

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Herr Peter Rütschi
Laupenstrasse 27
3003 Bern

PER MAIL peter.ruetschi@finma.ch

Bâle, le 20.4.2016
J.4.6 MST / YSA

**Prise de position sur les projets
Circulaire FINMA 2016/xx « Gouvernance d'entreprise – banques »
Circulaire FINMA 2008/21 « Risques opérationnels – banques »
Circulaire FINMA 2010/01 « Systèmes de rémunération »**

Cher Monsieur,

Vous avez bien voulu consulter notre Association dans le cadre de la révision des trois projets susmentionnés, ce dont nous vous remercions vivement.

La révision a pour but d'une part, d'épurer la Circulaire 08/21 Risques opérationnels – banques (Circ - FINMA « Risques opérationnels »), tout en ancrant les attentes de la FINMA par rapport à la gestion des risques IT (y compris cyber-risques) et d'opérations transfrontalières. D'autre part, il s'agit de rassembler en une nouvelle Circulaire FINMA sur la gouvernance d'entreprise, gestion des risques et contrôles internes des banques (Circ – FINMA « Gouvernance d'entreprise ») les exigences imposées aux banques en matière de gouvernance d'entreprise. Il s'agit également de prendre en considération les principes posés par les instances internationales, notamment, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire et le Fonds Monétaire International.

Nous approuvons l'orientation générale des projets de révision. Toutefois, nous devons souligner que les nouvelles circulaires sont, par endroit, trop détaillées et trop formalistes ce que l'Association suisse des banquiers déplore.

Executive Summary

L'ensemble des projets a suscité de vives et nombreuses inquiétudes auprès des établissements que représente notre association et qui appréhendent de faire face à de nouvelles exigences non justifiées et inutilement formalistes. Les points les plus critiques sont résumés ci-dessous.

S'agissant de la Circ – FINMA « gouvernance d'entreprise », l'ASB relève d'abord que la suppression du principe « *Comply or explain* » ne répond à aucun

impératif objectif. Il entrainera un surcroit de travail tant pour les banques (avec à terme une augmentation des coûts pour les clients) que pour la FINMA. Il est essentiel pour l'ASB que la FINMA revienne sur l'abandon du principe.

De même, l'obligation pour l'ensemble des banques de catégorie 1 à 3 et non pas uniquement les banques d'importance systémique de disposer de deux comités d'audit et de risques séparés ne se justifie pas non plus. La FINMA va au delà des recommandations du Comité de Bâle, avec pour conséquence, de nouvelles charges administratives lourdes pour les banques non systémiques.

La régulation proposée est trop détaillée en ce qui concerne les tâches des différents organes des sociétés et parfois, clairement en contradiction avec le droit des obligations. La gouvernance d'entreprise ressortit à ce dernier et la FINMA n'a pas la compétence d'imposer des règles divergentes en cette matière aux banques. Il en résulte une insécurité juridique et un risque de modification des règles de responsabilités pourtant déjà réglées, de manière exhaustive, dans le Code des obligations.

Aucun intérêt prépondérant ne justifie d'imposer des règles de publication aussi étendues que le prévoit le projet à l'heure actuelle.

Enfin, l'entrée en vigueur ne saurait intervenir avant le 1^{er} janvier 2018 avec une période transitoire d'une année.

Les dispositions introduites par le projet Circ – FINMA « risques opérationnels » en relation avec les risques informatiques, de par leur niveau de détail, s'éloignent d'une réglementation basée sur les principes et les propositions de l'ASB visent à les élaguer.

Enfin, l'ASB s'oppose vigoureusement à l'instauration de « *claw-backs* » qui auront un impact non négligeable sur la compétitivité de la place financière suisse.

Remarques introductives

La révision des circulaires Circ – FINMA « Gouvernance d'entreprise » et Circ – FINMA « Risques opérationnels » est à saluer en tant qu'elle permet, notamment, de réunir en une seule circulaire l'ensemble des questions relatives à la gouvernance d'entreprise et de prendre en considération l'évolution de la pratique en matière de gestion des risques. Cependant, il est discutable de vouloir imposer à l'ensemble des instituts suisses, sans différenciation, des recommandations internationales qui s'adressent, avant tout, à des instituts systémiques ou d'importance. Les banques suisses présentent de nombreux profils différenciés tant sur le plan géographique (marchés internationaux, nationaux ou même régionaux) que sur le plan des modèles d'affaires (banque universelle, banque d'affaires, gestion de fortune, crédits hypothécaires ou crédits commerciaux) et qui n'emportent pas les mêmes risques. La surveillance et les prescriptions de la FINMA devraient ainsi se conformer aux réalités du marché. Une

telle surveillance, orientée risques, est basée sur des principes et non pas sur des prescriptions détaillées qui ne tiennent pas compte des différents risques présentés par les instituts soumis à surveillance.

Or, contrairement à ce qu'affirme le Rapport explicatif de la FINMA du 1 mars 2016 en son chiffre 3.1, nous sommes d'avis que le projet de Circ – FINMA « Gouvernance d'entreprise » est par trop détaillé. En lieu et place de laisser les instituts s'organiser en fonction des risques qui leurs sont propres, on impose une conformité de nature formelle. Cela est d'autant plus vrai avec l'abandon du principe « *Comply or explain* » remplacé par un processus d'autorisation. De même, la transposition, mots pour mots, de prises de position de la FINMA ou de FAQs n'obéit à aucun impératif. Il en résulte une approche formaliste et peu flexible.

La séparation entre comité d'audit et comité des risques pour l'ensemble des banques de catégorie 1 à 3 est inutilement complexe et ne tient pas compte des particularités du marché, même si le Comité de Bâle le prévoit dans ses recommandations. De nombreux instituts n'ont qu'une activité nationale ou régionale et on peine à comprendre pourquoi la FINMA pose une telle exigence pour ces instituts qui va au delà des principes édictés par le Comité de Bâle.

Enfin, les deux projets contiennent de nombreux concepts indéfinis et des formulations ambiguës. Ceux-ci doivent être définis en vue de la sécurité juridique.

Principales Observations relatives au projet de Circ – FINMA « Gouvernance d'entreprise » et propositions de modifications

Pour plus de clarté nous suivons la numérotation des chiffres marginaux (« cm ») du projet de circulaire ; les propositions de modifications sont soulignées et les suppressions barrées.

En général :

I. Objet

Les principes de gouvernance d'entreprise ressortissent, en premier lieu, au droit des obligations et la FINMA ne saurait se substituer au législateur en édictant de nouvelles normes en la matière, faute de délégation de compétence. Elle doit se limiter à en préciser certains aspects spécifiques aux banques. L'ASB souligne qu'une circulaire vise à préciser certaines attentes et codifier une certaine pratique ; il ne s'agit ni d'une loi, ni d'une ordonnance d'application et, à ce titre, elle ne peut imposer de nouveaux devoirs aux établissements. La circulaire emporte de nombreuses atteintes à la liberté de commerce et d'industrie sans constituer pourtant une base légale valable.

La notion de « *checks and balances* » est utilisée en politique et est à la base de la séparation des pouvoirs. Elle n'a pas à être transposée à des d'entreprises lesquelles visent à obtenir le succès en affaires. La responsabilité des divers organes, leurs compétences et leur subordination hiérarchique sont réglées dans le droit des obligations lequel n'a pas vocation à organiser un système de contrôle ou de

supervision. La gouvernance d'entreprise vise à ce que la société considérée se comporte de manière conforme à la loi et ce rôle de surveillance appartient au conseil d'administration. Dès lors, il serait plus conséquent de spécifier certains principes à suivre par le conseil d'administration dans la conduite globale d'un institut, plutôt que d'imposer un catalogue de tâches et de critères à remplir. Il n'appartient pas ici à la FINMA de se substituer au législateur, mais de renforcer certains aspects de droit civil au niveau réglementaire.

II. Terminologie

Le projet introduit plusieurs concepts qui méritent d'être définis. La terminologie utilisée nécessite d'être revue de manière approfondie afin de l'aligner sur le cadre théorique qui prévaut en matière de gouvernance et de gestion des risques. A ce titre, le projet devrait veiller à s'inspirer davantage des *Corporate governance principles for banks* de juillet 2015 du Comité de Bâle.

III. Champ d'application

Cette section consacre l'abandon du principe « *Comply or explain* » au profit d'un régime d'autorisation dérogatoire à solliciter au cas par cas¹. Or, cette renonciation à un principe consacré par les instances internationales (notamment par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire et par l'Union européenne²) et récemment encore invoqué par la FINMA elle-même³ n'obéit à aucun impératif objectif. Au contraire, il entraînera pour les établissements concernés une insécurité juridique majeure et un surcroît de bureaucratie préjudiciable pour de nombreux acteurs de l'industrie.

