

Circulaires FINMA 2008/3 « Dépôts du public auprès d'établissements non ban- caires » et 2013/3 « Activités d'audit »

Rapport sur l'audition relative aux projets de révision partielle des circulaires FINMA 08/3 « Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires » et 13/3 « Activités d'audit », qui a eu lieu du 15 mars au 15 mai 2019

26 juin 2019

Table des matières

Eléments essentiels	3
1 Introduction	4
2 Prises de position reçues	4
3 Résultats de l'audition portant sur la Circ.-FINMA 08/3 « Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires » et évaluation par la FINMA.....	5
3.1 Interprétation de la notion d'opérations d'intérêts (art. 6 al. 2 let. b OB ; Cm 9.1 à 9.3 du texte soumis à audition)	5
3.2 Garantie de transition du bac à sable vers l'autorisation Fintech (art. 6 al. 2 let. b OB ; Cm 8.5 ch. 4 Circ.-FINMA 08/3)	7
4 Résultats de l'audition portant sur la Circ.-FINMA 13/3 « Activités d'audit » et évaluation par la FINMA	8
4.1 Précisions sur l'analyse des risques et la stratégie d'audit.....	8
4.2 Délais de remise et approbation de la stratégie d'audit.	9
5 Effets	10
6 Prochaines étapes	10

Éléments essentiels

1. Sur la base des avis exprimés durant l'audition, la FINMA renonce à codifier dans la circulaire sa pratique de surveillance relative à la notion d'opérations d'intérêts selon l'art. 6 al. 2 let. b OB.
2. L'audit des personnes au sens de l'art. 1b LB s'appuie sur l'audit des banques et négociants en valeurs mobilières. Les allègements destinés aux établissements disposant d'une autorisation Fintech sont pris en compte aussi bien dans l'analyse des risques que dans la stratégie d'audit.
3. Les circulaires révisées entrent en vigueur le 1^{er} juillet 2019.

1 Introduction

La FINMA a mené du 15 mars au 15 mai 2019 une audition publique sur la révision partielle de ses circulaires 2008/3 « Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires » et 2013/3 « Activités d'audit ».

Le présent rapport expose, sous une forme générale et résumée, les prises de position envoyées par les participants au sujet des projets de révision et commente certaines dispositions lorsque cela s'avère nécessaire.

2 Prises de position reçues

Les personnes et institutions suivantes (mentionnées par ordre alphabétique) ont participé à l'audition et ne se sont pas opposées à la publication de leurs prises de position :

Révision partielle de la Circ.-FINMA 08/3 « Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires »

- Association suisse des banquiers (ASB)
- Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR)
- EXPERTsuisse SA (EXPERTsuisse)
- Swiss Fintech Innovations (SFTI)
- Union des Banques Cantoniales Suisses (UBCS)
- VISCHER SA
- Walder Wyss SA, avec Switzerland AG (walderwyss/SAG)

Révision partielle de la Circ.-FINMA 13/3 « Activités d'audit »

- Association suisse des banquiers (ASB)
- Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR)
- esisuisse – Garantie des dépôts (esisuisse)
- EXPERTsuisse SA (EXPERTsuisse)
- Swiss Fintech Innovations (SFTI)

3 Résultats de l'audition portant sur la Circ.-FINMA 08/3 « Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires » et évaluation par la FINMA

Certains participants à l'audition ont proposé des adaptations de chiffres marginaux de la Circ.-FINMA 08/3 qui n'ont pas de lien direct avec les modifications de l'ordonnance sur les banques (OB ; RS 952.02) entrées en vigueur le 1^{er} avril 2019 au sujet du bac à sable (*sandbox*), ni donc avec la présente audition. La FINMA a pris connaissance des prises de position sans lien avec lesdites modifications de l'OB sans les approfondir dans le présent rapport.

3.1 Interprétation de la notion d'opérations d'intérêts (art. 6 al. 2 let. b OB ; Cm 9.1 à 9.3 du texte soumis à audition)

Prises de position

L'ASB, l'UBCS et SFTI reprochent à la FINMA de dépasser ses compétences en interprétant la notion d'opérations d'intérêts différemment des indications du rapport explicatif sur la révision partielle de l'OB¹. Ils sont d'avis que la définition de la FINMA serait confuse et entraînerait des difficultés inutiles à distinguer les cas ainsi que des problèmes quasiment insolubles dans la pratique. Les opérations à l'actif devraient être comprises et définies uniquement comme « l'octroi de crédits via l'utilisation de dépôts ».

