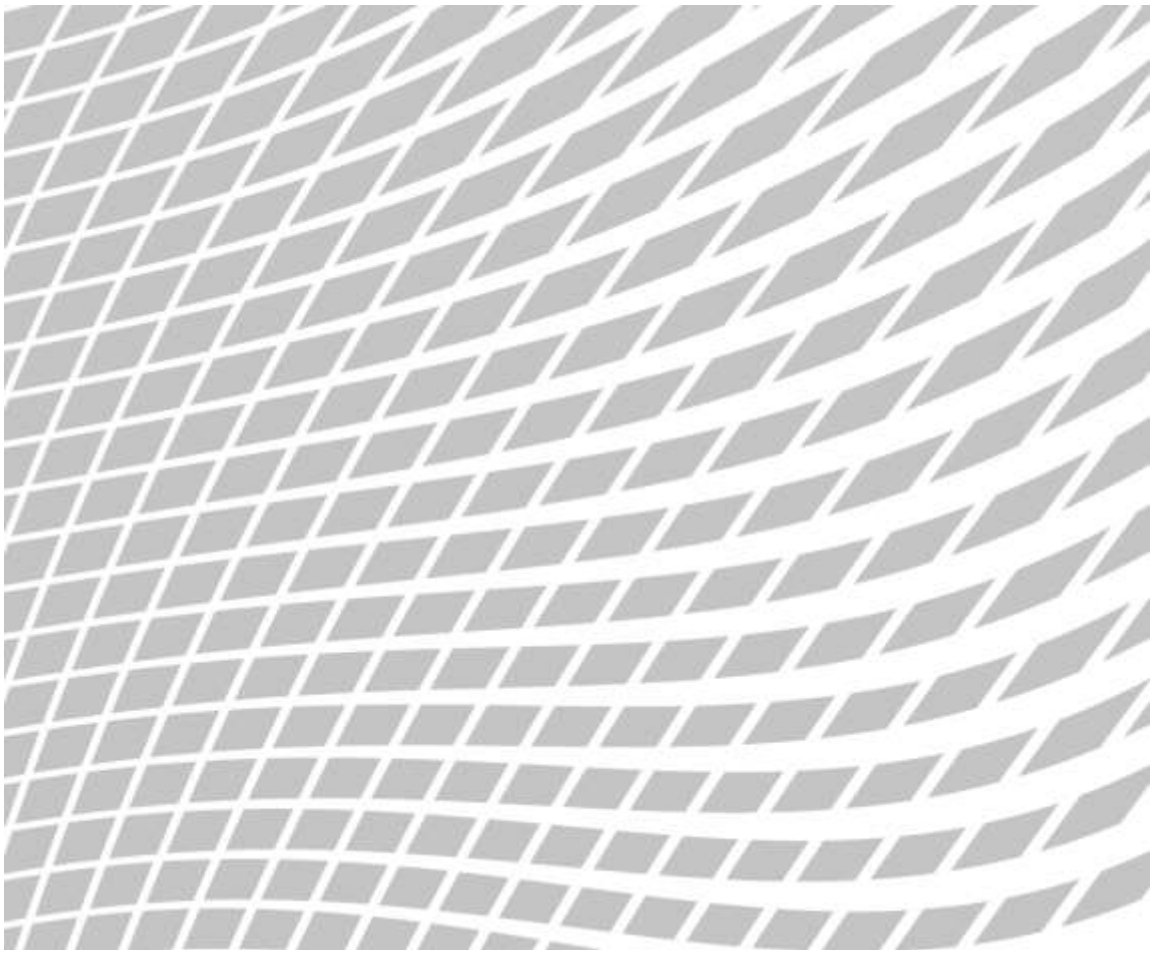
Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA
Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA
Swiss Financial Market Supervisory Authority FINMA

22 septembre 2016

Circulaires FINMA 17/1 « Gouvernance d'entreprise – banques », 08/21 « Risques opérationnels – banques » et 10/1 « Systèmes de rémunération »

Rapport de la FINMA sur les résultats de l'audition relative aux projets de circulaires, qui a eu lieu du 1er mars au 13 avril 2016



Laupenstrasse 27, 3003 Berne
Tél. +41 (0)31 327 91 00, fax +41 (0)31 327 91 01
www.finma.ch

Table des matières

Eléments essentiels

1. Du 1er mars au 13 avril 2016, la FINMA a mené une audition relative aux projets de nouvelle Circ.-FINMA 17/1 « Gouvernance d'entreprise – banques » et de Circ.-FINMA 08/21 « Risques opérationnels – banques » et 10/1 « Systèmes de rémunération » partiellement révisées. La révision a permis de mettre à jour les prescriptions relatives à l'implémentation d'une gouvernance d'entreprise solide et d'une gestion des risques efficace chez les banques et les négociants en valeurs mobilières et de les regrouper dans un seul document.

2. Les circulaires ont été remaniées dans l'idée d'instaurer une réglementation fondée sur des principes, où les établissements doivent pouvoir définir la mise en œuvre des différentes exigences de manière à tenir suffisamment compte des différents modèles d'affaires et des risques afférents. Par rapport à la version soumise à audition, l'approche fondée sur les principes a été considérablement renforcée dans la présente circulaire. Nous renonçons par conséquent à une concrétisation dans le cadre d'une FAQ ou à toute autre aide à l'interprétation.

3. Les participants à l'audition reconnaissent en principe la nécessité de prescriptions appropriées concernant la gouvernance d'entreprise et la gestion des risques. Le regroupement et la mise à jour des réglementations existantes dans une circulaire sont également incontestés. Les participants à l'audition ont émis les critiques suivantes :

- la circulaire serait trop formelle ;
- le principe *comply or explain* ne devrait pas être supprimé ;
- la limite entre haute direction et direction devrait être mieux définie ;
- les exigences relatives à la diversité et à l'indépendance de la composition de la haute direction seraient trop élevées ;
- la réglementation des comités serait trop stricte (comité des risques et d'audit ; composition majoritairement indépendante ; attribution des tâches) ;
- la fonction autonome de CRO n'est pas jugée appropriée pour la catégorie de surveillance 3 ;
- la publication ne serait pas exigée par la loi ;
- les dispositions relatives aux risques IT et cyberrisques seraient trop spécifiques et détaillées ;
- les règles transfrontières ne tiennent pas suffisamment compte de la diversité des banques ;
- la clause de *claw-back* serait inapplicable en droit du travail.

4. La FINMA a tenu compte de plusieurs de ces critiques dans la version définitive des circulaires, notamment :

- les circulaires ont été passées au crible à la recherche de passages d'un formalisme inutile ;
- la répartition des tâches entre l'organe responsable de la haute direction et la direction a été réexaminée ;

- les exigences à l'égard de l'organe responsable de la haute direction ont été réduites en ce qui concerne la diversité ;
- la possibilité d'un comité d'audit et des risques commun pour les banques de la catégorie de surveillance 3 a été créée ;
- des exceptions au principe de l'indépendance majoritaire des comités doivent être possibles ;
- les dispositions relatives au concept-cadre ont été apurées ;
- la possibilité a été donnée au CRO d'être également compétent pour d'autres fonctions non génératrices de revenus (par ex. *compliance*) ;
- la requête visant à transférer la partie « Publication » dans la Circ.-FINMA 16/1 « Publication – banques » a été prise en compte ;
- il a été renoncé à l'introduction explicite d'une clause de *claw-back* dans la circulaire sur la rémunération.

Les circulaires entreront en vigueur le 1er juillet 2017.

Introduction

Du 1er mars au 13 avril 2016, la FINMA a mené une audition relative aux projets de nouvelle circulaire FINMA 17/1 « Gouvernance d'entreprise – banques » et de révision des circulaires FINMA 08/21 « Risques opérationnels – banques » et 10/1 « Systèmes de rémunération ». Les projets permettent de mettre à jour les prescriptions relatives à l'implémentation d'une gouvernance d'entreprise solide et d'une gestion des risques efficace chez les banques et les négociants en valeurs mobilières et de les regrouper dans un seul document. Les directives des organismes de normalisation internationaux ont été prises en considération, pour autant que ce soit possible et judicieux. Les informations au sujet de l'audition ont été publiées sur le site Internet de la FINMA. Le présent rapport expose, sous une forme générale et résumée, les prises de positions remises par les participants à l'audition.

1 Prises de position reçues

Les personnes et institutions suivantes (mentionnées par ordre alphabétique) ont participé à l'audition et ont adressé une prise de position à la FINMA[1] :

- Groupe Aduno et Governance Concept GmbH (AGC)
- Association de Banques Privées Suisses (ABPS)
- Association de Banques Suisses de Gestion (ABG)
- Association Suisse d'Audit Interne (ASAI)
- Association Suisse de Normalisation (SNV)
- Association suisse des banquiers (ASB)
- Credit Suisse SA (CS)
- economiesuisse (ECO)
- Ethics and Compliance Switzerland (ECS)
- EXPERTsuisse (ES)
- Flavia Giorgetti Nasciuti et Tamara Erez (FNTE)
- Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitswelten de l'Université de St-Gall (FAA)
- Lalive SA (LA)
- La Poste Suisse SA (Poste)
- Lenz & Staehelin (LS)
- PostFinance SA (PF)
- Raiffeisen Suisse (RAI)
- RBA-Holding AG (RBA)

[1] Ne sont pas mentionnés ici les participants à l'audition qui n'ont pas souhaité la publication de leur prise de position par la FINMA.

