



Association de
Banques Privées Suisses
Vereinigung
Schweizerischer Privatbanken
Association of Swiss Private Banks

Par e-mail (regulierung@gs-efd.admin.ch)

Madame Eveline Widmer-Schlumpf
Conseillère fédérale
Département fédéral des Finances
Bundesgasse 3
3003 Berne

Genève, le 20 mars 2014

Consultation relative à la loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF)

Madame la Conseillère fédérale,

Nous vous remercions d'avoir invité l'Association des banquiers privés suisses (ABPS) à participer à la procédure de consultation ouverte le 13 décembre 2013 en lien avec le projet de loi sur l'infrastructure des marchés financiers (ci-après « projet-LIMF »). Nous nous permettons d'attirer votre attention sur le fait que depuis le début de cette année, c'est l'Association de Banques Privées Suisses, avec le même acronyme et composée uniquement d'anciens ou actuels membres de l'Association des banquiers privés suisses, qui a notamment repris la tâche de répondre aux consultations fédérales.

Ceci étant précisé, nous souhaitons prendre position comme suit :

Les banques privées suisses reconnaissent la nécessité pour la Suisse d'adapter sa législation aux standards internationaux, en l'occurrence à ceux qui concernent le négoce des dérivés.

A cette fin, elles plaident pour que le cadre réglementaire suisse soit reconnu équivalent par les autorités étrangères, afin que la place financière suisse ne soit pas préférentielle, mais rejettent aussi toute contrainte supplémentaire (« Swiss finish ») qui nuirait à la compétitivité de la Suisse. Il convient en outre que la loi soit rapidement adoptée, afin que le manque d'équivalence et les coûts qui y sont liés perdurent le moins longtemps possible.

En particulier, les banques privées suisses recommandent les améliorations suivantes :

- **la définition des petites contreparties devrait se fonder uniquement sur le volume des dérivés utilisés, déterminé d'une façon simple et transparente et sans exonération de dérivés liés à des opérations destinées à réduire des types de risques spécifiques (commerciaux, financiers, hypothécaires etc.) ;**
- **la reconnaissance des référentiels centraux étrangers devrait être automatique et ne pas dépendre d'une clause de réciprocité, afin que le recours à un référentiel central suisse ne soit qu'une option parmi d'autres, selon une appréciation concurrentielle et opérationnelle;**
- **la notion de dérivés devrait être définie de façon plus précise et notamment explicitement exclure les produits structurés, les certificats et d'une manière générale tous les produits titrisés ;**

- **les opérations classiques de change (changes à terme et « swaps » de change) devraient être exemptées de certaines obligations prévues par la LIMF, à l'instar de ce qui est prévu dans d'autres législations internationales ;**
- **la collaboration avec les autorités étrangères ne devrait pas être modifiée à ce stade, notamment pas au détriment des droits des clients ;**
- **enfin, les dispositions d'exécution devraient être déléguées en priorité au Conseil fédéral et non à l'autorité de surveillance.**

1. Remarques d'ordre général

La place financière suisse est très largement ouverte sur le monde et les transactions qui s'y déroulent ont dans leur immense majorité un lien avec l'étranger. Une telle imbrication avec les places financières étrangères rend indispensable notre capacité à nous adapter aux réglementations qui s'y développent. C'est pourquoi, de façon générale, l'ABPS préconise, dans le développement du cadre réglementaire suisse, de viser l'équivalence avec les standards internationaux, notamment avec ceux qui prévalent aux Etats-Unis et en Europe. Cela n'implique cependant aucunement d'édicter des règles qui seraient plus laxistes qu'ailleurs, au risque de n'être pas reconnu comme équivalent, ou plus strictes, créant un « Swiss finish » qui nuirait à la compétitivité de la Suisse en chassant les activités hors de ses frontières.

