



Esther Kobel*

Dr en droit, notaire, responsable Enforcement pour instituts non autorisés
Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA
www.finma.ch



Karin Schmid*

Notaire, responsable Enforcement pour instituts non autorisés
Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA
www.finma.ch



Daniel Roth*

Avocat lic. iur, LL.M., notaire, responsable Enforcement pour instituts non autorisés & insolvabilité
Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA
www.finma.ch

Activités sur le marché financier soumises à autorisation

L'autorité fédérale chargée de la surveillance des marchés financiers FINMA est responsable depuis le 1^{er} janvier 2009 de l'application de toutes les lois relatives à la surveillance des marchés financiers. C'est elle qui octroie les autorisations nécessaires tout en agissant contre des intermédiaires financiers qui travaillent sans disposer des autorisations requises. Dans quels cas une activité sur les marchés financiers exige-t-elle une autorisation?

1. L'activité en tant qu'élément déterminant

Pour évaluer si une entreprise ou un particulier exerce une activité soumise à autorisation, on ne se base pas seulement sur des conditions uniquement juridiques. Ce sont bien davantage les circonstances effectives qui sont déterminantes, avec prise en compte d'autres entreprises et personnes existantes.

a. Activité de groupe

Du point de vue du droit relatif à l'autorité de surveillance, il est possible de considérer et d'évaluer plusieurs entreprises ou personnes comme un groupe agissant en commun en ce qui concerne une activité soumise à autorisation. C'est le cas lorsque, en raison de liens étroits qui lient ces entreprises ou ces particuliers aux niveaux personnel, économique ou organisationnel, seule une considération globale permet de tenir compte des circonstances ef-

fectives propres à un tel groupe (par exemple une manière de procéder commune, des actions concertées, le même siège social, les mêmes membres du conseil d'administration ou les mêmes personnes disposant du pouvoir d'agir). Par conséquent, les lois relatives à la surveillance des marchés financiers peuvent s'appliquer à toutes les sociétés d'un groupe, même si toutes les sociétés de ce groupe n'ont pas exercé elles-mêmes une activité soumise à autorisation. Cette pratique de la FINMA a été confirmée à plusieurs reprises par le Tribunal administratif fédéral et par le Tribunal fédéral.¹ Ainsi, dans un cas, trois sociétés et deux particuliers ont été considérés comme un groupe bien qu'à première vue, l'on était seulement en présence d'affaires distinctes. Une attention approfondie par contre a permis de relever un mode d'opération général commun et une collaboration des deux ayants droit économiques des sociétés grâce au recours à diverses sociétés de couverture. Eco-

nomiquement, l'une des deux personnes ou les deux étaient ayants droit à toutes les sociétés et les deux étaient également membres des conseils d'administration. De plus, l'une des sociétés servait de bénéficiaire des paiements générés par les affaires de toutes les autres. Finalement, toutes les sociétés avaient leur siège social à l'adresse privée ou professionnelle des deux ayants droit économiques.²

S'il faut ordonner la liquidation de plusieurs groupes de sociétés de ce type, il faut toutefois mener dans chaque cas et pour chaque société une procédure séparée. Une liquidation consolidée n'est pas possible directement mais seulement par le biais de créances de compensation mutuelles.

b. Succursales de fait

Les lois relatives à la surveillance des marchés financiers s'appliquent également à des succursales de fait. Il s'agit de succursales d'entre-

prises constituées selon des droits étrangers et dont le siège principal est situé à l'étranger mais qui exercent une activité soumise à autorisation grâce à des personnes en Suisse sans pour autant disposer formellement d'une qualité de succursales. L'objet d'un tel type d'organisation est d'éviter la réglementation suisse en matière de surveillance des marchés financiers.