- Regiobank Solothurn AG (RBS)
- Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales (SFI)
- UBS SA (UBS)
- Union des Banques Cantonales Suisses (UBCS)
- Zuger Kantonalbank (ZGKB)
- Zürcher Kantonalbank (ZKB)

2 Résultats de l'audition et évaluation par la FINMA

2.1 Circ.-FINMA 17/1 « Gouvernance d'entreprise – banques »

2.1.1 Points essentiels

Prises de position

La plupart des participants à l'audition approuvent le regroupement des thématiques de gouvernance d'entreprise et de gestion des risques dans une circulaire. De nombreux participants critiquent cependant le formalisme excessif de la circulaire et le fait que la réglementation fondée sur des principes postulée dans le rapport explicatif ne soit pas visible. L'ASB, UBS et ZKB rappellent que la circulaire doit simplement expliquer les exigences légales et non formuler des exigences fondamentales dépassant le cadre du droit des sociétés anonymes. Un grand nombre de représentants des banques parmi les participants estiment par ailleurs que la FINMA ne devrait pas renoncer au principe *comply or explain* éprouvé. Il en résulterait une inversion non désirée du fardeau de la preuve et des coûts inutiles. De façon générale, l'ASB rappelle que la réglementation ne devrait pas contenir d'exigences allant au-delà des directives internationales. Toujours selon l'ASB, on peut en outre se demander si les principes du Comité de Bâle qui visent les banques actives au plan international devraient s'appliquer aux établissements de taille modeste.

L'UBCS note que la situation juridique et politique particulière des banques cantonales doit être mieux prise en compte (cf. ch. 2.1.4). L'UBCS, PF et ZKB estiment par ailleurs que la systématique des notions doit être améliorée. ZKB exige à cet égard un glossaire avec des définitions clairement délimitées des principales notions-clés. La SNV note que les définitions devraient renvoyer aux normes ISO existantes. FAA considère que les exigences relatives à la gestion des risques sont notamment incomplètes dans une perspective conceptuelle.

ZKB indique en outre que la transition entre une approche de la gestion des risques dominée par le système de contrôle interne SCI (Circ.-FINMA 08/24 « Surveillance et contrôle interne – banques ») et une approche axée sur la gouvernance des risques n'est en principe pas très réussie. Une base claire et juridiquement sûre ferait souvent défaut dans les réglementations proposées.

L'ABPS exige une révision complète et une nouvelle consultation sur la circulaire. ECO rejette explicitement la circulaire dans sa version proposée. Elle exige une refonte du projet dans le sens d'une flexibilité maximale pour les destinataires.

Appréciation

La loi sur les banques (LB ; RS 952.0) et la loi sur les bourses (LBVM ; RS 954.1) constituent la base juridique de la circulaire. Aux termes de l'art. 16 des dispositions finales et transitoires des titres vingt-quatrième à trente-troisième du code des obligations (CO), les prescriptions de la LB demeurent réservées. Le principe *lex specialis derogat legi generali* a ainsi été retenu pour le rapport entre la LB et le CO. Autrement dit, lorsqu'une réglementation figure dans la LB, celle-ci prime le CO.[2] Dans les domaines dans lesquels la LB comporte cependant une marge d'interprétation matérielle, les influences interprétatives du droit des sociétés anonymes peuvent avoir une incidence sur sa mise en œuvre.[3] Il n'existe aucune réserve expresse de ce type concernant la LBVM. Il faut toutefois supposer que les dispositions applicables correspondantes priment par analogie les prescriptions de droit privé, comme une loi spéciale.

La LB et la LBVM complètent le CO lorsqu'il existe un besoin de protection supplémentaire au-delà du droit des sociétés. Le présent projet de circulaire tient compte de la pratique actuelle de la surveillance en matière de gouvernance d'entreprise et de gestion des risques basée sur la législation bancaire et définit le cadre nécessaire, renforçant ainsi la sécurité juridique. Il serait inapproprié de limiter les explications de la circulaire aux principes se référant au droit des sociétés anonymes.

La nouvelle circulaire rassemble de manière homogène les exigences à l'égard d'une gouvernance d'entreprise solide des banques et négociants en valeurs mobilières. Forte des expériences acquises lors de la crise des marchés financiers, la FINMA est notamment convaincue que les explications fondamentales concernant la gouvernance d'entreprise et la gestion des risques proposées dans le projet sont appropriées et nécessaires. Les exigences de la circulaire sont en conformité avec les directives des organismes de normalisation internationaux (OCDE, CBCB), pour autant que la loi le permette. Pour la majorité des établissements, cela n'engendrera pas de frais supplémentaires. Le rapport explicatif indiquait que des efforts ciblés pour satisfaire dorénavant à l'évolution des exigences ne sont cependant pas exclus pour certaines banques. La FINMA juge ces efforts supportables. L'efficacité des dispositions a néanmoins été contrôlée une nouvelle fois et le seuil des exigences a été abaissé lorsque c'était possible et utile. Le niveau de détail de la circulaire a également été réévalué sur la base des prises de position. La FINMA conclut que la Circ.-FINMA 17/1 « Gouvernance d'entreprise – banques » pourrait être encore davantage axée sur les principes. Les conséquences de la suppression du principe *comply or explain* ont été réévaluées à cet égard. Le principe *comply or explain* provient du domaine de l'autorégulation et constitue une particularité du Code suisse de bonnes pratiques pour le gouvernement d'entreprise publié par economiesuisse. Ce principe peut être pertinent dans le cadre d'une application volontaire de ce code de bonnes pratiques. Il n'est toutefois pas adapté pour les réglementations étatiques, car il conduit à des incertitudes sur le plan juridique pour les assujettis concernés. Ceux-ci ne savent avec certitude qu'après une vérification ultérieure par la FINMA si l'approche choisie était conforme au droit ou non. Une telle situation est difficilement envisageable dans la mesure où les infractions considérées entraînent des sanctions. Les faits soumis à autorisa-

[2] Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 61 N 58; Beat Kleiner/Renate Schwob, in: Dieter Zobl/Renate Schwob/Hand Geiger/Christoph Winzeler/Christine Kaufmann/Rolf H. Weber/Stefan Kramer (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zu der Verordnung vom 17. Mai 1972 (V) und der Vollziehungsverordnung vom 30. August 1961 (VV), 2014, Art. 3 BankG N 19.

[3] Susan Emmenegger, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe: Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, in: Abhandlungen zum schweizerischen Recht. Neue Folge; Heft 691, Berne 2004, p. 197.

tion sont en principe moins nombreux suite à la réduction de certaines exigences essentielles, par ex. concernant les comités. La mise en œuvre du volet *explain* laissait par ailleurs à désirer. La publication tardive dans le rapport annuel de la non-mise en œuvre de certaines exigences n'est pas satisfaisante pour le contrôle bancaire. La décision de renoncer aux six possibilités actuelles de justification a posteriori d'une exception dans le rapport annuel, respectivement le rapport d'audit, doit donc être maintenue.

La critique concernant la structure de base conceptuelle de la circulaire a été prise au sérieux. La logique interne et la cohérence des notions ont une nouvelle fois été contrôlées pour la version définitive de la circulaire. Il a été renoncé à l'élaboration d'un glossaire et à un renvoi ou à une reproduction directe des normes (par ex. ISO) puisque les notions déterminantes sont définies dans la circulaire. Des délimitations ou normalisations supplémentaires sortiraient du cadre de la circulaire. Pour finir, la FINMA renonce à une refonte complète de la circulaire, car seules deux parties la réclament explicitement et que les requêtes des participants concernant des points fondamentaux ont été prises en compte par ailleurs.

Conclusion

Le niveau de détail des exigences a été réduit autant que possible. Les exigences ont également été réduites concernant certaines thématiques, notamment l'organe responsable de la haute direction. L'approche *comply or explain* n'est pas conservée pour des raisons prudentielles. La circulaire a de nouveau été passée au crible à la recherche d'incohérences conceptuelles. Les dispositions trop détaillées de la version soumise à audition sont par ailleurs supprimées. Il est logiquement renoncé à introduire des normes ISO. Il n'y aura pas de deuxième audition relative à la circulaire.

2.1.2 Objet et définitions (Cm 1 à 7)

Prises de position

FNTE et LA exigent une clarification de la systématique dans la perspective de la relation entre la gestion des risques, le risque de *compliance* ou la fonction de *compliance* et le système de contrôle interne (SCI). ECS et FAA exigent par ailleurs une référence aux normes internationales, notamment aux normes ISO concernant la gestion des risques (ISO 31000) et la *compliance* (ISO 19600) ainsi qu'une prise en compte, intégration et harmonisation des différents systèmes de gestion dans les domaines de la gestion des risques, de la *compliance* et du SCI. L'ASAI rappelle l'absence de définitions, notamment dans le domaine des activités des instances de contrôle et des organes de surveillance. ECS note qu'une gouvernance d'entreprise et un contrôle interne efficaces se fondent sur une conduite *(leadership)*, des valeurs et une culture d'entreprise de qualité. Ces aspects devraient être pris en compte dans les définitions par souci d'exhaustivité. Différents participants considèrent pour finir que la notion d'appétence au risque *(Risikoappetit)* n'est pas courante en allemand et qu'il vaudrait mieux la remplacer par tolérance au risque *(Risikotoleranz)* ou attitude face au risque *(Risikoeinstellung)*.

Appréciation

Notons que la circulaire ne définit que les notions qui seront effectivement utilisées par la suite. Les circulaires de la FINMA ont pour but de concrétiser les prescriptions légales et de régler des questions techniques. Elles doivent être succinctes et faciles à comprendre, raison pour laquelle les approches conceptuelles ne sont reproduites qu'en cas de nécessité. La gestion des risques et le système de

contrôle interne sont notamment définis de façon suffisamment adéquate dans les définitions. Des précisions sont possibles au cas par cas. Des définitions supplémentaires ou l'élaboration d'un glossaire séparé sont donc inutiles.

La révision n'a pas modifié la définition de la gestion des risques. Elle a toujours pour but la gestion et le pilotage complets et systématiques des risques sur la base de connaissances économiques et statistiques. Il est essentiel que la gestion des risques soit assurée, aux niveaux organisationnels appropriés de l'établissement, au moyen de méthodes adéquates qui tiennent compte de ses particularités. Le contexte correspondant est créé par le concept-cadre de la gestion des risques à l'échelle de l'établissement, qui prescrit l'orientation stratégique de la gestion des risques au niveau de l'organe responsable de la haute direction.

