. Cette circulaire a été élaborée en tenant compte des résultats de l'audition ainsi que des évolutions internationales, notamment les normes les plus récentes du « Financial Stability Board ». Elle aura des conséquences directes sur les systèmes de rémunération des établissements financiers concernés. La circulaire doit contribuer à éviter que les systèmes de rémunération n'incitent à prendre des risques excessifs pouvant mettre en péril la stabilité des établissements financiers. Les rémunérations variables («bonus») devront être calculées à long terme et durablement, en fonction du succès économique et en tenant compte de l'intégralité des coûts en rapport avec tous les risques encourus. Le rôle du conseil d'administration est également renforcé. Il sera désormais responsable de la politique globale de rémunération de l'établissement financier et devra établir un rapport sur les rémunérations.

Des risques excessifs et des incitations fallacieuses peuvent mettre en péril la substance et la capacité bénéficiaire d'un établissement financier, et par là sa stabilité même. Or les systèmes de rémunération créent parfois des incitations fallacieuses et conduisent ainsi à prendre des risques excessifs. Les expériences des dernières années ont montré qu'ils jouent un rôle important dans la gestion des risques des établissements financiers. En accord avec des instances internationales telles que le « Financial Stability Board » et les autorités étrangères de surveillance des marchés financiers, la FINMA soumet la politique de rémunération des établissements financiers à des règles prudentielles, en s'appuyant sur les dispositions de la législation sur les marchés financiers en matière d'organisation. Les normes proposées ne représentent toutefois qu'un élément parmi d'autres de la réglementation et de la surveillance des marchés financiers. Il ne faut pas s'attendre à ce que la réglementation des systèmes de rémunération suffise à elle seule à prévenir de futures crises financières. Les systèmes de rémunération visent à favoriser la prise de conscience des risques par les collaborateurs. A cet égard, les risques financiers tels que défaillances de crédit, pertes sur positions de négoce ou problèmes de liquidité ne sont pas les seuls à devoir être pris en compte. Les risques opérationnels, y compris les risques juridiques et de compliance, peuvent affecter considérablement un établissement financier et doivent donc être intégrés dans l'analyse des risques. A succès égal et par rapport à de petits risques, de gros risques doivent conduire à des rémunérations variables moindres, que ce soit au niveau de l'établissement dans son ensemble, des unités ou de chacun des collaborateurs. Tous les collaborateurs d'un établissement financier sont ainsi incités à agir de manière responsable en matière de risques.

Résultats de l'audition

Du 3 juin au 14 août 2009, la FINMA a mené une audition relative à son projet de circulaire sur les normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers. Cette audition a rencontré un large écho, et le projet a été accueilli de façon très diverse. Les assujettis se montrent sceptiques, voire réticents, quant à l'extension de la réglementation des marchés financiers au champ des rémunérations. Au plan matériel, ils ont indiqué notamment avoir du mal à appréhender divers points de détail de la circulaire. On a fait valoir que certaines dispositions de la réglementation de la FINMA sont contraires au droit du travail et au droit fiscal en vigueur ou que, bien qu'internationalement applicables, elles ne pourraient être mises en œuvre sur tous les marchés. On a

regretté par ailleurs que certaines prescriptions du projet soient trop axées sur les processus et de nature à restreindre inutilement la flexibilité des établissements et à générer des coûts considérables. Certains établissements, notamment ceux de moindre envergure, considèrent enfin que le champ d'application, défini par des seuils *de minimis*, est trop global.

Coordination internationale

Indépendamment des évolutions intervenues en Suisse, le sujet a été traité à l'échelon international, où il a fait l'objet de divers projets de réglementation. Les «Implementation Standards» du Financial Stability Board (FSB) sont un résultat important de ces initiatives internationales. Sur bien des aspects, ils vont au-delà des «Principles» publiés en mai par cette même instance et leur donnent une dimension concrète. Par ailleurs, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire a lui aussi examiné le sujet. Les autorités de surveillance nationales sont appelées à transposer les normes du FSB en droit national dans un délai de quelques mois et à veiller à leur respect.