L'argument de la FINMA selon lequel le principe « *Comply or explain* » est peu utilisé et peu pratique tombe à faux. En effet, il sera bien plus complexe pour la FINMA de devoir gérer et coordonner, en temps utile, de nombreuses demandes d'allègements ou de changements. La FINMA affirme elle-même, dans son rapport explicatif, que : « *La gouvernance d'entreprise et la gestion des risques sont des thèmes de surveillance impossibles à contrôler et à surveiller dans le cadre d'une approche de type « one size fits all. »*⁴. Sur ce point, l'ASB est d'avis que le projet ne repose sur aucune base légale.

Par ailleurs, le projet ne tient aucun compte de la structure de détention de la banque ni du rôle et des fonctions occupées par son ou ses propriétaires majoritaires ou

¹ Cf. Rapport explicatif, p. 10 : « *L'application systématique du principe de proportionnalité remplace l'approche « comply or explain » jusqu'à présent utilisée à certains endroits de la circulaire. »*.

² Cf. Directive 2006/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 modifiant les directives du Conseil 78/660/CEE concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, 83/349/CEE concernant les comptes consolidés, 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers, et 91/674/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance, JO L 224/1 du 16 août 2006, pp. 1-7.

³ Voir notamment le Rapport de la FINMA sur les résultats de l'audition relative au projet de circulaire « Publication banques », du 28 octobre 2015, p. 8.

⁴ Rapport explicatif, p. 8.

uniques. Les restrictions qui s'appliquent aux banquiers privés ont été supprimées, alors qu'elles devraient être maintenues (cm 9). L'interdiction, au chiffre marginal 26, pour une « *partie déterminante de l'organe responsable de la direction supérieure* »⁵ de détenir une participation qualifiée au sein de la banque ne tient pas compte des groupes se trouvant en mains familiales. Cette disposition, appliquée au pied de la lettre, reviendrait à empêcher l'existence des banquiers privés et des groupes bancaires détenus majoritairement par des actionnaires familiaux, y compris par l'intermédiaire d'une holding (société anonyme ou société en commandite par actions). Les mêmes remarques s'appliquent, *mutatis mutandis*, aux banques cantonales et aux caisses d'épargne en mains publiques. La FINMA n'a pas à interférer de la sorte, sans base légale et sans aucune nécessité objectivement justifiable par des considérations de risque, dans la composition du cercle des acteurs de la place financière suisse, dont la diversité est l'une des forces.

Le champ d'application de la Circulaire (Cm 9) comprend l'ensemble des banques de catégorie 1 à 3, tandis que les banques en catégorie 4 à 5 peuvent bénéficier de certaines exceptions. Or, il n'est pas possible de pouvoir imposer les mêmes exigences à l'ensemble des banques de catégorie 3, sans différenciation aucune. La catégorie 3 englobe des établissements dont le niveau de risques et le type d'activité et de marché diffèrent grandement. L'ASB demande ainsi à la FINMA que la Circulaire prenne en compte la diversité des instituts en catégorie 3. A cet effet, la Circulaire pourrait, par exemple, exclure les banques de la catégorie 3 de certaines prescriptions à l'instar des catégories 4 et 5 et régler les exceptions ou bien traiter la catégorie 3 ensemble avec les catégories 1 et 2 tout en les excluant de certaines exigences.

IV. Organe responsable de la direction supérieure

La répartition des compétences entre l'organe responsable de la direction supérieure et la direction n'est pas conforme à un équilibre des pouvoirs adéquat ; en effet, il donne à l'organe responsable de la direction supérieure non seulement des tâches stratégiques, mais également des tâches de mise en œuvre, jusque-là de la compétence de la direction. Il crée dès lors une confusion entre la surveillance et le contrôle (cm 16). Les prescriptions doivent être limitées aux domaines de la gestion des risques, du système de contrôle interne et de la *compliance*. La compétence obligatoire de l'organe responsable de la direction supérieure en matière de changements structurels ou d'investissement est un empiétement inadmissible sur le droit des obligations et devrait être supprimé.

Les dispositions relatives à la composition et l'indépendance de l'organe responsable de la direction supérieure ne trouvent aucune base juridique, ni dans le droit des obligations, ni dans la Loi sur les banques. La protection des créanciers est déjà réglée tant en droit public, qu'en droit privé et, à nouveau, la FINMA n'a pas à faire œuvre de législateur. Consacrer la primauté de certains créanciers dans une circulaire ne se justifie pas et n'est pas nécessaire.

⁵ La notion de « partie déterminante » dans ce contexte n'est pas déterminée, ni du reste déterminable. Les termes allemands de « *ein massgeblicher Teil des Oberleitungsorgans* » ne sont pas plus clairs.

Enfin, l'ASB s'oppose vigoureusement à l'obligation faite aux banques de catégorie 2 et 3 d'avoir un comité d'audit et un comité des risques séparés. Cette exigence ne tient pas compte de la diversité des instituts en catégorie 2 et 3. Elle rend les lignes de responsabilité inutilement complexes, oblige les comités à traiter des mêmes sujets deux fois ce qui risque d'entraîner une perte de synergie et une séparation artificielle des thèmes à traiter ou des conflits de compétences.

V. Direction

Selon le droit des obligations, la direction est compétente pour tous les domaines que lui délègue le règlement d'organisation, sauf compétences inaliénables d'autres organes. Or, le projet de circulaire attribue obligatoirement certaines compétences à la direction. Il s'agit, à nouveau, d'un empiètement inadmissible sur la liberté de la société de s'organiser comme elle l'entend, dans le respect des prescriptions légales. La circulaire devrait être limitée ici aux aspects qui relèvent de la vie bancaire, soit, la gestion des risques, les systèmes de contrôle interne et la *compliance*.

VI. Gestion des risques, système de contrôle interne et audit interne (chiffre romain IV à VIII du projet)

A nouveau ici, la circulaire est par trop détaillée en ce qui concerne ces domaines. Certaines dispositions empiètent sur les attributions d'autres organes selon l'organisation voulue par le droit civil. Le principe d'une réglementation basée sur des principes et orientée risques n'est pas respecté.

VII. Publication (chiffre X du projet)

Les prescriptions en matière de publication vont trop loin et sont inutilement contraignantes pour les instituts non cotés, augmentant, par là, leurs charges. La protection des investisseurs doit être ancrée au niveau de la loi et non pas dans une circulaire.

VIII. Entrée en vigueur (chiffre XI du projet)

Au vu de l'ensemble des nouveautés des trois projets, une entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2016 et un délai transitoire d'une année dès l'entrée en vigueur sont beaucoup trop courts pour permettre aux instituts de s'organiser en conséquence. La date la plus raisonnable pour l'entrée en vigueur est le 1^{er} janvier 2018 avec un délai transitoire d'une année. Aucune raison ne justifie une adoption précipitée des nouvelles règles.

En particulier :

Ad Cms 3ss :

Commentaire : l'indépendance des instances de contrôle interne doit être définie de manière précise. Une définition additionnelle au sein du paragraphe « Définitions » serait la bienvenue.

Proposition : « Die unabhängigen Kontrollinstanzen überwachen die Risiken sowie die Einhaltung regulatorischer und interner Vorschriften. Institutsspezifisch können verschiedene unabhängige Kontrollinstanzen definiert werden. »

Ad Cm 5 :

Commentaire : certaines catégories de risques ne doivent être définis que de manière qualitative. Une légère adaptation de la formulation est nécessaire.

Proposition : compléter les première et dernière phrases ainsi : « Der Risikoappetit beinhaltet grundsätzlich sowohl quantitative wie qualitative Überlegungen (...)...Institutsebene festgelegt, sofern relevant ».

Ad Cm 8 :

Commentaire : le libellé « *marktüblicher Standards und Standesregeln* », en français « normes et usages déontologiques en usage sur le marché » est trop vague et doit être supprimé ; la référence à des règles de déontologie ne se justifie pas. La traduction française de « *Regeln* » par « norme » n'est pas correcte, en tant que le terme « norme » se réfère à une règle posée par le législateur, ce qui n'est pas le cas ici. Le terme de « règle » serait plus approprié.