Le SCI est principalement constitué de structures et de processus de contrôle qui doivent également garantir l'atteinte des objectifs de la politique commerciale et le bon fonctionnement de l'établissement à tous les niveaux. La définition antérieure dans la Circ.-FINMA 08/24 (Cm 2) peut donc être reprise dans ses grandes lignes. Les tâches et responsabilités des différentes instances de contrôle qui doivent notamment assurer le respect des prescriptions en matière de gestion des risques et plus particulièrement la mise en œuvre des dispositions selon le concept-cadre pour la gestion des risques à l'échelle de l'établissement, revêtent une importance capitale. Le contrôle des risques et la fonction de *compliance* en tant qu'instances de contrôle indépendantes jouent un rôle central à cet égard, en surveillant les positions-risque dans leur globalité, mais aussi le risque de *compliance*. Ces deux fonctions seront désormais définies directement dans les chapitres correspondants pour éviter les doublons. La révision interne évalue le caractère approprié et l'efficacité du SCI dans son ensemble.

La fonction de *compliance* doit s'entendre comme une composante du système de contrôle interne. Les exigences à l'égard de la fonction citée ne doivent pas être fondamentalement modifiées. Une définition explicite de la gestion de la *compliance*, y compris les exigences afférentes, en guise de pendant au concept-cadre pour la gestion des risques, n'est pas jugée nécessaire à l'heure actuelle. La gestion de la *compliance* et la gestion des risques sont équivalentes et doivent se compléter mutuellement. Le concept-cadre formule des exigences explicites en matière de gestion des risques envers les banques.

Conclusion

Une définition plus approfondie des éléments de gouvernance, notamment l'utilisation des normes ISO, n'est pas appropriée et contredirait une réglementation fondée sur des principes. La circulaire définit les principaux éléments d'une gouvernance d'entreprise appropriée. Dans leurs grandes lignes, ils sont conformes aux standards internationaux, notamment aux principes du Comité de Bâle en matière de gouvernance d'entreprise[4]. La FINMA attend des établissements qu'ils étudient et implémentent une définition plus étendue de la gouvernance d'entreprise, spécifique à l'entreprise.

Les définitions sont précisées et réorganisées. Les activités du contrôle des risques et de la fonction de *compliance* ne sont plus définies qu'au ch. VII (Système de contrôle interne). La définition du système de contrôle interne a pour l'essentiel été reprise de la circulaire précédente. La notion d'appétence au risque *(Risikoappetit)* n'étant pas courante dans les concepts en matière de risque utilisés dans les régions germanophones, elle est remplacée par tolérance au risque *(Risikotoleranz)*.

[4] Ils sont disponibles sur http://www.bis.org/bcbs/publ/d328_fr.pdf.

2.1.3 Champ d'application (Cm 8)

Prises de position

De nombreux participants rappellent la compatibilité entre le principe de proportionnalité et l'approche *comply or explain* (cf.ch. 2.1.1). L'UBCS estime que les allègements et les exceptions ne devraient pas être réservés aux petits établissements des catégories 4 et 5, mais aussi aux établissements de taille moyenne à faible risque et à la complexité limitée de la catégorie de surveillance 3. Grâce à des formulations potestatives correspondantes, la FINMA devrait, à l'inverse, avoir la possibilité d'ordonner des renforcements au cas par cas. L'ASB et l'ABPS regrettent que les dispositions d'exception concernant des structures de propriété spécifiques aient été supprimées et que certaines formes de sociétés spécifiques ne soient ainsi pas suffisamment prises en compte.

Appréciation

Nous pouvons renvoyer aux explications ci-dessus concernant l'approche *comply or explain* (cf. ch. 2.1.1). La délimitation déterminante en fonction des catégories de surveillance dans les différents chiffres marginaux de la circulaire est facile à comprendre et a fait ses preuves dans la pratique. La FINMA peut en tout temps dispenser les établissements confrontés à des exigences élevées injustifiées de certaines dispositions. Des prescriptions potestatives explicites sont donc inutiles. Elles réduiraient considérablement l'impact de la circulaire. L'objection concernant la prise en compte insuffisante des différentes formes de société est en partie fondée. Nous pouvons toutefois rappeler que les circulaires de la FINMA se fondent en principe sur une gestion de l'entreprise à deux niveaux (organe responsable de la haute direction et direction). S'il n'y a pas de telle dualité à cause de formes de sociétés spécifiques, les chiffres marginaux correspondants doivent toujours être interprétés et appliqués par analogie. Les banques privées qui se caractérisent notamment par des formes de sociétés spécifiques (société en nom collectif, en commandite ou en commandite par actions) ne doivent donc pas être obligées de demander des réglementations d'exception.

Conclusion

L'application du principe de proportionnalité ne donne lieu à aucune adaptation. Il est renoncé aux dispositions d'exception pour des formes juridiques spécifiques, car une application par analogie découle du caractère fondé sur les principes de la circulaire.

2.1.4 Organe responsable de la haute direction (Cm 9 à 15)

Prises de position

La majorité des participants regrette le manque de clarté de la limite tracée entre l'organe responsable de la haute direction et la direction. Ce manque de précision aurait pour effet une intervention trop marquée de la haute direction dans les attributions opérationnelles. Les tâches seraient de toute façon réglées de manière définitive dans le droit des sociétés anonymes et il n'y aurait donc aucun besoin de réglementation supplémentaire.

Appréciation

Conformément aux explications ci-dessus (cf. ch. 2.1.1), lorsqu'une réglementation figure dans la LB, celle-ci prime le CO. Le droit de la surveillance accentue les thèmes pour lesquels il existe un besoin

de protection allant au-delà de l'ordre de base du droit des sociétés. Ainsi, le principe de la dualité de la direction de l'entreprise prescrit la séparation contraignante entre l'organe responsable de la haute direction et la direction (art. 3 al. 2 let. a LB). Le droit de la surveillance reste cependant flou sur la teneur du principe de séparation des pouvoirs. La délimitation des domaines d'activité requiert donc une concrétisation spécifique aux banques. Le droit des sociétés anonymes fournit les éléments fondamentaux pour le catalogue des tâches de l'organe responsable de la haute direction et reste donc la réglementation de référence déterminante[5].

Les banquiers et groupes privés ont un statut juridique particulier avec leur propre structure de gouvernance et une responsabilité personnelle des détenteurs de parts. La société en nom collectif, la société en commandite et la société en commandite par actions ont notamment une importance pratique. La mise en œuvre de la présente circulaire doit en tenir compte dans une juste mesure. Les prescriptions relatives à l'organe responsable de la haute direction doivent donc être appliquées par analogie et en tenant compte des particularités de la forme juridique respective. Des demandes d'exception explicites sont inutiles pour les banquiers et groupes privés déjà autorisés (cf. également ch. 2.1.3).

Conclusion

La prétention de l'autorité de surveillance de préciser le rôle de l'organe responsable de la haute direction et de la direction est maintenue. Les deux niveaux de direction sont soigneusement délimités l'un par rapport à l'autre au plan terminologique. Les spécificités des banquiers privés doivent être dûment prises en compte lors de la mise en œuvre.

2.1.4.1 Catalogue des tâches (Cm 9 à 15)

Prises de position

Selon la tâche, le rôle de l'organe responsable de la haute direction est jugé trop offensif ou trop défensif. D'une part, la responsabilité pour la stratégie serait trop faible, si elle n'est assumée que sur proposition de la direction. D'autre part, la compétence d'édicter des directives doit être réservée à la direction dans le sens d'un instrument d'action opérationnel. La planification des liquidités incomberait également à la direction opérationnelle et les comptes intermédiaires ne relèveraient pas nécessairement de l'ensemble de l'organe responsable de la haute direction. La compétence permettant de désigner les personnes-clés à des échelons inférieurs à la direction irait également trop loin. Le choix de l'organe de révision externe incomberait au propriétaire. La compétence en matière de modifications structurelles et d'investissements devrait être supprimée purement et simplement ou pour le moins réduite aux événements essentiels. L'exigence de compréhension des structures de l'entreprise et des risques des différents domaines d'activité formulée à l'égard de l'organe responsable de la haute direction serait par ailleurs de nature purement descriptive et devrait donc être supprimée.

Appréciation

L'organe responsable de la haute direction doit jouer un rôle actif dans les questions stratégiques. Même si, en fonction de la taille de l'établissement, la direction apporte une contribution significative à

[5] Susan Emmenegger / Hansueli Geiger, Bank-Aktiengesellschaften, Schriften zum neuen Aktienrecht 18, Zurich 2004, Cm 5 ss

l'élaboration de la stratégie et de la politique commerciale, l'organe responsable de la haute direction doit traiter activement cette question et décider en dernier ressort. La responsabilité organisationnelle de la haute direction est principalement assumée au travers de l'édiction de règlements, tandis que la compétence en matière de directives demeure au niveau opérationnel. En matière de finances, il est important que la planification des liquidités soit au moins approuvée par l'organe responsable de la haute direction. Il en va de même des comptes intermédiaires, qu'ils soient publiés ou non.

La compétence en matière de nomination et de révocation d'autres personnes à la tête des fonctions de contrôle doit être confiée à l'organe responsable de la haute direction, du moins en ce qui concerne le *Chief Risk Officer* et le responsable de la révision interne. La nomination et la révocation du responsable de la révision interne peuvent également être déléguées au comité d'audit. Le profil et l'indépendance de ces fonctions essentielles doivent ainsi être renforcés de manière ciblée. Ce changement de priorité ne représente pas une intervention illicite dans le droit des sociétés anonymes. D'après l'art. 716*a* al. 1 ch. 4 CO, la nomination et la révocation des personnes chargées de la gestion et de la représentation, autrement dit de toutes les personnes autorisées à signer, y compris les fondés de procuration et les mandataires commerciaux, constituent une attribution intransmissible et inaliénable du conseil d'administration. La compétence en matière de choix de la société d'audit prudentiel n'enfreint pas non plus la réglementation de base selon le droit des sociétés anonymes. Dans le présent contexte, il s'agit uniquement de la fonction de l'audit prudentiel qui était généralement cumulée jusqu'à présent avec l'organe de révision selon le droit des sociétés, mais qui peut aussi très bien être exercée par une autre société d'audit. Le présent récapitulatif englobe donc les tâches principales, sans prétendre à l'exhaustivité. La gestion du catalogue complet des tâches est toujours assurée par le biais du règlement d'organisation soumis à autorisation.