La réglementation de la FINMA répond aux exigences du FSB et du Comité de Bâle. Le respect des normes internationales est en effet très important au regard de la volonté d'éviter les arbitrages réglementaires ou les distorsions de concurrence au détriment des opérateurs suisses. La réglementation de la FINMA sur les rémunérations va au-delà du consensus international sur quelques points mais, en contrepartie, elle laisse une plus grande marge de manœuvre aux établissements pour procéder à une application appropriée: la circulaire est contraignante non seulement pour les banques d'importance systémique, mais aussi pour les grandes banques et les assurances. Tous les autres établissements doivent reprendre les principes posés et s'en servir comme lignes directrices («best practice») pour définir leurs systèmes de rémunération. D'autres aspects également, comme par exemple l'applicabilité de la «rémunération différée» et ses modalités, sont envisagés par la FINMA sous un angle plus large. A l'inverse, la FINMA a adapté certaines des dispositions figurant dans le projet soumis à consultation, sans pour autant revenir sur sa teneur fondamentale ni sur les objectifs ainsi poursuivis. Les avantages d'une approche coordonnée à l'échelon international l'emportent en fin de compte sur l'utilité de règles spécifiques au marché suisse qui iraient plus loin, mais dont l'efficacité serait douteuse sans consensus international.

Modification du champ d'application

La FINMA a décidé d'adapter le champ d'application de sa circulaire. Si cette dernière vise toujours l'ensemble des banques, négociants en valeurs mobilières, assurances et titulaires d'autorisations au sens de la loi sur les placements collectifs de capitaux (LPCC), seules les grandes banques et les assurances sont tenues d'en appliquer impérativement les dispositions. Le champ d'application est déterminé par des seuils, sur la base des fonds propres requis pour les banques et de la marge de solvabilité exigée pour les assurances. Ces deux indicateurs reflètent tant la taille des établissements que le risque encouru et sont d'ores et déjà utilisés dans le cadre de la surveillance prudentielle. La circulaire est donc d'application impérative pour les établissements tenus de détenir au moins 2 milliards de CHF au titre des fonds propres requis ou de la marge de solvabilité. En relevant les seuils par rapport au projet soumis à consultation, la FINMA entend notamment éviter que les petits et moyens établissements soient exposés à des coûts de mise en œuvre disproportionnés.

Indépendamment du champ d'application de la circulaire, la FINMA intégrera davantage la question des rémunérations dans son processus de surveillance basé sur les risques. Dès lors, la circulaire fait office de *best practice* pour tous les établissements soumis à la surveillance de la FINMA, et donc de ligne directrice pour leurs systèmes de rémunération. La FINMA pourra ainsi au moins observer, en matière de rémunérations, les pratiques des établissements qui n'entrent pas dans le champ d'application de la circulaire. Dans des cas justifiés, elle aura en outre la possibilité d'exiger de certains établissements la mise en œuvre de la circulaire, y compris lorsque ces établissements ne franchissent pas les seuils fixés. La FINMA pourra faire usage de cette possibilité, par exemple, lorsqu'elle aura connaissance d'abus et de pratiques inappropriées en matière de rémunération dans les établissements concernés.

Par cette approche, la FINMA vise un juste équilibre entre coûts et utilité. Elle entend toutefois observer les effets résultant de cette démarche et se réserve la possibilité d'adapter le champ d'application de sa circulaire en cas de besoin. Cela pourrait s'avérer opportun, notamment, si le champ d'application prévu entraînait des distorsions sur le marché ou venait à compromettre l'efficacité de la réglementation dans son ensemble.

Rémunérations variables en tant que participation aux résultats

La FINMA estime peu judicieux d'interdire totalement ou de réduire drastiquement les rémunérations variables, comme l'exigent certains milieux; elle n'en aurait d'ailleurs guère les pouvoirs. Les rémunérations variables incitent les collaborateurs à servir les objectifs et les intérêts de leur établissement en leur permettant de participer aux bénéfices. Elles offrent en outre aux établissements une plus grande flexibilité en matière de coûts. Tant qu'elles prennent en compte les intérêts des propriétaires de l'entreprise et n'incitent pas à courir des risques excessifs, les rémunérations variables représentent plutôt un avantage pour toutes les parties prenantes d'un établissement. La FINMA veut toutefois que le système de rémunération mette l'accent sur une activité économique durable. Elle considère les rémunérations variables comme une participation des collaborateurs aux résultats de l'entreprise, en ce sens qu'elle exige que ces rémunérations soient couvertes par le succès économique à long terme de l'entreprise. Dès lors, le versement de rémunérations variables n'est guère indiqué lorsqu'une entreprise ne connaît pas le succès économique sur une période donnée.