SFTI relève par ailleurs que dans le cadre du bac à sable, il devrait par exemple être possible de détenir les dépôts sur des comptes portant intérêts, ce d'autant plus que le Conseil fédéral et le Parlement sembleraient considérer que la notion d'opérations à l'actif se limite à l'octroi de crédits via l'utilisation de dépôts issus d'opérations au passif.

VISCHER affirme que la formulation proposée, selon laquelle il devrait suffire qu'un intérêt déterminé ou déterminable soit fixé lors du placement, pourrait conduire dans la pratique à de grandes incertitudes juridiques, en faisant porter le risque d'une mauvaise interprétation aux praticiens du droit. D'un point de vue économique, un intérêt pourrait habituellement être défini pour la plupart des placements. Les explications figurant au Cm 9.2 devraient se limiter à la définition de base des opérations d'intérêts. Dans ce contexte, il conviendrait de renoncer au point de vue économique et de décider qu'il y a une opération d'intérêts en particulier lorsque, lors du placement (opération à l'actif) des dépôts acceptés et portant intérêts, un intérêt défini est fixé « au moment de la conclusion du contrat ».

¹ Explications sur la révision de l'ordonnance sur les banques (OB) « autorisation Fintech » du Département fédéral des finances DFF du 30 novembre 2018, p. 5 et 11.

walderwyss/SAG propose d'ajouter une définition des opérations au passif. Il pourrait ainsi y avoir une opération d'intérêts en particulier lorsque, lors du placement (opération à l'actif) des dépôts acceptés et portant intérêts, un intérêt déterminé ou déterminable est fixé ou obtenu et que le placement est refinancé en acceptant des dépôts du public (opérations au passif).

L'ASR demande qu'outre les possibilités de placement (crédits) mentionnées en tant qu'opérations à l'actif au Cm 9.1 du projet soumis à audition, il soit fait mention d'une spécification plus précise des principales possibilités de placement. EXPERTsuisse demande la reprise de certaines explications du rapport explicatif selon lesquelles l'utilisation de dépôts pour les activités commerciales ou industrielles et la consommation privée n'entre pas dans la définition des opérations d'intérêts.

Appréciation

Par le biais de circulaires, la FINMA codifie sa pratique de surveillance à propos des dispositions du droit de la surveillance qui requièrent une interprétation. Elle s'assigne ainsi des prescriptions à elle-même pour exercer son pouvoir d'appréciation et augmente en même temps la sécurité juridique pour les praticiens du droit.

La FINMA exposait, par l'interprétation proposée, la compréhension générale qu'elle a de la notion d'opérations d'intérêt. Elle considère qu'il y a opération d'intérêt notamment lorsqu'un intérêt déterminé ou déterminable est convenu lors du placement des dépôts acceptés et portant intérêts.

Il est évident que la notion d'opérations d'intérêts peut être diversement interprétée, à savoir de manière générale ou dans le présent contexte de l'exception dite « bac à sable ». Elle requiert donc une interprétation claire. Cependant, la FINMA prend connaissance du fait que la majorité des participants à l'audition sont d'avis qu'elle n'a plus aucune marge d'interprétation, puisque la volonté du législateur est claire. Selon cet avis, les conditions permettant de codifier l'interprétation de cette notion dans une circulaire de la FINMA font donc défaut.

La FINMA considère qu'il est possible de renoncer à une définition des opérations d'intérêts au sens de l'art. 6 al. 2 let. b OB et à une liste d'exemples au niveau de la circulaire et de clarifier cette notion par le biais de la pratique de surveillance et éventuellement de la pratique judiciaire. La FINMA reconnaît en particulier que la Circ.-FINMA 08/3 n'est pas forcément le canal le plus adapté pour définir la notion d'opérations d'intérêts qui occupe une place centrale au niveau du droit des marchés financiers.

Conclusion

Les explications du projet soumis à audition concernant l'interprétation des opérations d'intérêts selon l'art. 6 al. 2 let. b OB (Cm 9.1 à 9.3) sont supprimées.

