



Rapport du Département fédéral des finances (DFF) sur l'audition relative à la révision totale de l'ordonnance sur les banques (OB)

15 avril 2014

Table des matières

1.	Contexte.....
2.	Procédure d'audition.....
3.	Principaux résultats de l'audition.....
3.1	Position de fond des participants à l'audition.....
3.2	Avis sur les dispositions relatives à l'établissement des comptes.....
3.3	Avis sur les dispositions relatives aux avoirs en déshérence.....
3.4	Avis sur les autres dispositions de l'OB.....
3.5	Avis sur les modifications d'autres actes législatifs.....

ANNEXE: Liste des organismes ayant répondu

1. Contexte et principaux éléments de la révision totale

1.1. Contexte

La loi sur les banques (LB) a été largement révisée à la suite de la crise financière de 2008, afin d'y inscrire les mesures adoptées pour renforcer la stabilité du secteur bancaire et résoudre le problème des banques trop grandes pour être mises en faillite (*too big to fail*). La mise en œuvre des nouvelles dispositions légales a ensuite nécessité une révision partielle de l'ordonnance sur les banques (OB), ainsi qu'une révision totale de l'ordonnance sur les fonds propres (OFR)¹. En particulier, les prescriptions en matière de liquidités applicables aux banques ont été extraites de l'OB et intégrées dans la nouvelle ordonnance du 30 novembre 2012 sur les liquidités des banques (OLiq). Or, il est apparu que suite à cette révision partielle, la structure de l'OB avait nettement perdu en clarté.

Avec la révision des prescriptions relatives aux comptes annuels du chap. IV LB et l'adoption, également dans la LB, du chap. 13a sur les avoirs en déshérence (art. 37l et 37m) – qui sont autant de dispositions devant aussi être mises en œuvre au niveau de l'ordonnance –, une révision totale de l'OB devenait inévitable.

1.2. Principaux éléments de la révision totale

Alors que les nouvelles dispositions sur l'établissement des comptes (art. 25 à 42) et sur les avoirs en déshérence (art. 45 à 59) modifient l'OB sur le plan matériel, les autres modifications ne sont pour la plupart que des adaptations formelles et rédactionnelles ou des compléments nécessaires à la mise en œuvre de l'ordonnance dans la pratique.

L'OB révisée comporte huit chapitres:

1. Dispositions générales (art. 1 à 6)
2. Autorisations (art. 7 à 19)
3. Groupes et conglomérats financiers (art. 20 à 24)
4. Etablissement des comptes (art. 25 à 42)
5. Garantie des dépôts (art. 43 et 44)
6. Avoirs en déshérence (art. 45 à 49)
7. Dispositions particulières applicables aux banques d'importance systémique (art. 60 à 66)
8. Dispositions finales (art. 67 à 69).

Le chap. 1 du projet indique quel est l'objet de l'ordonnance (art. 1) et donne quelques définitions (art. 2 à 6). Un tableau de concordance présentant le nouvel ordre des dispositions par rapport à l'OB actuelle se trouve en annexe au rapport explicatif.

Au chap. 4, les dispositions sur l'établissement des comptes sont adaptées aux nouvelles règles de présentation des comptes des art. 957 ss du code des obligations (CO), entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2013. Sont également prises en considération les nouvelles règles internationales dans ce domaine. Ce chapitre a fait l'objet d'un rapport explicatif distinct, portant également sur la nouvelle circulaire de la FINMA.

Le chap. 6 précise les dispositions d'exécution des art. 37l et 37m LB, qui règlent le transfert et la liquidation des avoirs en déshérence.

¹ Voir Commentaire du 20 juin 2012 concernant la modification de l'ordonnance sur les banques et de l'ordonnance sur les fonds propres.