En ce qui concerne le projet-LIMF, nous distinguons deux catégories de normes. La première concerne l'organisation et l'exploitation des infrastructures des marchés financiers, pour lesquelles des normes existantes sont regroupées dans le projet-LIMF. Ces normes ne devraient pas être modifiées et le statu quo devrait être privilégié autant que possible. Le projet-LIMF n'obéit cependant pas toujours à cette règle, par exemple en obligeant les infrastructures autres que les bourses qui sont déjà autorisées à déposer une nouvelle demande d'autorisation (art. 144 al. 2 projet-LIMF).

La deuxième catégorie concerne les nouvelles règles relatives au négoce des dérivés. Il s'agit là d'adapter la législation suisse aux exigences internationales qui sont déjà concrétisées notamment aux Etats-Unis (Dodd-Frank Act) et dans l'Union Européenne (EMIR) et en cours dans les principales places financières asiatiques. Dans ce cadre, il s'agit d'en faire suffisamment, mais pas plus, de façon à ce que l'ensemble des acteurs de la place financière suisse aient à subir le moins de contraintes et de coûts supplémentaires possible, qui péjoreraient leur compétitivité. A cet égard, le projet-LIMF peut être amélioré sur plusieurs points, lesquels sont détaillés ci-après.

Dans un domaine aussi technique que celui-ci, il est normal que de nombreux détails soient réglés au niveau d'une ordonnance, ce qui permet aussi de les adapter plus rapidement si nécessaire. Toutefois, la délégation législative doit rester du ressort du Conseil fédéral, et non être attribuée directement à la FINMA (art. 4 al. 4, 39 al. 2 et 110 al. 8 projet-LIMF p. ex.) ou à la COPA (art. 118, 121 al. 5 et 122 al. 6 projet-LIMF). Il s'agit là d'autorités de surveillance, dont la capacité normative n'a pas à être aussi étendue.

Enfin, pour s'assurer que la solution suisse reste conforme aux pratiques internationales qui ne manqueront pas d'évoluer (par exemple à propos des dépositaires centraux, art. 55ss projet-LIMF), il serait bon d'envisager une clause de révision automatique de la loi à intervalles réguliers. Cela nous paraît plus pragmatique et efficace que d'introduire, à titre illustratif, dans la loi une obligation de passer par une plate-forme de négociation (art. 104 à 107 projet-LIMF), mais de ne faire entrer celle-ci en vigueur « que si le contexte international l'exige » (art. 148 al. 2 projet-LIMF).

2. Commentaires relatifs à des points particuliers du projet soumis à consultation

Les commentaires ci-dessous suivent l'ordre des articles du projet-LIMF auxquels ils se rattachent, sans que cela reflète leur importance relative. Pour des aspects plus techniques non traités ici, nous nous permettons de vous renvoyer à la prise de position de l'Association Suisse des Banquiers.

2.1. Définition des dérivés (art. 2 let. b projet-LIMF)

La définition proposée par l'art. 2, let. b projet-LIMF pour les dérivés ou opérations sur dérivés est assez vague et englobe des produits financiers qui, dans différentes législations comparables, ne sont pas considérés comme des dérivés et donc pas soumis à des obligations comparables à celles découlant du projet-LIMF en Suisse. En particulier, des produits tels que certificats, produits structurés, warrants ainsi que les opérations de prêt et emprunts de titres ou similaires, et de façon générale tous les produits titrisés ne revêtent pas les caractéristiques essentielles d'un dérivé aux fins du projet-LIMF. De même, il ne ferait pas de sens que les dérivés standardisés qui sont d'ores et déjà traités sur des bourses régulées soient soumis à l'ensemble des nouvelles obligations applicables aux dérivés traités de gré à gré.

2.2. Relations avec les contreparties centrales (art. 43ss projet-LIMF)

Le projet de loi ne précise pas comment contracter avec une contrepartie centrale en Suisse (actuellement SIX x-clear AG). En pratique, comme il est très coûteux (participation à un fonds de garantie, exigences de fonds propres etc.) et complexe, en termes d'infrastructure opérationnelle, d'être participant direct à la contrepartie centrale, seules les plus grandes banques (comme UBS, CS ou ZKB en Suisse) peuvent se le permettre et revendent ensuite leurs services aux autres établissements. La question se pose alors de savoir quel type de contrat une banque, en tant que participant indirect, passe avec un participant direct.