En matière de rémunérations variables, le critère de la FINMA est donc le succès économique de l'établissement. Tous les coûts du capital de l'entreprise doivent être pris en compte, donc aussi les coûts du risque des bailleurs de fonds propres et détenteurs de parts. L'entreprise ne crée de réelle valeur ajoutée que lorsqu'un excédent subsiste après déduction de tous les coûts du capital proportionnels aux risques. Plus les risques d'un établissement sont importants, plus cet excédent est faible. Le concept ne limite pas le montant des rémunérations variables. Mais il permet d'éviter que des prises de risques importantes et des revenus non pérennes suffisent à générer des rémunérations variables élevées. Les établissements sont appelés à fixer les rémunérations variables au regard de l'évolution à long terme et de la durabilité de leur succès économique. Cela vise à éviter la progression excessive des rémunérations variables en période de boom économique, tout en permettant de les limiter en cas de ralentissement à court terme de l'activité. Plus l'évolution positive d'un établissement est durable, plus les collaborateurs bénéficieront de rémunérations variables intéressantes.

Intégration dans la planification du capital et des liquidités

Les rémunérations constituent un facteur de coût important pour les établissements financiers. Leur versement a un impact considérable sur la dotation en fonds propres de ces établissements. Elles doivent donc être envisagées aussi sous l'angle des liquidités. C'est pourquoi la FINMA exige que les rémunérations soient entièrement intégrées dans la planification du capital et des liquidités. Tant qu'un établissement ne remplit pas ses objectifs en termes de capital, il doit donner priorité à la constitution des fonds propres requis ou de la marge de solvabilité et pratiquer une politique de rémunération prudente, surtout en ce qui concerne les rémunérations variables. Cela vise à éviter que des dépenses au titre de la rémunération viennent encore affaiblir l'établissement et compromettre sa stabilité.

Critères d'attribution orientés sur le long terme

La FINMA exige que l'attribution des rémunérations variables dépende de critères durables et objectifs. Il s'agit ainsi d'éviter que les collaborateurs gardent l'œil rivé sur des indicateurs peu en phase avec le succès économique durable de l'établissement, ou qui ne tiennent pas compte des risques encourus. En outre, les personnes ayant des fonctions hiérarchiques élevées, des responsabilités significatives en termes de risques ou des rémunérations globales proportionnellement importantes devront percevoir une partie de leur rémunération sous forme différée et donc liée au risque. Cela vaut en particulier pour les établissements dans lesquels, en raison du profil de risque, le succès de l'activité ne peut être définitivement établi qu'à moyen ou long terme. De nombreux établissements financiers recourent d'ores et déjà à des rémunérations différées, par exemple des rémunérations en actions bloquées ou en options. Dans tous les cas, les collaborateurs ne peuvent disposer librement de leur rémunération qu'à l'issue d'une période de blocage. Ce report permet, y compris après l'attribution d'une rémunération, de la faire dépendre de la réalisation d'un risque et de la lier à des évolutions futures. La valeur des rémunérations différées doit pouvoir varier pendant la période de blocage. Cela favorise la prise de conscience des risques et incite à exercer une activité durable. D'une part, les collaborateurs profitent ainsi de toute évolution positive de leur établissement, par exemple si le cours de ses actions monte. Mais d'autre part, ils supportent aussi le risque des évolutions négatives, par exemple en cas de baisse des cours ou de survenance de risques tels que des défaillances de crédit ou des pertes sur positions de négoce. Ce qui importe à cet égard, c'est que le «levier» entre le succès de l'entreprise, les risques et la valeur des rémunérations différées soit approprié, et qu'il expose les collaborateurs aussi bien aux évolutions positives que négatives de l'activité. Dès lors que des rémunérations variables sont prévues en cas d'évolution négative, elles doivent être versées majoritairement, dans la mesure du possible, sous forme différée. L'établissement peut ainsi attribuer des rémunérations variables, mais fait dépendre leur valeur d'un critère de succès. A titre complémentaire, la FINMA salue le mécanisme du *clawback* ou *malus*, par lequel l'établissement se réserve le droit en cas d'événements négatifs de revenir sur tout ou partie des attributions déjà effectuées. Ce mécanisme présente l'avantage de pouvoir être lié à des risques concrets propres au champ de responsabilité du collaborateur concerné.