2. Procédure d'audition

Les milieux intéressés ont été invités à participer à la consultation par communiqué de presse. Une lettre a en outre été directement adressée à plusieurs associations des milieux concernés, dont Economiesuisse, l'Association suisse des banquiers (ASB), SwissHoldings, l'Union suisse des banques Raiffeisen (Raiffeisen), la Schweizer Verband Unabhängiger Effekthändler (SVUE), la Chambre fiduciaire, l'Association des banques étrangères en Suisse (banques étrangères), l'Union des banques cantonales suisses (banques cantonales), l'Association suisse des banques de crédit et établissements de financement, l'Association de banques suisses commerciales et de gestion (BCG), l'Association des banquiers privés suisses (ABPS), la Fondation pour la protection des consommateurs (FPC), la Fédération romande des consommateurs (FRC), l'Associazione consumatrici e consumatori della Svizzera italiana (ACSI), la Commission fédérale de la consommation (CFC), SIX Swiss Exchange SA (SIX), Credit Suisse SA (CS), UBS SA (UBS), la FINMA et la Banque nationale suisse (BNS).

Ont également communiqué leur avis sur le projet l'Association suisse des télécommunications (asut), le parti Bourgeois-Démocratique Suisse (PBD), le Centre patronal (CP), la Garantie des dépôts des banques et négociants en valeurs mobilières (esisuisse), paysafecard.com Schweiz GmbH (paysafecard), PostFinance SA (PostFinance), l'Union suisse des arts et métiers (usam), l'Union démocratique du centre (UDC), le Centre de droit bancaire et financier de l'Université de Genève (Uni Genève) et l'Association suisse des gérants de fortune (ASG).

3. Principaux résultats de l'audition

L'essentiel des commentaires des participants à l'audition est présenté ci-après. Pour plus de détails, il est renvoyé aux avis individuels, qui peuvent être consultés sur demande.

Raiffeisen, l'UDC et les banques étrangères se sont ralliées à l'avis de l'ASB. CS partage également l'avis de l'ASB pour ce qui est des dispositions sur les avoirs en déshérence.

La CFC et la FPC ont expressément renoncé à donner un avis. Enfin, le Konsumentinnenforum kf deutsche Schweiz, la FRC et l'ACSI n'ont pas fait connaître leur avis.

3.1. Position de fond des participants à l'audition

La révision totale de l'OB et l'amélioration de sa structure ont été accueillies favorablement (PBD, CP, Uni Genève, ASG).

Il en va de même de la révision des prescriptions en matière d'établissement des comptes (PBD, CP, CS, ASB, UDC, banques étrangères, BCG, banques cantonales, ABPS). Font par contre l'objet de réserves l'art. 27, qui concerne l'évaluation et l'enregistrement (PBD, CS, Raiffeisen, ASB, BCG, banques cantonales et ABPS) et l'art. 28, qui concerne la structure minimale (CP, Raiffeisen, ASB, banques cantonales). De plus, la Chambre fiduciaire – qui occupe une position particulière en tant qu'organisation professionnelle des auditeurs chargés d'attester le respect des prescriptions d'établissement des comptes – propose diverses adaptations, en particulier des art. 29, 30, 35, 38 et 39 (les art. 29 et 38 ont le même contenu, même si le premier s'applique aux comptes individuels et le second aux comptes consolidés; même remarque pour les art. 30 et 39).

L'ASB (avec CS, Raiffeisen, l'UDC et les banques étrangères) ont fait part d'un avis détaillé sur la nouvelle réglementation de la publication et de la liquidation des avoirs en déshérence.

asut, paysafecard et SwissHoldings jugent trop stricte la disposition de l'art. 4, al. 2, let. e, qui veut que les fonds affectés à un moyen de paiement ou à un système de paiement – tels que définis dans la disposition en question – ne soient pas considérés comme des dépôts du public.

