

Les invités

Bonus différés, le prochain dilemme des banques

Alexander Troller
et Nathalie Bigler*

Les bonus sont souvent considérés comme responsables des secousses du secteur financier. La pression des résultats et l'appât du gain seraient à l'origine de prises de risques inconsidérés par certains traders et autres employés de banque, compromettant la capacité bénéficiaire voire l'existence même des établissements affectés.

Après avoir dû éponger les pertes parfois abyssales de certaines banques et leur éviter la faillite, plusieurs Etats ont découvert avec stupeur que leurs subsides serviraient notamment à régler de juteux bonus dus par contrat aux mêmes pyromanes qui avaient fait trébucher leur employeur. Confrontées à une opinion publique chauffée à blanc par ce saisissant contraste, les autorités ne pouvaient rester sans réagir: les golden boys de la finance avaient mangé leur pain blanc.

Si les gendarmes de la finance tiennent leur «pollueur payeur», la compatibilité de ces règles avec le droit suisse du travail laisse songeur

Sur la base des principes du Conseil de stabilité financière du G20, les autorités de surveillance ont adopté diverses mesures. A Londres, la FSA a invité les banques à ne plus garantir les bonus au-delà d'un an, les deux

*Lalive
Avocats,
Genève

tiers des bonus versés aux employés «seniors» étant à payer sur une période de trois ans au moins. Le gouvernement français a promulgué en novembre 2009 un arrêté limitant lui aussi la garantie des bonus à un an et prescrivant leur versement sur plusieurs exercices, prévoyant même leur réduction ou suppression après annonce si les résultats de la banque ou de l'employé concerné le justifient, étant précisé que ces règles impératives sont applicables aux succursales et filiales des banques françaises à l'étranger (donc... en Suisse).

A Berne, la Finma a adopté le 21 octobre 2009 une Circulaire 2010/1 relative aux systèmes de rémunération, Normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers, applicable à toutes les sociétés assujetties, soit notamment les banques, négociants en valeurs mobilières, groupes et conglomérats financiers et entreprises d'assurance. Les banques tenues de détenir au moins CHF 2 milliards de fonds propres – les fameuses «too big to fail» – se voient purement et simplement imposer les principes de la Circulaire. Quant aux établissements dont les fonds propres obligatoires sont inférieurs à ce seuil, il leur est recommandé d'intégrer les mêmes principes comme lignes directrices dans leur système de rémunération.

Le régulateur entend désormais corrélér les bonus à la maîtrise des risques pris par les employés et au succès économique à long terme de l'établissement financier. La Circulaire distingue la rémunération «globale» (tout ce qui est versé directement ou indirectement à un employé: salaire fixe, avantages en nature, salaires variables, bonus, primes) de la rémunération «variable» (soit la partie laissée à l'appréciation de l'em-

ployeur, ou qui dépend de la réalisation de certains objectifs, les provisions, commissions et autres indemnités d'engagement ou de départ).

Innovation majeure: une partie des rémunérations variables devra non seulement être décalée dans le temps, mais surtout être conditionnée aux résultats futurs de la banque. Ainsi, une partie seulement du bonus pourra être payée l'année suivant l'exercice pour lequel ce bonus a été calculé – comme le veut la pratique actuelle – le solde étant payable sur plusieurs années. Ce délai sera d'au moins trois ans pour les membres de direction, les employés dont la rémunération globale est proportionnellement importante par rapport au salaire fixe et ceux dont l'activité influe notablement sur le profil de risque de la banque. Plus les responsabilités et la rémunération globale sont importantes, plus élevée sera la proportion du bonus à différer. Si l'entreprise connaît une mauvaise passe, la part du bonus différé non encore versée pourra être diminuée, voire intégralement supprimée. Il en sera de même en cas de pertes dans le champ de responsabilité de l'employé concerné. A l'inverse, en cas de résultats positifs, la part du bonus différé pourra être augmentée – au bon vouloir de l'employeur.

Si les gendarmes de la finance tiennent désormais leur «pollueur payeur», la compatibilité de ces règles avec le droit suisse du travail laisse songeur. En effet, leur application aux contrats de travail en vigueur entraînera des modifications nécessairement sujettes à approbation par les employés concernés. Et pour nos tribunaux, même si l'employeur en réserve le caractère facultatif, un bonus devient un salaire au sens strict lorsqu'il est proportionnellement

élevé par rapport au salaire annuel fixe et qu'il est versé régulièrement. Or, dans ces cas, les montants une fois annoncés sont intégralement dus et payables à l'employé au plus tard à la fin des rapports de travail. Aucune diminution ne peut être imposée si la société n'atteint pas des résultats déterminés, comme le prévoit pourtant expressément la Circulaire.

Ces nouvelles règles semblent ainsi incompatibles avec le droit du travail et la jurisprudence. Si les intentions de la Finma paraissent louables, l'adoption de cette Circulaire est précipitée. Les questions posées oralement à Berne sur la coopération entre le DFF (autorité de tutelle de la Finma) et le DFJP suscitent au mieux un silence embarrassé. L'absence de communication paraît tout aussi édifiante entre la Finma et le secteur financier: la plupart des banques sondées semblent ignorer l'existence de cette Circulaire. Une motion visant à modifier le droit du travail et renforcer l'applicabilité de ladite Circulaire a été déposée devant les Chambres fédérales; rejetée par le Conseil fédéral, elle sera débattue prochainement au parlement. D'ici là, l'insécurité juridique régnera et donnera probablement lieu à d'intéressantes décisions judiciaires, des contestations étant attendues lorsque des primes seront unilatéralement rabotées.

Entre la peste et le choléra, les banques choisiront probablement malgré elles de «saucissonner» les bonus de leurs cadres plutôt que de froncer ouvertement la Finma. La crainte du régulateur est logiquement plus dissuasive que la perspective d'une sanction judiciaire civile. Reste le risque d'un (nouveau) désaveu de la Finma par nos tribunaux. Notre secteur financier ne mérite-t-il pas plus de sérénité dans l'élaboration de ses règles?