Si l'entreprise étrangère est effectivement dirigée depuis la Suisse ou si elle exerce une partie déterminante de son activité soumise à autorisation en ou depuis la Suisse, elle est tenue de s'organiser conformément au droit suisse et doit se soumettre aux dispositions concernant les instituts nationaux. La compétence de la FINMA pour ordonner les mesures nécessaires pour l'entreprise étrangère également est ainsi donnée. Afin de mieux pouvoir appliquer les mesures prises, la FINMA a la possibilité de faire inscrire formellement la succursale de fait au registre du commerce.³ On considérera alors comme éléments patrimoniaux de la succursale active depuis la Suisse tous les actifs qui ont été acquis par des personnes qui ont agi au nom de cette succursale.⁴

2. Activité bancaire (en particulier l'acceptation de fonds du public)

a. Caractère présumé des fonds placés

Les personnes morales et physiques qui ne sont pas soumises à la loi fédérale sur les banques ne sont pas autorisées à accepter des dépôts du public.⁵ L'ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne (OB) part du principe que toutes les dettes ont un caractère de dépôt, l'article 3a OB énonçant la liste exhaustive des exceptions. Les exceptions portent entre autres sur les fonds étrangers sans caractère de prêt ou de mise en gage. Il s'agit typiquement de fonds qui représentent une contre-prestation découlant d'un contrat de transfert de propriété ou d'un contrat de service ou qui ont été transférés en guise de sécurité (par exemple un acompte dans le cadre d'un contrat de vente, d'un acompte dans le cadre d'un contrat de mandat, d'une garantie de loyer etc.). De plus, des exceptions existent pour les obligations découlant d'emprunts ainsi que pour les comptes de règlements des négociants en valeurs mobilières ou en métaux précieux, des gérants de fortune ou d'autres entreprises similaires (en ce qui concerne les comptes de règlement des gérants de fortune, voir, lit. c.).

b. Promesse de remboursement

Avec les dépôts, il existe toujours, sous une forme ou sous une autre, une promesse de remboursement. Le déposant peut – éventuellement en respectant certaines dispositions

Outre la surveillance des instituts autorisés, l'autorité fédérale chargée de la surveillance des marchés financiers FINMA a également pour tâche de prendre des mesures contre des entreprises ou des particuliers qui exercent, sans disposer de l'autorisation nécessaire, une activité couverte par les lois sur les marchés financiers et soumise à autorisation. Sur la base de ses propres enquêtes ou des enquêtes menées par des chargés d'enquête, la FINMA prend, là où c'est nécessaire et possible, des mesures qui peuvent aller jusqu'à la liquidation des entreprises concernées. Il vaut dès lors la peine de réfléchir à obtenir une éventuelle autorisation obligatoire suffisamment tôt avant le début de l'exercice d'une activité dans le secteur financier. Le présent article entend pointer le doigt sur quelques cas qui ont mené, dans la pratique, à des problèmes de délimitation. Il décrit plus particulièrement l'obligation d'autorisation qui découle de la loi sur les banques, sur les bourses, sur les placements collectifs de capitaux et sur les assurances. Il ne traite pas des cas également très nombreux relatifs à la soumission à la loi sur le blanchiment d'argent. Ce cas constitue régulièrement une étape préalable à la question de l'obligation d'obtenir une autorisation relative à d'autres lois sur les marchés financiers.

relatives à la résiliation ou au terme d'une certaine durée contractuelle – demander le remboursement de son dépôt ou du moins ce qu'il en reste. La promesse de remboursement ne doit pas avoir été assurée expressément. Il suffit également que le client ait pu s'attendre de bonne foi au remboursement de l'ensemble ou d'une partie de ses fonds. Le droit au remboursement peut également dépendre de certaines circonstances extérieures, par exemple de l'évolution d'un indice, de certains prix ou des cours à la Bourse. Si, en plus, le versement d'un intérêt a été convenu, il s'agit d'un fort indice supplémentaire pour l'existence d'un dépôt (du public).

Il se peut également que les «fonds propres» d'une société soient en vérité des dépôts. Dans la pratique, il a fallu intervenir dans des cas où des coopérateurs ou des actionnaires d'une société ont libéré du capital social ou du capital-actions supplémentaire résiliable. La société s'est toutefois engagée à rembourser le capital après résiliation dans un certain intervalle de temps. Le Tribunal fédéral a confirmé l'avis de la FINMA selon lequel il s'agissait là non pas de fonds propres de la société, en raison de la promesse de remboursement, mais bien de fonds étrangers et donc de dépôts du public.⁶