Proposition « kontrolliert die Einhaltung gesetzlicher, regulatorischer und interner Vorschriften ~~sowie die Beachtung marktüblicher Standards und Standesregeln.~~ »

Ad Cm 9 :

Voir commentaire sous rubrique « En général », « III. Champ d'application »

Ad Cms 10 – 17 :

Commentaire : le chiffre marginal 10 souligne le rôle de haute surveillance du conseil d'administration. Or, la terminologie utilisée pour décrire ses tâches lui confère un rôle plus opérationnel. En effet, celui-ci est « responsable d'une organisation appropriée » (cm 13), « doit garantir » (cm 15), « garantit la *compliance* » (cm 16), toutes notions qui impliquent une implication concrète dans l'activité opérationnelle et qui pourraient entraîner des conflits de compétences et de responsabilité. L'ASB demande que les termes utilisés soient choisis de telle sorte qu'il n'existe pas de doute quant à la tâche de haute direction et surveillance du conseil d'administration. Pour plus de détails, voir immédiatement *infra*.

Ad Cm 12 :

Commentaire : le texte proposé est par trop restrictif, en tant qu'il ne permet au conseil d'administration de décider uniquement sur proposition de la direction. Le terme « Sur proposition » doit être biffé. De plus, la dernière phrase décrit un état de fait et n'est pas prescriptive. Elle doit donc être biffée dans son entier.

Proposition : « Das Oberleitungsorgan entscheidet ~~auf Antrag der Geschäftsleitung~~ über die Geschäftsstrategie, die wesentlichen Unternehmensziele und das Unternehmensleitbild und erlässt Leitsätze zur Unternehmenskultur und den Unternehmenswerten. Es genehmigt das Rahmenkonzept für das institutsweite Risikomanagement und trägt die Verantwortung für die Reglementierung, Einrichtung und Überwachung eines wirksamen Risikomanagement sowie die Steuerung der Gesamtrisiken. ~~Es versteht die Unternehmensstrukturen und Risiken der einzelnen Geschäftsfelder des Instituts.~~ »

Ad Cm 13 :

Commentaire : ce chiffre marginal reprend sensiblement l'art. 716a CO et pourrait donc être biffé. Il contient, en outre, de nombreux termes juridiques vagues qui devront être

explicités si cette disposition devait être maintenue. Enfin, il n'est pas possible d'attribuer à l'organe responsable de la direction supérieure la compétence exclusive d'édicter les directives; les unités opérationnelles doivent pouvoir le faire. Le terme « Checks and balances » ne recouvre pas de réalité juridique.

Proposition : « Das Oberleitungsorgan ist verantwortlich für ~~die eine angemessene Unternehmensorganisation mit ausgewogenen „Checks and Balances“~~. Es erlässt die für den Geschäftsbetrieb und die für die Kompetenzverteilung und Überwachung notwendigen Reglemente, insbesondere das Organisations- und Geschäftsreglement, ~~und Weisungen.~~ »

Ad Cm 14 :

Commentaire : selon le projet, il appartiendrait à l'organe responsable de la direction supérieure d'approuver, en plus du rapport de gestion et du rapport annuel, les comptes trimestriels. Il en résulte une complication de l'organisation des instituts et une dérogation non justifiée au droit des obligations. En pratique, les comptes trimestriels sont, le plus souvent, et notamment dans le cas des sociétés cotées, approuvés par le Comité d'audit. La nouvelle réglementation impose un nouveau rythme de réunion au conseil d'administration qui n'est pas praticable et modifie les règles de responsabilité lesquelles sont déjà incluses dans le Code des obligations. Dès lors, nous proposons de biffer l'approbation des comptes trimestriels par l'organe responsable de la direction supérieure.

Proposition : « (...) Es verabschiedet den Geschäftsbericht, das Jahresbudget, ~~die Zwischenabschlüsse~~ sowie die finanziellen Jahresziele. »

Ad Cm 15 :

Commentaire : Le libellé « (...) et décide de la nomination et de la révocation (...) » implique la responsabilité définitive de l'organe responsable de la direction supérieure dans la nomination des postes clés et fonctions de contrôle, y compris pour les personnes ne siégeant pas dans la direction. Il s'agit ici d'un empiètement massif et injustifié sur le pouvoir de délégation du conseil d'administration. A titre d'exemple, le chef de l'audit est généralement nommé par le Comité d'audit et s'écarter de la pratique actuelle ne se justifie pas. De plus, les termes fonctions clés et fonctions de contrôle ne sont pas définis : jusqu'à quel niveau hiérarchique la fonction de contrôle est-elle comprise par la FINMA ?

Proposition : « Das Oberleitungsorgan ist verantwortlich für die angemessene Ausstattung des Instituts mit ~~personellen und weiteren~~ Ressourcen (z.B. Infrastruktur, IT). Es verabschiedet die Personal- und Vergütungspolitik, ~~und entscheidet über die Wahl und Abberufung ihrer Ausschussmitglieder, der Mitglieder der Geschäftsleitung, deren Vorsitzende sowie weiterer Personen in leitenden Kontroll- und Schlüsselfunktionen (z.B.~~

Ad Cm 16 :

Commentaire : il n'appartient pas à l'organe responsable de la direction supérieure d'organiser en détail le contrôle des risques, mais bien de formuler des principes adéquats. Il y a ici une confusion entre la surveillance et le contrôle. Par ailleurs, le conseil d'administration – pas plus d'ailleurs que la direction - n'est pas en mesure de « garantir » la compliance (« *stellt die Compliance des Instituts sicher.* »), au sens d'une obligation absolue de résultat. Ni l'organe de direction supérieure, ni la direction

opérationnelle ne saurait assumer une responsabilité causale pour tout manquement possible aux règles au sein de l'établissement. En ce qui concerne la désignation de la société d'audit prudentielle par l'organe responsable de la direction supérieure, il faut préciser que d'autres prescriptions sont réservées, voir par exemple le droit cantonal s'agissant des banques cantonales. La formulation du Cm 16 doit être revue en conséquence.

Proposition : « Das Oberleitungsorgan übt die Oberaufsicht über die Geschäftsleitung aus und stellt die Compliance des Instituts sicher aus. Es ~~sergt~~ ist verantwortlich für ein geeignetes Risiko- und Kontrollumfeld innerhalb des Instituts sowie. ~~Es richtet ein~~ wirksames internes Kontrollsystem. ~~Ein~~. Es bestellt und überwacht die interne Revision, bestimmt die aufsichtsrechtliche Prüfgesellschaft und würdigt deren Berichte. »

Ad Cm 17 :

Commentaire : le chiffre marginal empiète sur de nombreux domaines qui sont déjà réglés au niveau du droit des obligations et de la Loi sur les fusions (changements structurels), ce qui pourrait entraîner des conflits contraires à la sécurité juridique. Le terme « projets d'importance stratégique » est trop vague et laisse la porte ouverte à de nombreuses interprétations. Il en va de même pour le terme « changements essentiels touchant des filiales significatives ».

Proposition : suppression de la note marginale en sa totalité.

Proposition alternative : préciser que l'organe responsable de la direction supérieure ne se prononce que sur les changements matériels visés par le chiffre marginal 17.

Ad Cm 18 :

Commentaire : la Loi sur les banques en son art. 3, al. 2 lit. c règle déjà la composition de l'organe responsable de la direction supérieure. Il n'existe aucune base légale pour poser de nouvelles exigences au delà d'une bonne réputation et de la garantie d'une activité irréprochable. Le contraire revient à une violation de la liberté de commerce et d'industrie, car la formation de l'organe responsable de la direction supérieure relève de l'autonomie privée de la société.

En outre, la circulaire emporterait une grande insécurité juridique, puisque les instituts seraient dans l'impossibilité de nommer leur conseil d'administration sans l'imprimatur de la FINMA, ce d'autant plus que la note marginale comprend de nombreux termes et concepts indéfinis. L'ASB rajoute que, fondamentalement, ces nouveaux critères seront difficilement mis en œuvre au sein des instituts de taille moyenne à petite. Ce qui importe, avant tout, c'est la mise en œuvre d'une procédure de nomination et de composition appropriée.

Proposition : suppression pure et simple de la note marginale.

Proposition alternative : « Die Mitglieder des Oberleitungsorgans geniessen einen guten Ruf und bieten Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit. ~~Sie sind integer und verfügen als Gesamtorgan über hinreichende Führungskompetenz sowie die nötigen Fachkenntnisse und Erfahrung im Bank- und Finanzbereich.~~ Das Oberleitungsorgan ist genügend breit aufgestellt, so dass nebst den Hauptgeschäftsfeldern auch die für die Bank relevanten sämtliche weiteren zentralen Bereiche ~~wie Finanz- und Rechnungswesen, Risikomanagement, Controlling, Compliance und IT~~ kompetent vertreten sind. Jedes einzelne Mitglied verfügt über mindestens eine vertiefte Kernkompetenz, welche zu einer ausgewogenen Strukturierung des Gesamtorgans beiträgt. »

Ad Cm 19 :

Commentaire : idem que ad 18 *supra*.