3.2. Avis sur les dispositions relatives à l'établissement des comptes

Art. 27 Evaluation et enregistrement

Al. 1

L'ASB, l'usam, la BCG, Raiffeisen et les banques cantonales souhaitent que l'imputation obligatoire des corrections de valeur sur l'actif visé, telle que prévue dans le nouveau droit régissant la présentation des comptes (art. 960a, al. 3, CO) ne soit pas reprise pour la présentation des comptes des banques. Selon l'ASB, l'usam et la BCG, il y a lieu de déroger à cette règle eu égard au caractère particulier de l'activité bancaire. Notamment les postes du bilan qui contiennent des créances de clients auraient, de l'avis de l'ASB et de la BCG, une toute autre signification que dans les autres branches. De plus, la non-application du principe brut se ferait au détriment de la transparence, surtout dans les comptes semestriels. Raiffeisen, les banques cantonales et l'usam mettent par ailleurs en garde contre les charges disproportionnées d'adaptation des comptes que la déduction obligatoire des corrections de valeur entraînerait pour les banques, et soulignent la faible utilité de cette déduction pour les lecteurs du bilan.

L'ASB, la BCG et les banques cantonales proposent de maintenir l'actuelle liberté de choix (art. 25, al. 3, OB).

Al. 2

L'ASB, le PBD, CS, les banques étrangères, la BCG et Raiffeisen s'opposent à l'application sans exception du principe de l'évaluation individuelle, notamment des participations, d'autant plus que ce principe n'est pas inscrit dans le CO.

Le point le plus critiqué, par rapport aux règles du CO, est le fait que l'évaluation individuelle régisse sans exception les participations, les immobilisations corporelles et les valeurs immatérielles, ce qui ne se justifie pas au vu des critères prévus à l'art. 6b, al. 2, LB. Pour CS, les conditions d'une dérogation au CO fondée sur l'art. 6b, al. 2, LB ne sont pas remplies. De plus, l'évaluation individuelle appliquée dans tous les cas augmenterait la volatilité tant des bénéficiaires que des sommes d'impôts payées aux pouvoirs publics. CS rappelle en outre que lors des débats parlementaires sur la révision du CO, l'évaluation globale avait été explicitement ajoutée, en particulier pour les immeubles et les participations, et souligne le lien existant avec les exigences de fonds propres (arrêtées dans l'OFR). L'ASB, entre autres, fait par ailleurs remarquer que les sociétés soumises à la FINMA ne sont pas toutes tenues d'appliquer l'évaluation individuelle et que la prescription relative à l'interposition d'une société holding prévue dans le projet d'ordonnance pourrait facilement être contournée. Enfin, le PBD relève que la nouvelle disposition est en contradiction avec la réalité économique, qui tend à une gestion globale des affaires. Des transferts de charges et de produits dans diverses filiales pourraient sciemment être opérés à la faveur de transactions intragroupe, ce qui se traduirait par des évaluations différentes des participations.

Art. 28 Structure minimale

L'ASB, l'ABPS, les banques cantonales, les banques étrangères et Raiffeisen, auxquelles se joignent CS et l'usam, s'opposent à l'idée de déléguer à la FINMA la compétence d'établir des prescriptions relatives à la structure des comptes annuels. Leur principal argument est l'absence de sécurité à la fois du droit et de la planification qui en résulterait pour les banques. L'ASB fait valoir que par rapport aux autres entreprises, dont la structure minimale des comptes est fixée dans le CO, ainsi qu'à d'autres prescriptions applicables aux banques

(par ex. en matière de fonds propres et de liquidités), il est non seulement indiqué, mais encore impératif d'arrêter une réglementation dans l'OB elle-même. L'ASB, l'ABPS et le CP proposent d'inscrire les prescriptions relatives à la structure minimale des comptes dans une annexe de l'ordonnance, de manière à ne pas mettre en péril le gain de clarté de la structure de cette dernière visé par sa révision totale.

Art. 29 Rapport annuel

La Chambre fiduciaire suggère d'apporter une précision par rapport au CO, dans la mesure où l'état des commandes et des mandats (art. 961c, al. 2, ch. 3, CO) ainsi que les activités de recherche et développement (art. 961c, al. 2, ch. 4, CO) ne sont pas pertinents pour les banques.

Art. 30 Contenu du rapport de gestion

La Chambre fiduciaire propose de supprimer la précision «au sens du code des obligations», car certaines banques (par ex. banques cantonales, établissements communaux) sont soumises à des dispositions relevant de lois spéciales, de sorte que la notion d'«organe de révision au sens du code des obligations» ne convient pas.