Conclusion

La répartition systématique des tâches spécifiques à la banque entre la direction et l'organe responsable de la haute direction renforce le profil de ce dernier dans les questions liées à la stratégie et à la politique commerciale et permet de soulager quelque peu ces deux organes dans les domaines du personnel et de l'organisation.

2.1.4.2 Composition (Cm 16)

Prises de position

La focalisation sur l'organe collectif et la diversité de la composition (*diversity*) est en principe saluée. Les prescriptions explicites concernant certaines compétences de base (notamment IT) que toutes les banques doivent garantir, quelles que soient leur taille et leur orientation commerciale, suscitent toutefois des critiques. Une formulation plus ouverte est donc recommandée, afin de laisser le soin aux banques d'assurer les compétences correspondant à leurs risques et à leurs domaines d'activité déterminants.

Appréciation

La haute direction doit être composée de manière suffisamment diversifiée afin que, outre les principaux champs d'activité, tous les autres domaines centraux tels que la finance et la comptabilité ainsi que la gestion des risques soient dûment représentés. Cela ne veut pas dire pour autant que chaque membre doit avoir plusieurs années d'expérience dans le secteur bancaire. Mais chacun possède au moins une connaissance particulière qui contribue à l'équilibre de l'organe collectif. Même une per-

sonnalité expérimentée issue de l'industrie ou un représentant des actionnaires peuvent tout à fait s'avérer utiles pour l'organe collectif, tant que les domaines centraux sont suffisamment bien couverts par ailleurs.

Conclusion

Le principe de la composition équilibrée de l'organe collectif est maintenu. Seules les caractéristiques qui relèvent des ressources de base indispensables de tout établissement bancaire sont explicitement évoquées en tant que compétences de base.

2.1.4.3 Indépendance (Cm 17 à 25)

Prises de position

L'introduction d'une règle de base fixe d'au moins un tiers à la place de l'approche *comply or explain* existante est jugée trop rigide. Les banques petites et moyennes doivent notamment avoir la possibilité de continuer à utiliser l'approche *comply or explain*. La variante consistant à obtenir une dérogation de la FINMA semble contraignante et onéreuse. De façon générale, les dispositions relatives à l'indépendance ne s'appuieraient sur aucune base légale. Le caractère trop vague de l'exigence d'une indépendance « déterminante » vis-à-vis des participants qualifiés est en outre critiqué. Cette prescription serait par ailleurs inapplicable pour les établissements de petite taille, comme pour les banques d'entrepreneurs à forte composante familiale. Des réserves quant à la priorité accordée aux intérêts des créanciers de l'établissement individuel ont pour finir été formulées, car les obligations supérieures peuvent imposer d'autres priorités.

Appréciation

La base légale concernant les exigences d'indépendance réside dans la garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 let. c LB). Les organes bancaires doivent défendre en priorité les intérêts de leur propre société. S'ils sont parallèlement tenus par d'autres intérêts, ils peuvent rapidement être confrontés à un conflit d'intérêts en cas d'intérêts divergents. Afin d'atténuer ce risque, l'établissement individuel doit notamment disposer d'un nombre déterminant d'administrateurs indépendants qui ne présentent pas une proximité particulière avec l'établissement. Au final, les critères d'indépendance sont repris de manière inchangée de la circulaire existante. La différence par rapport à la situation antérieure réside principalement dans le caractère plus contraignant de la règle du tiers. Etant donné que les banques et les négociants en valeurs mobilières satisfont déjà presque tous à cette exigence, la FINMA estime que cette obligation est défendable. Dans des cas justifiés, la FINMA peut accorder des allègements.

L'attente de la FINMA selon laquelle les transferts directs de la direction à l'organe responsable de la haute direction devraient être évités pour des raisons d'indépendance demeure inchangée. Si cela devait cependant, et dans des cas dûment motivés uniquement, avoir lieu, cela ne doit pas nuire à la séparation des pouvoirs. De même, il convient d'éviter tout transfert des compétences décisionnelles en faveur de la haute direction.

L'indépendance vis-à-vis du propriétaire qualifié peut également être compensée par la règle du tiers, une disposition indépendante est inutile à cet endroit. Là encore, la FINMA reconnaît une certaine marge de manœuvre en faveur d'allègements, par ex. pour les groupes bancaires nationaux.

Le principe de la priorité des intérêts des créanciers au niveau de l'établissement individuel est abandonné, car une telle règle intervient fondamentalement dans la sphère du groupe et la base normative d'une simple circulaire ne devrait guère suffire pour cela.

Conclusion

La règle de base fixe d'une indépendance d'au moins un tiers est maintenue. Cette prescription continue de s'appliquer vis-à-vis des participants qualifiés et de leurs représentants. Des allègements peuvent cependant être accordés au cas par cas.

2.1.4.4 Gestion du mandat (Cm 26 à 29)

Prises de position

La majorité des participants à l'audition considère que les principes de la gestion du mandat sont une évidence sans importance prudentielle particulière. Si les règles correspondantes doivent être conservées, elles devraient au minimum être moins détaillées. Ils sont nombreux à penser que l'exigence de préparation permanente aux crises va trop loin, car elle n'est pas réaliste. La responsabilité de l'établissement du profil d'exigence des autres personnes-clés est en outre considérée comme une affaire incombant à la direction. Les banques devraient donc jouir d'une plus grande liberté concernant la gestion des conflits d'intérêts. La démission ne devrait constituer qu'un dernier recours, lorsqu'un conflit d'intérêt durable restreignant fortement l'exercice du mandat est inévitable. La base légale suffisante pour des prescriptions prudentielles particulières concernant le président du conseil d'administration est par ailleurs mise en doute. Les qualités à connotation morale telles que « intégrité exceptionnelle » sont par ailleurs jugées particulièrement délicates.

Appréciation

Les principes relatifs à la gestion du mandat présentent certes une certaine teneur programmatique. Mais ils visent avant tout le renforcement ciblé du profil de l'organe responsable de la haute direction et donc le soutien à l'un des principaux objectifs de la présente révision. Certaines objections de la branche à l'encontre de la garantie de la disponibilité permanente montrent justement que la compréhension de la responsabilité accrue de l'organe responsable de la haute direction ne s'est pas encore systématiquement imposée depuis la dernière révision du droit des sociétés anonymes. La disponibilité permanente au-delà du rythme ordinaire des séances relève en tous cas des obligations inévitables de tout organe responsable de la haute direction de la banque.

Il a toutefois été tenu compte de la demande d'axer davantage les obligations sur les principes et de les alléger dans la mesure du possible. Le perfectionnement et la réglementation relative à la gestion des conflits d'intérêts ont donc été laissés à l'appréciation de chaque établissement.

Il est également possible de renoncer à des règles complémentaires pour le président de la haute direction. Une importance particulière au regard du droit de la surveillance est certes accordée à sa position prééminente, tant dans les standards minimaux du Comité de Bâle que dans la pratique de la FINMA. Il est toutefois possible de renoncer à des prescriptions explicites concernant le dialogue ainsi que la préparation et la gestion du flux d'informations au niveau de la circulaire.

Conclusion

Les dispositions relatives à la gestion du mandat ont été réduites de façon ciblée là où les établissements sont plus à même de fournir des solutions appropriées sous leur propre responsabilité.

2.1.4.5 Partage des tâches et comités (Cm 30 à 46)

Prises de position

A l'exception de l'Association des banques étrangères, les participants à l'audition exigent unanimement qu'il soit renoncé à l'institution d'un comité d'audit et d'un comité des risques séparés pour les banques de la catégorie 3. Raiffeisen souhaiterait que cette obligation ne s'applique qu'aux banques des catégories 1 à 3 à vocation internationale. La possibilité d'un comité combiné est proposée à la place. En plus d'économiser les ressources, elle permettrait également de créer des synergies et d'éviter les redondances.

L'exigence de l'indépendance majoritaire des comités viderait la règle du tiers de sa substance au niveau de l'organe collectif et compliquerait la composition de l'organe responsable de la haute direction. L'incompatibilité entre la présidence de la banque et le rôle de président d'autres comités serait par ailleurs incompréhensible (ES n'est pas de cet avis). On juge par ailleurs inutile que même les comités des rémunérations et des nominations doivent être majoritairement composés de membres indépendants (ES n'est pas de cet avis concernant le comité des rémunérations). Dans le cas de groupes, la FINMA devrait pouvoir accorder des allègements concernant la nécessité d'un comité, mais aussi l'indépendance de ses membres. L'obligation de former des comités supplémentaires devrait se limiter au comité des rémunérations et des nominations et se référer exclusivement au niveau du groupe. Le partage des tâches entre le comité d'audit et le comité des risques devrait être plus ouvert, compte tenu du chevauchement des attributions, notamment dans le domaine des fonctions de contrôle.

Appréciation

Plus de la moitié des banques de catégorie 3 et donc notamment les banques cantonales, seraient concernées par l'introduction d'une obligation de mise en place séparée d'un comité d'audit et d'un comité des risques. Des mesures seraient préprogrammées en la matière, puisque les deux comités doivent en principe disposer d'une majorité de membres indépendants et se différencier suffisamment en termes de personnel. Outre les ressources supplémentaires requises, il faut également tenir compte de la critique selon laquelle les effets de synergie d'un comité mixte prévalent selon la taille et le profil de risque de l'établissement. Les doublons et le manque de coordination de signaux de régulation provenant de différents points de vue pourraient par ailleurs être évités. La circulaire doit donc donner la possibilité aux banques de la catégorie 3 d'instaurer alternativement un comité d'audit et des risques mixte. Celui-ci doit cependant posséder des connaissances et une expérience suffisantes dans le domaine de la gestion et du contrôle des risques, en plus du domaine de la finance, de la révision et de la comptabilité.