Il existe deux modèles de contrats qui peuvent être passés avec un participant direct : soit celui-ci agit comme un agent, i.e. un simple intermédiaire entre la contrepartie centrale et un participant indirect (modèle américain), soit il agit en tant que principal, c'est-à-dire qu'il est la contrepartie du participant indirect (modèle anglais « back-to-back »). Ce dernier modèle, qui semble faire école en Europe, est plus compliqué, car il multiplie les transactions et les contrats.

De plus, dans le modèle anglais, un risque systémique n'est pas uniquement concentré auprès de la contrepartie centrale – censée être très robuste – mais repose aussi en partie auprès de ses participants directs, qui sont des banques systémiques, puisque ceux-ci agissent comme contreparties. Tandis que dans le modèle américain, c'est bien la contrepartie centrale qui seule présente le risque systémique lié aux opérations sur dérivés. Dans le but de ne pas concentrer plus de risques sur des banques « too big to fail », la Suisse devrait donc privilégier le modèle américain dans ses relations internes.

Nous sommes conscients du fait que le modèle anglais a été préféré en Europe en raison de l'absence d'homogénéité du droit de la faillite entre les différents pays européens concernés, contrairement aux Etats-Unis où le même droit est applicable à tous les Etats.

Dans ce contexte, la Suisse aurait néanmoins une très bonne carte à jouer en permettant la mise en œuvre des deux modèles (en agent et en principal, les deux étant prévus dans le Code des obligations suisse) dans les relations avec les contreparties centrales, tout en privilégiant le modèle américain dans ses relations internes, d'autant plus que l'Europe reconnaît le système américain comme étant équivalent.

Par ailleurs, nous relevons que l'art. 48 projet-LIMF ne couvre pas la ségrégation des positions et garanties des clients des participants indirects (les clients finaux), alors que celle-ci est prévue par EMIR. En outre, de nombreux clients institutionnels souhaitent pouvoir ouvrir un compte directement en leur nom auprès de la contrepartie centrale. Ces deux possibilités devraient être offertes dans le projet-LIMF, tout en ne revêtant pas un caractère obligatoire. De même, les positions et garanties des clients finaux devraient être comptabilisées hors bilan, pour éviter qu'elles tombent dans la masse en faillite des participants indirects.

Nous recommandons en outre d'observer les développements en la matière au niveau des différentes réglementations internationales et d'agir de façon à ce que la place financière suisse offre un niveau de protection adéquat aux clients finaux en terme de risque de contrepartie et de protection de leurs positions et actifs. Il s'agit ici de préserver l'attractivité de la place financière suisse tout en offrant aux banques une certaine flexibilité pour la mise en œuvre de la LIMF.

2.3. Reconnaissance des référentiels centraux (art. 66ss projet-LIMF)

Un référentiel central est un nouvel intervenant dans les opérations sur dérivés, à qui elles doivent être déclarées. Il n'en existe pas encore en Suisse, mais les banques suisses actives à l'étranger ont déjà dû s'enregistrer – à grands frais informatiques – auprès de référentiels centraux étrangers pour leurs opérations sur dérivés avec des contreparties américaines, européennes, etc. Le souci principal de l'ABPS est donc que le recours direct à un référentiel central suisse ne soit pas une obligation, mais s'apprécie selon des critères concurrentiels et opérationnels. Pour cela, un accès via un référentiel central étranger reconnu, agissant en tant qu'agent auprès du référentiel central suisse, doit également être possible. L'objectif est d'éviter les coûts engendrés par la connexion à de multiples référentiels pour y reporter les mêmes transactions.

