

Circulaire 2008/3

« Dépôts du public auprès d'établissements non ban- caires » – révision partielle

Rapport explicatif

1^{er} septembre 2017

Table des matières

Eléments essentiels	3
1 Introduction et contexte	4
2 Besoin de réglementation	4
3 Explications sur les adaptations	4
3.1 Allègement de la circulaire et autres adaptations rédactionnelles..	4
3.2 Exercice d'une activité à titre professionnel / « bac à sable », <i>sandbox</i> (art. 6 OB)	5
3.3 Exception du compte d'exécution (art. 5 al. 3 let. c OB)	7
4 Analyse d'impact	7
5 Prochaines étapes	7

Eléments essentiels

1. Les prescriptions révisées de l'ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques (OB ; RS 952.02) relatives au compte d'exécution (art. 5 al. 3 let. c) et à l'exercice d'une activité à titre professionnel (art. 6 al. 2 à 4) sont entrées en vigueur au 1^{er} août 2017. Ces prescriptions révisées prévoient en particulier que, pour l'exception du compte d'exécution, le délai d'exécution pour les opérations effectuées pour le compte de clients soit élargi, passant de 7 jours ouvrables au maximum en règle générale (pratique actuelle de la FINMA) à 60 jours. Les prescriptions prévoient également que, dans la partie dédiée à l'exercice d'une activité à titre professionnel, un espace libre d'autorisation soit créé (« bac à sable », *sandbox*), dans lequel des dépôts du public jusqu'à 1 million de francs pourront être acceptés, moyennant le respect de certaines obligations d'information à l'égard des clients. Ces dépôts ne pourront être placés et rémunérés que par le biais d'une activité artisanale ou industrielle.
2. L'exception du compte d'exécution selon l'art. 5 al. 3 let. c OB ainsi que la prescription relative à l'exercice d'une activité à titre professionnel (art. 6 OB) seront concrétisées dans la circulaire 2008/3 déjà existante. Les changements découlant des prescriptions révisées entrées en vigueur au 1^{er} août 2017 doivent donc être repris et ponctuellement précisés dans la Circ.-FINMA 08/3.
3. Concernant l'exception du compte d'exécution, la Circ.-FINMA 08/3 partiellement révisée souligne que les négociants en valeurs mobilières ne sont pas concernés par le délai d'exécution de 60 jours désormais explicitement mentionné à l'art. 5 al. 3 let. c OB. Il est aussi clairement indiqué que l'exception du compte d'exécution comprend les modèles d'affaires ayant un caractère d'intermédiation.
4. En lien avec l'espace libre d'autorisation (art. 6 al. 2 à 4 OB), la Circ.-FINMA 08/3 partiellement révisée précise comment il faut comprendre le seuil de 1 million de francs, l'interdiction de placement et de rémunération et la notion d'activité principale artisanale ou industrielle. En outre, elle expose comment respecter les obligations d'information à l'égard des clients et du dépassement du seuil de 1 million de francs.

1 Introduction et contexte

Le Conseil fédéral a décidé, lors de sa séance du 5 juillet 2017, de modifications à apporter à l'OB. Celles-ci sont entrées en vigueur au 1^{er} août 2017.

Les modifications et nouveautés dans l'OB comprennent notamment (i.) l'élargissement du délai pour l'exécution d'opérations pour le compte de clients, ce délai passant de sept jours ouvrables au maximum, en principe, dans la pratique en vigueur jusque-là, à 60 jours désormais¹ (art. 5 al. 3 let. c ch. 2 OB) et (ii.) la création d'un espace d'innovation dit libre d'autorisation (« bac à sable », *sandbox*), où les dépôts du public peuvent être acceptés jusqu'à un seuil de 1 million de francs au maximum, à condition de respecter certaines obligations d'information à l'égard des clients (la rémunération et le placement des dépôts sont alors permis uniquement en cas d'activité principale de type artisanal ou industriel) (art. 6 al. 2 et 3 OB).

2 Besoin de réglementation

Les adaptations de l'OB et leur entrée en vigueur au 1^{er} août 2017 rendent nécessaire une révision partielle de la Circ.-FINMA 08/3. La Circ.-FINMA 08/3 actuelle concrétise en effet, dans ses Cm 8 s. et 15 s., les dispositions appliquées jusqu'ici et désormais modifiées relatives au compte d'exécution (art. 5 al. 3 let. c OB) et à l'exercice d'une activité à titre professionnel (art. 6 OB). Les adaptations de l'OB, entrées en vigueur le 1^{er} août 2017, doivent donc être reprises et ponctuellement précisées dans la Circ.-FINMA 08/3 pour garantir la sécurité juridique.