Le principe de l'indépendance majoritaire des comités peut également poser des difficultés aux banques de taille moyenne et petite dans la perspective de la composition globale de l'organe responsable de la haute direction. La FINMA autorisera par conséquent des allègements dans des cas particuliers justifiés. Il ne doit par ailleurs pas y avoir d'interdiction absolue pour le président de siéger simultanément dans plusieurs comités. En principe, il ne devrait cependant pas siéger au comité d'audit

ni présider le comité des risques. Il peut en revanche siéger dans d'autres comités et même les présider. En plus d'un comité d'audit et d'un comité des risques, les banques d'importance systémique doivent également mettre en place un comité des nominations et des rémunérations qui doivent au minimum être institués au niveau du groupe. Il doit assister l'organe responsable de la haute direction lors de la définition de la politique en matière de rémunération, de l'élaboration des principes de sélection des cadres dirigeants, de la préparation et de l'exécution des décisions relatives au personnel ainsi que de la planification de la relève et surveiller la mise en œuvre de la politique en matière de rémunération.

Le comité d'audit et le comité des risques poursuivent une orientation différente. Le comité des risques contribue à la définition de la politique de risque de manière prévisionnelle, alors que le comité d'audit se focalise davantage sur un contrôle rétrospectif. Il en résulte un ensemble de tâches différent, les tâches situées à l'interface entre gestion des risques et contrôle interne pouvant être attribuées à l'un ou à l'autre de ces deux comités. Indépendamment de l'attribution concrète des tâches, il faut en tout cas entre les deux comités un flux d'informations permanent et une concertation mutuelle efficace garantissant une réaction appropriée aux changements dans le profil de risque de l'établissement.

Conclusion

Les comités communs d'audit et des risques sont alternativement autorisés pour les établissements de la catégorie de surveillance 3. Il est possible de renoncer à l'exigence d'indépendance majoritaire des comités dans des cas particuliers fondés. Le président de l'organe responsable de la haute direction ne devrait pas être membre du comité d'audit ni président du comité des risques, mais il peut présider d'autres comités. La délimitation des tâches entre le comité d'audit et le comité des risques est quelque peu assouplie.

2.1.5 Direction (Cm 47 à 51)

2.1.5.1 Tâches et responsabilités (Cm 47 à 50)

Prises de position

L'ASB, l'UBCS, ZKB, UBS et ASAI regrettent le manque de clarté de la limite tracée entre l'organe responsable de la haute direction et la direction concernant les tâches, les compétences et les responsabilités ainsi que la présence de doublons, d'imprécisions et d'erreurs. Le projet attribuerait ainsi certaines tâches à la direction, alors qu'elles incombent à l'organe responsable de la haute direction du fait de leur nature stratégique. Une série de réglementations ne correspondraient en outre pas au niveau hiérarchique proposé ou contrediraient la réglementation du droit des sociétés anonymes, notamment concernant la délégation, ce qui se traduirait par une insécurité juridique en l'absence de corrections correspondantes. Ces faiblesses devraient être corrigées par des formulations plus précises. Les prescriptions concernant les différentes tâches seraient en outre trop détaillées.

ZKB indique que la FINMA ne serait pas autorisée à s'immiscer dans des structures de sociétés définies conformément au droit. Les prescriptions éventuelles de la FINMA devraient se limiter aux aspects contraignants selon la surveillance bancaire concernant la gestion des risques, le SCI et les fonctions de contrôle et devraient rester fondées sur des principes.

FAA, la SNV et LALIVE proposent aussi que l'activité opérationnelle soit menée en conformité avec les valeurs de l'entreprise. ASAI remarque par ailleurs que la direction est responsable du respect de tous les aspects liés au SCI et pas seulement des prescriptions prudentielles. Certains aspects partiels du SCI pourraient par ailleurs être regroupés. Pour finir, l'ASB et ZKB proposent certains ajustements du contenu. Le catalogue des tâches devrait ainsi explicitement être complété en y ajoutant la gestion des liquidités.

Appréciation

Ainsi que cela a déjà été expliqué à propos de l'organe responsable de la haute direction (cf. ch. 2.1.4), le droit des sociétés anonymes reste la réglementation de référence déterminante qui fournit les éléments fondamentaux pour le catalogue des tâches de l'organe responsable de la haute direction et de la direction. En conformité avec le droit des sociétés anonymes et en précision de celui-ci, il faut également retenir dans une perspective prudentielle que l'organe responsable de la haute direction doit définir la stratégie et les principes de la gestion opérationnelle et assumer la responsabilité globale, tandis que la direction est responsable de l'application des prescriptions de l'organe responsable de la haute direction et de la gestion opérationnelle. La FINMA continuera d'en tenir compte dans le cadre de l'approbation des statuts et des règlements internes.

Les adaptations des formulations proposées à propos de la responsabilité pour le respect de tous les aspects du SCI sont insuffisantes, car la direction assume une responsabilité globale concernant la mise en œuvre. Le niveau de détail de certaines tâches peut toutefois être réduit sans perte significative. L'ajout de la gestion des liquidités au catalogue des tâches est utile.

Conclusion

La limite tracée entre l'organe responsable de la haute direction et la direction a été examinée à la recherche d'incohérences et est résolument renforcée.

Le niveau de détail des tâches est largement réduit.

2.1.5.2 Exigences à l'égard des membres de la direction (Cm 51)

Prises de position

L'ASB estime que les exigences à l'égard des membres de la direction qui vont au-delà des exigences légales de bonne réputation et de garantie d'une activité irréprochable ne sont pas acceptables. Les exigences seraient par ailleurs floues et imprécises et laisseraient une grande marge d'appréciation à la FINMA. Les chiffres marginaux correspondants doivent donc être abrogés.

La SNV et LALIVE proposent que les membres de la direction portent également les valeurs de l'entreprise par leur comportement personnel.

Appréciation

La circulaire s'appuie entièrement ici sur les dispositions légales relatives à la garantie d'une activité irréprochable et reflète la pratique de longue date en matière de surveillance concernant les exigences minimales à l'égard de la direction en tant qu'organe collectif et des membres de la direction en leur qualité de responsables. La FINMA instaure ainsi une plus grande sécurité juridique, sachant que ses

attentes formulées concernant la nomination de la direction ne vont pas au-delà des exigences minimales existantes envers la haute direction.

Il serait pratiquement impossible d'appliquer en droit de la surveillance une disposition relative à la fonction de modèle et à l'adhésion aux valeurs de l'entreprise.

Conclusion

Les exigences à l'égard des membres de la direction ont été significativement condensées.

Il a été renoncé à une disposition relative à la fonction de modèle et à l'adhésion de la direction aux valeurs de l'entreprise.

2.1.6 Concept-cadre pour la gestion des risques à l'échelle de l'établissement (Cm 52 à 59)

Prises de position

ASAI, RAI et ZKB critiquent le niveau de détail du concept-cadre. ZKB estime que les aspects retenus constituent déjà des exigences à l'égard d'un concept de mise en œuvre.

L'ASB, UBS et ZKB considèrent en outre que la référence à l'ensemble des risques est trop large. Les participants à l'audition cités exigent une focalisation sur les risques essentiels et matériels.

L'ASB critique par ailleurs le fait que la garantie d'une agrégation des données de risque et d'un rapport sur les risques n'est pas réalisable à l'entrée en vigueur prévue et que les dispositions relatives aux banques d'importance systémique sont trop détaillées.

Appréciation

Le concept-cadre crée une base stratégique pour la gestion des risques à l'échelle de l'établissement pour l'ensemble des catégories de risques essentielles. Les redondances des différentes dispositions d'exécution relatives aux catégories de risques respectives sont ainsi évitées. Le concept garantit en outre que l'organe responsable de la haute direction approuve l'orientation stratégique de la gestion des risques.

La capacité à agréger les principaux risques complètement et rapidement constitue déjà actuellement un aspect essentiel d'une gestion des risques efficace pour tous les établissements. Eu égard à la complexité accrue pour les établissements des catégories de surveillance 1 à 3, cette exigence concernant l'agrégation des données de risque et le rapport sur les risques est expressément mentionnée comme partie intégrante du concept-cadre. Des dispositions complémentaires sont exigées pour les banques d'importance systémique, en raison de leur taille, de leur complexité et de la structure de leur profil de risque.

Conclusion

Les explications purement descriptives dans le concept-cadre ont été supprimées en raison du principe d'une réglementation fondée sur des principes.

Des dispositions transitoires sont désormais prévues pour l'intégration et la mise en œuvre des dispositions complémentaires sur l'agrégation des données de risque et le rapport sur les risques dans le concept-cadre. Les établissements des catégories de surveillance 1 à 3 doivent intégrer ces aspects dans le concept-cadre pour la gestion des risques à l'échelle de l'établissement, au plus tard après un délai de transition d'un an suivant l'entrée en vigueur de la circulaire. Les banques d'importance systémique ont un délai supplémentaire de trois ans à partir de leur désignation comme banques d'importance systémique pour la mise en œuvre des dispositions complémentaires (par ex. indications sur l'architecture des données et l'infrastructure IT, etc.).

2.1.7 Système de contrôle interne (Cm 60 à 81)

Prises de position

CS, ASAI, PF, UBS et ZKB ne comprennent pas l'obligation prévue pour les banques d'importance systémique de créer une fonction de CRO uniquement responsable du contrôle des risques. ASAI, RAI et PF critiquent par ailleurs le fait que le CRO doive obligatoirement siéger dans la direction des banques d'importance systémique.

ECS, FAA et ZKB regrettent l'attribution d'un rôle subordonné à la fonction de *compliance* par rapport au contrôle des risques et que les tâches, compétences et responsabilités de la fonction de *compliance* soient réglées de façon incomplète et donc équivoque. FAA exige en outre la création d'une fonction de CCO séparée en plus de la fonction de CRO.

L'ASB critique le fait qu'il ne soit pas explicitement mentionné que les établissements des catégories de surveillance 4 et 5 sont autorisés à externaliser la fonction de *compliance* à des tiers. FAA exige par ailleurs de prévoir également l'externalisation de la fonction de *compliance* pour des établissements des catégories de surveillance 1 à 3.

Différents participants réclament des précisions et des informations complémentaires concernant la définition des tâches et responsabilités du contrôle des risques. S'agissant notamment du *reporting*, ZKB exige une distinction plus claire entre le *reporting* périodique et l'information sur une violation concrète des règles. CS, ES, l'ASB, UBS et ZKB critiquent par ailleurs la réglementation relative aux destinataires et à la rapidité du *reporting*.