A y regarder de plus près, même des achats de marchandises peuvent avoir un caractère de dépôt. C'était ainsi le cas de la société Prime Forestry Switzerland AG qui vendait par téléphone des parts à une plantation d'arbres de teck au Panama. Il était prévu de cultiver des arbres pendant 20 ans avant de les vendre au bénéfice des investisseurs. La FINMA a constaté que dans cette affaire, les arbres n'étaient qu'apparents. En réalité, les «acheteurs» n'obtenaient pas de propriété mais seulement le droit à une participation conforme à leur placement lors d'une vente des arbres, une fois ces derniers arrivés à maturité. En raison du déroulement concret de l'affaire, la FINMA a qualifié de dépôts du public les fonds encaissés pour la plantation et la culture des arbres.⁷

c. Caractère professionnel

L'acceptation de dépôts du public est soumise à autorisation lorsqu'elle se fait de manière professionnelle. Selon la loi, agit de manière professionnelle celui qui accepte plus de 20 dépôts du public.⁸ Mais le caractère professionnel est également déjà donné par la seule intention d'accepter des dépôts de manière professionnelle ou par la manifestation publique de la volonté d'accepter des dépôts du public même s'il n'en résulte qu'un nombre de dépôts inférieur à 20. La publicité peut se faire en particulier par l'envoi de prospectus, par des annonces dans des journaux et des magazines ou encore par des publications sur Internet. L'engagement d'un négociant professionnel doit également être qualifiée de publicité non autorisée.⁹

d. Comptes de règlement

Les avoirs sur les comptes des clients de négociants en valeurs mobilières et en métaux précieux, de gérants de fortunes ou d'entreprises similaires qui ne servent qu'au règlement des affaires menées par les clients ne sont pas considérés comme des dépôts si aucun intérêt n'est versé sur ces avoirs.¹⁰ De tels comptes de règlement servent uniquement à mettre à disposition les liquidités nécessaires au règlement des affaires principales. L'interdiction de l'intérêt valable pour les comptes de règlement vise à garantir un roulement rapide et la limitation des fonds transitant par de tels comptes.¹¹

Les gérants de fortune ne peuvent donc conserver des fonds de la clientèle sur leur propre compte de règlement qu'à très court terme. «A court terme» signifie la durée nécessaire à la conclusion de l'affaire principale, en règle générale quelques jours. Les valeurs doivent ensuite être placées sur le compte du client que le gérant de fortune gère pour son client avec la procuration de ce dernier.

Dans les paramètres de base pour la reconnaissance d'autorégulations dans le domaine de la gestion de fortune édictées par elle-même, la FINMA considère même comme norme minimale une renonciation absolue à la tenue de comptes de règlement.¹² Ces paramètres sont tout particulièrement importants pour les bénéficiaires d'autorisations selon la loi sur les placements collectifs (LPCC). Par contre, la circulaire correspondante de la FINMA ne traite pas des systèmes d'autorégulation selon la loi sur le blanchiment d'argent.

e. Comptes fiduciaires

Les dépôts de clients reçus par un gérant de fortune ne sont en outre pas des fonds fiduciaires si le placement ne se fait pas auprès d'un tiers au nom du client. Ici, le client a seulement un lien contractuel avec le gérant de fortune. Le fait que le gérant de fortune accepte les fonds de ses clients dans le cadre de sa propre relation bancaire sur des comptes dits à rubriques, c'est-à-dire des sous-comptes avec la dénomination du client, n'y change rien non plus.

f. Négoce de devises

Le courtier en devises classique accepte sur son compte collectif, libellé à son propre nom, des dépôts de ses clients. Les clients lui donnent des ordres de Bourse qu'il exécute par la suite par le biais de ses divers comptes en devises étrangères, libellés à son nom. Le client n'a qu'un droit de remboursement de l'argent dans la devise correspondante, respectivement au cours de devises correspondant. En cas d'insolvabilité du courtier en devises, ce droit ne bénéficie d'aucun privilège de distraction. Le 1^{er} avril 2008, une modification de l'ordonnance sur les banques est entrée en vigueur au sujet des courtiers en devises. Désormais, les courtiers en devises nécessitent une autorisation de banque pour exercer leur activité.

g. Négociant en métaux précieux

Les négociants en métaux précieux tiennent également, pour certains d'entre eux, des comptes pour leurs clients. Les avoirs placés sur des comptes-clients de négociants en métaux précieux ne sont pas considérés comme une acceptation de dépôts du public soumise à autorisation si le négociant en métaux précieux dispose physiquement des avoirs de métaux précieux de ses clients et si le client bénéficie, en cas de faillite du négociant, d'un droit de distraction. Si toutefois les métaux précieux représentent entièrement ou partiellement seulement la valeur de référence pour un droit monétaire de remboursement du client, l'on n'est pas en présence d'une exception à la règlemen-

tation relative à l'acceptation de dépôts du public soumise à autorisation.