Art. 35 Exceptions à l'obligation d'établir des comptes consolidés

Al. 1

La Chambre fiduciaire fait remarquer que l'accord préalable de la société d'audit est incompatible avec le mandat de cette dernière et propose donc de supprimer la partie introductive de la première phrase de l'alinéa.

Al. 1, let. b

La Chambre fiduciaire recommande de fixer un délai précis, car l'expression «très prochainement» est trop vague.

Art. 37 Structure minimale

Les remarques faites pour l'art. 28, qui règle la structure minimale des comptes individuels, valent aussi pour cet article régissant celle des comptes consolidés.

Art. 38 Rapport annuel consolidé

Les remarques faites pour l'art. 29 relatif au rapport annuel individuel valent aussi pour cet article, qui règle le rapport annuel consolidé.

Art. 39 Contenu du rapport de gestion

Les remarques faites pour l'art. 30, qui règle le contenu du rapport de gestion individuel, valent aussi pour cet article régissant celui du rapport de gestion consolidé.

3.3. Avis sur les dispositions relatives aux avoirs en déshérence

Art. 45 Définition

Al. 1

L'ASB déplore que la définition des avoirs en déshérence ne soit pas la même que celle donnée dans ses directives. La définition proposée prévoit en effet un délai d'attente impératif de dix ans, alors que selon la réglementation actuelle, il y a avoirs en déshérence «lors de la réalisation de certains événements». L'usam et les banques cantonales sont également en faveur du maintien de la réglementation actuelle pour ce qui est de la détermination du moment où les avoirs sont réputés en déshérence.

L'ASB est par ailleurs d'avis qu'il est nécessaire de prévoir une utilisation différenciée du terme d'«ayant droit», eu égard à l'appel public: ce ne sont pas les données des fondés de procuration qui doivent être publiées.

L'ASG souligne quant à elle que les procurations relatives aux relations bancaires peuvent se présenter sous différentes formes et qu'il y aurait donc lieu de préciser que seuls seraient réputés ayants droit les fondés de procuration habilités à disposer au moins en partie des avoirs.

Al. 3

PostFinance propose de définir les «démarches nécessaires».

Al. 4

L'ASG considère que déléguer la compétence de définition des avoirs en déshérence dans le cadre d'une autorégulation est en contradiction avec l'art. 37/LB, qui ne prévoit pas une telle délégation de compétence. Cet alinéa devrait donc être corrigé de manière que seule la gestion des avoirs soit précisée dans le cadre d'une autorégulation, comme jusqu'ici, mais non leur définition.

Art. 46 Contrat de transfert

L'ASG est d'avis que le Conseil fédéral n'a pas la compétence de régler en détail le transfert des avoirs en déshérence.

Al. 3

L'ASB demande que cet alinéa soit supprimé, car dans la plupart des cas le transfert d'avoirs en déshérence est dans l'intérêt des ayants droit et vise à garantir la conservation des avoirs. Il serait donc inapproprié d'en faire supporter les coûts aux seules banques.

Art. 47 Obligations de la banque reprenante

Al. 1

L'ASB propose de supprimer cet alinéa, au motif que la vérification par la banque reprenante du fait que les avoirs transférés sont effectivement en déshérence ferait double emploi et occasionnerait des coûts inutiles. Pour la Chambre fiduciaire, il serait en outre souhaitable d'indiquer expressément que la banque reprenante ne pourra en aucun cas être tenue pour responsable de l'inobservation d'obligations de diligence par la banque transférante.

Al. 2

PostFinance propose de définir ce qu'il faut entendre par «organisation appropriée».

L'ASB fait remarquer que surtout dans les cas où la relation client est ancienne, il est difficile, voire impossible, d'attribuer correctement les avoirs, du fait que les données figurant dans le dossier du client sont souvent incomplètes. Elle demande donc que cet alinéa en tienne compte et soit complété en conséquence.