Transparence accrue

Juridiquement, la FINMA n'est pas autorisée à limiter le montant des rémunérations versées à un collaborateur. Cela ne serait d'ailleurs pas opportun. Compte tenu des grandes disparités dans le secteur financier suisse, il serait difficile d'élaborer une réglementation appropriée pour tous les domaines, et ce plus encore pour les établissements opérant à l'échelon international. La FINMA continue de laisser au marché le soin de trouver un niveau de rémunération approprié. Elle n'en est pas moins consciente du fait que les mécanismes du marché n'ont pas suffisamment fonctionné ces dernières années, et que cela explique partiellement la hausse massive des rémunérations. La FINMA entend donc renforcer la discipline de marché par le biais de la transparence et d'obligations de rendre compte.

Les établissements financiers sont appelés à faire connaître leur politique de rémunération au marché et à leurs propriétaires en établissant un rapport sur les rémunérations. La structure des systèmes de rémunération doit pouvoir être évaluée par des tiers, notamment des actionnaires et des analystes, et permettre de comparer l'évolution des rémunérations variables et celle du succès économique de l'entreprise. Les prescriptions proposées en matière de transparence vont au-delà des exigences actuelles du droit suisse. Tandis que le droit en vigueur en matière de publicité des participations limite la transparence aux rémunérations des membres de la haute direction des entreprises, la FINMA exige une publicité sommaire de la structure des rémunérations pour tous les collaborateurs. Elle tient ainsi compte du fait que dans le secteur financier, les rémunérations variables sont attribuées principalement à des personnes d'un échelon inférieur à celui de la haute direction. La FINMA ne prévoit toutefois pas d'imposer une publicité nominative des rémunérations.

Problématiques liées au droit du travail et au droit fiscal

La réglementation des systèmes de rémunération présente des difficultés dont la FINMA doit tenir compte pour mettre en place des normes appropriées et efficaces. Le concept de rémunération variable proportionnelle aux prestations et aux résultats a été emprunté à la culture anglo-saxonne. Dans le secteur financier en particulier, le rapport entre salaires fixes et bonus s'est modifié en faveur de ces derniers, de sorte que les rémunérations variables représentent souvent aujourd'hui une part non négligeable de la rémunération globale des collaborateurs. Or le droit du travail suisse n'a pas intégré cette évolution. C'est sans doute, notamment, faute d'une réglementation légale claire des bonus que par le passé, les tribunaux suisses ont qualifié d'éléments de salaire dus les prétentions de collaborateurs à des rémunérations variables. L'interprétation des dispositions légales existantes par les juges complique le versement différé et conditionnel des rémunérations variables, ou leur réduction lorsque, par exemple, les conditions d'attribution ne sont plus réunies. Il appartient donc au législateur de remédier aux incertitudes juridiques du droit du travail suisse et d'adapter ce dernier aux circonstances actuelles. Le droit fiscal connaît une problématique similaire. Les rémunérations différées préconisées par la FINMA et déjà largement en usage dans le secteur doivent en partie être taxées avant que les collaborateurs puissent en disposer.

La FINMA reconnaît que les établissements pourront être confrontés à des difficultés juridiques lorsqu'ils mettront en œuvre la circulaire. Pourtant, beaucoup d'entre eux ont d'ores et déjà adopté les pratiques qu'elle exige aujourd'hui en matière de rémunérations. La FINMA considère donc qu'il est

possible d'appliquer la circulaire conformément à la loi, d'autant plus que les établissements disposent à cet égard d'une marge d'adaptation. La FINMA ne juge donc pas opportun de repousser l'entrée en vigueur de la circulaire jusqu'à ce qu'une éventuelle révision législative soit intervenue. Il faut en outre espérer que, dans leurs décisions, les tribunaux tiendront compte de la réglementation de la FINMA sur les rémunérations.

Prochaines étapes

La FINMA attend des établissements financiers concernés qu'ils se conforment aux prescriptions de la circulaire à compter de 2011. Elle leur laisse ainsi la possibilité de procéder aux aménagements parfois complexes que nécessiteront leurs systèmes de rémunération. Dans le cadre du processus de surveillance, la FINMA veille toutefois dès à présent à ce que les établissements relevant de la circulaire ne reviennent pas à des pratiques de rémunération dont l'expérience récente a montré qu'elles étaient inacceptables. Elle le fait en concertation avec des autorités de surveillance étrangères et dans le cadre du consensus international.

La FINMA suivra les incidences de sa circulaire et des initiatives réglementaires étrangères dans ce nouveau domaine de réglementation. A cet effet, elle poursuivra le dialogue avec les assujettis ainsi qu'avec d'autres autorités de surveillance, et elle collaborera au sein des instances internationales concernées. Elle mettra à profit les connaissances ainsi acquises pour, au besoin, développer sa circulaire.