Proposition : suppression du chiffre marginal 19.

Ad Cm 20 :

Commentaire : il conviendra de préciser que ce chiffre marginal ne s'applique qu'à la société faîtière d'un groupe et non pas aux sociétés filles.

Ad Cm 21 :

Commentaire : le critère de l'indépendance du tiers des membres de l'organe responsable de la direction supérieure est difficilement praticable pour les instituts de catégorie 4 et 5, voire 3. L'abandon du principe « *comply or explain* » et son remplacement par une procédure en autorisation lourde et coûteuse ne se justifie pas pour les instituts de ces catégories. La nouvelle circulaire devra reprendre ce dernier principe (chiffre marginal 19 de l'ancienne circulaire).

Proposition : « Ausser für die Institute in Kategorie 3, 4 und 5, die eine Abweichung von der Regel im Jahresbericht begründen können, besteht das Oberleitungsorgan mindestens zu einem Drittel aus verfügbaren unabhängigen Mitgliedern, die kein besonderes Näheverhältnis zum Institut aufweisen. Es besteht mindestens zu einem Drittel aus unabhängigen Mitgliedern. Die FINMA kann in begründeten Fällen Ausnahmen bewilligen. Personen, die nur eine unwesentliche Geschäftsbeziehung zum Institut haben, weniger als 2% der Aktien der Bank besitzen oder Genossenschafter einer Genossenschaftsbank sind, gelten, unter anderem, als unabhängig. »

Ad Cm 26 :

Commentaire : l'exigence posée par le chiffre marginal 26 n'est pas praticable pour les instituts de taille moyenne à petite. Au surplus, il est redondant avec le chiffre marginal 21. Il ne tient pas compte, s'agissant de la participation qualifiée, des instituts se trouvant en mains familiales. Enfin, la primauté des intérêts des créanciers contredit l'art. 717 CO selon lequel le conseil d'administration doit sa loyauté et sa diligence en premier lieu à la société elle-même.

Proposition : suppression du chiffre marginal 26.

Ad Cm 30 :

Commentaire : la façon dont les membres de l'organe de direction supérieur exercent leur mandat n'a pas à être réglée par une circulaire relevant du droit de la surveillance. Le Code des obligations est suffisant à ce titre. Les termes choisis sont souvent vagues et entraînent une grande insécurité juridique pour les membres qui pourront voir leurs décisions mesurées à l'aune de critères indéfinis tirés du droit de la surveillance. Enfin, l'organe responsable de la direction supérieure est inutilement chargé de tâches administratives, alors qu'il devrait se concentrer sur la conduite et la stratégie de l'entreprise.

Proposition : suppression du chiffre marginal

Proposition alternative : « Jedes Mitglied des Oberleitungsorgans widmet seinem Mandat genügend Zeit und wirkt ~~aktiv~~ an der strategischen Unternehmensführung mit. Es hat das Mandat persönlich auszuüben und muss sich über den ordentlichen Sitzungsrhythmus hinaus für Krisensituationen oder Notfälle ~~dauernd~~ innert angemessener Frist verfügbar sein ~~bereitzuhalten~~. Anzahl und Art weiterer Mandate

und Tätigkeiten sind mit den konkreten Anforderungen des Oberleitungsmandats so abzustimmen, dass dieses mit der gebotenen Sorgfalt bewältigt werden kann. »

Ad Cm 31 :

Commentaire : idem que ad Cm 30.

Proposition : suppression du chiffre marginal 31.

Proposition alternative : « Das Oberleitungsorgan legt das Anforderungsprofil seiner Mitglieder, seines Präsidenten und allfälliger Ausschussmitglieder sowie des Vorsitzenden der Geschäftsleitung fest. ~~Es genehmigt und beurteilt periodisch das Anforderungsprofil der übrigen Mitglieder und der Geschäftsleitung sowie weiterer Schlüsselpersonen.~~ Es stellt die Nachfolgeplanung sicher. »

Ad Cm 32 :

Commentaire : à nouveau, ce chiffre marginal est formulé de manière vague et ouverte et n'apporte aucune valeur ajoutée à la circulaire.

Proposition : suppression du chiffre marginal 32.

Ad Cm 33 :

Commentaire : les conflits d'intérêts sont déjà réglés dans le droit de la surveillance et le chiffre marginal 33 apparaît ainsi redondant. Au delà, l'ASB estime que le traitement des conflits d'intérêts dans le projet de circulaire est trop contraignant. La récusation devrait rester une *ultima ratio* et l'organe responsable de la direction supérieure doit être laissé libre de mettre en œuvre d'autres solutions (par exemple, le double vote, une fois avec et une fois sans le membre concerné, un minimum de votes de membres indépendants). Enfin, si le chiffre marginal devrait être maintenu, il conviendrait de préciser quels sont les conflits d'intérêts qui obligent à la démission.

Proposition : suppression du chiffre marginal 33.

Proposition alternative : « Das Oberleitungsorgan regelt den Umgang mit Interessenkonflikten. ~~und legt Ausstandspflichten fest. Bestehende und frühere Interessenbindungen sind offenzulegen und Interessenkonflikte wirksam zu beseitigen. Das Mandat ist niederzulegen, wenn sich ein Interessenkonflikt auf Dauer nicht vermeiden lässt, der die Ausübung des Mandats in erheblichem Umfang einschränkt.~~»

Ad Cm 34 :

Commentaire : les compétences requises du président ne trouvent aucune base légale. De plus, elles ressortissent à un jugement de valeur (« *une faculté de jugement, des capacités de gestion et une intégrité exceptionnelles* ») qui n'ont aucune place dans un contexte normatif et qui ne sont pas objectivement vérifiables. L'ASB souligne également qu'on ne saurait parler d'intégrité « exceptionnelle » en tant qu'il serait dangereux d'élaborer des niveaux d'intégrité. Les autorités de régulation ne sauraient procéder à un examen des qualités du président (et des autres membres de l'organe responsable de la direction supérieure) allant au delà de la bonne réputation et de la garantie d'une activité irréprochable.

Commentaire : suppression du chiffre marginal.

Ad Cm 35 :

Commentaire : le chiffre marginal est redondant par rapport aux dispositions qui relèvent du Code des obligations. Le président ne devrait pas être le seul responsable du bon fonctionnement de l'organe responsable de la direction supérieure ; il s'agit de

la responsabilité de l'ensemble de ses membres.

Proposition : suppression du chiffre marginal 35.

Proposition alternative : « Er übt den Vorsitz über das Gesamtgremium aus ~~und trägt die Verantwortung für dessen ordnungsgemässes Funktionieren~~. Er vertritt das Oberleitungsorgan nach innen und aussen. Er steht in regelmässigem Dialog mit dem Vorsitzenden und anderen Mitgliedern der Geschäftsleitung, den Personen in leitenden Kontrollfunktionen und ist für die Aufbereitung und Steuerung des Informationsflusses innerhalb des Oberleitungsorgans verantwortlich. »

Ad Cm 36 :

Commentaire : l'obligation pour l'ensemble des banques de catégorie 1 à 3 et non pas uniquement les banques d'importance systémique de disposer de deux comités d'audit et de risques séparés ne se justifie en aucun cas. (Sur ce point, l'Association des banques étrangères en Suisse est d'un avis divergent et ne soutient pas la proposition de l'ASB. Selon elle, toutes les banques de la catégorie 3 devraient disposer d'un comité de risques complémentaire du comité d'audit.) C'est aller au delà des recommandations du Comité de Bâle. L'ASB peine à comprendre pourquoi la FINMA entend faire du *Swiss Finish* qui ne tient pas compte de la pratique actuelle. Pour les instituts d'importance, mais non systémiques, il en résulte une charge administrative lourde au niveau organisationnel. Le recrutement sera encore plus difficile. Les mêmes thèmes seront traités par deux instances séparées, mais de manière redondante sans synergie aucune et au risque de conflits de compétence. Il n'est pas discutable que les questions d'audit et de gestion de risque doivent être correctement traitées au sein de l'organe responsable de la direction supérieure. Cependant, il doit être laissé à la libre appréciation des instituts de s'organiser en fonction de leurs risques et activités. S'agissant des instituts systémiques, la FINMA exige obligatoirement des « comités supplémentaires » aux côtés du comité des rémunérations et des nominations, sans toutefois en nommer aucun, ni ne donner d'exemples ou de pistes à suivre. Il est difficilement envisageable d'exiger de tels comités de ces établissements sans expliquer quels seront ces comités. En tout état de cause et au niveau organisationnel, le comité des rémunérations et nominations doit se situer au niveau du groupe pour assurer un alignement de la politique de rémunération dans l'ensemble du groupe et non pas au niveau de l'institut de nature systémique comme le prévoit le projet en sa teneur actuelle. Ce point précis doit impérativement être pris en considération. Enfin, la première phrase du chiffre marginal est déjà réglée au niveau du droit privé et peut être supprimée.