3.2 Garantie de transition du bac à sable vers l'autorisation Fintech (art. 6 al. 2 let. b OB ; Cm 8.5 ch. 4 Circ.-FINMA 08/3)

Prises de position

L'ASB, l'UBCS et SFTI reprochent au texte que, à partir du moment où le demande est déposée pour une autorisation Fintech, les dépôts du public acceptés ne pourraient plus être rémunérés ni placés. Cela aurait pour conséquence absurde que les entreprises Fintech ayant testé avec succès leur modèle d'affaires portant des intérêts dans le cadre du bac à sable devraient changer de modèle d'affaires au moment où elles déposent une demande, en raison de l'interdiction de rémunération prévalant pour l'autorisation Fintech.

Appréciation

Les remarques de l'ASB, de l'UBCS et de SFTI sont pertinentes lorsqu'ils critiquent le fait que les dépôts ne peuvent plus être rémunérés dès qu'une demande d'autorisation Fintech a été déposée et que le modèle d'affaires doit être modifié s'il prévoit des placements ou des intérêts. La possibilité de verser des intérêts sur les dépôts acceptés en vertu de l'art. 6 al. 2 OB a pour conséquence qu'un modèle d'affaire de ce type ne peut plus être exploité dans le champ d'application d'une éventuelle autorisation Fintech, puisque, dans le cadre de ces dépôts du public, il n'est permis ni d'effectuer des placements, ni de les rémunérer (art. 1b al. 1 let. b LB). Cette divergence entre le bac à sable et l'autorisation Fintech est cependant prévue par le droit supérieur et ne peut donc pas être supprimée par une interprétation différente dans le cadre de la Circ.-FINMA 08/3.

Conclusion

Le Cm 8.5 ch. 4 du texte soumis à audition n'est pas modifié.

4 Résultats de l'audition portant sur la Circ.-FINMA 13/3 « Activités d'audit » et évaluation par la FINMA

4.1 Précisions sur l'analyse des risques et la stratégie d'audit

Prises de position

EXPERTsuisse critique, concernant la stratégie d'audit, le renvoi général aux dispositions spécifiques de l'audit des banques et négociants en valeurs mobilières. En particulier, la mise en œuvre dans la licence Fintech de la différenciation selon les différentes catégories envisagées pour les banques ne serait pas claire. Il faudrait également donner une formulation concrète pour la confirmation des dépôts du public. Au lieu de la présence de dépôts du public, il conviendrait de confirmer annuellement que les dépôts sont correctement gardés, conformément à l'art. 14f OB, que la cadence d'audit soit réduite ou non. Dans le domaine d'audit « respect des obligations d'annonce et de *reporting* », les art. 6 LB et 32 OB ne seraient pas applicables aux personnes définies à l'art. 1b LB, toujours selon EXPERTsuisse, la publication devant correspondre à l'art. 958e du code des obligations (CO ; RS 220). Par ailleurs, EXPERTsuisse exige que l'analyse des risques mentionne les dispositions (issues de circulaires de la FINMA par ex.) s'appliquant à l'assujetti concerné en fonction de la décision d'autorisation. La prise de position prévoit aussi les deux modifications suivantes dans les annexes 21 et 22 :

- Au lieu du renvoi général aux Cm 117 à 138 de la circulaire FINMA 2008/21, le domaine ou champ d'audit « risques opérationnels » devrait coïncider avec les prescriptions effectivement contenues dans ces Cm ou le renvoi général aux exigences qualitatives devrait être supprimé et remplacé par un renvoi à l'art. 14e OB.
- Mention du domaine ou champ d'audit « dépôts du public au niveau du groupe », sur la base de l'art. 24 OB.

L'ASR défend, concernant la formulation sur la confirmation des dépôts du public, le même point de vue qu'EXPERTsuisse. Elle évoque explicitement la nécessité de vérifier les dépôts du public chaque année. Les exigences en fonds propres minimaux selon l'art. 17a al. 1 et 2 OB devraient également faire l'objet d'une révision annuelle.

SFTI, l'ASB et esisuisse considèrent un contrôle régulier, par exemple annuel, du respect des devoirs d'information comme approprié.