Al. 6

L'ASB propose que les modalités de transfert et de reprise soient précisées dans le cadre d'une autorégulation à laquelle la FINMA reconnaîtrait une valeur de standard minimal.

Art. 49 Contenu de la publication

Al. 2

L'ASB propose de prescrire la fourniture d'indications non pas minimales, mais réglementaires, afin d'éviter toute incertitude quant au lieu et au contenu de la publication.

Art. 50 Supports de publication

Al. 3

PostFinance demande que soit précisé ce qu'il faut entendre par «moyen de communication approprié».

L'ASB estime que la publication dans la FOSC et la possibilité de mettre sur pied une plateforme de publication électronique centralisée méritent d'être soutenues. Elle est cependant d'avis qu'il serait disproportionné de prévoir, à titre de règle générale, l'obligation de vérifier systématiquement la nécessité de procéder à la publication par un autre moyen de communication. Une telle règle serait disproportionnée en particulier si la publication a lieu sur une plateforme centralisée en ligne, accessible dans le monde entier.

Art. 51 Répétition de la publication

L'ASB propose d'ajouter un alinéa qui prescrirait de répéter la publication également lorsque de nouveaux renseignements sont obtenus pendant la procédure de liquidation.

Art. 53 Examen des annonces

L'ASB estime que la banque devrait pouvoir répercuter les coûts de l'examen du bien-fondé des prétentions qui lui sont annoncées sur le requérant, lorsque les prétentions de ce dernier sont manifestement infondées et qu'il ne peut faire valoir aucun lien crédible avec les avoirs concernés. La publication devrait donc inclure une remarque correspondante.

Art. 54 à 57 Liquidation

L'ASB propose d'adapter les art. 54, 57 et 59 de manière à ce qu'ils couvrent également la liquidation d'avoirs difficiles à évaluer. De plus, en présence de valeurs difficiles ou impossibles à déterminer, les banques devraient avoir la possibilité de préciser les modalités d'évaluation dans le cadre de l'autorégulation. Il s'agirait en outre de compléter l'art. 57 par un alinéa indiquant expressément que les prétentions avancées après la liquidation des avoirs en déshérence, mais avant le virement de son produit à la Confédération, ne pourraient en aucun cas excéder le montant de ce produit.

L'ASG souscrit pleinement à la réglementation de la liquidation des avoirs en déshérence et au fait que le produit des liquidations revienne à la Confédération. Elle demande cependant l'adoption d'une disposition qui permette à la banque, une fois que le produit de la liquidation des avoirs en déshérence a été viré à la Confédération, de s'en remettre à cette dernière si le client concerné saisit ultérieurement un tribunal étranger, en application du droit du pays concerné.

3.4. Avis sur les autres dispositions de l'OB

Art. 2, let. a Banques

Uni Genève recommande de reprendre la teneur de l'actuel art. 2a, let. a. La suppression du but de l'acceptation des dépôts du public à titre professionnel permettrait en effet aux sociétés financières dont l'activité consiste uniquement à investir sur le marché des capitaux pour leur propre compte de demander une autorisation bancaire les habilitant à accepter des dépôts du public.

Art. 4, al. 2 Dépôts du public

L'asut, paysafecard et SwissHoldings critiquent la réglementation des dépôts du public auprès de non-banques résultant de l'al. 2, let. e. Une soumission aux exigences de fonds propres ou une garantie bancaire correspondante assurerait la protection du public contre les pertes (asut, SwissHoldings). Sur le modèle de la réglementation de l'Union européenne, il y aurait donc lieu de renoncer à la restriction selon laquelle seuls les fonds affectés servant à l'acquisition future de biens ou de services ne seraient pas considérés comme des dépôts

(asut). De plus, à l'avenir, le transfert de faibles montants devrait aussi être possible au moyen d'un téléphone mobile à prépaiement. Paysafecard propose donc de compléter l'exception de la let. c par l'ajout des exploitants de systèmes de paiement au sens de l'art. 19, al. 1, de la loi sur la Banque nationale et de supprimer la let. e. Selon SwissHoldings, il faut en outre s'assurer que les nouvelles définitions arrêtées aux art. 2 à 6 ne sont pas de nature à s'opposer au développement de modèles d'affaires novateurs. L'actuelle législation contre le blanchiment d'argent suffirait en effet à prévenir le risque de blanchiment que pourraient présenter de nouveaux systèmes de paiement pour petits montants.