Proposition : « ~~Zu seiner Unterstützung kann das Oberleitungsorgan aus seiner Mitte Ausschüsse einrichten oder Aufgaben einzelnen Mitgliedern übertragen. Institute der Aufsichtskategorien 1 – 3 müssen je einen separaten Prüfausschuss und Risikoausschuss einrichten. Systemrelevante Banken müssen über einen Prüf- und Risikoausschuss verfügen (...)~~ ».

Ad Cm 37 :

Commentaire : le chiffre marginal 37 est inutile et peut être supprimé.

Proposition : suppression du chiffre marginal 37.

Ad Cm 38 :

Commentaire : l'exigence selon laquelle le président de l'organe de direction supérieure ne préside pas de comité ne trouve aucune justification au niveau

réglementaire et prend à contre-pied la pratique actuelle au sein de certains établissements. La FINMA ne dispose pas de base légale pour l'imposer. De même, il n'est pas nécessaire que le comité des rémunérations et des nominations soit composé en majorité de membres indépendants. De plus, il faut clairement indiquer qu'au niveau des groupes, la FINMA peut accorder des dérogations relatives à l'ensemble des aspects des comités (existence, indépendance de leurs membres) dès lors qu'il est difficile en pratique pour certains groupes de remplir toutes ces exigences. Enfin, le libellé « d'excellentes connaissances » est vague et inapproprié ; il confère à l'Autorité de surveillance un pouvoir d'appréciation trop étendu. Le terme « suffisantes » serait plus approprié.

Proposition : « Die Mehrheit der Mitglieder des Prüf-, und Risiko-~~und Nominations~~ausschusses muss grundsätzlich unabhängig (vgl. Rz 20ff) sein. Die FINMA kann bei Finanzgruppen Erleichterungen sowohl im Hinblick auf die erforderlichen Ausschüsse als auch die Unabhängigkeit der Mitglieder gewähren. Der Präsident des Oberleitungsorgans soll grundsätzlich ~~weder nicht~~ dem Prüfausschuss ~~grundsätzlich nicht angehören noch Vorsitzender eines andern Ausschusses sein~~. Die Mitglieder sämtlicher Ausschüsse müssen insgesamt über ausgewiesene hinreichende Kenntnisse und Erfahrung im Aufgabenbereich des entsprechenden Ausschusses verfügen.»

Ad Cm 43 :

Commentaire : la surveillance et l'évaluation de l'efficacité des contrôles internes doivent pouvoir aussi être le fait du Comité des risques.

Proposition : « Überwachung und Beurteilung der Wirksamkeit der internen Kontrolle, namentlich auch der Risikokontrolle und der Compliance – Funktion (sofern dies nicht durch den Risikoausschuss erfolgt), und der internen Revision ».

Ad Cm 47 :

Commentaire : il manque un chiffre marginal après le chiffre marginal 47. Le paragraphe 47 (premier bullet point) et le paragraphe suivant (deuxième bullet point) devraient être réunis en un.

Ad Cm 50bis (nouveau) :

Commentaire : en relation avec le chiffre marginal 43 selon la proposition de modification de l'ASB, le Comité des risques doit aussi être habilité à surveiller et évaluer l'efficacité des contrôles internes. Un nouveau chiffre marginal 50bis doit ainsi être introduit.

Proposition : « Überwachung und Beurteilung der Wirksamkeit der internen Kontrolle, namentlich auch der Risikokontrolle und der Compliance – Funktion (sofern dies nicht durch den Prüfausschuss erfolgt) ».

Ad Cm 53ss :

Commentaire : l'énumération des tâches confiées à la direction est par trop détaillée et représente de facto un empiètement sur la liberté des instituts de s'organiser selon leur modèle d'affaire et leurs risques.

Ad Cm 60 :

Proposition : compléter « (...) Bilanzstrukturmanagement und Liquiditätsmanagement ».

Ad Cm 62 :

Commentaire : nous suggérons de reformuler légèrement le chiffre marginal en tant qu'il n'est pas possible pour les instituts d'anticiper systématiquement et de manière suffisante les changements d'un paysage réglementaire en perpétuelle évolution.

Proposition : « deren Kapazitäten den ~~aktuellen und längerfristigen~~ Geschäftsbedürfnissen (...) ».

Ad Cms 64 et 65 :

Commentaire : on retrouve ici des exigences similaires à celles de l'organe responsable de la direction supérieure. Or, il n'est pas justifiable d'aller au delà de l'exigence d'une bonne réputation et de la garantie d'une activité irréprochable, sauf à mettre sous tutelle les instituts par des prescriptions obligatoires. De plus, les termes utilisés sont vagues et laissent une grande marge de manœuvre à la FINMA s'agissant des nominations.

Proposition : suppression des notes marginales 64 et 65.

Ad Cm 70 :

Commentaire : un complément est nécessaire.

Proposition : « Präzisierung der materiellen institutsspezifischen (...) ».

Ad Cms 71, 73 et 75 :

Commentaire: il convient de préciser qu'il s'agit de catégories de risques matérielles.

Proposition: « (...) auf sämtliche materielle Risikokategorien (...) ».

Ad Cm 72 :

Commentaire : pour chaque type de limites, différentes mesures sont envisageables. Il appartient à la direction de formuler ces mesures dans des directives; elles ne devraient pas faire partie d'un concept cadre qui doit rester un concept et non pas un manuel détaillé.

Proposition: « Definition von Massnahmen-Prozessen, um (...) ».

Ad Cm 73 :

Commentaire : il conviendra de préciser que l'implémentation des principes mis en place par l'organe responsable de la direction supérieure est du ressort de la direction.

Ad Cm 78 et 96 :

Commentaire : les dispositions relatives à l'agrégation des risques et aux rapports de risques pour les banques d'importance systémique prendront un certain temps à être mises en place : le délai transitoire est, à ce titre, trop court. De plus, au vu du petit nombre d'instituts concernés, l'ASB suggère de procéder par voie de décision, plutôt que par l'insertion dans la circulaire de dispositions, par ailleurs, trop détaillées.

Proposition : suppression du chiffre marginal 78 et application par voie de décision si nécessaire.

Ad Cm 79 :

Commentaire : le rôle du contrôle des risques selon la note marginale 79 ne correspond pas à la description ressortant à la note marginale 7. La formulation des deux devrait être adaptée à des fins d'uniformisation.

Ad Cms 80ss :

Commentaire : la structure du chapitre 7 (systèmes de contrôle interne) n'est pas cohérente. Ainsi, le premier chiffre marginal cite la révision interne en tant que troisième ligne de défense, alors que le reste du chapitre ne traite que des deux premières et que la révision interne est traitée dans un chapitre différent.

Ad Cm 82 :

Commentaire : il serait bienvenu ici de désigner quelles instances indépendantes de contrôle sont visées.

Ad Cm 83 :

Commentaire : selon le rapport explicatif (p. 16), les fonctions *compliance* et contrôle des risques peuvent être réunies s'agissant des banques de catégorie 4 et 5. La circulaire n'en fait pas mention, ce qui devrait être le cas.

Proposition : mentionner que les fonctions *compliance* et contrôle peuvent être réunies s'agissant des banques de catégorie 4 et 5.

Ad Cm 87 et 88 :

Commentaire : les établissements en catégorie 1 à 3 devraient impérativement avoir une fonction *compliance* complètement séparée de la fonction risque. Or, il existe une véritable synergie et de réels gains en termes de capacités et de connaissances lorsque la fonction *compliance* est rattachée à la fonction risque et rapporte au *chief risk officer*. Les instituts d'importance systémique veulent continuer à pouvoir décider librement de réunir (ou pas) les deux fonctions sous la houlette du *chief risk officer*. Pour les banques de catégorie 4 et 5, la possibilité d'externalisation de la fonction *compliance* n'est plus mentionnée de manière explicite. Ce point devra être réintroduit. Enfin obliger les établissements d'importance systémique à faire siéger le CRO dans la direction va trop loin et n'est pas justifié par un impératif réglementaire. La note marginale devra être supprimée.

Proposition : suppression de l'ensemble du texte de la note marginale 87 et remplacement par « Die Institute der Aufsichtskategorien 4 und dürfen die *Compliance-Funktion* auslagern ».

Ad Cm 88 :

Commentaire : voir immédiatement *supra*.

Proposition : suppression de la note marginale 88.

Ad Cm 91 :

Commentaire : la préparation du flux d'information relève du *reporting* et non de la fonction de contrôle.

