

Circulaire 2008/3

Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires

Acceptation à titre professionnel de dépôts du public par des établissements non bancaires au sens de la loi sur les banques

Référence : Circ.-FINMA 08/3 « Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires »
 Date : 20 novembre 2008
 Entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2009
 Dernière modification : 20 novembre 2008
 Concordance : remplace la Circ.-CFB 96/4 « Dépôt du public auprès d'établissements non bancaires » du 22 août 1996
 Bases légales : LFINMA art. 7 al. 1 let. b
 LB art. 1
 OB art. 1–3

Destinataires																						
LB			LSA			LBVM		LPCC						LBA		Autres						
Banques	Groupes et congl. financiers	Autres intermédiaires	Assureurs	Groupes. et congl. d'assur.	Intermédiaires d'assur.	Bourses et participants	Négociants en valeurs mob.	Directions de fonds	SICAV	Sociétés en comm. de PCC	SICAF	Banques dépositaires	Gestionnaires de PCC	Distributeurs	Représentants de PCC étr.	Autres intermédiaires	OAR	IFDS	Entités surveillées par OAR	Sociétés d'audit	Agences de notation	
		X																				

I.	Modification de la loi et de l'ordonnance de 1994	Cm	1–5
II.	Dispositions pénales	Cm	6
III.	Critères pour l'appréciation des dépôts	Cm	7–30
A.	L'acceptation de fonds du public s'effectue-t-elle à titre professionnel ?	Cm	8–9
B.	Les fonds étrangers ont-ils la qualité de dépôts ?	Cm	10–18
C.	S'agit-il de dépôts provenant du public ?	Cm	19–30
IV.	Exceptions à l'interdiction d'accepter des dépôts du public à titre professionnel	Cm	31–34

I. Modification de la loi et de l'ordonnance de 1994

Avec la modification du 18 mars 1994 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (ci-après loi sur les banques ou LB ; SR 952.0), a notamment été redéfini le champ d'application de cette dernière, tel qu'il ressort de l'art. 1 al. 2 LB. Cette modification de la loi a été concrétisée dans les art. 3 et 3a de l'ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne (ordonnance sur les banques ou OB ; RS 952.02) à l'occasion de la révision du 12 décembre 1994 de cette même ordonnance. 1

L'acceptation à titre professionnel de dépôts du public n'est autorisée (sous réserve de quelques exceptions) qu'aux banques qui, d'après la loi sur les banques, sont surveillées par la FINMA. 2

Les personnes physiques ou morales dépourvues de licence bancaire qui projettent d'accepter à titre professionnel des dépôts du public doivent obtenir une licence bancaire avant de débiter leur activité. 3

Abrogé 4

Abrogé 5

II. Dispositions pénales

L'art. 46 al. 1, let. a, et al. 2 LB sanctionne l'acceptation indue de dépôts du public ou de dépôts d'épargne. De même, l'usage des termes « banque », « banquier » ou « épargne » est interdit aux établissements non bancaires (art. 49 al. 1, let. a, et al. 2 LB). Enfin, la communication de faux renseignements à la FINMA est punissable (art. 45 al. 1 et al. 2 de la Loi sur les marchés financiers [LFINMA ; RS 956.1]). 6

III. Critères pour l'appréciation des dépôts

Des dépôts existants doivent être remboursés lorsqu'il est positivement répondu aux trois questions suivantes (paragraphe A à C) : 7

A. L'acceptation de fonds du public s'effectue-t-elle à titre professionnel ?

Conformément à la définition qui figure à l'art. 3a al. 2 OB, agit à titre professionnel au sens de la loi sur les banques, « celui qui, sur une longue période, accepte plus de 20 dépôts du public ». 8

Ainsi, dans le sens d'une présomption légale, celui qui accepte de l'argent de plus de 20 déposants agit-il toujours à titre professionnel. En outre, l'appel au public pour obtenir des fonds en dépôt (par exemple par la publicité, l'envoi de prospectus ou le recours à des annonces) n'est pas admis, quand bien même il en résulte moins de 20 dépôts (cf. art. 3 al. 1 OB ; art. 49 al. 1, let. c, et al. 2 LB). 9