3 Explications sur les adaptations

3.1 Allègement de la circulaire et autres adaptations rédactionnelles

La circulaire actuelle reprend à plusieurs reprises le texte de l'OB. Ces répétitions seront supprimées afin clarifier la circulaire. Cela entraîne certaines adaptations rédactionnelles. De plus, en raison des modifications de l'OB, quelques autres modifications rédactionnelles sans portée matérielle sont nécessaires.

¹ Cf. concernant le délai d'exécution pour les négociants en valeurs mobilières, les explications ci-dessous sur le Cm 16 de la version de la Circ.-FINMA 08/3 envoyée en audition.

3.2 Exercice d'une activité à titre professionnel / « bac à sable », *sandbox* (art. 6 OB)

Comparée à l'ancienne, la nouvelle disposition sur l'exercice d'une activité à titre professionnel (art. 6 OB) a été complétée par les alinéas 2 à 4. Selon l'ancienne disposition, une personne qui détenait de manière durable plus de 20 dépôts ou faisait appel au public pour obtenir des dépôts à titre professionnel était considérée comme acceptant des dépôts du public à titre professionnel. Cette disposition est encore présente dans l'art. 6 al. 1 OB.

Les nouveaux alinéas 2 à 4 de l'article 6 OB ne prévoient toutefois pas d'activité à titre professionnel lorsque quelqu'un accepte effectivement, de manière durable, plus de 20 dépôts du public ou fait appel au public pour obtenir des dépôts mais ne dépasse pas, ce faisant, le seuil de 1 million de francs et, si son activité principale n'est pas artisanale ou industrielle, lorsque les fonds ne sont ni placés ni rémunérés (art. 6 al. 2 let. a et b ainsi que art. 6 al. 3 OB). L'entreprise doit, de plus, informer les clients avant le dépôt des fonds qu'elle n'est pas surveillée par la FINMA et que les dépôts ne sont pas protégés par la garantie des dépôts (art. 6 al. 2 let. c OB). Si le seuil de 1 million de francs est dépassé, il faut en informer la FINMA dans les 10 jours et lui soumettre dans les 30 jours une demande d'autorisation. Il revient à la FINMA de décider si elle interdit ou non d'accepter d'autres dépôts du public jusqu'à ce que la décision sur la demande d'autorisation soit prise (art. 6 al. 4 OB).

Le Cm 8.1 indique que le seuil de 1 million de francs selon l'art. 6 al. 2 let. a OB ne doit pas être compris en termes absolus. Une entreprise peut parfaitement accepter plus d'un million de francs mais ne peut à aucun moment avoir des engagements envers ses clients dépassant 1 million de francs au total (exemple : une entreprise accepte pendant une certaine période en dépôt 1,5 million de francs. Durant cette période, elle rembourse aussi 0,5 million à ses clients. Dans ce cas, elle n'aura eu à aucun moment des engagements de plus de 1 million de francs envers ses clients).

Le Cm 8.2 se réfère à l'interdiction de placement et de rémunération de l'art. 6 al. 2 let. b OB. Celui-ci exige que les dépôts payés par des clients à des entreprises dont l'activité principale n'est pas artisanale ou industrielle doivent rester disponibles de manière permanente et sous forme liquide jusqu'à leur transfert ou leur remboursement². Pour des raisons de transparence, les dépôts doivent alors être conservés sur un compte ou des comptes tenus séparément des comptes commerciaux usuellement utilisés pour l'exploitation courante de l'entreprise. Aucune garantie de ce ou ces comptes séparés en cas de faillite n'est cependant requise. La transparence créée par ces comptes séparés contribue à protéger les clients et donne aux participants du bac à sable une meilleure vue d'ensemble concernant le

² DFF, Modification de l'ordonnance sur les banques (FinTech), Commentaires («Rapport explicatif OB»), 5 juillet 2017, p. 23.

seuil de 1 million de francs, moyennant une charge administrative acceptable (cf. sur ce point, Cm 8.5, ci-dessous).

Le Cm 8.3 précise que les clients doivent être informés (par écrit ou autre moyen démontrable par le biais de textes) que la FINMA ne surveille pas l'entreprise et qu'il n'y a aucune garantie des dépôts (art. 6 al. 2 let. c OB). Pour des raisons de protection des clients, une simple communication sur le site Internet de l'entreprise ou une remarque dans les conditions générales ne suffisent pas. Il est aussi exigé, également dans un souci de protection des clients, que ceux-ci soient informés au plus tard au moment de la conclusion du contrat, soit avant de procéder au dépôt. Ainsi, le client ou l'investisseur dispose des informations utiles dès sa prise de décision et la conclusion du contrat et non au moment de verser les fonds.