UBS et l'UBCS critiquent l'absence de définition du risque de *compliance* dans les tâches et les responsabilités de la fonction de *compliance*. L'UBCS estime en outre que la délimitation entre le risque de *compliance* et les risques opérationnels est imprécise.

Appréciation

L'introduction d'une fonction de CRO dans les banques des catégories de surveillance 1 à 3 s'effectue en tenant compte du principe de proportionnalité, les exigences à l'égard des banques étant renforcées à partir d'une taille, complexité, structure critiques et d'un profil de risque critique. Les banques d'importance systémique doivent notamment disposer d'un CRO appartenant à la direction. L'importance et l'autorité de la fonction de CRO sont ainsi soulignées comme il se doit.

La fonction de *compliance* ne doit en principe pas être subordonnée à d'autres instances de contrôle. Une certaine flexibilité est délibérément accordée pour la mise en place et le positionnement hiérarchique de la fonction de *compliance*, afin de pouvoir prendre en compte les spécificités de

l'établissement en matière de taille, de complexité, de structure et de profil de risque. Seuls les établissements des catégories de surveillance 1 à 3 doivent toujours disposer d'une fonction de *compliance* autonome. A la différence de ce que prévoyait le projet, celle-ci peut être attribuée au CRO ou à une autre fonction interne à l'établissement (par ex. CCO, etc.).

Le risque de compliance doit en principe être géré dans le cadre des risques opérationnels, en tenant compte de la précision apportée lors de la révision de la Circ.-FINMA 08/21[6].

Les précisions et compléments concernant les tâches et responsabilités du contrôle des risques ont été pris en compte, pour autant qu'ils soient appropriés. En ce qui concerne les exigences relatives au *reporting* à la direction et à l'organe responsable de la haute direction, une répartition plus claire entre un *reporting* périodique, dans le cadre de la marche ordinaire des affaires, et un *reporting* en cas d'évolution particulière de la situation et de faits de grande portée a été opérée. L'exigence a en outre été reformulée sous la forme « en temps utile » pour ce dernier cas, afin de garantir aux établissements une plus grande flexibilité dans la mise en œuvre.

Conclusion

Les dispositions relatives au SCI sont adaptées en fonction des prises de position, pour autant qu'elles soient appropriées, et en tenant compte d'une réglementation fondée sur des principes. La compétence de la fonction de CRO est notamment ouverte. Désormais, elle englobe au minimum les tâches et les responsabilités du contrôle des risques. Mais elle peut aussi être compétente pour d'autres fonctions indépendantes du résultat (par ex. *compliance*).

La mise en place et le positionnement hiérarchique de la fonction de *compliance* peuvent en principe être spécifiques à l'établissement. Les tâches et les responsabilités de la fonction de *compliance* englobent notamment une évaluation au moins annuelle du risque de *compliance*. En plus de ses tâches et responsabilités dans son rôle d'instance de contrôle indépendante, la fonction de *compliance* soutient et conseille la direction ainsi que les collaborateurs lors de l'élaboration, de l'application et de la surveillance des prescriptions réglementaires et internes et soutient la direction dans la formation et l'information des collaborateurs en matière de *compliance*.

Les exigences à l'égard du *reporting*, tant par le contrôle des risques que par la fonction de *compliance* en tant qu'instance de contrôle indépendante sont clarifiées et les délais assouplis.

2.1.8 Révision interne (Cm 82 à 97)

Prise de position

ZKB propose d'intégrer la section « VIII. Révision interne » en tant que nouveau chapitre « C » dans une section « VII. Instances de contrôle » rebaptisée.

Appréciation

Différentes possibilités sont envisageables concernant la structure de la circulaire. Il n'y a aucun besoin d'adaptation contraignant du fait des autres contributions. Conformément à leur rôle de troisième

[6] Cf. Cm 2 Circ.-FINMA 08/21

ligne de défense indépendante et autonome, les dispositions relatives à la révision interne continuent donc d'être énoncées après les réglementations sur le système de contrôle interne et sont clairement séparées de ce dernier.

Conclusion

La structure existante de la circulaire est maintenue.

2.1.8.1 Instauration (Cm 82 à 86)

Prises de position

Selon UBS, il devrait être possible d'intégrer la révision interne dans une *Service Company* appartenant au groupe financier, tant que la société d'audit prudentiel en confirme les compétences professionnelles ainsi que les ressources techniques et personnelles.

Il a par ailleurs été proposé que la présente révision limite aux établissements de catégorie 5 le transfert des tâches de la révision interne à une deuxième société d'audit indépendante de la société d'audit de l'établissement ou à un tiers indépendant.

Appréciation

La pratique actuelle en matière de surveillance permet déjà de transférer les tâches de la révision interne à une société de services.

La valeur ajoutée sur le plan prudentiel d'une limitation de la possibilité de transfert des tâches de la révision interne à des établissements de catégorie 5 n'apparaît pas clairement.

Conclusion

Il n'y a pas d'adaptations matérielles.

2.1.8.2 Positionnement hiérarchique et organisation (Cm 87 à 90)

Prises de position

UBS critique la citation erronée des standards internationaux pour la pratique professionnelle de la révision interne et estime que la terminologie de la circulaire devrait se référer plus étroitement aux standards internationaux. UBS souhaite pour finir l'adaptation de certaines formulations.

Il est par ailleurs proposé de confier périodiquement la vérification du dispositif qualitatif, quantitatif et organisationnel de la révision interne à un tiers indépendant à l'intention de l'organe responsable de la haute direction ou du comité d'audit.

Appréciation

Les standards évoqués doivent être précisés.

La vérification périodique du dispositif de la révision interne ne répond ni à un besoin existant ni à des exigences internationales.

Conclusion

Les standards régissant les travaux de la révision interne sont désormais correctement cités. Aucune disposition relative à la vérification périodique du dispositif de la révision interne n'est par ailleurs adoptée.

2.1.8.3 Tâches et responsabilités (Cm 91 à 97)

Prises de position

Selon l'ASB, la notion d'évaluation des risques serait trompeuse en relation avec le rôle de la révision interne et devrait être remplacée par « évaluation ».

ASAI aurait été favorable à ce que les nouveaux standards du Comité de Bâle sur la révision interne des banques soient également pris en compte dans cette circulaire. Lors de la planification de l'audit, la révision interne devrait en outre tenir compte des besoins d'audit spécifiques de l'organe responsable de la haute direction et du comité d'audit et au moins envisager les besoins d'audit de la direction.

ASAI et l'UBCS critiquent le fait que la révision interne soit tenue de veiller à ce que toutes les activités de l'établissement comportant un risque soient soumises, dans le cadre d'une planification pluriannuelle, à un audit effectué par elle-même ou par la société d'audit. Cette exigence serait inutile et devrait être supprimée, car elle ne correspond ni à un standard ni à une « bonne pratique » et qu'elle contredirait l'exigence d'audit axé sur les risques, puisque des ressources limitées devraient être consacrées à des audits à faible risque et à faible matérialité.

Le fait que l'*audit tracking* et le *reporting* sur l'état de la mise en œuvre des recommandations ne doivent pas être confiés à une autre instance indépendante que la révision interne est en outre critiqué, d'autant que cette disposition est en contradiction avec les dispositions relatives au positionnement hiérarchique et à l'organisation de la révision interne.

Appréciation

La notion d'évaluation des risques est une notion établie qui ne doit pas être modifiée sans réelle nécessité.

La présente circulaire et d'autres circulaires reflètent en principe suffisamment bien les standards révisés du Comité de Bâle sur la révision interne des banques. Seule la description existante des tâches de la révision interne ne correspond plus aux standards remaniés et à la pratique en vigueur en matière de surveillance, selon laquelle la révision interne doit évaluer l'organisation de l'entreprise, les processus commerciaux ainsi que la gestion des risques en plus du contrôle de l'adéquation et de l'efficacité du système de contrôle interne.

La planification de l'audit doit garantir la prise en compte régulière du besoin de contrôle de la haute direction ou du comité d'audit et, le cas échéant, de la direction.

La réglementation actuelle concernant la planification pluriannuelle doit être supprimée, car la planification d'audit est réévaluée chaque année dans la perspective des risques et que des adaptations correspondantes peuvent être requises de ce fait.

La réglementation existante selon laquelle l'*audit tracking* et l'information sur les corrections apportées aux insuffisances constatées peuvent également être assurés par une autre instance indépendante au sein de l'établissement est globalement incontestée et adaptée au risque et répond à un besoin de nombreux établissements.

Conclusion

La notion d'évaluation des risques n'est pas adaptée.

La tâche de la révision interne est précisée à l'aune des standards internationaux.

La section consacrée à la planification d'audit est adaptée (prise en compte des besoins d'audit réguliers).

La disposition relative à la planification pluriannuelle pour toutes les activités commerciales déterminantes en matière de risque est supprimée.

La réglementation concernant l'*audit tracking* et l'information sur les corrections apportées aux insuffisances constatées n'est pas adaptée.

2.1.9 Structures de groupe (Cm 98 à 99)

Prises de position

L'ASB et ZKB saluent l'intégration de dispositions dédiées aux structures de groupe. Elles souhaitent cependant certaines reformulations explicatives et l'adoption de principes relatifs à la conduite du groupe fondés sur les principes CBCB, par exemple concernant l'uniformisation des documents ou le flux et l'échange d'informations.

Il est en outre proposé de compléter les dispositions dans le sens d'une extension de la révision interne du groupe aux directions de fonds à l'intérieur du groupe.

Appréciation

Le besoin de reformulations explicatives a été identifié et l'intégration de principes importants concernant la gestion du groupe est utile.

L'intégration explicite de réglementations concernant la révision interne des directions de fonds au sein du groupe contredirait l'approche fondée sur des principes de la circulaire.

Conclusion

La section relative aux structures de groupe est reformulée et contient à présent les principes essentiels concernant la gestion du groupe.

Il est renoncé à une disposition concernant l'audit des directions de fonds au sein du groupe par la révision interne.