Proposition : « Die Risikokontrolle ~~stellt~~ legt die für ...notwendigen Informationen ~~bereit~~ fest »

Ad Cm 92 (1) :

Commentaire : il appartient aux unités IT et / ou changement de procéder aux adaptations nécessaires des systèmes de surveillance.

Proposition : « In die Verantwortung der Risikokontrolle fallen zudem die Ausarbeitung und umsetzung der Betrieb von (...) Risikoüberwachungssystemen (...) ».

Ad Cm 92 (2) :

Commentaire : selon la pratique actuelle dans certains des instituts, c'est le *chief financial officer* qui surveille le respect des limites : cette possibilité doit être laissée à ceux-ci. Nous proposons une reformulation du chiffre marginal 92.

Proposition : « (...) ~~sowie die~~ . Die Überwachung von Systemen für die Einhaltung von aufsichtsrechtlichen Vorschriften (insbesondere Eigenmittel-, Risikoverteilungs- und Liquiditätsvorschriften) liegt in der Verantwortung des CFO oder CRO ».

Ad Cm 93 :

Commentaire : selon le chiffre marginal 93, le contrôle des risques participe au processus de développement des nouveaux produits et à la *due diligence* y afférente. A rigueur de texte, tous les produits nouveaux, mais semblables à d'autres déjà émis, devraient faire partie du processus ce qui représentera une augmentation significative de la charge de travail (par exemple, tous les nouveaux produits structurés). Une clarification s'impose.

Proposition : « Die Risikokontrolle nimmt bei der Entwicklung von neuen oder erweiterten Produktenkategorien, Dienstleistungen, Geschäfts- oder Marktbereichen sowie bei wesentlichen oder komplexen Transaktionen am Entwicklungsprozess bzw. an der Sorgfaltsprüfung (Due Diligence) teil. ».

Ad Cm 95 :

Commentaire : les stress de résistance ne sont pas toujours les meilleurs outils pour contrôler l'appétence aux risques. Nous suggérons une clarification.

Proposition : « (...) mit dem Risikoappetit stehen und gegebenenfalls mit den Ergebnissen aus den Stresstests abgestimmt (...) ».

Ad Cm 96 (et 78):

Commentaire : la mise en œuvre des dispositions relatives à l'agrégation des données de risque et au rapport sur les risques nécessitent un délai transitoire approprié (voir commentaire ad Cm 78). Dès lors que l'ASB propose de renoncer au chiffre marginal 78, en toute logique, le chiffre marginal 96 devrait aussi être supprimé.

Proposition : suppression du chiffre marginal 96.

Ad Cm 98 :

Commentaire : par souci d'efficacité et de rapidité de réaction, l'information devrait remonter en premier lieu à la direction, dont les membres exercent leurs activités à plein temps, et non pas à l'organe responsable de la direction supérieure. La direction est mieux à même de prendre des mesures rapides. L'organe responsable de la direction supérieure devra être informé s'agissant de violations durables ou matérielles. De plus, il faudra clarifier qu'aucune limite stricte n'est envisagée pour les risques stratégiques et opérationnels. Enfin, une information immédiate n'est, en pratique, pas envisageable. Le terme « régulièrement » sera plus approprié.

Proposition : « (...) informiert die Risikokontrolle ~~das Oberleitungsorgan~~ die Geschäftsleitung unverzüglich innerhalb einer angemessenen Frist über Verletzungen der Risikolimiten (...) ».

Ad Cm 100 :

Commentaire : le plan d'action est un outil prévu pour l'audit interne. Les tâches de la

Compliance sont déterminées de manière précise dans le cadre réglementaire et le plan d'action n'est pas approprié pour planifier les activités de la *Compliance*.

Proposition : « (...) des Instituts ~~und Ausarbeitung eines risikoorientierten Tätigkeitsplanes, der durch die Geschäftsleitung zu genehmigen ist. Der Tätigkeitsplan ist auch der internen Revision zur Verfügung zu stellen.~~ »

Ad Cms 118, 119 et 120 :

Commentaire : le terme « évaluation des risques » (« *Risikobeurteilung* ») peut entraîner une certaine confusion par rapport au rôle de la révision interne. Nous suggérons de reformuler le chiffre marginal comme suit.

Proposition : remplacer « *Risikobeurteilung* » par « *Beurteilung* ».

Ad Cms 125 – 127 :

Commentaire : les dispositions relatives aux groupes et structures de groupe sont les bienvenues. En revanche, elles devraient être alignées sur le principe 5 des Guidelines/Corporate governance principles for banks du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire. Ainsi, les principes de conduite de groupe (échange d'informations, échanges au sein du groupe, uniformisation des documents) devraient être repris dans la circulaire.

L'ASB suggère de reformuler légèrement les chiffres marginaux 125 et 126 en vue de rendre le pilotage des sociétés membres d'un groupe plus pratique.

Proposition : ~~Die Grundsätze und Bestimmungen d. Dieses Rundschreibens gelten gilt für Finanzgruppen und -konglomerate („Gruppen“)~~ sinngemäss.

Ad Cm 126 :

Commentaire : les deux premières phrases du chiffre marginal 126 sont peu claires et doivent être reformulées de sorte à ce que les banques puissent se conformer aux attentes du régulateur.

Proposition : ~~Die Gruppen müssen die Aufgaben und Verantwortlichkeiten des Oberleitungsorgans und der Geschäftsleitung gemäss diesem Rundschreiben auf Oberleitungs- und Geschäftsführungsebene der für die Einheiten regeln, welche die Gesamtverantwortung für die Führung der Gruppenführung haben.~~ Es ist sicherzustellen, dass Vorgaben bestehen, die eine angemessene Berücksichtigung des Interesses der Gruppe, deren effiziente und harmonisierte Steuerung und entsprechenden Informationsaustausch erlauben und den rechtlichen und organisatorischen Strukturen, den Aufgaben und Verantwortlichkeiten sowie der erforderlichen Unabhängigkeit der jeweiligen Führungsebenen, ~~sowie der Geschäftstätigkeit~~ und den wesentlichen Risiken auf Gruppen- und Einzelinstitutsebene angemessen Rechnung tragen. Dabei sind im Besonderen die Risiken zu berücksichtigen, welche sich aus dem Zusammenschluss mehrerer Unternehmen zu einer wirtschaftlichen Einheit ergeben.

Ad Cm 128 à 134 :

Commentaire : les dispositions relatives à la publication sont par trop détaillées, n'ont pas de valeur ajoutée par rapport aux autres normes traitants du même sujet et vont bien au-delà des principes définis par le Comité de Bâle. Le projet confond les intérêts des actionnaires des sociétés cotées en bourse avec les intérêts des autres parties prenantes (créanciers, mandants, employés, public) qui ont moins de prétentions à

faire valoir en matière de gouvernance d'entreprise. Il n'existe ni base légale, ni intérêt public pour un tel Swiss finish. On relève en outre que le cercle des « autres ayants-droit » n'est pas défini et qu'il n'est pas précisé si la publication doit intervenir au niveau du groupe (ce qui serait à saluer) ou au niveau de chaque institut. On peine à voir l'utilité de la divulgation du processus du recrutement ou d'élection des membres de la direction supérieure, quand c'est bien leur profil et leurs connaissances qui priment.

Proposition : suppression des chiffres marginaux 128 à 134.

Ad Cm 141 :

Commentaire : la publication des honoraires de révision et d'audit pour l'exercice écoulé ne répond à aucun impératif objectif. Au contraire, ceux-ci font l'objet de négociations entre les cabinets et l'établissement concerné et une telle divulgation entraînerait sûrement un affaiblissement de la concurrence. A terme, les coûts de la révision augmenteront et, par effet ricochet, les coûts des services bancaires pour les clients. De plus, nous sommes d'avis que la relation de confiance entre la société d'audit et la banque s'en trouvera affectée rendant par la une bonne coopération plus difficile.

Proposition : « Bezüglich der Revisionsstelle und der aufsichtsrechtlichen Prüfgesellschaft die Dauer des Revisions- bzw. des Prüfmandats, die Amtsdauer des leitenden Revisors und des leitenden Prüfers, ~~das Revisions- und das Prüfhonorar für das vergangene Berichtsjahr, die zusätzlichen Honorare~~ sowie die Informationsinstrumente des Revisionsunternehmens gegenüber dem Oberleitungsorgan. (Ziff. 8.1 – 8.4) »

Ad Cm 142 :

Commentaire : ni le concept de « politique d'information », ni le but poursuivi par la FINMA ici ne sont compréhensibles pour l'ASB.

Proposition : suppression du chiffre marginal 142.