La disposition clef de ce chapitre est donc l'art. 72 projet-LIMF sur la reconnaissance des référentiels centraux étrangers. Or celle-ci est trop stricte à deux égards : d'une part elle prévoit un système de reconnaissance par la FINMA (al. 1), qui plongera les banques dans l'incertitude quant à savoir si leur solution actuelle est pérenne ; d'autre part les conditions d'une telle reconnaissance sont beaucoup trop contraignantes (al. 2, notamment let. b ch. 2), ce qui risque de décourager les demandes de reconnaissance. Il serait beaucoup plus raisonnable de prévoir une reconnaissance automatique des référentiels centraux étrangers, qui ne sont pas nombreux et sont situés dans des places financières reconnues (Londres, Luxembourg p. ex.), tout en réservant un droit de suspension à la FINMA si elle devait constater des dysfonctionnements.

Il s'agit ici de faire en sorte que les établissements suisses ne soient pas pris au dépourvu en cas de non reconnaissance par un pays tiers d'une infrastructure suisse et soient empêchés d'effectuer des transactions dans le pays en question.

L'ABPS n'est pas opposée au développement d'un référentiel central en Suisse si celui-ci devait fournir un service compétitif qui, comme les référentiels centraux étrangers, permette par exemple également d'effectuer les déclarations nécessaires dans le monde entier (en tant qu'agent de reporting). Mais un référentiel central suisse ne doit pas provoquer une duplication obligatoire des déclarations, avec les frais de mise en place et d'exploitation que cela entraîne.

2.4. Définition des petites contreparties (art. 90 à 92 projet-LIMF)

L'ABPS voit deux points d'amélioration dans (i) la définition d'une petite contrepartie financière et (ii) dans la détermination du seuil qui qualifie une contrepartie de petite.

L'art. 91 al. 1 let. a projet-LIMF prévoit la non prise en compte des opérations sur dérivés qui ne servent qu'à limiter les risques de transactions hypothécaires. L'ABPS considère qu'une telle exonération crée une distorsion de la concurrence, en plus d'être très difficile à vérifier. En outre, si les dérivés sur transactions hypothécaires sont les seuls exonérés, cela renforcera leur utilisation, ce qui peut in fine contribuer à la formation d'une bulle immobilière.

Il est bien plus juste de considérer une contrepartie, financière ou non, comme petite sur la seule base du volume de dérivés qu'elle génère, pour son propre compte ou pour le compte de ses clients. Toutefois, vérifier la « position brute moyenne mobile des opérations sur dérivés de gré à gré » sur une période de 30 jours est inutilement compliqué et coûteux à calculer. Il serait bien plus proportionnel et compétitif d'utiliser la moyenne des dérivés en cours à la fin des trois dernières années, qui se trouve dans l'annexe au bilan des banques et qui fait l'objet d'un audit par une société de révision externe.

2.5. Exonération des opérations classiques de change (art. 92 et 93 projet-LIMF)

A l'instar de ce qui a été fait aux Etats-Unis et dans une certaine mesure au Luxembourg, les opérations classiques de change (changes à terme et « swaps » de change) devraient être exemptées de certaines obligations prévues par le projet-LIMF. A tout le moins, ces opérations ne devraient ni faire l'objet de l'obligation de compensation prévue à l'art. 93 projet-LIMF ni faire partie du calcul des seuils visant à déterminer si une contrepartie est petite ou pas, comme le permet l'art. 92 al. 4 let. b projet-LIMF, puisqu'elles sont déjà pour la plupart traitées sur des plates-formes organisées. A défaut, un nombre beaucoup trop important d'opérations, surtout en comparaison internationale, seraient soumises aux obligations du projet-LIMF sans pour autant représenter un risque systémique, ce qui coûtera très cher, surtout aux petites structures.