2.1.10 Publication (Circ.-FINMA 16/01 « Publication – banques »)

Prises de position

L'ASB, UBS et ZKB estiment que les exigences de publication relatives à la gouvernance d'entreprise devraient être ancrées au niveau de la loi ou de l'ordonnance. La base légale concernant la définition des exigences en matière de publication par une circulaire ne pourrait pas être attestée. L'UBCS et l'ASAI notent que toutes les prescriptions de la FINMA en matière de publication devraient être réunies dans la Circ.-FINMA 16/1 « Publication – banques ». Différents participants font savoir que les exigences en la matière devraient être fondamentalement redimensionnées ; ils exigent une référence minimale explicite aux principes du Comité de Bâle. L'ASB et RAI font valoir qu'aucun doublon ne devrait être généré pour les groupes financiers. L'ABPS signale que le statut des banques devrait être pris en compte. LA estime que des aspects relatifs à la gestion de la *compliance* devraient également être publiés en plus de la gestion des risques. Les connaissances spécialisées des comités devraient en outre être publiées. L'UBCS, RAI et ZKB considèrent que la publication des principes d'élection des membres de l'organe responsable de la haute direction et du processus de recrutement des membres de la direction devrait être supprimée en totalité ou en partie. L'UBCS signale que l'orientation en matière de risques et l'appréciation des risques n'ont pas la même importance pour les banques petites et moyennes à vocation locale et régionale que pour les grandes banques nationales ou internationales. L'UBCS estime par conséquent que des exceptions doivent être prévues en matière de publication pour les banques petites et moyennes. LA considère, en revanche, que la politique de *compliance*, les objectifs de *compliance* et les grandes lignes de la gestion de la *compliance* devraient également être publiés. L'ASB et l'ABPS pensent que la référence aux directives de SIX irait trop loin et que les intérêts des actionnaires ne devraient pas être assimilés aux intérêts des créanciers. L'ASB et RAI considèrent qu'il faut renoncer à la publication des honoraires de révision et d'audit pour des raisons de confidentialité. L'ASB et RAI ne voient pas quelle peut être la valeur ajoutée d'une publication de la politique d'information et pensent qu'il faut y renoncer. L'ASB et RAI indiquent par ailleurs que la nature de la publication est réglée de manière trop détaillée. L'UBCS et ZKB indiquent qu'un délai d'un mois pour la mise à jour sur Internet est trop court. Ce délai devrait être prolongé.

Appréciation

Le volet Publication est conservé en référence aux obligations générales de publication pour les banques (art. 6 LB), car la FINMA considère la transparence comme une composante intégrale d'une gouvernance d'entreprise efficace. La proposition visant à réunir les prescriptions en matière de publication dans une circulaire, à savoir la Circ.-FINMA 16/1 doit être soutenue. La cohérence par rapport aux exigences du Comité de Bâle est par ailleurs à nouveau vérifiée. Il est renoncé aux exigences en matière de publication quand aucun avantage supplémentaire direct n'est manifeste. La nature de la publication est réglée de manière suffisamment flexible. Le délai afférent aux adaptations du site Internet doit être prolongé.

Conclusion

Les exigences en matière de publication sont conservées sous une forme condensée et intégrées dans la Circ.-FINMA 16/1 « Publication – banques ». Les banques et les négociants en valeurs mobi-

lières appartenant à un groupe financier surveillé par la FINMA ainsi que les banquiers privés qui ne font pas appel au public pour obtenir des fonds en dépôt sont dispensés de la publication. La publication des principes régissant la procédure d'élection et de recrutement a été supprimée. Une présentation de l'orientation stratégique en matière de risques et du profil de risque, y compris l'appréciation de la direction, n'est plus exigée que des banques d'importance systémique. La publication des honoraires de révision et d'audit pour les banques de la catégorie 3 a été conservée, ainsi que le prescrivent déjà les directives de SIX. La publication de la politique d'information a été supprimée. Le délai des adaptations du site Internet a été prolongé à trois mois concernant le type de publication.

2.1.11 Dispositions transitoires (Cm 100 à 106)

Prises de position

L'ASB estime que la circulaire ne devrait pas entrer en vigueur avant le 1er janvier 2018, en raison des changements matériels. L'UBCS indique qu'un délai de transition d'un an devrait être accordé pour toutes les exigences, pour la même raison. Aucune solution intermédiaire complexe n'aurait ainsi besoin d'être élaborée, notamment pour la publication dans le rapport annuel. Un délai de transition beaucoup plus long devrait en outre être accordé aux banques cantonales, au cas où la circulaire aurait des conséquences déterminantes sur la composition de l'organe responsable de la haute direction. ZKB exige un délai de mise en œuvre de deux ans. ES suggère de mettre la circulaire en vigueur en début d'exercice de la majorité des établissements, soit au 1er janvier 2017. Selon l'ABPS, la circulaire doit entrer en vigueur au plus tôt le 1er janvier 2017.

Appréciation

Les participants font valoir à juste titre que la mise en œuvre des nouveautés matérielles demande du temps et des ressources. Ce point doit être suffisamment pris en compte. Un geste est déjà accompli vis-à-vis des établissements concernés par des exigences importantes, notamment en ce qui concerne l'organe responsable de la haute direction. La circulaire n'entrera pas immédiatement en vigueur, mais seulement au 1er juillet 2017. Le délai de transition sera par ailleurs étendu à des dispositions supplémentaires.

Conclusion

La circulaire entrera en vigueur au 1er juillet 2017. Le respect des dispositions déterminante pour les banques d'importance systémique concernant l'agrégation des données de risque et le rapport sur les risques doit désormais être assuré au plus tard trois ans après la qualification en tant que banque d'importance systémique. Les exigences relatives à la publication doivent être concrétisées pour la première fois dans le rapport de gestion 2017, autrement dit au printemps 2018.

2.2 Circ.-FINMA 08/21 « Risques opérationnels — banques »

2.2.1 Notion de « risques opérationnels »

Prises de position

ZKB a critiqué la définition des risques opérationnels[7] qu'elle juge imprécise en relation avec la prise en compte des risques juridiques et de *compliance*. Une délimitation claire par rapport aux différents risques juridiques et de *compliance* n'est pas toujours possible en raison de la limitation de la définition au risque de « pertes ».

L'abrogation du Cm 2.1 a par ailleurs été interprétée par l'ASB et ZKB comme une inclusion (éventuelle) des risques de réputation et stratégiques dans la définition des risques opérationnels.

Appréciation

Les risques juridiques et de *compliance* doivent en principe être pris en compte dans les risques opérationnels. Le risque de pertes financières directes figure au premier plan dans la définition des risques opérationnels. Les conséquences des violations du droit ou de la *compliance* sont très variables. Elles peuvent notamment consister en des dégâts de réputation, des sanctions (par ex. amendes) ou d'autres pertes financières (par ex. suite à des accords négociés). Une délimitation plus claire des risques juridiques et de *compliance* qui relèvent de la définition des risques opérationnels est appropriée.

L'abrogation du Cm 2.1 a été décidée afin d'éviter les redondances avec d'autres bases juridiques resp. d'autres circulaires. Les risques opérationnels étant en principe définis à l'art. 89 OFR et le Cm 2.1 ne contenant aucune explication supplémentaire à ce sujet, il a été abrogé.

Conclusion

La clarification proposée concernant les risques juridiques et de *compliance*, qui attire explicitement l'attention sur l'inclusion des risques juridiques et de *compliance*, pour autant qu'ils soient susceptibles d'engendrer une perte financière directe, a été apportée par une mention complémentaire au Cm 2.

Conformément à l'art. 89 OFR, les risques de réputation et stratégiques sont toujours explicitement exclus des risques opérationnels et ne relèveront donc pas, à l'avenir non plus, des dispositions d'exécution de la Circ.-FINMA 08/21.

2.2.2 Infrastructure technologique

Prises de position

S'agissant des dispositions relatives à l'infrastructure technologique, ASAI, RAI, l'ASB, UBS, l'UBCS et ZKB ont critiqué le niveau de détail et l'abandon d'une réglementation fondée sur des principes, en raison de l'intégration de dispositions explicites concernant les risques IT et les cyberrisques.

[7] Cf. l'art. 89 OFR ou le Cm 2 de la Circ.-FINMA 08/21 « Risques opérationnels – banques »

La précision et le complément partiel des notions et des dispositions relatives aux aspects minimaux d'un concept de gestion des risques IT et des cyberrisques ont en outre été proposés suite aux prises de position d'AGC et d'ES.

Appréciation

L'intégration de dispositions explicites concernant les risques IT et les cyberrisques reflète les évolutions actuelles sur la carte des risques et souligne le potentiel de menaces qui existe dans ces domaines. L'intégration des réglementations citées permet de s'assurer que tous les établissements tiendront compte de ces aspects minimaux dans la gestion des risques IT et des cyberrisques. Les aspects du concept de gestion des cyberrisques représentent notamment une gestion systématique, globale et internationalement reconnue des cyberrisques.

Les propositions avancées afin de préciser les définitions et de compléter les dispositions ont été reprises, pour autant qu'elles soient convaincantes. La notion de « données et systèmes sensibles » a notamment été précisée par « données et systèmes IT critiques et/ou sensibles », afin d'éviter toute confusion avec d'autres bases juridiques. La révision des dispositions sur les analyses de vulnérabilité et les tests d'intrusion *(penetration testings)* a par ailleurs été réalisée dans le but de les confier en principe à du personnel qualifié disposant des ressources adéquates.

Conclusion

L'intégration des dispositions relatives aux risques IT et cyberrisques a été effectuée en tenant compte d'une réglementation fondée sur des principes, ce qui signifie que seules des « orientations » sont définies. La mise en œuvre concrète doit s'effectuer de façon spécifique pour chaque établissement, en fonction de l'infrastructure technologique respective. Les aspects minimaux ont une nouvelle fois été contrôlés à l'aune de leur caractère fondé sur des principes et ont encore été allégés, notamment en ce qui concerne les risques IT.

Les propositions d'adaptation et de complément utiles ont été prises en compte et le principe de proportionnalité dans l'annexe 3 a été adapté dans la perspective d'un inventaire d'applications.

2.2.3 Maintien des prestations critiques

Prises de position

ASAI, l'ASB, UBS et ZKB ont critiqué la réflexion sur les dispositions relatives au maintien des prestations critiques lors de la liquidation et de l'assainissement des banques dans le cadre de la Circ.-FINMA 08/21. Eu égard aux bases juridiques existantes et à la décision de la BNS ainsi qu'aux plans d'urgence spécifiques aux établissements qui en découlent, cette thématique a déjà été réglée par ailleurs de manière appropriée.