Le Cm 8.4 définit par la négative que l'on considère qu'une activité artisanale ou industrielle est en principe exercée lorsque l'entreprise ne fournit aucune prestation dans le domaine financier ni ne sert d'intermédiaire pour de telles prestations. Font notamment partie des prestations d'ordre financier (liste non exhaustive): les activités de dépôt, les opérations de crédit, le négoce de valeurs mobilières, le placement de capitaux ou la gestion de fortune (dans chaque cas, pour soi-même ou pour le compte de tiers), la détention de participations qualifiées, en majeure partie dans des entreprises actives dans le domaine financier (sociétés holdings) et en principe l'activité des entreprises d'assurance (cf. aussi l'art. 4 OB). Si l'activité prédominante est de type artisanal ou industriel, on considère qu'il s'agit de l'activité principale (il convient d'en juger au cas par cas). La prescription de l'art. 6 al. 3 OB, selon laquelle les dépôts doivent être utilisés pour financer l'activité principale artisanale ou industrielle, exclut en principe d'investir les dépôts acceptés dans des placements financiers et des instruments financiers. Il est en revanche possible de rémunérer les dépôts.

Le Cm 8.5 indique que, dans le processus d'autorisation (art. 6 al. 4 OB) engendré par le dépassement du seuil de 1 million de francs (art. 6 al. 2 let. a OB), les conditions de l'art. 6 al. 2 et 3 OB doivent encore être respectées. Cela signifie qu'une entreprise sans activité principale artisanale ou industrielle ne peut toujours pas placer ou rémunérer les dépôts acceptés (art. 6 al. 2 let. b et al. 3 OB). De plus, il faut procéder à l'information des clients avant que ceux-ci n'effectuent le dépôt conformément aux prescriptions de l'art. 6 al. 2 let. c OB, durant le processus d'autorisation également, pour autant que la FINMA autorise à continuer à accepter des dépôts du public (art. 6 al. 4 OB). La FINMA autorise l'entreprise à continuer à accepter des dépôts du public en tenant compte de la protection des clients, si la preuve est apportée que les dépôts acceptés jusque-là sont disponibles sur un compte séparé, de manière permanente et sous forme liquide, qu'il n'y a aucun surendettement, que les exigences minimales en fonds propres peuvent être remplies pour l'autorisation visée selon la LB et qu'aucun (autre) indice ne s'oppose à l'autorisation du point de vue de la LB.

3.3 Exception du compte d'exécution (art. 5 al. 3 let. c OB)

Le Cm 16 tient désormais compte du délai d'exécution de 60 jours de l'art. 5 al. 3 let. c ch. 2 OB. Il est aussi explicitement indiqué que ce délai ne concerne pas les négociants en valeurs mobilières, comme dans la pratique de la FINMA jusqu'ici. Cela est dû au fait que la surveillance prudentielle des négociants en valeur mobilières améliore la protection des investisseurs. Par ailleurs, ce Cm concrétise désormais le fait que l'exception du compte d'exécution comprend aussi des modèles d'affaires ayant un caractère d'intermédiation, tels que le transfert d'argent, le *crowdfunding* ou le recouvrement de créances, selon la volonté du législateur.

Le Cm 16.1 doit être adapté au nouveau texte de l'art. 5 al. 3 let. c ch. 2 OB. En effet, le nouveau délai de 60 jours lierait aussi les négociants en métaux précieux, si l'on tient compte du texte du Cm 16.1, même s'ils remplissent les conditions qui y sont mentionnées. Il y a dès lors lieu de clarifier que les négociants en métaux précieux peuvent bénéficier de l'exception du compte d'exécution sans être limités par le délai de 60 jours, pour autant que les soldes des comptes de clients auprès des négociants en métaux précieux soient couverts par les métaux précieux physiquement présents et que les clients aient le droit de revendiquer ces métaux en cas de faillite du négociant.

4 Analyse d'impact

Dans son rapport explicatif, le Conseil fédéral conclut notamment que la révision de l'OB réduit les obstacles réglementaires, facilitant ainsi l'entrée sur le marché de différents acteurs, et peut donner un avantage à la place financière suisse face à la concurrence internationale³. L'analyse d'impact effectuée par le Conseil fédéral dans son rapport explicatif sur l'OB ne subit aucune modification du fait des adaptations de la Circ.-FINMA 08/3.

5 Prochaines étapes

La publication de la Circ.-FINMA 08/3 révisée est prévue pour le quatrième trimestre 2017 ou le premier trimestre 2018.

³ Rapport explicatif sur l'OB, p. 23 à 24.