2.6. Exonération des opérations intragroupe (art. 95, 103 et 107 projet-LIMF)

Les exonérations prévues pour les opérations intragroupe – sous l'angle de l'obligation de compensation et de l'échange des garanties – sont essentielles pour que tous les acteurs de la place financière suisse ne subissent pas un désavantage compétitif. Il est crucial que la loi suisse soit reconnue comme équivalente à la réglementation européenne EMIR afin que celle-ci accorde aussi ses exonérations aux opérations intragroupe qui impliquent la Suisse. Toutefois, tant que la loi suisse n'est pas en vigueur, les opérations intragroupe avec la Suisse ne seront pas exonérées ; le projet-LIMF devrait donc être adopté aussi vite que possible. La phase de non-équivalence impliquera des coûts supplémentaires en Suisse susceptibles de provoquer la délocalisation de certaines activités, avec tous les impacts que cela implique en termes de places de travail et de compétences.

2.7. Proportionnalité de certaines dispositions pénales (art. 134 à 138 projet-LIMF)

L'ABPS constate une tendance à criminaliser des comportements purement administratifs, tendance qui devrait être sérieusement remise en question au regard du bien public protégé. Les art. 134 à 138 projet-LIMF concernent des obligations de déclaration ou d'exécution d'autres dispositions administratives et si le législateur souhaite les maintenir, il devrait à tout le moins en revoir les sanctions à l'aune du principe de proportionnalité, notamment celles des art. 136 et 137 projet-LIMF qui prévoient des amendes pouvant aller jusqu'à 10 millions.

2.8. Collaboration avec les autorités étrangères (art. 42ss projet-LFINMA)

Le projet-LIMF prévoit aussi de modifier les règles de la LFINMA sur la collaboration avec les autorités étrangères, qui ne seront plus seulement celles de surveillance des marchés financiers. De façon générale, l'ABPS considère qu'il n'est pas opportun de modifier maintenant ces règles, qui plus est sans contrepartie.

Il est notamment prévu de supprimer l'actuel art. 42 al. 4 LFINMA, qui garantit le droit d'information et de recours d'un client lorsque les informations transmises par la FINMA le concernent. Ce « Kundenverfahren » est un garant essentiel de la sécurité du droit, car les tribunaux ne sont pas soumis aux mêmes pressions que les autorités administratives.

L'art. 42a al. 4 et 5 projet-LFINMA prévoit en outre l'information a posteriori des clients concernés « si une telle information compromet le but de l'assistance administrative ou l'accomplissement efficace des tâches de l'autorité requérante. » Cette idée reprend celle qui est actuellement débattue au Parlement dans le cadre du nouvel article 21a LAAF. Une différence essentielle est que cette restriction des droits du client n'est prévue qu'en matière fiscale et en exécution d'une clause d'échange d'informations conclue avec le pays étranger, et parce que cette exception correspond au standard de l'OCDE. Il n'y a aucune raison de la généraliser dans la LFINMA.

A propos de l'art. 42b projet-LFINMA, qui prévoit une coopération internationale élargie, on se demande comment la FINMA pourra faire en sorte que « le maintien du secret soit garanti ». Au contraire, la FINMA ne pourra pas contrôler l'utilisation des informations à l'étranger, et il n'est donc pas indiqué de concentrer les compétences de communication auprès d'elle.

Enfin, l'art. 43 projet-LFINMA assouplit unilatéralement les conditions auxquelles les autorités de surveillance étrangère peuvent effectuer des audits en Suisse, notamment en n'exigeant plus que cela serve à la seule surveillance consolidée du groupe auquel appartient l'entité suisse. En outre, dans les cas où l'autorité étrangère est responsable de la surveillance consolidée, la FINMA peut autoriser des vérifications par sondages dans certains dossiers de clients (art. 43 al. 4 in fine projet-LFINMA), ce qui va bien au-delà du but de l'audit. Enfin, d'après ce même alinéa, les assujettis concernés en Suisse ne peuvent plus exiger l'accompagnement de la FINMA. Toutes ces modifications aux règles applicables aux contrôles sur place sont donc à rejeter.

* * *

En vous remerciant par avance de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de nos sentiments distingués.

ASSOCIATION DE BANQUES
PRIVÉES SUISSES

Le Directeur : Le Directeur adjoint :

Michel Y. Dérobert

Jan Langlo