B. Les fonds étrangers ont-ils la qualité de dépôts ?

Il ressort par principe de l'ordonnance sur les banques que tous les passifs ont le caractère de dépôts. L'art. 3a al. 3 let. a–d OB énumère exhaustivement les exceptions : 10

a) Fonds étrangers sans caractère de prêts ou de dépôts

« Les fonds reçus en contrepartie d'un contrat de transfert de propriété ou de prestations de services, ou remis à titre de garantie » (art. 3a al. 3 let. a OB). 11

C'est pourquoi, par exemple, un acompte dans un contrat de vente, une provision lors d'une commande, un dépôt de loyer, etc., n'ont pas le caractère d'un dépôt. 12

b) Emprunts par obligations

« Les emprunts par obligations et les autres obligations émises sous une forme standardisée et diffusées en grand nombre ou les droits ayant la même fonction (droits-valeurs), lorsque les créanciers sont informés de manière équivalente aux prescriptions prévues par l'article 1156 du code des obligations » (art. 3a al. 3 let. b OB). 13

Contrairement à un dépôt productif d'intérêts effectué individuellement, de tels instruments de placement représentent des obligations standardisées, que l'art. 1 al. 2 LB exclut expressément, lorsque les informations minimales prescrites par le droit des obligations sont disponibles. Des bons de caisse émis isolément ne sont pas assimilés à des emprunts par obligations. 14

c) Comptes d'exécution

« Les soldes en compte de clients auprès de négociants en valeurs mobilières ou en métaux précieux, auprès de gérants de fortune ou d'entreprises analogues qui servent uniquement à exécuter des opérations de clients, lorsqu'aucun intérêt n'est accordé sur les comptes » (art. 3a al. 3 let. c OB). 15

De tels comptes ont uniquement pour but de tenir à disposition les liquidités nécessaires pour la liquidation de l'affaire principale qui se trouve au premier plan. L'interdiction de verser des intérêts applicable à ce genre de dépôts doit garantir une circulation rapide et une limitation du volume de tels montants. 16

Les soldes en compte de clients auprès d'un négociant en métaux précieux sont couverts par la présente exception si le négociant dispose physiquement des avoirs en métaux précieux de ses clients et si les clients bénéficient d'un droit de distraction en cas de faillite du négociant. 16^{bis}

Suite à la modification de l'art. 3a al. 3 let. c OB du 14 mars 2008, les négociants en devises qui tiennent pour leurs clients des comptes servant à effectuer des investissements dans différentes devises ne bénéficient plus depuis le 1^{er} avril 2008 de la présente exception. Les dispositions transitoires de l'art. 62a OB s'appliquent aux négociants en devises en exercice qui sont soumis désormais à la loi suite à cette modification de l'ordonnance. 16^{ter}

d) Montants destinés aux assurances vie et à la prévoyance professionnelle

« Les fonds dont l'acceptation est liée d'une manière indissoluble à un contrat d'assurance sur la vie, à la prévoyance professionnelle ou à d'autres formes reconnues de prévoyance au sens 17

de l'article 82 de la loi du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité » (art. 3a al. 3 let. d OB).

Les dépôts cités à la let. d sont autorisés sur la base d'autres lois fédérales et sont en outre effectués auprès d'institutions surveillées. 18

e) Moyens de paiement et systèmes de paiement

Les fonds affectés à un moyen de paiement ou un système de paiement (cartes à paiement, possibilités de paiement par internet ou par téléphonie mobile, etc.) n'ont pas le caractère de dépôts dans la mesure où : 18^{bis}

- ils servent uniquement à l'acquisition future de biens ou de services,
- ils ne dépassent jamais le montant maximum de CHF 3'000.- par client et par prestataire de moyen de paiement ou exploitant d'un système de paiement, et
- ils ne produisent pas d'intérêts. Des rabais ou d'autres avantages pécuniaires ne peuvent être accordés que sur les biens ou services et ne doivent pas dépendre du montant des avoirs (art. 3a al. 3 let. a et c OB).