3. Négoce de valeurs mobilières

Sont considérées comme des négociants en valeurs mobilières les personnes physiques et morales et les sociétés de personnes qui, pour leur propre compte, en vue d'une revente à court terme (négociants opérant pour leur propre compte) ou pour le compte de tiers, achètent et vendent à titre professionnel des valeurs mobilières sur le marché secondaire (négociant agissant pour le compte de clients) ainsi que celles qui les offrent au public sur le marché primaire (maisons d'émission) ou qui créent elles-mêmes des dérivés et les offrent au public (fournisseurs de dérivés).¹³ Les diverses catégories de négociants en valeurs mobilières sont définies dans l'art. 3 de l'ordonnance sur les bourses et les valeurs mobilières (OBVM). L'exigence commune à toutes ces catégories de négociants est que l'activité en question soit exercée de manière professionnelle.¹⁴ Dans la pratique, des problèmes se posent tout particulièrement en relation avec l'activité en tant que négociant agissant pour le compte de client et avec celle des maisons d'émission.

a. Définition d'une valeur mobilière

Pour la définition du terme de valeur mobilière au sens de la loi sur les bourses, le fait que la valeur en question soit négociée ou non en Bourse n'est pas déterminant. Pour la qualification de valeur mobilière, il suffit que les papiers-valeurs, les droits-valeurs et les dérivés soient susceptibles d'être diffusés en grand nombre, ce qui n'est pas toujours le cas des titres négociés en Bourse mais qui l'est pour d'autres titres. Souvent, il n'est pas possible de se baser tout simplement sur la dénomination de la forme du placement mais il faut au contraire examiner de manière détaillée quelle est la structure de ce dernier.

On peut mentionner comme exemple de qualification différenciée les Contracts for Difference (CFD): les CFD sont des contrats pour lesquels le droit au remboursement dépend de l'évolution des valeurs d'un indice, d'un «panier» ou, dans le cas du négoce de devises, de l'évolution des cours de devises. En tant que dérivés, les CFD sont considérés comme des valeurs mobilières s'ils peuvent être rendus homogènes et s'ils sont susceptibles d'être diffusés en grand nombre. Les CFD sont également négociés auprès de plusieurs Bourses étrangères. Par contre, s'ils sont négociés sur mesure au moyen de contrats individuels, ils ne répondent plus à la définition



d'une valeur mobilière. Dans ce dernier cas, on est régulièrement en présence d'une acceptation de dépôts du public.

b. Négociant agissant pour le compte de clients

Sont réputés agissant pour le compte de clients les négociants qui, à titre professionnel, font le commerce de valeurs mobilières en leur nom propre mais pour le compte de clients et qui tiennent, eux-mêmes ou par l'intermédiaire de tiers, pour ces clients, des comptes servant à exécuter des transactions de valeurs mobilières ou conservent des valeurs mobilières.¹⁵ Le caractère professionnel est donné entre autres lorsque le négociant tient des comptes ou conserve des valeurs mobilières, directement ou indirectement, pour plus de 20 clients. Sans autorisation, le fait de faire de la publicité pour une activité de négociant agissant pour le compte de clients est également interdit.¹⁶ Le caractère public est donné lorsque l'offre s'adresse à un nombre illimité de personnes.¹⁷

Le négociant agissant pour le compte de clients agit en son propre nom face aux tiers (banques, négociants en valeurs mobilières, Bourses etc.) mais c'est bien son client qui supporte le risque économique des affaires qu'il exécute ou qu'il fait exécuter. Le négociant agissant pour le compte de clients agit également en son propre nom lorsqu'il tient, par l'intermédiaire de tiers, un compte ou un dépôt individuel pour chacun de ses clients mais qui est libellé à son propre nom et dont seule la rubrique porte le nom du client («comptes miroirs»). A la différence du gérant de fortune qui agit au nom et pour le compte de son client, le négociant agissant pour le compte de clients agit bien pour le compte du client mais pas au nom de ce dernier mais au contraire en son propre nom.