Ad Cm 143 :

Commentaire : la publication visée par ce chiffre marginal est déjà contenue dans la Circulaire 2016/1 et, à nouveau, par trop détaillée.

Proposition : suppression du chiffre marginal 143.

Ad Cms 144 et 145 :

Commentaire : l'entrée en vigueur prévue pour le 1er juillet 2016 avec un délai transitoire d'un an est trop court. L'entrée en vigueur devrait être repoussée au 1er janvier 2018 avec un délai transitoire d'un an au minimum.

Principales Observations relatives au projet de Circ-FINMA « Risques opérationnels » et propositions de modifications

Pour plus de clarté nous suivons la numérotation des chiffres marginaux du projet de circulaire ; les propositions de modifications sont soulignées et les suppressions barrées.

En général :

Le projet est trop détaillé et notamment la partie couvrant les risques IT. On passe d'un système fondé sur des principes à un système rigide fondé sur une réglementation détaillée et, par endroit, tatillonne.

Le projet ne contient pas de date d'entrée en vigueur. Celle-ci devrait être similaire à celle de la Circulaire « Corporate Governance » et être alignée sur la période d'exercice usuelle des établissements (1^{er} janvier au 31 décembre). Dès lors, la date d'entrée en vigueur devrait être le 1^{er} janvier 2018 et le délai transitoire d'une année dès celle-ci.

En particulier :

Ad Cm 2 :

Commentaire : la nouvelle définition des risques selon la version révisée n'est plus en ligne avec la définition donnée par le Comité de Bâle. En particulier, la délimitation entre risques réputationnels et risques stratégiques n'a pas été reprise.

Proposition : reprendre l'ancienne définition du Comité de Bâle.

Ad Cm 121 :

Commentaire : la note explicative de bas de page N°8 est inutile puisqu'elle ne contient aucune recommandation. En lieu et place, une référence à la Circ-FINMA « Gouvernance d'entreprise » serait plus indiquée.

Proposition : « (...) Die operationellen Risiken sind zur Gewährleistung der Konsistenz im Rahmen der Risikoidentifikation, der Risikobeurteilung und der Zielsetzung im operativen Risikomanagement einheitlich zu kategorisieren. Diese einheitliche Kategorisierung kann in Anlehnung an Anhang 2 dieses Rundschreibens oder mittels einer internen Terminologie oder Taxonomie erfolgen.»

Ad Cm 129 :

Proposition : faire de chacune des *littera* un chiffre marginal à part entière.

Ad Cm 132 :

Commentaire : faire de chacune des *littera* un chiffre marginal à part entière.

Ad Cm 135 :

Commentaire : le concept informatique devrait être traité également dans la Circ-FINMA « Gouvernance d'entreprise » et non pas dans cadre des principes de gestion des risques. De plus, l'étendue et le contenu du concept informatique devront être spécifiés par la FINMA tant les exigences peuvent être variées. Il semble à l'ASB que la réglementation proposée dans le projet est beaucoup trop détaillée s'agissant des risques informatiques ce qui contredit l'idée d'une réglementation fondée sur des principes. Enfin, s'agissant des banques de plus petite taille, la possibilité doit être donnée d'élaborer le concept IT en partenariat avec les prestataires IT lorsque cette activité a été externalisée.

Ad Cm135.1 :

Commentaire : le concept doit, respectivement ne peut, qu'être établi en conformité avec les normes internationales pertinentes et non pas l'ensemble des normes internationales.

Proposition : « (...) dass das IT-Konzept in Anlehnung an die relevanten internationalen Standards das Vorhandensein der folgenden minimalen Aspekte gewährleistet: (...) ».

Ad Cm 135.1 lit. b à e:

Commentaire : les exigences du concept informatique sont beaucoup trop détaillées. Il appartient aux instituts d'identifier et d'élaborer le concept.

Proposition : suppression des lettres b à e.

Ad Cm 135.1 lit. f :

Commentaire : remplacer « processus » par « mesures » en tant qu'il appartient effectivement à la direction d'établir les mesures visant à éduquer les employés.

Proposition : « Prozesse~~Massnahmen~~ zur Stärkung des Bewusstseins der Mitarbeiter im Hinblick auf ihre Verantwortung zur Reduktion von IT-Risiken sowie Einhaltung der IT-Sicherheit und – Verfügbarkeit »

Ad Cm 135.1. lit. g :

Commentaire : la complexité et la fragmentation des systèmes informatiques ne représentent pas en soi nécessairement un risque pour peu que des mesures soient mises en place visant à gérer celles-ci.

Proposition : suppression de la phrase « sowie zur Reduktion der Komplexität und Fragmentierung der IT-Infrastruktur ».

Ad 135.2 lit. a à e :

Commentaire : la réglementation est par trop détaillée s'agissant d'un principe à mettre en œuvre. La circulaire devra contenir une définition de la notion « cyber ». Les « cyber » risques ne constituent pas une classe de risques distincte des autres risques IT. La logique voudrait qu'ils soient intégrés dans le chiffre marginal 135.1.

Proposition : suppression des lit. a à e., alternativement leur déplacement dans la note marginale 135.1.

Ad Cm 135.3 :

Commentaire : en premier lieu, la notion de « données sensibles » (en allemand « *besonders schützenswert* ») est déjà contenue dans la Loi sur la protection des données. Pour éviter une confusion, un autre qualificatif serait approprié. L'exigence des « *penetration tests* » doit se limiter aux systèmes informatiques exposés et non pas à tous les systèmes informatiques en usage. L'ASB doute qu'il existe assez de prestataires de service qualifiés pour tester l'ensemble des systèmes dans un délai approprié et estime que les tests peuvent être conduits systématiquement à l'interne.

Proposition : « Die Geschäftsführung lässt insbesondere in Bezug auf die Sicherstellung eines angemessenen Schutzes der besonders schützenswerten sensitiven Daten und exponierten Systeme vor Cyberattacken regelmässig Verwundbarkeitsanalysen und Penetration Testings durchführen. Diese ~~müssen~~ sollten grundsätzlich ~~durch geeignete externe Dienstleister durchgeführt werden, können bei Vorhandensein von qualifiziertes Personal mit entsprechenden Ressourcen jedoch auch durch interne Stellen vollzogen werden~~ durchgeführt werden ».

Ad Cm 136ss :

Commentaire : la plupart des dispositions concernées par les chiffres marginaux 136ss ont pour objet d'assurer les prestations essentielles en cas de liquidation ou d'interruption grave de l'activité en ce qui concerne les banques de nature systémique. Or, ce principe est déjà réglé, de manière exhaustive, pour les banques systémiques dans la Loi sur les banques et son ordonnance (notamment les articles 60ss). Si de nouvelles mesures sont attendues de la part de celles-ci, il convient de modifier les textes législatifs pertinents et non pas simplement traiter le sujet par voie de circulaire. L'ASB relève en outre, que les chiffres marginaux 136ss traitent ensemble de risques opérationnels et des exigences de stabilité entraînant par là une confusion des thèmes. Proposition : suppression des chiffres marginaux 136 à 136.3.

Ad Cm 136.1 :

Commentaire : la circulaire introduit les concepts de « fonctions critiques » et « prestations critiques », alors que la Loi sur les banques et l'ordonnance parlent de « fonctions qui ont une importance systémique ». Il appartient à la BNS de définir les banques d'importance systémique et leurs fonctions de nature systémique et il semblerait que la circulaire empiète sur la prérogative de la BNS sur ce point. De plus, il n'est pas explicité si et comment les « fonctions critiques », « prestations critiques » et « fonctions de nature systémique » se complètent ou se différencient l'une de l'autre.

Proposition : supprimer le chiffre marginal 136.1.

Ad Cm 136.2 :

Commentaire : une circulaire de la FINMA ne saurait renvoyer les instituts vers des normes de nature internationale sans les transposer en droit suisse.

Proposition : supprimer le chiffre marginal 136.2.

Proposition alternative: « Die systemrelevanten Banken treffen die hierfür erforderlichen Massnahmen im Rahmen der Notfallplanung (Art. 9 Abs. 2 lit. d BankG i.V.m. Art. 60 ff. BankV). ~~Bestehen zu diesem Themengebiet international anerkannte Standards, so sind diese ebenfalls zu berücksichtigen~~ ».

Ad Cm 136.3 :

Commentaire : l'ASB estime qu'il n'existe aucune justification pour exiger des banques non systémiques l'établissement et la mise à jour régulière d'un inventaire des prestations qu'elles jugent essentielles en cas de liquidation. Il s'agirait d'une trop grande charge de travail pour celles-ci pour un bénéfice / coût trop réduit. De plus, la FINMA ne dispose d'aucune base légale pour imposer de telles mesures.