Appréciation

Actuellement, la FINMA ne prévoit pas de catégorie spécifique pour les personnes au sens de l'art. 1b LB, raison pour laquelle les renvois aux dispositions particulières de l'audit des banques et négociants en valeurs mobilières

seront précisées. La confirmation en lien avec les dépôts du public sera également précisée et complétée conformément aux propositions d'EX-PERTsuisse, de l'ASR, de l'ASB et de SFTI, en ajoutant que le respect des devoirs d'information concernant le traitement privilégié des dépôts devra également être confirmé chaque année.

L'étendue du domaine ou du champ d'audit « respect des devoirs d'annonce et de *reporting* » se limite aux art. 8a et 20 OB. Concernant la publication et la remise des comptes annuels, les art. 958e CO et 29 LFINMA sont suffisants. Les autres adaptations proposées dans les annexes 21 et 22 pour le domaine ou champ d'audit « risques opérationnels » seront précisées en se limitant au chiffres marginaux applicables aux petits établissements et en complétant l'art. 14e OB. Le domaine ou champ d'audit « dépôts du public au niveau du groupe » sera complété dans les annexes 21 et 22.

Il est renoncé à indiquer dans l'analyse des risques quelles dispositions s'appliquent à l'établissement concerné selon la décision d'autorisation. La FINMA renonce aussi à adapter la fréquence des audits concernant les exigences en fonds propres minimaux, comme proposé par l'ASR. Elle procédera à ses propres analyses de plausibilité durant les années sans audit.

Conclusion

Les précisions et renvois en ce sens sont apportés dans la Circ.-FINMA 13/3 et dans les annexes 21 et 22.

4.2 Délais de remise et approbation de la stratégie d'audit.

Prises de position

Au vu de l'environnement dynamique de la branche des Fintechs, l'ASR considère le délai de remise pour l'analyse des risques, la stratégie d'audit et le rapport trop long. Elle propose un délai de quatre mois au maximum après la fin de l'exercice (comme pour les banques), afin que la FINMA puisse réagir plus vite et que les sociétés d'audit soient obligées de remanier l'analyse des risques neuf mois après la fin de l'exercice précédent. Si une modification de la stratégie d'audit devait en découler, il faudrait remettre à la FINMA une stratégie d'audit modifiée. Cette manière de faire forcerait les sociétés d'audit à se pencher en permanence sur des conditions cadres modifiées et des modifications de l'activité commerciale, tout en permettant à la FINMA d'intervenir rapidement si elle fait de nouvelles constatations dans son analyse des risques.

Pour des raisons de sécurité juridique, il conviendrait de renoncer à une approbation implicite de la stratégie d'audit (Cm 148.7), car on ne saurait pas si la FINMA a donné une réponse sur la stratégie d'audit ou si celle-ci a été tacitement approuvée.

Appréciation

La FINMA partage l'avis de l'ASR. Pour pouvoir réagir plus vite dans l'environnement dynamique du secteur des Fintech, les délais pour remettre l'analyse des risques, la stratégie d'audit et le rapport prudentiel est fixé à quatre mois à partir de la fin de l'exercice.

Concernant l'approbation implicite, la formulation a été reprise des dispositions particulières pour l'audit des banques et des négociants en valeurs mobilières, des infrastructures des marchés financiers et selon la LPCC (le délai étant de deux mois pour les deux premiers mentionnés et de trois mois dans le domaine d'application de la LPCC).

Conclusion

Des modifications en ce sens seront apportées aux Cm 148.5 à 148.7

5 Effets

Il convient de se reporter en premier lieu aux effets décrits dans les rapports explicatifs du 15 mars 2019² et aux renvois qui y sont faits aux estimations des conséquences de la réglementation au niveau fédéral.

Les modifications de moindre importance effectuées suite à l'audition n'ont pas d'influence sur les effets qui y sont décrits.

6 Prochaines étapes

Les adaptations des Circ.-FINMA 08/3 « Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires » et 13/3 « Activités d'audit », y compris les annexes 21 et 22, entrent en vigueur le 1^{er} juillet 2019.

² <https://www.finma.ch/fr/dokumentation/anhoerungen/abgeschlossene-anhoerungen/2019/>