c. Activité d'émission sur le marché primaire

Les sociétés d'émission reprennent à leur compte de manière professionnelle des valeurs mobilières émises par des tiers, de manière fixe ou sur commission, et les offrent au public sur le marché primaire. Elles sont soumises à la loi pour autant que leur activité principale fasse partie du secteur financier.¹⁸ Si, au terme d'une offre publique, des valeurs mobilières ne sont placées qu'auprès d'un nombre de clients inférieur à 20, il s'agit malgré tout d'une activité en qualité de société d'émission.¹⁹ Une offre est considérée comme publique si elle s'adresse à un nombre illimité de personnes, c'est-à-dire si elle est diffusée au moyen d'annonces de journaux, de prospectus, de circulaires ou de médias électroniques.²⁰ Sont concernées les sociétés qui travaillent sur le marché primaire (marché d'émission), c'est-à-dire celles qui offrent pour la première fois au public des valeurs mobilières nouvellement émises.

Diverses procédures de la FINMA concernaient le commerce d'actions non cotées en Bourse par des groupes de sociétés. Dans une première étape, les actions d'une société étaient reprises par une autre société du groupe. En règle générale, le paiement du prix des actions se faisait par compensation avec des créances existantes de valeur douteuse. En qualité de sous-traitant, la société du groupe vendait par la suite à nouveau ces paquets d'action à une autre société du groupe ou les plaçait directement auprès de tiers dans le cadre d'une offre au public. Le prix de vente aux divers investisseurs était alors devenu un multiple de la valeur nominale d'origine des actions. Comme, initialement, seul un transfert de paquets d'action au sein du groupe avait eu lieu, la FINMA a qualifié la vente publique ultérieure aux investisseurs d'activité d'émission sur le marché primaire soumise à autorisation. Le Tribunal fédéral administratif a soutenu cette analyse. Dans l'un de ses arrêts, il a souligné que les nombreuses ventes des sociétés du groupe entre elles avaient manifestement eu lieu afin de pousser des investisseurs tiers à acheter des actions de valeur douteuse à des prix surfaits dans le cadre d'offres au public.²¹

4. Placements collectifs de capitaux

Les placements collectifs de capitaux sont des apports constitués par des investisseurs pour être administrés en commun pour le compte de ces derniers, les besoins des investisseurs devant être satisfaits à des conditions égales.²²

Sont soumis à la loi sur les placements collectifs de capitaux (LPCC) – indépendamment de leur forme juridique – les placements collectifs de capitaux et toutes les personnes qui gèrent ou conservent ces derniers. La loi cite de manière exhaustive les exceptions à ce champ d'application.²³ N'y sont ainsi pas soumises toutes les sociétés opérationnelles qui exercent une activité commerciale ainsi que les sociétés holdings intégrées à un groupe.

a. Société intégrée à un groupe

Les sociétés, qui rassemblent dans un groupe, sous une direction unique, une ou plusieurs sociétés par le biais d'une majorité de voix ou par d'autres moyens (holdings), sont exclues du champ d'application de la LPCC. Elles sont considérées par la loi comme des holdings.²⁴ La limite entre placement de capitaux et activité d'une holding résulte du but de la loi. La LPCC vise à protéger l'investisseur tout en garantissant la transparence et le bon fonctionnement du marché des placements collectifs de capitaux.²⁵ La protection des investisseurs est déterminante pour faire la distinction entre placement de capitaux et activité d'une holding. On est en présence d'un placement de capitaux s'il existe de facto la possibilité de modifier rapidement et de manière substantielle le risque systémique, c'est-à-dire le risque découlant de l'économie nationale dans son ensemble. C'est le cas si l'on investit dans des instruments de placements aisément négociables ou si relativement beaucoup de capitaux sont à disposition pour des investissements plus ou moins libres. Si des sociétés se contentent de tenter d'exercer pendant un certain temps activement une influence sur la direction d'entreprises afin de contribuer à la création de valeur, et ceci avant de désinvestir à nouveau, il ne s'agit pas là – malgré l'existence d'une majorité des voix – d'une société holding au sens de la LPCC. Par contre, les sociétés chargées de la direction d'un groupe ou encore les sociétés holdings dont le but principal est de détenir de manière permanente des participations de groupes de sociétés, ne sont pas soumises à la LPCC. En effet, ces dernières ne détiennent justement pas une participation à des fins de placement mais afin d'influencer directement l'activité opérationnelle de ces sociétés.