Proposition : suppression du chiffre marginal 136.3.

Ad Cm 136.4 (début):

Commentaire : le projet ne tient pas compte, s'agissant des risques transfrontières, de la diversité des modèles d'affaires des banques. Le chiffre marginal 136.4 devra être adapté comme suit.

Proposition : « Wenn Banken oder ihre Gruppengesellschaften grenzüberschreitend Finanzdienstleistungen erbringen oder Finanzprodukte vertreiben, sind auch die aus einer Anwendung ausländischer Rechtsvorschriften (Steuer-, Straf-, Geldwäschereirecht usw.) resultierenden Risiken unter Berücksichtigung des jeweiligen Geschäfts-

modells angemessen zu erfassen, begrenzen und kontrollieren. Insbesondere erwartet die FINMA als Aufsichtsbehörde, dass die Banken ausländisches Aufsichtsrecht unter Berücksichtigung des jeweiligen Geschäftsmodells einhalten. (...) treffen die Banken die erforderlichen strategischen und organisatorischen Massnahmen zur Risikoeliminierung und -minimierung und passen diese laufend geänderten Bedingungen an. Insbesondere verfügen sie risikobasiert über das notwendige länderspezifische Fachwissen, definieren sie spezifische Dienstleistungsmodelle für die bedienten Länder (...). »

Ad 136.4 (dernière phrase) :

Commentaire : les gérants indépendants ne sont, en aucun cas, mandataires des banques et celles-ci n'ont donc pas à les « former à leur rôles de mandataire ». Il s'ensuivrait une confusion des genres et une grande insécurité juridique. Les gérants indépendants sont des clients « *execution only* ». De plus, l'ASB peine à voir qui sont les « intermédiaires » et « autres prestataires ». Par l'adjonction de formules vagues et indéfinies, on crée de nombreuses charges administratives pour les instituts qui doivent ainsi naviguer à vue et sans sécurité juridique.

Proposition : suppression de la dernière phrase « (...) ~~Les gérants de fortune indépendants, les intermédiaires et d'autres prestataires doivent également être sélectionnés avec soin et formés à leur rôle de mandataires~~ ».

Annexe 3 Traitement des données électroniques des clients

Ad Cm 9ss :

Commentaire : de plus en plus de banques font appel à des prestataires de services externes s'agissant de l'exécution de leurs tâches. Cela est d'autant plus vrai dans le domaine du stockage des données en Suisse ou à l'étranger. L'ASB est d'avis que la question de la protection des données clients mérite une réflexion approfondie et le remaniement de la Circulaire 2008/21 dans ce sens est positif.

Toutefois, la nouvelle version ne tient pas compte de certains éléments clefs en matière de protection des données, en particulier des « Client Identification Data – CID ». En effet, en cas d'outsourcing à l'étranger, la circulaire renvoie dans tous les cas à l'art. 6 de la Loi fédérale sur la protection des données. Or, dans son interprétation de la loi, le Préposé fédéral à la protection des données, va beaucoup plus loin que ce qui est requis par la Circulaire « 2008/7 Outsourcing – banques » et pose des exigences qui ne sont pas en phase avec la réalité. Ainsi, contrairement à ce que statue le projet de nouvelle circulaire, le renvoi vers l'art. 6 de la LPD ne devrait être d'actualité que lorsque les CID ne sont ni anonymisées, ni pseudonymisées. On rappellera que par le processus de pseudonymisation, des CIDs sont changées de sorte à ce que les éléments d'identification ne soient intelligibles qu'en vertu d'une clé d'identification. Des CID anonymisés ou pseudonymisés – pour autant que la clé d'identification demeure en Suisse – ne peuvent pas être considérées comme des données sujettes à l'application de la LPD.

Proposition : reformulation des chiffres marginaux 9ss en ligne avec ce qui précède.

Ad Cm 16 :

Commentaire : l'actualisation de l'inventaire « dans les meilleurs délais » peut, selon la

complexité du cas, apparaît trop rigide.

Proposition : « innerhalb einer angemessenen Frist » en lieu et place de « zeitnah ».

Ad Cm 17 :

Commentaire : le chiffre marginal 17 s'écarte d'une réglementation fondée sur des principes, est inutilement détaillé et s'immisce, sans justification aucune dans l'organisation des établissements.

Proposition : « Es wird vorausgesetzt, dass die Granularität des Inventars der Bank erlaubt, entlang der CID-Kategorien und den daraus resultierenden Sicherheitsvorkehrungen, zu ermitteln »

Ad Cm 33 et note de bas de page 26 :

Commentaire : cette disposition mérite quelques adaptations, car certains termes sont vagues et / ou indéfinis. De plus, il n'existe aucune justification pour établir des sous-catégories de CID : tous les CID sont confidentiels et de nombreuses banques ne disposent plus de comptes à numéro. Les trois premières phrases sont suffisantes.

Proposition (Cm 33): « Die Bank muss über klare Sicherheitsanforderungen für Mitarbeitende, die auf CID zugreifen, verfügen. Es ist regelmässig zu überprüfen, ob die Anforderungen für einen angemessenen Umgang mit CID weiterhin erfüllt sind. Erhöhte Sicherheitsanforderungen müssen gemäss dem Need-to-Know Prinzip für privilegierte IT-Benutzer und Anwender mit funktionalem Zugriff 26 auf Massen-CID („Schlüsselmitarbeitenden“) gelten. ~~Diese erhöhten Sicherheitsanforderungen sind auch auf privilegierte Anwender mit Zugriff auf höchst vertrauliche Unterkategorien von CID (z.B. chiffrierte Konten) anzuwenden.~~ »

Proposition (ndb 26) : « ~~Insbesondere auch bei erweiterten Zugriffsrechten wie z.B. die Abfrage und Extraktion/Migration von Massen CID grossen Datenmengen.~~ »

Ad Cm 35 :

Commentaire : il s'agit ici d'une nouvelle exigence posée par le régulateur en vue d'identifier les personnes ayant accès à un grand nombre de CID. Or, que ce soit par la tenue de fichiers-journaux ou d'autres dispositifs, la mise en œuvre d'une telle exigence sera synonyme de nouvelles charges et dépenses pour les instituts lesquelles ne sont pas justifiées par le but poursuivi.

Proposition : suppression du chiffre marginal 35.

Principales Observations relatives au projet de Circ – FINMA « Rémunération » et propositions de modifications

Pour plus de clarté nous suivons la numérotation des chiffres marginaux du projet de circulaire.

En général :

Le projet ne contient pas de date d'entrée en vigueur. Celle-ci devrait être similaire à celle de la Circulaire « Corporate Governance » et alignée sur la période d'exercice usuelle des établissements (1^{er} janvier au 31 décembre). Dès lors, la date d'entrée en vigueur devrait être le 1^{er} janvier 2018 et le délai transitoire d'une année dès celle-ci.

En particulier :

24

Ad Cm 20 :

Commentaire : il conviendrait d'énumérer les fonctions de contrôle visées ici.

Ad Cm 46 :

Commentaire : l'instauration de « *claw-backs* » se heurtera à de nombreux obstacles juridiques et pratiques. Le droit du travail est réticent à accepter ce genre de clause ; que faire lorsqu'un bénéficiaire se trouvera à l'étranger et soustrait au droit suisse ? De plus, l'instauration de tels « *claw-backs* » heurtera la compétitivité des banques suisses par rapport à leurs concurrents étrangers qui ne connaissent pas de telles barrières. On peine à voir ce qu'en retirerait la place financière suisse ici.

Proposition : l'ASB recommande fortement à ce que la FINMA renonce à l'instauration d'un « *claw-back* » difficilement praticable. (Sur ce point, l'Association des banques étrangères en Suisse, vu la situation internationale, est d'un avis divergent et ne soutient pas la proposition de l'ASB.) Dans le cas contraire, la FINMA devra impérativement clarifier les concepts, expliquer s'ils se complètent, édicter des règles à suivre pour les contrats de travail futurs et soumettre ces dispositions à un délai transitoire étendu.

Ad Cms 68 et 69 :

Commentaire : en relation avec les nouveautés introduites dans la nouvelle version, le rapport de rémunération devra ainsi également contenir des informations sur les « *malus* » et « *claw-back* ». Cela impliquerait une charge énorme pour procéder aux calculs inclus dans le rapport.

* * *

Nous vous remercions vivement de l'attention que vous aurez bien voulu porter à ces lignes et restons bien sûr à votre entière disposition pour toute question que vous pourriez avoir.

Nous vous prions de croire, cher Monsieur, à nos sentiments les meilleurs.

Association suisse des banquiers



Rolf Brüggemann



Markus Staub