C. S'agit-il de dépôts provenant du public ?

On tire à nouveau de l'ordonnance sur les banques la présomption selon laquelle tous les dépôts sont des dépôts du public. Les exceptions à ce principe sont énumérées à l'art. 3a al. 4 let. a–e OB. 19

Ne sont pas des dépôts du public uniquement les dépôts des :

a) Banques

« Banques suisses ou étrangères ou autres entreprises faisant l'objet d'une surveillance étatique » (art. 3a al. 4 let. a OB). 20

Sont considérées comme banques étrangères les entreprises qui, d'après le droit de l'Etat selon lequel elles sont organisées, sont autorisées à accepter des dépôts. Comme exemple de ces autres entreprises faisant l'objet d'une surveillance étatique, on peut citer les établissements d'assurance. 21

b) Proches

« Actionnaires ou sociétaires du débiteur qui détiennent des participations qualifiées et personnes qui ont des liens économiques ou familiaux avec eux » (art. 3a al. 4 let. b OB). 22

Les actionnaires qualifiés, c'est-à-dire ceux qui détiennent plus de 10% des voix ou du capital (art. 3 al. 2 let. c^{bis} LB) et les personnes économiquement liées (par exemple les sociétés mères, filiales ou sœurs) sont spécialement proches et ne doivent pas être traités comme le reste du public. Contrairement à ce même public, ils reçoivent régulièrement des informations en avance et sont, par rapport aux autres actionnaires, en mesure d'exercer plus tôt leur influence. 23

c) Investisseurs institutionnels

« Investisseurs institutionnels dont la trésorerie est gérée à titre professionnel » (art. 3a al. 4 let. c OB). 24

Selon les circonstances concrètes, peuvent tomber dans cette catégorie d'investisseurs, qui ne peut être comparée avec le public, par exemple les caisses de pension, les communes, les entreprises industrielles et commerciales. En outre, l'exigence d'une trésorerie gérée à titre professionnel implique au moins qu'une personne expérimentée ayant des qualifications dans le domaine financier, soit principalement et de façon constante chargée de gérer les moyens financiers de l'entreprise. 25

d) Associations, fondations ou sociétés coopératives

« Déposants auprès des associations, fondations ou sociétés coopératives qui poursuivent un but idéal ou d'entraide mutuelle et qui ne sont en aucune manière actives dans le domaine financier » (art. 3a al. 4 let. d OB). 26

Les associations et les fondations visées sont notamment les clubs de sport, les associations de protection de la nature ou du patrimoine, les fondations religieuses, d'aide au logement ou culturelles. Parmi les coopératives concernées figurent, par exemple, les coopératives de production, de distribution, de vente, de logement ou aussi les coopératives agricoles. Le cercle des déposants n'est pas limité aux seuls membres. Sont en revanche considérés comme dépôts du public, les fonds provenant de déposants auprès des associations, fondations ou sociétés coopératives dont le but ou l'activité réside de manière prépondérante dans l'acceptation et le placement productif d'intérêts des fonds confiés. 27

Abrogé 27^{bis}

e) Employés

« Employés et retraités d'une entreprise lorsque les fonds sont déposés auprès de celle-ci » (art. 3a al. 4 let. e OB). 28

Le cercle admis des investisseurs se limite ainsi aux personnes se trouvant effectivement dans une relation de travail (et aux retraités vis-à-vis de leur dernier employeur), qui réalisent un placement direct auprès de leur employeur. 29

La let. e n'autorise pas les dépôts d'un cercle plus étendu de personnes, en particulier des proches d'un travailleur (conjoint et enfants) auprès de l'employeur du membre de la famille concerné. N'est pas davantage autorisé le placement auprès d'une autre personne juridique que l'employeur (par exemple auprès d'un groupement constitué comme association, coopérative ou fondation par les employés du même employeur), à moins que l'employeur ne réponde des dépôts (voir ci-après, chiffre marginal 33). 30

IV. Exceptions à l'interdiction d'accepter des dépôts du public à titre professionnel

Outre les banques, les institutions suivantes peuvent accepter des dépôts du public conformément à l'art. 3a al. 1 OB : 31

- corporations et établissements de droit public
- ainsi que les caisses dont ils garantissent intégralement les engagements.

L'exception en faveur de tels établissements non surveillés par la FINMA repose sur le fait que leur solidité est estimée au moins équivalente et que la responsabilité finale pour leurs engagements incombe à la collectivité. 32

Au surplus, des caisses de dépôts d'entreprises juridiquement indépendantes de l'employeur sont admissibles si l'employeur commun garantit aux déposants le remboursement des dépôts et le paiement des intérêts convenus. 33

De même, l'acceptation de dépôts est autorisée si une banque soumise à la loi sur les banques garantit le remboursement des dépôts et le paiement des intérêts convenus (garantie pour risque de défaillance). 34

Abrogé 35

Abrogé 36

Abrogé 37