b. Activité opérationnelle

Sont considérées comme entreprises opérationnelles celles dont le but principal n'est pas la réalisation de profits ou de gains en capital.²⁶ Dans de tels cas, le placement collectif de capitaux correspond davantage à un but uniquement accessoire. Ainsi, les sociétés anonymes qui procèdent accessoirement et pour leur propre compte à des placements de capitaux et

qui ont, plus spécialement, également le droit d'acquérir et de vendre des biens immobiliers, ne sont d'emblée pas soumises à la loi.²⁷ La raison de cette exemption réside dans le fait que l'activité opérationnelle de production, de commerce ou de service fait partie intégrante de la recherche du profit. Du point de vue des sociétés, le risque de leur investissement ne réside pas dans le placement et la gestion de capitaux mais bien dans l'activité opérationnelle de la société.

c. Distributeurs

Quiconque propose ou distribue des parts d'un placement collectif par appel au public doit y être autorisé par la FINMA. En principe, la distribution d'assurances-vie liées à des fonds ne nécessite pas d'autorisation d'exercer en tant que distributeur de placements collectifs de capitaux. Cela suppose toutefois que les placements de capitaux distribués directement ou indirectement en Suisse par l'intermédiaire de l'assurance-vie liée à un fonds soient autorisés par la FINMA.²⁸ Si ce n'est pas le cas, la distribution est illégale, même si elle se fait par l'intermédiaire d'un distributeur qui bénéficie d'une autorisation de la FINMA. Dans ce cas, non pas uniquement le dernier courtier est considéré comme distributeur mais aussi quiconque fait distribuer des placements collectifs de capitaux, au sens d'un courtier par l'intermédiaire de tiers – par exemple par l'intermédiaire d'un réseau de sociétés emboîtées les unes dans les autres – et sans contact direct avec les clients.

5. Secteur des assurances

a. Assurances-vie liées à des fonds

En Suisse, les assurances-vie liées à des fonds sont considérées comme des produits d'assurance. Souvent, les assurances-vie liées à des fonds sont conclues suite au paiement par le client d'une prime unique et les montants sont investis dans des fonds de placement ou des placements de capitaux similaires, le client participant ensuite au développement de la valeur de ces placements. Il ne s'agit plus, dans ce cas, d'un simple produit d'assurance mais également d'une part dans un placement collectif de capitaux. Le placement collectif de capitaux en lui-même doit donc avoir reçu de la FINMA l'autorisation d'être distribué en Suisse.

Si, en plus, il manque à ces produits la couverture du risque, il ne s'agit plus de produits d'assurance mais bien de purs produits financiers. Outre l'investissement dans un placement collectif de capitaux soumis à autorisation, la question se pose ici également de savoir dans quelle mesure les primes encaissées constituent, en

outre, une activité soumise à autorisation au sens de la loi sur les banques et de la loi sur les bourses.

b. Assurances garantie loyer

Les assurances garantie loyer servent, lors de la conclusion d'un contrat de bail pour appartement, à éviter de déposer une garantie loyer²⁹. Si le preneur d'assurance ne peut pas payer son loyer, l'assurance s'en chargera jusqu'à concurrence de la somme assurée (caution). Les lois suisses relatives aux marchés financiers s'appliquent également à ce type d'affaires. Il s'agit en principe d'une activité d'assurance qui nécessite une autorisation de la FINMA.³⁰

Il n'est possible de renoncer à une autorisation de la FINMA que dans deux cas. D'une part, la société qui offre une assurance garantie loyer peut collaborer avec une assurance bénéficiant d'une telle autorisation et couvrir le risque d'assurance auprès de cette dernière. Dans certains cas d'exception, on peut imaginer d'autre part certaines constellations spéciales (entraide) pour lesquelles un droit du preneur d'assurance à la prestation d'assurance est exclu dans les conditions générales, de telle façon qu'il n'y a aucun risque pour la société «d'assurance». Dans de tels cas, il ne s'agit pas vraiment d'une assurance, un droit au versement d'une prestation n'exis-

tant qu'aussi longtemps que de l'argent (provenant du versement des primes) est disponible. L'expérience montre qu'une telle solution n'est à recommander que pour un cercle restreint de participants. On pourrait par exemple imaginer que tous les moniteurs d'auto-écoles d'une ville s'unissent afin de réaliser de cette façon une alternative à une assurance casco complète. Dans un tel cas, tous les moniteurs d'auto-écoles verseraient leurs primes dans un pot commun qui financerait les dégâts en cas de sinistre. Toutefois, le principe limitatif «jusqu'à épuisement des fonds» s'applique, c'est-à-dire que lorsque le pot est vide, il n'y a plus aucune possibilité d'exiger le versement de la prestation. ■