UBS et ZKB estiment en outre que la continuité en cas d'interruption des affaires et le maintien des prestations critiques doivent être délimités entre eux par deux principes séparés.

L'ASB, l'UBCS et UBS exigent par ailleurs que les dispositions relatives à la continuité des prestations critiques ne soient prévues que pour les banques d'importance systémique, en raison de l'absence de base légale et pour des questions liées au rapport coûts-utilité.

Appréciation

Dans les faits, les exigences à l'égard du maintien des prestations critiques lors de la liquidation et de l'assainissement des banques d'importance systémique sont déjà réglées dans la loi sur les banques et dans l'ordonnance sur les banques. Les dispositions intégrées à cet égard dans la Circ.-FINMA 08/21 ne constituent toutefois pas de nouvelles exigences, mais simplement des précisions de ces bases juridiques existantes, notamment des art. 60 ss OB. Une référence aux standards internationaux est notamment aussi effectuée.

Pour des raisons de clarté et de compréhension, la FINMA juge utile de définir deux principes séparés, à savoir d'une part la garantie générale de la continuité en cas d'interruption des affaires dans le cadre du BCM et d'autre part l'obligation pour les banques d'importance systémique de garantir le maintien des prestations critiques lors de la liquidation et de l'assainissement.

La FINMA considère qu'il est correct de réserver les dispositions relatives à la continuité des prestations critiques aux seules banques d'importance systémique.

Conclusion

La précision des bases juridiques existantes dans le cadre des risques opérationnels est maintenue. Elle n'est cependant réalisée que pour les banques d'importance systémique. La proposition consistant à définir deux principes séparés pour l'exigence de continuité en cas d'interruption des affaires et pour le maintien des prestations critiques en cas de liquidation et d'assainissement des banques d'importance systémique est par ailleurs acceptée.

2.2.4 Risques liés aux activités de service transfrontières

Prises de position

ZKB considère que les risques liés aux activités de service transfrontières constituent des risques de *compliance* qui élargiraient, à tort, le champ d'application des risques opérationnels de façon massive, en cas d'intégration dans la Circ.-FINMA 08/21. ZKB propose de conserver la position relative à ces risques.

ASAI, RAI, l'ASB et ZKB ont par ailleurs critiqué la non-prise en compte de différents modèles d'affaires, catégories de produits ou autres aspects dans l'exécution des transactions. Concrètement, RAI et l'ASB ont proposé de traiter différemment les risques liés aux activités de service transfrontières en fonction du modèle d'affaires.

L'ASB et ZKB ont en outre critiqué l'affirmation selon laquelle les gérants de fortune indépendants agissent en qualité de mandataires de la banque respective. Ils se contenteraient de solliciter des prestations particulières de la banque respective en qualité de clients.

Appréciation

L'intégration des dispositions relatives aux risques liés aux activités de service transfrontières a été réalisée sur la base de la définition des risques opérationnels, qui englobent notamment aussi les risques juridiques et de *compliance*, lorsqu'un danger de perte financière directe émane de ces risques. Les dispositions englobent les principaux aspects de la prise de position d'octobre 2010.

Les exigences relatives aux risques liés aux activités de service transfrontières représentent une clause générale censée garantir une certaine flexibilité lors de l'application à différents modèles d'affaires. Les risques liés aux activités de service transfrontières doivent cependant être maîtrisés, quel que soit le modèle d'affaires respectif. Rappelons qu'en principe, l'intégration de cette thématique dans la circulaire permet de poursuivre la pratique actuelle en matière de surveillance conformément à la position de la FINMA.

La FINMA estime que la critique concernant la désignation des gérants de fortune indépendants (« mandataires ») est justifiée et reprendra la formulation utilisée dans la prise de position.

Conclusion

Les dispositions relatives aux risques liés aux activités de service transfrontières continuent de figurer comme un principe séparé, à la formulation générale dans la Circ.-FINMA 08/21. La désignation des gérants de fortune indépendants a été adaptée à la formulation (« partenaires ») utilisée jusqu'à présent dans la prise de position.

2.2.5 Annexe 3 – Prise en compte des FAQ et rapprochement avec le principe concernant l'infrastructure technologique

Prises de position

ASAI, PF, l'ASB, l'UBCS, RAI et ZKB ont estimé que l'intégration de certaines réponses de la FAQ sur les risques opérationnels allait trop loin. La granularité des catégories de CID au Cm 17 et les exigences de sécurité accrues pour des utilisateurs privilégiés ayant accès à des sous-catégories hautement confidentielles de CID selon le Cm 33 ne sont pas jugées pertinentes. L'affectation de certaines transactions et certains accès, exigée selon le Cm 35, aux différents utilisateurs est par ailleurs jugée inappropriée.

L'UBCS exige une meilleure prise en compte du principe de proportionnalité. La mise en œuvre doit différencier les établissements à vocation mondiale des établissements locaux ou régionaux, qui doivent bénéficier d'allègements dans le cadre du principe de proportionnalité. ES a par ailleurs attiré l'attention sur la nécessité d'une harmonisation du principe de proportionnalité avec les exigences concernant l'infrastructure technologique.

AGC a demandé à ce que certaines notions soient précisées. La distinction entre utilisateurs IT privilégiés et hautement privilégiés est notamment essentielle pour les administrateurs systèmes, car ceux-ci n'ont pas d'accès fonctionnel à de grandes quantités de CID.

Appréciation

L'intégration de réponses issues de la FAQ a été très sélective et s'est appuyée sur leur importance réglementaire. Certaines précisions de l'annexe 3 ont néanmoins été soumises à une nouvelle analyse d'efficacité.

Les aspects minimaux concernant la gestion des risques IT englobent notamment l'exigence consistant à disposer d'un inventaire actualisé d'applications critiques. Les applications contenant des données d'identification des clients représentent notamment des cibles potentielles pour les cyberattaques. La tenue d'un inventaire des applications comportant des données d'identification des clients

favorise une protection efficace et ciblée de la confidentialité et de l'intégrité de ces données d'identification.

L'introduction d'un utilisateur IT hautement privilégié concrétise l' accès fonctionnel à de grandes quantités de CID et complète l'accès usuel au niveau du système d'exploitation chez les administrateurs système.

Conclusion

En respect d'une réglementation fondée sur des principes, les compléments dans les Cm 17, 33 et 35 sont supprimés dans l'annexe 3.

Le principe de proportionnalité est adapté en référence aux dispositions sur l'infrastructure technologique dans le sens où toutes les banques doivent disposer d'un inventaire d'applications contenant ou traitant des CID.

La proposition visant à ajouter un utilisateur IT hautement privilégié est appropriée et est reprise.

2.3 Circ.-FINMA 10/1 « Systèmes de rémunération »

2.3.1 Champ d'application

Prises de position

Le relèvement du seuil à 10 milliards de CHF (Cm 6) a été très largement salué. Le manque de précision des dispositions pour les filiales de groupes financiers et pour les autres destinataires de la circulaire a, en revanche, été critiqué.

Appréciation

Lorsqu'un groupe financier ou d'assurance doit obligatoirement mettre en œuvre la circulaire, ses filiales ne doivent pas, à certaines conditions, être tenues d'édicter en plus un règlement sur la rémunération (selon le Cm 18), de mettre en place un comité de rémunération (selon le Cm 21) ni d'établir un rapport sur les rémunérations (selon les Cm 62 ss), même si les fonds propres nécessaires dépassent l'exigence minimale de CHF 10 milliards.

Conclusion

Les Cm 4, 8 et 9 sont précisés.

2.3.2 Demande de restitution des rémunérations déjà versées (*claw-back*)

Prises de position

De nombreux participants à l'audition doutent de l'applicabilité juridique de la demande de restitution de rémunérations déjà versées. Les règles de *claw-back* soulèveraient en outre des questions fiscales.

Appréciation

Eu égard à une appréciation juridique interne, l'applicabilité juridique et fiscale semble délicate. Mais en cas de dommage, les banques sont tenues de vérifier si un *claw-back* est possible dans la situation correspondante et si un dédommagement peut être exigé en justice.

Conclusion

Il est renoncé à la clause de *claw-back* proposée au Cm 46.

2.3.3 Obligations du conseil d'administration (Cm 20, 21)

Prises de position

Certains participants à l'audition estiment que l'extension des responsabilités du conseil d'administration va trop loin. Ils considèrent que l'approbation de la rémunération des responsables des fonctions de contrôle exigée dans le projet soumis à audition constitue une intervention trop importante dans la direction opérationnelle.

Appréciation

Les groupes financiers qui doivent impérativement appliquer la circulaire disposent, aujourd'hui déjà, d'un comité des rémunérations et approuvent chaque année les rémunérations de la direction, y compris celle des responsables des fonctions de contrôle. L'assemblée générale élit le comité des rémunérations dans les établissements financiers cotés.

Conclusion

Les modifications proposées aux Cm 20 et 21 du projet soumis à audition sont conservées avec la précision que l'assemblée générale élit le comité des rémunérations dans les établissements financiers cotés.

2.3.4 Interdiction des opérations de couverture (Cm 24)

Prises de position

L'UBCS considère que la modification proposée sous cette forme générale n'est pas applicable, car des couvertures peuvent être réalisées par des personnes qui forment une unité économique avec les bénéficiaires, mais ne sont pas couvertes par le système des rémunérations. De plus, il est possible que des couvertures complètes ou partielles soient engagées de façon non intentionnelle.

Appréciation

Nous attendons des systèmes et processus de contrôle des établissements financiers concernés qu'ils limitent en conséquence les risques précités.

Conclusion

Le Cm 24 reste inchangé.

3 Suite de la procédure

La Circ.-FINMA 17/1 « Gouvernance d'entreprise – banques » entrera en vigueur le 1er juillet 2017.

Les modifications des Circ.-FINMA 08/21 « Risques opérationnels – banques » et 10/1 « Systèmes de rémunération » entreront également en vigueur le 1er juillet 2017.