Art. 11 Séparation des fonctions et gestion des risques

Al. 1 et 4

Uni Genève est d'avis que l'ordonnance devrait aussi mentionner, à l'al. 1, les propres activités des banques dans les domaines du crédit et de la finance d'entreprise (*corporate finance*), qui peuvent être à l'origine de conflits d'intérêts. Il y aurait en outre lieu de compléter l'al. 4 en précisant que les fonctions de compliance et de surveillance des risques sont également des éléments constitutifs absolument nécessaires du système de contrôle interne.

Chapitre 5 Garantie des dépôts (art. 43 et 44)

esisuisse se félicite des adaptations du chap. 5 prévues dans le projet, mais souhaite davantage de précisions.

Art. 43 Plan de remboursement

Compte tenu des expériences tirées de la pratique ces dernières années, esisuisse estime qu'il faudrait réexaminer et éventuellement préciser la teneur de la seconde phrase de l'al. 2. Il s'agirait en l'occurrence de régler également les cas dans lesquels on est en présence non pas d'une certitude, mais uniquement d'une présomption fondée qu'une créance est entièrement ou partiellement injustifiée.

Art. 44 Remboursement des dépôts garantis

esisuisse souscrit à la disposition complétée de l'al. 1, mais recommande – en s'appuyant sur les normes internationales – d'inscrire dans l'ordonnance un délai de paiement explicite (20 jours).

Art. 68 et 69 Dispositions transitoires et entrée en vigueur

L'ASB recommande de prolonger jusqu'au 30 juin 2015 le délai de transition prévu pour mettre en œuvre les nouvelles prescriptions relatives aux avoirs en déshérence, pour remanier les normes d'autorégulation correspondantes et pour créer la plateforme de publication électronique. La BNS recommande quant à elle de compléter l'art. 68 par un alinéa réglant l'application anticipée des prescriptions en matière d'établissement des comptes aux banques dont l'exercice ne débute pas le 1^{er} janvier. Les banques cantonales estiment que les importantes modifications des prescriptions d'établissement des comptes nécessitent un report de leur entrée en vigueur au-delà de la date prévue dans le projet. Dans leur avis sur la circulaire de la FINMA, dont les dispositions d'entrée en vigueur sont similaires à celles du projet d'ordonnance, l'usam et la BCG se prononcent aussi en faveur d'un report de l'entrée en vigueur.

3.5. Propositions de modifications d'autres actes législatifs

La Chambre fiduciaire recommande de compléter l'art. 28 de l'ordonnance sur les placements collectifs et d'exempter les gestionnaires de tels placements de l'obligation d'établir un tableau des flux de trésorerie prévue à l'art. 961, ch. 2, CO.

Liste des organismes ayant répondu

Associations faitières de l'économie œuvrant au niveau national

Association suisse des banquiers (ASB)

Milieus intéressés

Credit Suisse SA

SwissHoldings

Union suisse des banques Raiffeisen

SIX Swiss Exchange

Chambre fiduciaire

Association des banques étrangères en Suisse

Association de banques suisses commerciales et de gestion (BCG)

Association des banquiers privés suisses (ABPS)

Fondation pour la protection des consommateurs (FPC)

Commission fédérale de la consommation (CFC)

Association suisse des télécommunications (asut)

Parti Bourgeois-Démocratique Suisse (PBD)

Centre patronal

Garantie des dépôts des banques et négociants en valeurs mobilières (esisuisse)

paysafecard.com Schweiz GmbH

PostFinance SA

Université de Genève, Centre de droit bancaire et financier

Union démocratique du centre (UDC)

Union suisse des arts et métiers (usam)

Association suisse des gérants de fortune (ASG)

Régulateurs

Banque nationale suisse (BNS)