* Auprès de la FINMA, les auteurs sont responsables, entre autres, de l'obligation de soumission aux diverses lois relatives à la surveillance des marchés financiers. Ils expriment leur opinion personnelle.

¹ Disposition de la CFB du 24 novembre 2005 dans l'affaire groupe Pro Futura (= Bulletin 48, p. 312 ss (p. 317 s.); Arrêts du Tribunal fédéral 2A.442/1999 cons. 3a du 21 février 2000 et 2A.332/2006 E. 5.2.4 du 6 mars 2007 dans l'affaire Prime Forestry Switzerland AG et autres (= Bulletin 50 p. 154 ss (p. 167 s.) et arrêt du Tribunal fédéral administratif B-1645/2007 cons. 5.2 du 17 janvier 2008 (= CFB Bulletin 51/2008, p. 216 ss).

² Cf. CFB Bulletin 51/2008, p. 216 ss.

³ Disposition de la CFB du 24 novembre 2005 dans l'affaire du groupe Pro Futura (= Bulletin 48, p. 319); ATF 130 II 351 cons. 5.1 dans l'affaire UIB Servizi SA

et autres (considération non publiée dans le Bulletin 46 p. 61 ss (p. 100 s.)).

⁴ Cf. pour la faillite de banques et de courtiers en valeurs mobilières art. 3 al. 3 OB.

⁵ Art. 1 al. 2 loi fédérale sur les banques (LB).

⁶ Cf. ATF 132 II 382, rapport annuel CFB 2006, p. 44.

⁷ ATF 2A.332/2006, bulletin CFB 50 p. 154 ss.

⁸ Art. 3a al. 2 OB.

⁹ Cf. pt 9 de la circ. FINMA 2008/3; ATFA B-1645/2007, cons. 2.4.

¹⁰ Art. 3a al. 3 lit. c OB.

¹¹ Circulaire FINMA 2008/3, acceptation de dépôts du public par des non-banques, Rz. 16.

¹² FINMA Circulaire 2009/1, paramètres pour la reconnaissance de solutions d'autorégulations pour la gestion de fortunes en tant que norme minimale, Rz. 20: «A moins de bénéficier d'une autorisation de banque ou de négociant en valeurs mobilières par la FINMA, le gérant de fortune n'accepte aucune valeur mobilière de la part de clients et ne tient aucun compte de règlement.»

¹³ Art. 2 lit. d de la loi sur les Bourses (LBVM).

¹⁴ Cf. FINMA circulaire 2008/5 négociants en valeurs mobilières, N 11 ss.

¹⁵ Art. 3 al. 5 OBVM.

¹⁶ Cf. chiffre 49 circulaire FINMA 2008/5 en relation avec les chiffres 8 et 9 de la circulaire FINMA 96/4.

¹⁷ Cf. chiffre 14 de la circulaire FINMA 2008/5.

¹⁸ Art. 2 al. 1 OBVM.

¹⁹ Circ. FINMA 08/3, Rz. 27.

²⁰ Circ. FINMA 08/3 Rz. 14.

²¹ ATF B-6501/2007 cons. 6.1.3.

²² Art. 7 al. 1 LPCC.

²³ Art. 2 al. 2 et 3 LPCC.

²⁴ Art. 2 a. 2 lit. e LPCC.

²⁵ Art. 1 LPCC.

²⁶ Cf. art. 2 al. 2 lit. d LPCC.

²⁷ Cf. message relatif à la LPCC, FF 2005, p. 6414 et 6437.

²⁸ Cf. CFB-Bulletin 50/2007 p. 115 f. et ATF 2A.281/2006.

²⁹ Cf. art. 257e CO: au maximum trois loyers mensuels pour appartements privés.

³⁰ Art. 3 LSA.